

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. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı

Yayımdan Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-President Head of the Publishing Department

Av. Hüseyin Özbek

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination

Av. Hüseyin Özbek, TBB Başkan Yardımcısı
Av. Sabri Erdal Güngör, TBB Sayman Üye
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD
Araştırma Görevlisi

Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fahrettin Demirağ

Yargıtay Onursal Başkanı - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fazıl Sağlam

Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özkes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sanem Baykal

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

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 Sokak No: 8

06520 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: 105 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 Sokak 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi / Printing Date : 14. 07. 2019

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 kelimeleri; 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 içine alınmalı, **sadece eser adı İtaliye** 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 elektronik nüshası **yayin@barobirlik.org.tr** adresine gönderilmelidir.
- Yazılar, TBB Dergisi Yayın Kuralları’na uygun değilse reddedilir.
- Yazarın; unvan, görev yaptığı kurum, ORCID, telefon numarası, haberleşme adresi ve e-posta adresini göndermesi zorunludur.
Makalenin ilk sayfasında dipnot olarak belirtilmesi zorunlu olan bilgilerden, “makalenin gönderim tarihi”; yazının yazar tarafından, dergimizin yayın ilkelerine uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, “makalenin kabul tarihi”; yazının dergimizde yayınlanmasının yayın kurulumuzca uygun bulunarak, yazının kabul edildiği ve yazara “hakem raporlarından sonra kesinlik kazanmak üzere yazının hangi sayımızın yayın listesine alındığının” bildirildiği tarihi ifade eder.
Bu aşamadan sonra aşağıdaki maddede yer alan “hakem süreci” başlar ve her yazı, en az iki hakeme gönderilir.
- Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez. Hakem/hakemler tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve “yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği” bildirilir. Bu süreç hakemin/hakemlerin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına/bulmalarına 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 telif ücreti ödenir. Yazarlara üçer adet, hakemlere birer adet dergi gönderilir.

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

7 BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

9 Sıla TATLIDİL

Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı - Sürenin Aşılması ve Sonuçları / An Evaluation of Right to Hearing within a Reasonable Time – Exceeding and Conclusions

51 Semih Batur KAYA

Anayasa Yargısında Alan Sorunu: Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı / The Problem of Domain in Constitutional Law: The Designated Domain of Constitutional Jurisdiction

79 Fatmagül KALE ÖZÇELİK

Birleşmiş Milletler'in Özel Yöntemleri Çerçevesinde Özel Raportörlük Kurumu / the Institution of Special Rapporteur Context of Special Procedures of United Nations

115 Haluk TOROSLU

Yargıtay'ın İlk Derece Mahkemesi Olarak Verdiği Son Kararlara Karşı Başvurulacak Kanun Yolu Ve Kapsamı / The Appeal Process and Scope of Review for Final Judgments Given by the Court of Cassation as Court of First Instance

143 Hakan AYYILDIZ

Kolluk Faaliyetlerinin Denetimi Hakkında Genel Bir Değerlendirme / A General Assessment about of the Supervision of Law Enforcement Activities

181 Mehmet HATİPOĞLU

Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi / The Principle of Proportionality in the Implementation of Disciplinary Punishments to Public Officers

221 Cenk AKİL

Konkordato Prosedürü Çerçevesinde Sürekli Borç İlişkilerinin Feshi (İİK m. 296, II) / Termination of Perpetual Debt Obligations within the Framework of Bankruptcy Arrangement Procedures (EBL Art. 296, II)

235 Hakan BİLGEÇ

7099 Sayılı Kanun İle Yapılan Limited Şirkette Nakdi Sermaye Payının Ödenmesine İlişkin Değişikliğin Ortakların Oy Ve Kâr Payı Hakları Üzerindeki Etkileri / The Effects of the Amendment Regarding the Payment of Cash Capital Share in Limited Liability Company Made By Law No. 7099 On the Voting Right and Dividend of the Shareholders

257 Süleyman KIRAN

Ticaret Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anına İlişkin Bir Değerlendirme / An Evaluation On Trust In the Appearance's Starting Time In Trade Registry

283 Barış DUMAN

4708 Sayılı Kanun Çerçevesinde Yapı Denetim Kuruluşunun İş Sağlığı ve Güvenliği Sorumluluğu / Occupational Health and Safety Responsibility of Building Inspection Authority within the Law No.4708

309 Merve ERDEM

Özel Hukuk Kişilerinin Faaliyetlerinden Dolayı Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu: Bir Hukuk Jimnastiği / International Responsibilities of States for Conduct of Private Persons: A Legal Storming

331 İlyas ARSLAN

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütekeliyet Şartına Bağlanması İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki / The Relationship Between the Reciprocity as a Condition for the Enforcement of Foreign Judgments and the Certain Rights in the European Convention on Human Rights

385 Muhammet KOÇAKGÖL

CEDAW'ın "Yaşlı Kadınların Kendilerinin Ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin 27 Sayılı Genel Tavsiyesi" Nde Kırılabilirlik Kavramı / Concept of Vulnerability in CEDAW's "General Recommendation No. 27 on Older Women and Protection of Their Human Rights"

MAKALELER / ARTICLES

407 A. Füsun ARSAVA

Federal Almanya Örneğinde AB Adalet Divanı Kararlarının Kesin Hüküm Karakterine Sahip Ulusal Mahkeme Kararlarına Etkisi / Impacts of European Court of Justice's Decisions on Final Decisions of National Courts

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım;

Türkiye Barolar Birliği ve Barolarımızın da içinde olduğu yoğun bir çalışma süreci sonucunda, katılımcı bir anlayışla hazırlanan Yargı Reformu Strateji Belgesi geçtiğimiz günlerde açıklandı. Adalet Bakanlığı ile daha sonra yaptığımız toplantılarda, Yargı Reformu Strateji Belgesi'nin ilk paketinin daha da genişletilmesi noktasında uzlaşıya vardık. Türkiye'nin önünü açacak, hukuk devletini güçlendirecek Reformun ilk paketinin Meclisimiz açıldığında birinci gündem maddesi olması için geniş bir mutabakatı sağladık.

Meslek sorunlarımızın çözümüne ilişkin yol haritasının içeriği şöyle. Bunların bir kısmı ilk pakette, bazıları ise sonraki aşamalarda kanunlaşacak.

- Hukuk alanındaki mesleklere girişte bir sınav geliyor. Avukat, hakim, savcı ve noter adayları olabilmek için artık sınav gerekecek. Hakimlikte ve savcılıkta mülakatın daha güvenilir hale getirilebilmesi için mülakat komisyonu genişliyor.
- Hukuk fakülteleri, 190 bininci sıra yerine 100 bininci sıradan öğrenci kabul edecek. Çok umut veren bir hukuk eğitimi reformu gerçekleşiyor.
- Vatandaşların avukatlık hizmetinden daha rahat yararlanabilmesi ve adalete erişim haklarının önündeki engellerin azaltılması için avukatlık hizmetlerindeki KDV yükü düşürülüyor.
- Tapuya ilişkin işlemlerin, gayrimenkulün aynına ilişkin sözleşmelerin, bazı kira sözleşmelerinin sadece avukatlar tarafından yapılması, bu işlemlerin hem hukuka uygun olmasını sağlayacak hem de uyumsuzluk çıkmasını önleyerek adliyelerdeki iş yükünü azaltacak.
- Belli kıdemin üzerindeki avukat meslektaşlarımıza hususi damgalı pasaport yani yeşil pasaport verilecek.
- İfade özgürlüğünün korunması, geliştirilmesi, reform belgesinin ilk hedefi. Bunun için somut adımlar atılacak.
- Tutuklama kararlarının kes-yapıştır gerekçelerle verilmesini önleyecek tedbirler öngörülüyor.
- 15 yaşından küçük çocukların suça sürüklenmeleri halinde ilk defasında belli başlı bazı ağır suçlar dışında ceza davası yerine başka yöntemlerin uygulanarak bu çocukların topluma kazandırılması hedefleniyor.

- Stajyer avukatlar, avukat yanında sigortalı çalışıp ücrete hak kazanabilecekler.
- Kamu avukatlarının hem ek göstergeleri düzenlenecek, mesleğe yakışır seviyeye getirilecek hem de hak ve yetkileri, statüleri iyileştirilecek.
- Vatandaşlara hukuki himaye sigortası getirilecek. Bu, vatandaşların avukatlık hizmetinden çok daha rahat yararlanmasını sağlayacak bir husus.
- İcra yoluyla satışların illegal oluşumları tamamen bitirecek bir şekilde elektronik ortamda yapılması hedefleniyor.
- Avukatların davada kullanacakları bilgi ve belgeye erişimlerini güçlendiren dolayısıyla avukatın sunduğu belgenin kabul görmesini sağlayan yargıyı da bu anlamda çok hızlandıran düzenlemeler yapılacaktır.
- Hakimlerin uzmanlaşması, hukuk hakimi olarak başlayanın hukuk hakimliğinde, ceza hakimi olarak başlayanın ceza hakimliğinde devam etmesi öngörülüyor.
- Asliye Ceza Mahkemesinde duruşma savcısı uygulaması geri geliyor.
- Duruşma tutanaklarının elektronik sistemde tutulduğu bir sistem devreye giriyor. Ara kararların celse arasında hayata geçirilmesini takip sistemi geliyor.
- Hakimlere coğrafi teminat geliyor. Bu, hakimlerin bağımsızlığını, hiç kimseden çekinmeden rahat karar vermesini sağlayacak bir husus. Yani hakim teminatını güçlendiren dolayısıyla vatandaşın hukuk güvenliğini arttıran dolayısıyla avukatlık mesleğinin de gerektiği gibi yapılmasını sağlayacak bir düzenleme olacak.
- Makul sürede yargılama için hedef süreler hayata geçiriliyor.
- Hakim, savcı ve noter yardımcılıkları getiriliyor.

Elbette, güçlü bir hukuk devleti için bunlar yeterli değil. Ancak önemli adımlar.

Yapılacak değişikliklerin mesleğimize hayırlı olmasını diliyorum, Kurban Bayramınızı en içten dileklerle kutluyorum.

Saygılarımla.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE MAKUL SÜREDE YARGILANMA HAKKI - SÜRENİN AŞILMASI VE SONUÇLARI

AN EVALUATION OF RIGHT TO HEARING WITHIN A REASONABLE TIME – EXCEEDING AND CONCLUSIONS

Sıla TATLIDİL*

Özet: Adil yargılanma hakkının en önemli alt unsurlarından biri olan makul sürede yargılanma hakkı, yapılan yargılamaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne ve gerekse Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda verilen ihlal kararlarının, en çok adil yargılanma hakkı ile ilgili olduğu görülmektedir. Çalışmamızın kapsamında Anayasa Mahkemesi'nin makul süre ile ilgili olarak 2014'den 2017'ye kadar verdiği kararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin değerlendirme ölçütleri de dikkate alınarak eleştirel bir gözle incelemeye çalışılmıştır. Son bölümde ise, makul sürenin aşılması sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar tazminat açısından değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Adil Yargılanma Hakkı, Makul Sürede Yargılanma Hakkı, Makul Sürenin Ölçütleri, Makul Sürenin Aşılmasında Tazminat

Abstract: The right to a fair trial enables people to apply for a remedy for their infringed right. The right to hearing within a reasonable time is one of the most important requirement for the state of law. It is an indispensable element of being a democratic society. The violation judgments regarding the individual applications to the Constitutional Court is mostly about right to a fair trial. In this study, the right to hearing within a reasonable time, which is an element of right to a fair trial has been examined. Firstly, the right to a fair trial and the criteria used to determine a reasonable time were tried to be explained, and then the beginning and the end of the trial were dealt with in order to evaluate whether the trial was made within a reasonable time. In addition, the criticism of the decisions of the Constitutional Court between 2014-2017 has been made. Lastly, the violation judgments delivered by the Constitutional Court about the reasonable time has been evaluated in terms of compensation.

Keywords: Right to a Fair Trial, Right to Hearing Within a Reasonable Time, Constitutional Court, Compensation

* Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, sila.tatlidil@neu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1921-8476, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.10.2018, Kabul Tarihi: 17.10.2018

GİRİŞ

Hukuk sistemleri ülkeden ülkeye değişkenlik gösterir; ancak herkesin sahip olduğu bazı temel haklar vardır. Demokratik ve çağdaş toplum yapısı üzerine temellendirilmiş her devlet, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hakları korumak ve söz konusu hakların en iyi şekilde gözetilmesini sağlamakla mükelleftir. Temel haklar, genel anlamda her devletin anayasasında düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu düzenlemelerin yanı sıra, uluslararası platformda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) de bir takım temel haklar "*insan hakları*" adı altında güvence altına alınmıştır. Görüldüğü üzere temel haklar, devletlerin iç hukukunda ve uluslararası ortamda taraf olunan sözleşmelerle koruma altına alınan ve kişilere üstün nitelikli bir koruma sağlayan normlardır.

Adil yargılanma hakkı, birçok alt unsurdan oluşan bir temel haktır. İlgili hakkın kapsamına, makul sürede yargılanma hakkı, etkili başvuru hakkı, bağımsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı ve mahkemenin verdiği kararı gerekçeli olarak öğrenme hakkı gibi haklar girmektedir. Bu unsurlardan olan makul sürede yargılanma hakkı, yargı yoluna başvuran herkesin mümkün olan en kısa sürede yargılanması anlamına gelmektedir. Ancak bazı durumlarda yargılamaya gereğinden fazla sürüncemede kalarak kişinin hakkının teminini geciktirmektedir. İşte bu gibi durumlarda olağan kanun yollarında, lehe sonuç alınamaması halinde anayasa şikâyeti yoluna başvurmak suretiyle uğranılan zararın tazmini talep edilmektedir. Belirtmekte yarar vardır ki, her somut olay kendi içinde değerlendirmeye tabi tutulur ve her gecikme hak ihlali olarak nitelendirilmez. Şüphesiz tüm temel hakları gözetmek devletin görev alanına girmekte ve devletin pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır.

Uygulamada bu sistemin her zaman kusursuz bir şekilde işlediği ve hiçbir temel hakkın ihlal edilmediği söylenemez. Bu nedendir ki, hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişilere Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) hakkı tanınmıştır. Bireysel başvuru hakkının tanınması ile amaçlanan, kişilerin ihlal edilen temel hakkının temini doğrultusunda bir koruma mekanizması sağlanmasıdır. 2010 yılında Anayasa'ya eklenen ve kişilerin AYM'e bireysel başvuruda bulunma hakkını hükme bağlayan düzenlemeye göre, başvuruda bulunabilmek için bazı ön şartlar aranmaktadır. Bu şartlar, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması, belirlenen süreye riayet

ederek başvuruda bulunulması, kişinin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerden AİHS kapsamında olanların kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olmasıdır.

Çalışmamızda, adil yargılanma hakkının mahiyeti konusunda bilgi verilmeye çalışılmış ve bu doğrultuda adil yargılanma hakkının unsurlarından makul sürede yargılanma hakkına ağırlık verilmiştir. Bu bağlamda, makul sürenin saptanmasında kullanılan ölçütler ve yargılanmanın makul süre içerisinde yapılmasının tespitine ilişkin sürenin başlangıç ve bitişi ele alınmıştır. AYM kararları, ceza ve hukuk davalarıyla ilgili olarak ayrı başlıklar altında işlenmiştir. Ardından 6384 sayılı Kanun'a eklenen 'Geçici Madde 2' aşaması ele alınmıştır. Çalışmamızın son kısmında ise, AYM'in makul sürenin ihlaline ilişkin verdiği kimi kararlar tazminat açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır.

I. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

A. Genel Olarak

Toplumsal yaşam belirli bir düzen gerektirir. Bu amaçla devlet, toplumsal barışın sağlanması ve hukuki barışın korunması için kurallar koyar.¹ Buradan hareketle devlet, sadece genel ve soyut kurallar koyma yükümlülüğü altında değil, bunların uygulanmasını ve mevcut düzenin bozulmamasını, hukuk düzeninin ve hukuksal barışın sürekliliğini de sağlamakla yükümlüdür.² Bunun yanında temel hak ve özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaştırmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak da devletin amaçlarından biridir. Bu yükümlülüklerin başında; kamu gücü tarafından hakkın ihlal edilmesinin önlenmesi, temel hak ve özgürlük ihlallerini ortadan kaldırmak ya da bu ihlalleri yaptırımı bağlamak gelmektedir.³ Bunlara paralel olarak bireylerin devlete karşı adil yargılanma hakkı bulunmaktadır. Bu hak, Anayasa ile güvence altına alınmış ve insan haklarının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.⁴

¹ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 38.

² Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 38.

³ Öykü Didem Aydın, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2011, S. 4, s. 122.

⁴ Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 38, 39.

Adil yargılanma hakkının gereğince etkili olabilmesi için, yargılamaya ilişkin usul ve ilkelerin çağdaş bir düzeyde önceden belirlenmesi gerekir. Objektif yargılama sonucunda adil bir karara varmanın güvence altına alınması, hukuk devleti ilkesinin de temel unsurunu oluşturur.⁵ Bu çerçevede, adil yargılanma hakkını, yargılama sürecinin önemli bir parçası olarak nitelendirebiliriz.

Adil yargılanma hakkının asgari standartları, esas olarak AİHS madde 6' da belirlenmiş olmakla birlikte, bahse konu hak, Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti başlığı altında ele alınmıştır. Kavram itibarıyla hak arama hürriyeti, kişilerin hak arama yoluna başvurup başvurmadada hür olmasını ve kişilerin ihlal edilen bir hakkının telafisi için hukuken tanınan yollara başvurabilmesini ifade etmektedir.⁶

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte söz konusu maddeye "adil yargılanma hakkı" ibaresi eklenmiştir. Yapılan değişiklik, yargı koluna olan güvenin sağlanması ve yargının temel taşlarının yerine oturması açısından önemli bir adımdır.⁷ Anayasa'nın ilgili maddesine göre kişi, yasal yollarla ilgili yargı mercileri önünde taraf olarak yargılamaya katılma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Mahkemeye başvurma hakkı, gerekçeli karar, kendi aleyhine delil sunmama, tarafsız ve bağımsız mahkeme, duruşmada hazır bulunma ve masumiyet karinesi gibi hak ve ilkeler, genel anlamıyla adil yargılanma hakkının mevcut görünümülerindedir. Buradan da anlaşılacağı üzere kişilerin, hak arama hürriyeti güvenceye alınmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 37. (Kanuni Hâkim Güvencesi), 38. (Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar), 40. (Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması), 125. (Yargı Yolu), 138. (Mahkemelerin Bağımsızlığı), 14. (Duruşmaların Açık ve Kararların Gerekçeli Olması) ve 142. maddeleri (Mahkemelerin Kuruluşu), farklı adlarla başlıklandırılmış olsa da adil yargılanma hakkı kapsamında düzenlemeler içermektedirler. Anayasa'nın 141. maddesi

⁵ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 209.

⁶ İsmail Köküsarı, "Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2011, S.4, s.165.

⁷ Fazıl Sağlam, Anayasa Hukuku Ders Notları, 1. Baskı, Lefkoşa 2013, s. 359. Esasında önelik karar verimesii nat açısından değerlendirilmiştir. sürenin aşılması sonucunda Anayasa Mahkemesi'017 hakkı telafis

doğrultusunda mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunludur.⁸ Ayrıca AYM, adil yargılanma hakkı ışığında gerekçeli karar ve gerekçelerin tutarlılığı gibi kıstasları da değerlendirip adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini belirleme yetkisine sahiptir.⁹

AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.*" Bu fıkra lafzi yorum yolu kullanılarak değerlendirildiğinde aslında yapılacak olan yargılamanın makul bir süre içinde yapılması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Yine aynı maddenin 3. fıkrası bir suçla itham edilen herkesin a, b, c, d ve e bentlerinde sıralanan asgari haklara sahip olduğunu belirtmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde yapılacak olan yargılamanın, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul bir sürede, aleni bir şekilde ve hakkaniyete uygun olarak yapılması gerekmektedir. Burada önemli olan, yapılacak olan yargılama sonucunda verilen kararın adil olmasından çok, adil bir karar verilebilmesi bakımından gerekli olan usul ve koşulların yerine getirilmesidir.

Sonuç olarak adil yargılanma hakkı, genel itibariyle mevcut haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişilerin, ihlalin durdurulması ve olumsuz etkilerinin giderilmesi nedeniyle yetkili makamlara başvurma hakkını kapsamaktadır.¹⁰ Bunu farklı bir şekilde ifade edecek olursak, hak arama hürriyeti, hakları ihlal edilen kişilerin, yerel mahkemelelere başvurabilmesinin yanında ihlalin niteliği de göz önünde tutularak idari makamlara da başvurabilme hakkını kapsamaktadır.

Buradan hareketle aslında makul süre içerisinde yargılanmanın adil yargılanma hakkı ile iç içe olduğu da söylenebilir. Kısacası, makul sürede yargılanma hakkı adil yargılanma hakkının alt unsurudur.

⁸ Ozan Ergül, *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı*, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 93.

⁹ Ergül, s. 124, M. Nedim Bekri, "*Gerekçeli Karar Hakkı*", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, S. 3, s. 207, 209.

¹⁰ Tuğba Bayraktar/Nuran Koyunca, "*Adil Yargılanma Hakkı*" <http://www.registericpess.org/index.php/ICPESS/article/view/1271/41>, E.T. 07.12.17., s. 164.

B. Adil Yargılanma Hakkının Unsurlarından Makul Sürede Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının unsuru olan makul sürede yargılanma hakkının AİHS'in 6. maddesinde yer aldığından söz etmiştik. İlgili madde gereğince herkes, makul bir süre içerisinde yargılanma hakkına sahiptir. Ceza ya da hukuk davası ayrımı gözetilmeksizin yargılanmanın makul sürede sonuçlandırılması adil yargılanma hakkının bir gereğidir.¹¹ Anayasa'nın 141. maddesinin 1. fıkrasında da bahsedildiği üzere davaların en az giderle ve mümkün olduğunca hızlı bir şekilde sonuca ulaştırılması yargının görevidir.

Makul bir sürede yargılanma unsurunun amacı, hak arayışına giren herkesi, yargılama işlemlerinin uzamasına karşı korumak ve kişinin uzun yargılama süreçlerinden etkilenmesini önlemektir.¹² Ayrıca en önemli nokta, yapılan yargılamanın adil olması için, her şeyden önce makul sürede bitirilmesi gerekliliğidir.¹³ Çünkü geç tecelli etmiş adalet, adaletsizlik olarak kabul edilmektedir. Bu nedendir ki, adil bir yargılanma yapılabilmesi için yapılan yargılamanın makul bir süre içerisinde olması büyük önem arz etmektedir.¹⁴

Toplumun yargı organlarına olan güveninin süreklilik arz etmesi, hakkın gerçek sahibine en hızlı şekilde tesliminin sağlanması ve uyuşmazlığın taraflarının en kısa sürede tatmin edilebilmesi bakımından da yargılamanın makul sürede bitirilmesi oldukça önemlidir.¹⁵ Hak arayan herkes için geçerli olan makul sürenin amacı, uyuşmazlığın tarafları için yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasını önlemek, uyuşmazlık konusu hakka en hızlı şekilde ulaşmalarını sağlamak ve davanın nasıl sonuçlanacağına dair endişelerini önlemektir.¹⁶ Çünkü yargılamanın uzun sürmesi yargıya olan güven-

¹¹ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 507.

¹² Esra Uygun/Adnan Gerçek, "Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2017, S. 29, s. 178.

¹³ M. Serhat Kaşıkara, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 84, s. 243.

¹⁴ Özer Sıddık Onur, *Yargılama Hukukunda Bir Adil Yargılanma Hakkı Unsuru Olarak Makul Sürede Yargılanma*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2014, s. 95.

¹⁵ Kaşıkara, s.243.

¹⁶ Kaşıkara, s.243.

ni azaltmakta ve ciddi şekilde sarsıntıya uğratmaktadır. Bu nedenle, yargıya olan güveni sağlamak ve bunu sürekli hale getirmek en önemli hedef olmalıdır. Makul süre içinde bitirilemeyen bir dava ile hakkını elde eden taraf, yaşanan gecikme nedeniyle ya hakkını tam elde edememekte ya da gecikmeden dolayı zarar görmektedir.¹⁷ Devlet, yargıya olan güveni sağlamalı ve bu güveni devam ettirecek her türlü önlemi almalıdır.¹⁸ Davaların makul süre içerisinde bitirilememesi halinde dava sonunda haklı çıkan taraf, bu haklılığa rağmen zarara uğrama ihtimaliyle karşı karşıya kalacaktır.¹⁹ Böylelikle davaların yargı mercileri önünde zaman içerisinde uzaması, sürüncemede kalması, birçok ülkede de şikâyetlere neden olmaktadır. Bu nedenle adil yargılanma taahhüdünde bulunan AİHS'e taraf birçok devletin bu duruma çare bulması kaçınılmaz bir hale gelmiştir.²⁰ Bu durum dikkate alınarak Türk hukukunda, gerek ceza hukuku kapsamındaki soruşturmalar ve kovuşturmalar gerek özel hukuk gerekse idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul süre içinde sonuçlandırılmaması iddiasıyla AİHM'e yapılmış olan başvuruları kapsayan kanun 2013 yılında yürürlüğe girmiştir.²¹

Mevcut her olayda kendine özgü durumlar söz konusu olduğu ve bu özgünlükten dolayı farklılıklar meydana geldiği için, yargılama süresinin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmektedir.²² Bu bağlamda makul sürenin ne olduğuna dair belirlenen mutlak bir süre yoktur.²³ Ancak makul sürenin değerlendirilebilmesi için ilke olarak yargılama sürecinin başlaması gerekmektedir.²⁴

¹⁷ Özer, s.96.

¹⁸ Mahmut Aksoy, Adil Yargılanma Hakkı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Niğde 2013, s. 48.

¹⁹ Aksoy, s. 49.

²⁰ Kaşıkara, s. 243.

²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun m. 2/ 1: "Bu Kanun; a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı, b) Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği, iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılmış başvuruları kapsar. ...", <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130119-1.htm>, E.T. 10.04.2019.

²² İnceoğlu, s. 277.

²³ İnceoğlu, s. 277.

²⁴ Kaşıkara, s. 251, Uygun/Gerçek, s. 178.

Mahkeme makul süreyle ilgili değerlendirme yaparken, bazı kıstaslar dikkate almaktadır. Bunlar, davanın karmaşıklığı, başvuru-
cunun tutumu, yetkili mercilerin tutumu ve başvuru-
cunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi kıstaslardır.²⁵ Davanın süresinin makul olup olmadığı, bu kıstaslara göre değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, istisnai bir durum olarak, işlemlerin belli aşamasındaki tek bir makul olmayan gecikme durumu da ihlal tespiti-
ne yol açabilmektedir.²⁶ Ancak bu kıstaslar her davanın özelliğine göre değişiklik gösterdiğinden, sürenin aşıp aşılmadığının tespiti için, her biri mahkeme tarafından ayrı ayrı değerlendirilmekte ve sonuçta yaratmış olduğu etki temel alınmaktadır.²⁷ Davanın karmaşıklığı kıstası değerlendirilirken, mevcut olayın çözümündeki güçlük, delillerin toplanmasındaki engel, hastalık ya da tutukluluk hali gibi kişiye özel durumlarla, davanın uluslararası boyutu gibi unsurlar dikkate alınmaktadır.²⁸ Başvuru-
cunun tutumundan dolayı yaşanan gecikmelerden devlet sorumlu tutulmamakta, gecikmelerin devlet kaynaklı olması gerekmektedir.²⁹ Bu durumda devlet, kendi yönetsel ve yargısal organlarına yüklenecek gecikmelerden sorumludur ve bu konuyla ilgili olarak gerekli dikkati göstermeli ve hızlı hareket etmelidir.³⁰ AİHM, olayların karmaşık olduğu hallerde yargı süresinin haklı olarak uzayabileceğini kabul etmekte ve yargılamanın uzamasına başvuru-
cunun ya da yargısal makamların sebebiyet verip vermediği hususunu dikkate almaktadır.³¹

Bu çerçevede AİHM ve AYM kararlarından örnekler vererek adil yargılanma hakkı ile bu hakkın unsurlarından olan makul sürede yargılanma hakkını daha yakından incelemekte fayda vardır.³²

²⁵ Uygun/ Gerçek, s. 178.

²⁶ Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 309.

²⁷ Özer, s. 103.

²⁸ Inceoğlu, s. 280.

²⁹ Inceoğlu, s. 280, Hendek Hasan, Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 85.

³⁰ Inceoğlu, s. 280.

³¹ Özdek Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 208.

³² Adil yargılanma hakkı ile bu hakkın unsurlarından olan makul sürede yargılanma hakkı kapsamında AİHM'in çok sayıda içtihadı bulunmasına karşın, yukarıda bahsedilen kıstaslar bakımından değerlendirilmiş olması tarafımızca dikkat çekici olduğundan dolayı çalışmamız kapsamında ele alınmıştır.

AİHM Çakmak ve Diğerleri/ Türkiye kararında³³ yargılama süreci, toplamda dört yıl sekiz ay sürmüştür. AİHM, davadaki işlemlerin süresinin uzun olup olmadığını, davanın karmaşıklığını ve kendi içtihatlarıyla belirlenen ölçütleri ele alarak değerlendirmektedir. Ayrıca AİHM, başvurunun ve ilgili makamların tutumlarıyla alakalı bir anlaşmazlık sonucunda başvurunun karşı karşıya kaldığı riskleri de nazara alarak bir değerlendirme yapması gerektiğini tekrarlamıştır.³⁴ Ancak ilgili kararda AİHM, ilk derece mahkemesinin karar aşamasında sadece bir duruşma yaptığını ve bilirkişi görüşüne başvurulduğunu dikkate almıştır. Bu yüzden, işlemlerin uzun olup olmadığının, sadece davanın karmaşıklığıyla açıklanabileceğine ikna olmamıştır. Başvurucunun tutumları konusunda ise AİHM, işlemlerin uzatılmasına başvurunun sebebiyet verip vermediğini de dikkate almaktadır.³⁵ Bu doğrultuda mahkeme, davanın kendine özgü şartlarını ele alıp, tüm işlemlerin süresini göz önünde tutmuş ve AİHM'in 6. maddesinde yer alan makul süre içerisinde yargılanma zorunluluğuna uygun olarak hareket edildiği sonucuna varmıştır.³⁶

AİHM Oyal/ Türkiye kararı³⁷ ise, hem hukuk mahkemesi hem de idare mahkemesi tarafından karara bağlanmış bir olayla ilgilidir. İdari dava süreci bakımından yedi yıl ve toplamda dokuz buçuk yıl süren dava, kıstasların değerlendirme tarzı bakımından güzel bir örnek oluşturmaktadır. AİHM'e göre dava, karmaşık bir nitelik taşımamaktadır. Çünkü ilk başvurana virüs bulaşması konusunda yetkililerin ihmal ve sorumlulukları bulunduğu adli yargı ve Yargıtay kararlarıyla sabittir (paragraf 86). Öte yandan başvuru sahiplerinin avukatlık ücretlerine karşı itirazda bulunma haklarını kullanmaları, yargılamada önemli bir gecikmeye neden olmamıştır (paragraf 87). İlgili makamların tutumuna gelince, mahkeme bazı süreçlerin anormal bir şekilde uzun olduğunu kaydetmekle (paragraf 88) birlikte, mevcut davadaki temel sorunun,

³³ Bu çalışmada yararlanılan tüm AİHM kararları AİHM' in resmi veri tabanı olan HUDOC'tan alınmıştır. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%7D>'tan alışı, E.T.23.03.18. AİHM'in Türkiye'ye karşı 25.01.2005 tarihli Çakmak ve Diğerleri kararı, Başvuru No. 53672/00.

³⁴ Tezcan/ Erdem/Sancakdar/ Önok, s. 311, AİHM, Sekin ve Diğerleri/Türkiye kararı.

³⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/ Önok, s. 310.

³⁶ Tezcan/Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 310.

³⁷ AİHM'in Türkiye'ye karşı 23.03.2010 tarihli Oyal kararı, Başvuru No. 4864/05.

idari yargı sürecindeki gecikmeden çok, birinci başvuran ile ilgili sağlık sorununun vahameti ışığında mahkemelerin istisnai bir özenle hareket etmemiş olmasında düğümlendiği görüşündedir.

AİHM Büker/ Türkiye kararında da³⁸, başvuruya konu olan dava, yedi yıl dokuz ay sürmüştür. AİHM, bu sürenin istisnai şekilde uzun olduğunu belirtmiş ve makul sürede yargılamanın ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Bu karar, benzer diğer idari davaların AİHS'in 6. maddesi bakımından AİHM denetimine tabi olduğunun bir göstergesi olmakla birlikte, Türk idari yargılama sisteminin etkinliği sorununun da gündeme getirilmesi açısından oldukça önemli bir karardır.³⁹

AİHM, meydana gelen gecikmelerden dolayı devleti, yetkili makamların ihmali ya da kusuru nedeniyle sorumlu tutmaktadır. Ancak, yargılama mercilerinin kendilerine düşen görevi yapmış olmaları halinde, halen makul sürenin aşılması durumu söz konusu olursa yine aynı şekilde devletin sorumluluğu doğabilmektedir.⁴⁰ Bu nedenledir ki, yargılama sisteminden kaynaklanan gecikmeler ortaya çıktığı zaman sistemi basitleştirmek devletin bir görevidir.⁴¹

AİHM'e, Türkiye ile ilgili açılan davaların bir kısmı, adil yargılanma hakkı ve bu hakkın unsurları arasından olan makul sürede yargılanma hakkı ile ilgilidir. Böylelikle açılan davaların birçoğunda da adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verildiği göze çarpmaktadır.

AİHM, Ümmühan Kaplan/ Türkiye davasında⁴²; hâlihazırda kendi önünde görülmekte olan bir dava olan ve AYM'e bireysel başvuru hakkının tanınmış olduğu 2012 yılından önce uzun bir yargılama süresine ilişkin şikâyetine yönelik başvurularla ilgili, Türkiye'de yeterli ve uygun bir tazmin sunan etkili iç hukuk yolunun ihdas edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Gerek bahse konu kararın bir sonucu olarak gerekse Türkiye'nin AİHM önünde ve uluslararası platformdaki olumsuz görünümünün düzeltilmesi bakımından yapılan çalış-

³⁸ AİHM'in Türkiye'ye karşı 24.10.2000 tarihli Büker kararı, Başvuru No. 29921/96.

³⁹ Özdek, s. 210.

⁴⁰ İnceoğlu, s. 282.

⁴¹ İnceoğlu, s. 282.

⁴² <http://www.ihtk.adalet.gov.tr/kararlar/ummuhan.pdf>, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-120398>, E.T. 10.04.2019.

malar doğrultusunda 2013 yılında (yukarıda da belirtilen) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Yapılmış Olan Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun yürürlüğe girmiştir.⁴³ Bu Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrası, bu alanda Türkiye aleyhine verilen kararların yoğunluğunu doğrular niteliktedir.⁴⁴

AYM kararlarından Bekir Yazıcı başvurusu⁴⁵ incelendiğinde, makul sürenin kapsamı ve sürenin başlangıcı bakımından, AİHM içtihatlarına paralel bir takım tespitlerde bulunulduğu görülmüştür.⁴⁶ Bunlar şöyle özetlenebilir: "Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun davanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasındaki menfaatlerin niteliği gibi kıstasların, herhangi bir davadaki sürenin makul olup olmadığına ilişkin tespitlerin göz önünde tutulması gerektiği..."⁴⁷

II. Makul Sürenin Saptanmasında Kullanılan Ölçütler

A. Genel Olarak

Dava konusu her olay için geçerli olan ve tüm ihtimalleri kapsamı içine alan makul sürenin ne olduğuna ilişkin mutlak bir belirleme yapmanın mümkün olmadığını vurgulamıştık. Makul sürenin saptanmasında kullanılan ölçütler; - çalışmamızın sonraki başlıklarında ele alınacak olan dava konusunun niteliği, başvuruçunun tutumu, yetkili makamların tutumu - her somut olay bakımından farklılıklar göstermektedir. Bunların dava süresini etkilemesi nedeniyle bu konuyla il-

⁴³ <http://www.ihtk.adalet.gov.tr/hakkida.html>, E.T. 10.04.2019.

⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Suretiyle Çözümüne Dair Kanun m. 2/ 2: "... Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında korunan haklara ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatları doğrultusunda ülkemiz aleyhine verilen kararlarının yoğunluğu dikkate alınmak suretiyle, diğer ihlal alanları bakımından da Cumhurbaşkanı kararıyla bu Kanun hükümleri uygulanabilir. ...", <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130119-1.htm>, E.T. 10.04.2019.

⁴⁵ Bu çalışmada yararlanılan tüm AYM kararları AYM'in resmi veri tabanı olan www.anayasa.gov.tr'den alınmıştır. B. No. 2013/3044, 17.12.2015 tarihli karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3044?BasvuruNoYil=2013&BasvuruNoSayi=3044>, E.T. 29.03.2018.

⁴⁶ Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 310.

⁴⁷ Hendek, s. 80, Tezcan/ Erdem/ Sancakdar/ Önok, s. 310.

gili olarak kesin bir süre belirlemek mümkün değildir.⁴⁸ Bu nedenledir ki, makul sürenin aşılmayıp aşılmadığı, bu konuyla ilgili olarak kesin bir süre vermeden, her olayın kendine özgü durum ve koşulları göz önünde bulundurularak değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. Diğer bir deyişle, her dava için daha önceden tespit edilmiş makul olarak kabul edilecek bir süre yerine, her dava için ayrı ayrı değerlendirmeler yapılmaktadır.⁴⁹ Bu doğrultuda aşağıda açıklanan kıstaslar dikkate alınarak davanın makul süre içerisinde bitirilip bitirmediği incelenmektedir. Yetkili makamlar, sürenin makul olup olmadığı kıstasını araştırırken;

- yargılamanın süresine,
- şikayetçinin bu sürenin uzamasında kusuru olup olmadığına,
- idari otoritenin tutumuna,
- yargılama makamlarının tutumuna ve
- dava konusunun niteliğine bakmaktadır.

Davanın sonucu makul sürenin değerlendirilmesi açısından herhangi bir önem arz etmemekte ve etkili olmamaktadır.⁵⁰ Makul bir süre içerisinde yargılamanın gerçekleşebilmesi açısından üç temel ölçüt doğrultusunda hareket edilmelidir. Bunlar, dava konusunun niteliği, başvuruçunun tutumu ve yetkili makamların davranışlarının makul sürede yargılama hakkını etkileyip etkilemediği ile ilgili ölçütlerdir.⁵¹

B. Dava Konusunun Niteliği

Yukarıda bahsettiğimiz ölçütler arasında ilk olarak ele alacağımız dava konusunun niteliği ölçütü; davanın esasını etkileyen konuların karmaşıklığı, hukuki olayların çözümündeki zorluk, delillerin toplanması aşamasında meydana gelen engeller ve tarafların şahsına ilişkin hastalık ya da tutukluluk hali gibi nedenler, maddi olayların karmaşıklığı ve çözümündeki zorluklar, davadaki tarafların sayısı, davadaki uluslararası unsurlar, bilirkişi, keşif gibi araştırılmaya ihtiyaç duyulan

⁴⁸ Kenan Özdemir "Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre", <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/7kenan.pdf>, E.T. 11.01.18., s. 7, Özer, s. 103, İnceoğlu, s. 280, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 232.

⁴⁹ Hendek, s. 80.

⁵⁰ Özdemir, s. 7.

⁵¹ Aksoy, s. 50.

nedenler gibi birçok faktörler içermektedir. Davada, belirtilen bu faktörler karmaşık nitelikteyse, devletin makul sürenin aşılmasına ilişkin sorumluluğu da o oranda ortadan kalkmaktadır.

AİHM, dava konusunun niteliğini değerlendirirken, davanın hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasının ilgililer bakımından önemini, olayın karmaşıklık derecesini, tanık yahut sanığın sayısını, delillerin toplanma aşamasında karşılaştığı zorlukları göz önünde bulundurmaktadır.⁵² Bu nedendir ki, yapılan yargılamaya konu olan hukuki olayın karmaşık olması ve bu bahse konu karmaşıklık nedeniyle soruşturma dosyasının çok yönlü olması makul sürenin tayini bakımından önem taşıyan nedenler arasında yer almaktadır.

C. Başvurucunun Tutumu

Diğer bir ölçüt ise, başvurucunun tutumuyla alakalıdır. Bu açıdan başvurucunun gerek hukuk davalarında davacı ya da davalı gerekse ceza davalarında sanık olarak, yargılamadaki tutum ve davranışlarının davanın uzamasına sebep olup olmadığına bakılmaktadır.⁵³ Buna göre ilgili makam, başvurucunun davadaki tutum ve davranışlarını özel olarak değerlendirmekte ve ona göre makul sürenin aşıldığına ilişkin şikâyeti kabul etmekte ya da reddetmektedir.⁵⁴ Gerek ceza davaları gerekse hukuk davalarında tarafların kendilerine tanınan kanun yollarını kullanmaları ve bunun sonucunda dava süresinin uzamasında, tarafları sorumlu tutmak mümkün değildir.⁵⁵ Dolayısıyla tarafların bu hakları kanunlar çerçevesinde kullanması sonucunda yargılamanın uzaması makul sürenin ihlal edildiği anlamına gelmemektedir.⁵⁶ Mahkeme, mücbir sebep nedeniyle yaşanan gecikme haricinde, başvurucunun davayı uzatmak için kötü niyetli olduğunu tespit ettiği takdirde sorumlu tutmaktadır.⁵⁷

⁵² Kaşıkara, s. 247, Özdemir, s. 8.

⁵³ Ramadan Sanıvar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012, s. 46.

⁵⁴ Özdemir, s. 9.

⁵⁵ Aksoy, s. 51, Hendek, s. 85, 86.

⁵⁶ Kaşıkara, s. 249, Aksoy, s.52, Özdemir, s. 9.

⁵⁷ Hendek, s. 86.

D. Yetkili Makamların Tutumu

Yargılama süresi aşamasında sürenin makul olup olmadığına ilişkin kullanılan son ölçüt, yetkili makamların tutumudur. Burada devlet, kendi idari ve yargısal organlarına atfedebileceği gecikmeler nedeniyle sorumlu tutulmaktadır.⁵⁸ Diğer bir deyişle, yapılan yargılamada, yetkili makamların hatalı davranışları sebebiyle davanın uzamış olması, makul sürede yargılanma hakkı ile bağdaşmamaktadır.⁵⁹ Yetkili makamlar, bu konuyla ilgili olarak gerekli özeni göstermeli ve en hızlı şekilde hareket etme yükümlülüğü altında bulunmalıdırlar.⁶⁰ Dilekçenin kayda alınmaması ya da dosyanın zamanında gündeme alınmaması bu duruma örnek teşkil etmektedir. Ancak yetkili makam ifadesinden sadece hâkimlerin doğrudan sebebiyet verdikleri hataları anlamamak gerekir.⁶¹ Çünkü mahkeme kalemlerinde bazı evrakların bulunmaması ya da resmi mercilere sorulan sorulara zamanında cevap verilememesi hallerinde de süre uzayabilmekte ve dava süresi makul süreyi aşan bir duruma gelebilmektedir.

Sonuç olarak mahkeme, yetkili makamların tutumunu ve başvurunun tutumunu ayrı ayrı değerlendirmekte ve hangi tutumun yargılamadaki gecikmeye sebebiyet verdiğini saptamaktadır.⁶²

III. Yargılamanın Makul Süre İçerisinde Yapılmasının Tespitine İlişkin Sürenin Başlangıcı ve Bitimi

Yargılamanın makul bir sürede tamamlanması, en kısa zamanda yargılamanın bitirilmesini değil, her bir dava için gerekli olan zaman içerisinde davanın sonlandırılmasını ifade etmektedir.⁶³ Bu durumda yargılamanın makul bir süre içerisinde yapılıp yapılmadığının tespit edilebilmesi için, ilk önce sürenin başlangıcının tespit edilmesi gerekmektedir.⁶⁴

⁵⁸ Özer, s. 104, Hendek, s. 88.

⁵⁹ Özdemir, s. 9, Aksoy, s. 52.

⁶⁰ Sanıvar, s. 48.

⁶¹ Kaşıkara, s. 250.

⁶² Özer, s. 104.

⁶³ Aksoy, s. 50.

⁶⁴ Mücahit Aydın, "Bireysel Başvuruda Zaman Bakımından Yetki", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2016, S. 25, s. 294, Aksoy, s. 50.

Makul sürenin başlangıcı ceza davalarında ve hukuk davalarında farklılıklar göstermektedir. AYM, makul sürede yargılamanın başlangıç tarihi olarak hukuk davalarında, uyuşmazlığı karara bağlayacak olan yargı sürecinin işlemeye başladığı tarihi; ceza davalarında ise, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesi ya da arama, gözaltı gibi başvurunun suçun isnadından ilk olarak etkilendiği tarihi esas almaktadır.⁶⁵

Yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığını belirleyebilmek için sürenin başlangıcı gibi sürenin bitişini de tespit etmek gerekmektedir.⁶⁶

Hukuk davalarında sürenin bitiş tarihi, icra aşamasını da kapsayacak doğrultuda yargılamanın sona erdiği tarih; ceza davalarında ise, isnat edilen suça yönelik yargılamanın sona erdiği tarih makul sürenin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. Gerek hukuk davalarında gerekse ceza davalarında devam eden yargılama sürecinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik bir başvuruda ise dikkate alınacak süre, AYM’de bireysel başvurunun karara bağlandığı tarihtir.⁶⁷

IV. Makul Sürenin Saptanmasında Kullanılan Ölçütlerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları

A. Ceza Davalarıyla İlgili Olarak

a) Cezayı gerektiren bir eylemin, davada belirli bir usul çerçevesinde değerlendirilerek sonuçlandırılması gerekir. Bunun için davanın başlaması ile sona ermesi arasındaki sürecin makul bir süre içerisinde gerçekleşmesi gerekir.⁶⁸ Yapılan ceza yargılamasında, davanın hızlı bir şekilde sonuçlanmasının gerekliliği yanında gerçeğin araştırılması da makul sürede yargılanmanın değerlendirilmesi bakımından oldukça önemlidir.⁶⁹ Ceza davalarındaki yargılamada, makul süre çoğu zaman olayın hâkim önüne gitmesinden önce, polis ya da savcılık soruşturmasına başlandığı tarih yahut yetkili makam tarafından kişinin suç işlediğine ilişkin herhangi bir iddianın resmi bildirimiyile işlemeye baş-

⁶⁵ Hendek, s. 217.

⁶⁶ Aydın, s. 294, Aksoy, s. 50, Sanıvar, s. 42.

⁶⁷ Hendek, s. 217.

⁶⁸ Özdemir, s. 5.

⁶⁹ Aksoy, s. 51.

lamaktadır.⁷⁰ Bu durumda; makul sürenin başlangıç tarihi, gözaltına alınma tarihi, tutuklanma tarihi, ilk soruşturmanın açıldığı gün yahut suç isnadıyla hazırlık soruşturmasının başladığı tarih olabilmektedir.⁷¹

Ceza yargılamasının sona erdiği tarih ise, suç isnadının ya da verilen cezanın kesinleştiği tarihtir. Bu da son kanun yolunun sonuçlandığı ya da yazılı kesin hükmün tebliğ edildiği tarihe bakılarak belirlenmektedir.⁷² Mümkün ve olası kanun yolları da dâhil olmak üzere yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihi sürenin sonu olarak alabilmekteyiz.⁷³ Sanığın beraati halinde ve savcılık bu beraat kararını temyiz etmediği zaman, makul süre güvencesi temyiz süresinin sonuna kadar devam etmektedir.⁷⁴

b) Yukarıdaki açıklamalarımızın AYM kararlarıyla da somutlaştırılması, konunun daha iyi aydınlatılmasını sağlayabilir.⁷⁵

ba) AYM'in Ensari Karaduman başvurusu⁷⁶ incelendiğinde; somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamındadır. Ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinde, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (paragraf 25). Bu gerekçenin ilgili olduğu olgular şöyle özetlenebilir:

- Dava konusu olayda makul sürenin değerlendirilmesinde sürenin başlangıcı, uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılamanın işletilmeye başlandığı 2003 yılıdır. Sürenin bitiş tarihi ise, icra aşamasını kapsayan diğer bir ifadeyle yargılamanın sona erdiği tarih olan,

⁷⁰ Kaşıkara, s. 252, Özdemir, s. 6.

⁷¹ Sanıvar, s. 42.

⁷² Sanıvar, s. 42, Kaşıkara, s. 177-178, Özer, s. 107, Aydın, s. 294.

⁷³ Özer, s. 107.

⁷⁴ Sanıvar, s. 42.

⁷⁵ Ceza davalarıyla ilgili değerlendirilecek AYM kararları, yukarıda bahsedilen kıstasların somut kararlar üzerinde değerlendirilmesi, sekiz yıl ve daha fazla süren yargılama süreçleri, oy çokluğu ile verilen kararlarda dikkat çeken karşı oy gerekçeleri nedeniyle tarafımızca dikkat çektiğinden dolayı ele alınmıştır.

⁷⁶ Bu çalışmada AYM'den nakledilen özetlerle ilgili olarak parantez içerisinde kullanılan paragraf numaraları ilgili karar numaralarını ifade etmektedir. B. No. 2013/9838, 22.6.2015 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/9838>, E.T. 30.11.17.

2014 yılıdır (paragraf 28, 29). Anılan yıllar dikkate alındığında yaklaşık 11 yıllık bir yargılama süreci olduğu görülmektedir.

- Başvurunun değerlendirilmesiyle birlikte, başvuruya konu olan koruma tedbirine ilişkin tazminat davası, hukuki olayın çözümünde güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılabilecek engeller, taraf sayısı gibi kıstaslar dikkate alındığı zaman davanın karmaşık olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Başvurucunun tutum ve davranışları dikkate alındığında, hakları kullanılırken özensiz davranması gibi bir durum da söz konusu değildir. Davaya bir bütün olarak bakıldığı zaman, farklı bir karar verilmesi mümkün olmayacağından makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yönelik karar verilmesi yerinde olacaktır (paragraf 32).

bb) AYM Mehmet Kılınc başvurusunun⁷⁷ kapsadığı olgular ve dayandığı gerekçe yönünden şöyle özetlenebilir:

- İlgili ceza yargılamasında süre tespiti yapılırken sürenin başlangıç tarihi olarak, bir kişiye suç işlediği iddiasıyla yetkili makam tarafından bildirilen ya da isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi tedbirlerin uygulandığı tarih ve sürenin sona erdiği tarih olarak da, suç isnadına dair nihai kararın verildiği, yargılamanın devam ettiği davalarda da AYM'in makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair şikâyetle ilgili karar verdiği tarih esas alınmaktadır (paragraf 12). Böylelikle sürenin başlangıcı 2004 yılı, sona erdiği tarih ise 2017 yılı olmaktadır.
- İlgili ceza yargılamasındaki sürenin makul olup olmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken; yargılamanın karmaşıklığı, kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama süresi boyunca tutumu ve başvurucunun yargılamanın en hızlı şekilde sonuçlandırılmasındaki menfaati gibi kıstaslar göz önünde tutulmuştur (paragraf 13).
- Tüm bu kıstaslar dikkate alındığı zaman AYM, somut olayda yaklaşık 13 yıllık yargılama süresinin makul olmadığı ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

⁷⁷ B. No. 2014/13473, 4.10.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13473>, E.T. 30.11.2017.

bc) AYM Hüseyin Gıcık başvurusu⁷⁸ ile ilgili olarak başvuru konusunu şöyle özetleyebiliriz: Başvurucunun silahla yağma suçu işlediği iddiasıyla hakkında kamu davası açılmıştır. Ardından başvuru hapis cezası ile cezalandırılmış ve bunun üzerine temyize gitmiştir. Daha sonra başvuru, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvuruda bulunmuştur (paragraf 1, 8, 10).

AYM, ilgili davada dikkate alınması gereken kıstasları göz önünde tutarak somut olay bakımından yaklaşık 8 yıl süren yargılama süresinin makul olmayan bir süre olduğu yönünde karar vermiştir (paragraf 14). Bu doğrultuda diyebiliriz ki; sürenin başlangıcı için dikkate alınan yıl 2005 iken, sürenin sona erdiği yıl 2013' tür. Yaklaşık 8 yıllık yargı sürecinin ardından başvuru, 2014 yılında AYM'e başvurmuştur. AYM sürecinin 2017 yılında karara bağlanmasıyla birlikte 11 yıllık yargılama süreci makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin açık bir göstergesidir.

bd) AYM' in Özge Kaya başvurusu⁷⁹ makul süre konusunun kapsamı açısından ilginç örneği yansıtmaktadır. Bu davada başvuru, kendisine yönelik kasten yaralama ve hakaret suçlarını işleyen aleyhine açılan davanın makul sürede sonuçlanmadığı ve bu nedenle de zaman aşımına uğratıldığı iddiasında bulunmuştur. AYM, bu başvuruyu konu bakımından yetkisizlik nedeniyle ve oyçokluğu ile reddetmiştir. Çoğunluk gerekçesi şöyle özetlenebilir:

- Anayasa Mahkemesi'ne göre bireysel başvurunun incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra AİHS kapsamına da girmesi gerekir. **Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı**⁸⁰ dışında kalan ve hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvuru kapsamında değildir (paragraf 14).
- Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanmaya ilişkin güvencelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama dışında kalan başvurular, bireysel başvuruya konu olamaz (paragraf 15).

⁷⁸ B. No. 2014/4342, 4.10.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4342>, E.T.30.11.17.

⁷⁹ B. No.2014/11084, 1.2.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/11084>, E.T.05.06.18.

⁸⁰ Vurgu yazara aittir.

- Bu nedenle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir (paragraf 16, 17).

Bu gerekçe AYM'in yanlış bir yorum ve uygulamasının tipik örneklerinden biridir. Çünkü burada AYM, "*Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı*"⁸¹ kavramı ile kendi Anayasası'nın güvence altına aldığı fazla haklara değil AİHS'in daha dar bir kapsamda güvence altına aldığı haklara itibar etmektedir⁸². Oysa Anayasamız, bireysel başvuru hakkını tanıdığı 148/3. maddesinde **AİHS'i değil Anayasanın uygulanmasını**⁸³ emretmektedir. "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden,*⁸⁴ *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin*⁸⁵ *kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. ...*" Şu halde Anayasa'nın 148/3. maddesindeki formülle kastedilen, AİHS'deki hakların ihlali değil, Türk Anayasası'nda bunlara tekabül eden (bunların karşılığı olan) hak ve özgürlüklerin ihlalidir.⁸⁶

Çoğunluk kararının "AİHS kapsamında" sözcüğüne dayanarak yaptığı bu yorum, Anayasa'ya aykırı olduğu kadar, AİHS'e de aykırıdır. Zira AİHS'in 53. maddesi⁸⁷, iç hukukun sağladığı daha geniş bir hak alanını daraltacak bir yoruma izin vermemektedir.

⁸¹ Vurgu yazara aittir.

⁸² Ece Göztepe, bu durumu "Ortak Kesişim Alanında En Küçük Ortak Bölen Olarak AİHS'nin Esas Alınması" başlığı altında (I A) işlemektedir. Bkz. Ece Göztepe, "Alman AYM Kararlarının Işığında Türk AYM'in Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi": Fazıl Sağlam, KHP V, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, İstanbul 2017, s. 11, dip not 3.

⁸³ Vurgu yazara aittir.

⁸⁴ Vurgu yazara aittir.

⁸⁵ Vurgu yazara aittir.

⁸⁶ Ayrıntılar için Bkz. Fazıl Sağlam, "Açış Bildirisi" KHP V, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru - Türkiye Uygulamasının Almanya ve Strazburg Ekseninde Karşılaştırılması, İstanbul 2017, s. 6-15.

⁸⁷ AİHS'in 53. maddesi aynen şöyledir: "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme'ye göre tanımlanabilecek insan haklarını ve temel özgürlükleri sınırlayamaz veya onlara aykırı düşecek biçimde yorumlanamaz". Benzer bir düzenleme, "Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme" ile "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 5/2. maddelerinde de yer almaktadır: "Bir ülkede kanun, sözleşmeler, yönetmelik ya da teamül ile tanınmış ya da var olan temel insan haklarından hiçbiri, bu Sözleşme'nin bu gibi hakları tanımadığı ya da daha az ölçüde tanıdığı gerekçesiyle sınırlandırılmaz veya kaldırılmaz."

Bu durum, üyelerden birini çoğunluk kararına katılmasını önleyecek ölçüde rahatsız ettiği karşı oy yazısında görülmektedir. Karşı oy gerekçesinde şöyle denilmektedir: “... Mahkememizin Sözleşmenin 6. maddesi yerine Anayasanın 36. maddesindeki “Adil Yargılanma Hakkı”nda ifade olunan “HERKES” ibaresinden hareketle, (genişletici bir yorumla) şikâyetçi- katılanlar lehine bir içtihat geliştirerek, ceza soruşturma ve kovuşturmalarında makul süre şikâyetlerinden dolayı, ihlalin tespiti ve talep halinde kendilerine tazminat ödenmesine karar vermesi, hakkaniyete uygun ve vicdanları rahatlatan bir karar olacaktır” (paragraf 13).

Görülüyor ki karşı oy gerekçesi, Anayasa’nın 148/3 maddesinde yer alan “AİHS kapsamı” sözcüğünün dar yorumuna ve uygulamasına değil, hakkaniyete ve kamu vicdanını rahatlatma düşüncesine işaret etmekte ve bu yönüyle tatmin edici olmaktan uzak kalmaktadır. Oysa burada vicdanı sızlatan ve hakkaniyete aykırı düşen şey, vatan-daşı, kendi Anayasası’nın sağladığı daha fazla hak ve özgürlüklerden Anayasa’ya ve AİHS m. 53’e aykırı olarak yoksun bırakan yorum ve uygulama hatasıdır.

be) AYM’in Mehmet Ali İncesu başvurusunda⁸⁸ başvuru konusu; başvurucu ile ilgili yürütülen yargılamanın yaklaşık 8 yıl sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek tazminat talebinde bulunulmasıyla ilgilidir (paragraf 1). İlgili karar kapsadığı olgular ve dayandığı gerekçe yönünden şöyle özetlenebilir:

- “...yargılama süresinin makul olmadığı yönündeki şikâyetlerde, 23.9.2012 tarihinde derdest olmak şartıyla, suç isnadının gerçekleştiği tarih ile suç isnadına ilişkin nihai kararın ilgilisi tarafından öğrenildiği tarihe veya devam eden davalarda Anayasa Mahkemesinin başvuruyu karara bağladığı tarihe kadar geçen süre dikkate alınacaktır.” (paragraf 29).
- Başvurucu, 2005 yılında gözaltına alınmıştır. Hakkında açılan kamu davası ise Yargıtay’ın 2012 yılındaki ilamı ile sonuçlanmıştır. Bu durumda başvurucunun, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline dair şikâyetiyle alakalı olarak dikkate alınması gereken süre 2005 ile 2012 yılları arasında gerçekleşen yaklaşık 8 yıllık yargılama sürecidir (paragraf 30).

⁸⁸ B. No. 2013/2253, 15.4.2014 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2253>, E.T.30.11.17.

- Tek bir sanığın yargılandığı ve karmaşık nitelikte olmayan yargılama açısından, AYM süreci dâhil olmak üzere söz konusu 9 yılı aşkın yargılama süreci makul olmayan bir gecikmedir (paragraf 37).
- Özellikle yargılamanın 16.10.2006 ile 16.2.2010 tarihli duruşmalar arasındaki yaklaşık 4 yıllık sürecin, sonuca etkisi olmadığı verilen hükümden anlaşılmalıdır. Bu süre, ek savunmanın alınmasına yönelik zorla getirme ve yakalama işlemlerinin sonuçlanmasının beklenmesi ile tüketilmiştir. 27.12.2005 tarihli duruşmada görevlendirilmesine karar verilen bilirkişinin raporu ise ancak 9.10.2007 tarihli duruşmadan önce ibraz edebilmiştir. (paragraf 35).
- Başvurucunun AYM'e gelinceye dek yargılama sürecinin yaklaşık 8 yıl sürdüğü göz önünde tutulduğunda AYM'e gidilmesiyle birlikte bu süreç 9 yılı aşkın bir hal almıştır. Böylelikle AYM, bu sürenin makul olmayan bir gecikme olduğu sonucuna varmıştır.

Gerekçenin bütününden, başvurucunun tutumunun yargılamanın uzamasına etkili görülmediği anlaşılmaktadır. Oysa olayın yaklaşık 2 yıllık bölümü başvurucunun aranmasıyla geçmiştir. Bu açıdan gerekçenin bu sürenin geçmesinde başvurucunun kusurlu olup olmadığını aydınlatma yönünden kısmen eksik kaldığı söylenebilir.

B. Hukuk Davalarıyla İlgili Olarak

a) Hukuk davaları, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili davalar olarak da tanımlanmaktadır.⁸⁹ Bu dava türünde süre, ilke olarak, davanın yetkili yargılama makamı önüne götürüldüğü tarihte başlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, hukuk davalarında sürenin başlangıcı, uyuşmazlığı karara bağlayacak olan mahkemenin davaya ilişkin ilk işlemleri yapmasıdır.⁹⁰ Mahkemenin davaya ilişkin ilk işlemi kural olarak, dava dilekçesinin mahkeme kalemine kaydettirilmesiyle sağlanır. Ancak bunun yanında, mahkemeye başvurmadan önce başka bir idari makama başvurarak karar alma gibi özel bir durum öngörülmesi halinde; süre, bu tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.⁹¹

⁸⁹ Özdemir, s. 3, Kaşıkara, s. 251, Sanıvar, s. 42, Aydın, s. 294, Özer, s. 100.

⁹⁰ Sanıvar, s. 42.

⁹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 232, Kaşıkara, s. 251.

Hukuk davalarında makul bir süre içerisinde yargılamanın gerçekleşmesine katkı sağlamak hem mahkemelerin hem de tarafların yükümlülüğündedir.⁹² Makul sürede yargılanma, aynı zamanda medeni usul hukuku ilkeleri arasında yer alan usul ekonomisi ilkesinin de en önemli unsurları arasındadır.⁹³ Bu nedenle, medeni usul hukukunun tanınmış olduğu yetkileri kötüye kullanarak yargılamanın uzamasına sebebiyet vermek diğer yandan dürüstlük kuralına da aykırı bir durum teşkil etmektedir.⁹⁴

Hukuk davalarında yargılamanın sona erdiği tarih, son yargı organının verdiği karar doğrultusunda ya da kanun yolunu kullanmak amacıyla öngörülen sürenin sona ermiş olduğu tarihtir. Diğer bir ifadeyle ele alacak olursak, medeni hak ve yükümlülüklerle dair yargılama kararın icra edildiği tarihte sona ermektedir.⁹⁵ Bu durumda kural olarak, hükmün kesinleştiği yahut kesin hükmün yazıldığı tarihe tekabül edecek şekildedir.⁹⁶ Bir mahkeme kararının belirli bir süre sonunda kesinleşmesi halinde AİHM, bu tarihi dikkate almaktadır.⁹⁷

b) Yukarıdaki açıklamalarımızın AYM kararlarıyla da somutlaştırılması, konunun daha iyi aydınlatılmasını sağlayabilir.⁹⁸

Hukuk yargılamasında makul sürenin aşıldığına ilişkin verilen kararlar mevcuttur; ancak bunlar arasında gerekçesinin aydınlatıcı olmadığı kararlar var. Bunlardan birini ilk örnek olarak sunuyoruz:

ba) AYM'in Eren Kayaalp ve Diğerleri başvurusu;⁹⁹

“Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklara ilişkin yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da

⁹² Özer, s. 100.

⁹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 235, 236.

⁹⁴ Özer, s. 100, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 239, 240.

⁹⁵ Aydın, s. 294.

⁹⁶ İnceoğlu, s. 378, Özer, s. 107.

⁹⁷ Erşen, s. 69-70, Kaşıkara, s. 177, İnceoğlu, s. 377-378.

⁹⁸ Hukuk davalarıyla ilgili değerlendirilecek AYM kararları, yapılan yargılamaların yavaş olması nedeniyle yargılama süreçlerinin uzamış olması, yukarıda bahsedilen kıstasların somut kararlar üzerinde değerlendirilmesi ve AYM'in makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair başvurunun reddedilmesi bakımından tarafımızca dikkat çektiğinden dolayı ele alınmıştır.

⁹⁹ B. No. 2014/2433, 04.10.2017 sayılı kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/2433>, E.T. 20.04.2018.

kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği tarih, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (Güher Ergun ve diğerleri, B. No: 2012/13, 2.7.2013, §§ 50, 52), (paragraf 70).

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (Güher Ergun ve diğerleri, §§ 41-45), (paragraf 71).

Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesi'nin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında başvuruya konu olaydaki yaklaşık 7 yıllık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir (paragraf 72)."

Yukarıda aynen aktardığımız bu kararda medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda sürenin nasıl saptandığı ve makul sürenin aşıp aşılmadığının hangi ölçütlere göre değerlendirileceği açıklanmakta, ancak bu ölçütlerin somut olaya uygulanması yoluna gidilmeyip, "benzer kararlar" a gönderme yapılmakla yetinilmektedir. Oldukça yaygın olan bu tür kararlarda ölçütlerin nasıl somutlaştığını anlamak mümkün olamamaktadır. Bu nedenle aşağıda, ölçütleri olabildiğince somutlaştıran kararların seçilmesine özen gösterilmiştir. Bu kararlarda ölçütler, ayrı bir özellik taşımadıkça veya olayla bağlantılı olarak verilmedikçe tekrarlanmayacak, yalnızca uyarlamayı yansıtan gerekçeler aktarılacaktır.

bb) AYM'in Bayram Keleş başvurusunda¹⁰⁰ başvuruçuya karşı yapılan haksız tutuklama nedeniyle açılan maddi ve manevi tazminat davasıyla ilgilidir (paragraf 77). İlgili kararın kapsadığı olgular ve dayandığı gerekçeler şöyle özetlenebilir:

- Makul sürenin tespiti için; uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı tarih, başlangıç tarihidir. Somut başvuru bakımından ise bu tarih, 2008 yılıdır (paragraf 79).

¹⁰⁰ B. No. 2013/6163, 1.12.2015 sayılı kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6163>, E.T. 30.11.17.

- Sürenin bitiş tarihi için ise, somut başvuru bakımından bu tarih, ilk derece mahkemesi kararının Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nce düzeltilerek onandığı ve kesinleştiği tarih olan 2013 yılıdır (paragraf 80).
- Yapılan başvurunun değerlendirilmesi sonucunda, başvuruya konu olan tazminat davasının, hukuki olayın çözümünde güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasındaki engeller, taraf sayısı gibi kıstaslar dikkate alınarak karmaşıklıktan uzak olduğu anlaşılmıştır. Başvurucunun da tutumları dikkate alındığında haklarını kullanırken yargılamanın uzamasına önemli derece neden olduğu söylenememektedir. Bu nedenle yaklaşık 5 yıl devam eden yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikme söz konusu olmuştur (paragraf 81, 82).

bc) AYM Ali Topaloğlu başvurusu¹⁰¹ ile ilgili olarak başvuru konusunu şöyle özetleyebiliriz: İş kazası nedeniyle açılmış olan tazminat davasında tazminat tutarı ıslah yoluyla artırılmış, ancak dava zamanaşımı nedeniyle reddedilmiş olduğu için mahkemeye erişim hakkının engellendiği ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir (paragraf 1, 23, 32).

İlgili kararın kapsadığı olgular ve dayandığı gerekçeler ise şöyle özetlenebilir:

- İş mahkemelerinde açılan davalarda yargılama süresinin tespiti açısından sürenin başlangıç tarihi olarak davanın açıldığı tarih, sürenin sona erdiği tarih olarak ise yargılamanın sona erdiği tarih göz önünde bulundurulur. Yargılaması devam eden davalar açısından ise; AYM'in hakkının ihlal edildiğine yönelik şikâyetlerle ilişkin verdiği kararın tarihi dikkate alınmaktadır (paragraf 25) Bu durumda sürenin başlangıç tarihi olarak 1999 yılı, sürenin bitiş tarihi ise, 2014 yılıdır.
- AYM, ilgili davada dikkate alınması gereken kıstasları göz önünde tutarak somut olay bakımından 15 yıllık süren yargılamanın süresinin makul olmayan bir süreye tekabül ettiği yönünde karar vermiştir (paragraf 37).

¹⁰¹ B. No. 2014/6334, 20.7.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/6334>, E.T. 30.11.17.

AYM'in bu kararı verirken makul sürede yargılanmanın tespiti için sürenin belirlenmesi ve gerekli olan kriterleri göz önünde bulundurmasına rağmen gerekçesi yeterli ölçüde somutlaştırılmamıştır. Burada dava süresinin yüksekliği rol oynamış olabilir.

bd) AYM Gökben Gökalp ve Diğerleri başvurusu¹⁰² ile ilgili olarak başvuru konusu şu şekilde özetlenebilir: *“Başvurucular, dedeleri olan murisin 1967 yılında Derik Kadastro Mahkemesinde açtığı ve hâkimin çekinmesi nedeniyle önce merci tayini yoluyla Yargıtayca Kızıltepe Kadastro Mahkemesine gönderilen, burada yerel mahkemece verilen kararların müteaddit kereler Yargıtayca bozulması üzerine anılan mahkemenin de kapatılmasıyla en son Mardin Kadastro Mahkemesine gönderilen kadastro tespitine itiraz davası, yerel mahkeme aşamasında derdest durumdadır. Yapılan başvuru, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir (paragraf 8, 1).”*

İlgili kararın dayandığı gerekçeler şöyle özetlenebilir:

- İlgili başvuruya konu olan dava açısından, başvuruçuların murisinden intikalle takip etmekte oldukları bir uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu açıdan makul sürede yargılamanın değerlendirilebilmesi bakımından; sürenin başlangıç anı için, mirasçının yargılamaya katıldığı an değil ilgili olayda muris bakımından değerlendirmeye esas alınan süre dikkate alınmaktadır (paragraf 16).
- Bu açıklamalar ışığında sürenin başlangıcı, murisin 1967 yılında açtığı dava, sürenin bitişi ise derdest olan dava bakımından başvuruçuların AYM'e başvurmasıyla birlikte ilgili dava hakkında hüküm verilen 2017 yılıdır.
- AYM, ilgili davada medeni hak ve yükümlülükler dair yargılama süresi için dikkate alınması gereken kıstasları ve sürenin makul olup olmadığını değerlendirirken ölçüt olarak baz aldığı noktaları da göz önünde tutarak somut olay bakımından yaklaşık 50 yıl süren yargılama süresinin makul olmayan bir süre oluşturduğu yönünde karar vermiştir (paragraf 18).

Kıstaslar göz önünde tutulduğunda somut olay bakımından yak-

¹⁰² B. No. 2014/7729, 4.10.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7729>, E.T. 30.11.17.

laşık 50 yıl süren yargılama süresinin makul olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu davanın yaklaşık 50 yıl sürmüş olması karşısında ölçütlerin somut olaya uyarlanması pek de gerekli görünmemektedir. Bunu haklı kılacak bir ölçüt düşünmek son derece zordur.

be) AYM Dilek Güler başvurusu¹⁰³ şöyle özetlenebilmektedir:

- Sürenin başlangıcı için dikkate alınan yıl 2004 iken, sürenin sona erdiği yıl 2014' tür. Yaklaşık 10 yıllık yargı sürecinin ardından başvuru yine 2014 yılında AYM'e başvurmuştur. AYM, kendisine yapılan başvurudan 3 yıl kadar sonra 2017 yılında verdiği kararda, kendi yargılama sürecini de göz önünde tutarak toplam 12 yıllık yargı sürecinin, makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu karar, mahkemenin kendi bünyesinde yapılan incelemede geçen süreyi de göz önünde tutması bakımından dikkati çekmektedir.

bf) AYM Emin Acar başvurusu¹⁰⁴ şöyle özetlenebilir:

- Makul sürenin başlangıcı 2002 yılı iken, sürenin bitiş yılı da 2014'tür. Başvurucunun 2014'te AYM'e gitmesi ve 2017 yılında hükme bağlandığı da hesaplandığında bu süre 14 yılı bulmaktadır. Bu doğrultuda AYM'in makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik karar vermesi kaçınılmaz bir hal almaktadır.

bg) AYM Ahmet Sevim başvurusu¹⁰⁵ ile ilgili olarak başvuru konusu şu şekilde özetlenebilir: Başvurucu, parmağının sakat kalması nedeniyle kişisel kusuru olduğunu iddia ettiği doktor hakkında tazminat davası açmıştır. Açılan tazminat davası makul sürede sonuçlandırılmamış ve bir süre sonra Yargıtay tarafından değiştirilen içtihat nedeniyle husumet bakımından reddedilmiştir. Bunun sonucunda başvuru, idari yargıda da dava açma hakkını kaybetmiştir. Sayılan nedenlerle ilgili olarak başvuru, doktorun ihmali nedeniyle vücut bütünlüğünün zarar görmesinden ötürü; makul sürede yargılanma

¹⁰³ B. No. 2014/15015, 4.10.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15015>, E.T. 30.11.17.

¹⁰⁴ B. No. 2014/333, 4.10.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/333>, E.T. 30.11.17.

¹⁰⁵ B. No. 2013/474, 9.9.2015 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/474>, E.T. 30.11.17.

hakkının, hak arama hürriyetinin ve sağlıklı yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (paragraf 27, 28).

Başvurucu, görevli doktorun kişisel olarak kusurlu olması iddiasıyla adli yargıda tazminat davası açmıştır. AYM'in yaptığı inceleme ışığında kamu görevlileri, yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı açılacak olan tazminat davası kamu görevlilerinin aleyhine değil, kamu idaresi aleyhine açıldığı yönünde bir tespitte bulunmuştur (paragraf no.46). AYM'in yapmış olduğu tespit yerindedir. Çünkü idare hukuku kapsamında memurun hizmet kusuru teşkil eden bir eylemi ya da işlemi nedeniyle, memura karşı değil, idareye karşı tam yargı davası açılabilir. ¹⁰⁶ Diğer bir deyişle zarar gören kişi, hizmet kusuru nedeniyle gerçekleşen bir eylem ya da işlemden ötürü memura değil, kamu idaresine dava açabilmektedir. Ayrıca burada kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle, hizmet kusuru da mevcuttur. ¹⁰⁷

Tabii bu olgular içinde bizi ilgilendiren AYM'in makul süre ile ilgili değerlendirmesidir. Bu değerlendirme ise özetle şöyledir:

- Uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarih 06.01.2005 tarihidir (paragraf 65). Sürenin bitiş tarihi ise somut başvuru açısından Yargıtay tarafından başvurunun temyiz taleplerinin reddedildiği 09.11.2012 tarihidir (paragraf 66).
- Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesinde, Sivas 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davanın konusunun haksız fiille dayalı tazminat davası olduğu, yargılama devam ederken aynı fiil sebebiyle doktor hakkında Sivas 2. Sulh Ceza Mahkemesinde açılan kamu davasının sonucunun beklenilmesine karar verildiği, uzun bir müddet kamu davasının sonucu beklendikten sonra 12.06.2012 tarihinde husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verildiği, başvuru tarafından temyiz edilen kararın Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce 09.11.2012 tarihli ilam ile onandığı ve karar düzeltme yoluna başvurulmadan kesinleştiği anlaşılmıştır (paragraf 67).

¹⁰⁶ Kemal Gözler/Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 14. Bası, Bursa 2013, s. 672.

¹⁰⁷ Gözler/ Kaplan, s. 749.

- Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde, başvuruya konu haksız fiile dayalı tazminat davası; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi kriterler dikkate alındığında karmaşık olmaktan uzaktır. Başvurucunun, tutum ve davranışları, usule ilişkin haklarını kullanırken özensiz davranması neticesinde yargılamanın uzamasına önemli ölçüde sebep olduğu da söylenebilir. Dolayısıyla 7 yıl 11 aylık yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır (paragraf 69).

bh) AYM Tevfik Yıldırım başvurusunun¹⁰⁸ konusu, başvurucunun iş kazası nedeniyle yaralanması sonucu zarar görmesi ve bu nedenle açtığı tazminat davasıyla ilgilidir (paragraf 33, 41).

Bu davada yargılama aşamasındaki gecikmeler nedeniyle ayrı ayrı ele alındığında, ilk derece mahkemesi tarafından uzun aralıklarda duruşmalar yapıldığı ve temyiz aşamasıyla birlikte makul olmayan bir süre olan 7 yıl 6 ay 19 günlük bir sürede yargılamanın tamamlandığı görülmektedir. İş kazası nedeniyle tazminat davalarının niteliği, başvuru bakımından taşıdığı değer ve başvurucunun davadaki menfaati dikkate alındığı zaman sürenin makul olmadığı açıkça görülmektedir.

b1) AYM Sep İnşaat Sanayi ve Ticaret LTD. ŞTİ. başvurusuyla¹⁰⁹ ile ilgili olarak başvuru konusunu şöyle özetleyebiliriz: *“Eti Krom A.Ş. Genel Müdürlüğü’nün gerekli altyapı çalışmalarını yapmadan ihale açması ve ihale sonucu imzalanan sözleşmenin gereklerini yerine getirmemesi sebebiyle zarara sebebiyet verdiği iddiasıyla açılan tazminat davasında usul ve esas yönünden yapılan yanlışlıklar ile yargılamanın makul sürede tamamlanmaması sebebiyle anayasal hakların ihlal edildiği iddialarına ilişkindir (paragraf 1)”*.

Bu dava, gerekçeleri açısından ölçütlerin daha somut bir uyarlamasını yansıtmaktadır. Bu nedenle karar gerekçelerini biraz kısaltarak aktarmanın konunun aydınlanmasında yararlı olacağını düşündük.

- Makul süre değerlendirmesinde sürenin başlangıcı kural olarak davanın ikame edildiği tarih olup somut başvuru açısından bu ta-

¹⁰⁸ B. No. 2013/4701, 23.1.2014 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/4701>, E.T. 30.11.17.

¹⁰⁹ B. No. 2013/311, 25.2.2016 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/311>, E.T. 30.11.17.

rih 2003'tür (paragraf 47).

- Sürenin bitiş tarihi ise çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihi olup, somut başvuru açısından bu tarih, temyizden vazgeçmeye ilişkin dilekçenin verildiği 2012'dir (paragraf 48).
- İncelemeye göre, başvurucunun 28.3.2003 tarihinde Kovancılar Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı davanın 20.2.2006 tarihinde kabulüne karar verildiği, temyiz üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 20.9.2007 tarihli ilamıyla hükmün bozulduğu, karar düzeltme talebinin ise 5.5.2008 tarihinde reddedildiği, mahkemece bozma kararına uyularak 3.6.2009 tarihinde davanın kısmen kabulüne karar verildiği, temyiz üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nce 8.4.2010 tarihinde hükmün bozulduğu, karar düzeltme isteminin ise 24.6.2011 tarihinde reddedildiği, mahkemece bozma ilamına uyularak verilen 26.9.2012 tarihli son kararın ise davalı tarafça temyiz edilmesine rağmen 13.12.2012 tarihinde temyizden vazgeçilmesi suretiyle kesinleştiği anlaşılmıştır (paragraf 49).
- Daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış olan benzer davalarda AYM, özellikle **yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin dikkate alınmadığını**¹¹⁰ göz önünde bulundurarak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir (paragraf 50).
- Başvuruya konu davanın incelenmesi neticesinde hukuki meselelerin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller gibi kriterler dikkate alındığında **yargılamaların karmaşık nitelikte olduğu kabul edilmekle birlikte**¹¹¹ yaklaşık on yıllık yargılama süresinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır (paragraf 51).

Görülüyor ki dava karmaşık yapıda bulunmasına rağmen mahkeme, 10 yıllık dava süresinin makul olmadığı yönünde karar vermiştir. Bunun nedeni **yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin yeterince dikkate alınmamış olmasıdır.**¹¹²

¹¹⁰ Vurgu yazara aittir.

¹¹¹ Vurgu yazara aittir.

¹¹² Vurgu yazara aittir.

bi) Nihayet incelememizi, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurunun reddi ile sonuçlanmış olan bir örnek vererek tamamlayalım: AYM'in Cevat Aydın başvurusunun¹¹³ bir bölümü, yargılamanın yaklaşık 4 yıl sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlali edildiği iddiası ile ilgilidir. Mahkeme, bu davada dikkate alınması gereken kıstasları somut olaya uyarlamaya gerek görmemiş, 3 yıl 6 aylık yargılama süresinin, makul olduğuna ve başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Bu alt bölüm açısından bir ara sonuca ulaşmak gerekirse:

- Mahkeme makul sürede yargılanma hakkı ile ilgili yerleşik içtihadına benzer durumlarda ölçütlerin somut olaya uyarlanması yoluna gitmemekte, benzer kararlara atıfla yetinmektedir.
- Belirlenen süre çok uzunsa (örnek 50 yıl) ya da davanın özelliğine göre belirlenen süre aşılmışın altındaysa (örnek 3 yıl 6 ay) ölçütlerin somut olaya uyarlanmasına gerek görmemektedir.
- Farklı özellikler içeren başvurularda ise, ölçütlerin, o özellik ölçüsünde somut olaya uyarlanmasına özen göstermektedir. Örneğin ölçütlere göre karmaşık bulunduğu bir davayı, 10 yıl sürmesi ve **yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin yeterince dikkate alınmamış olması nedeniyle**¹¹⁴ makul sürenin aşımı olarak değerlendirmektedir.
- Mahkeme, yaptığı değerlendirmede kendi bünyesinde yapılan incelemede geçen süreyi de göz önünde tutmaktadır.

V. Anayasa Mahkemesinin Makul Sürenin İhlaline İlişkin Verdiği Kararların Tazminat Açısından İncelenmesi

A. Genel Olarak

Çalışmamızın önceki bölümlerinde bahsettiğimiz üzere makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının bir parçası olarak, Anayasa'nın 36. maddesinin güvencesi altındadır.¹¹⁵ Bu durum aynı

¹¹³ B. No. 2014/13886, 4.10.2017 sayılı karar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/13886>, E.T.30.11.17.

¹¹⁴ Vurgu yazara aittir.

¹¹⁵ Inceoğlu, s. 283.

zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak kabul edilmiştir.¹¹⁶ Ayrıca Anayasa'nın 141. maddesi kapsamında davaların mümkün olduğunca hızlı bir şekilde sonuçlandırılması yargının görevleri arasında yer almaktadır. AYM, bireysel başvurularda, norm denetimi yerine somut olayda makul sürenin aşılıp aşılmadığını incelemektedir.¹¹⁷ AYM, adil yargılanma hakkının düzenlendiği 36. ve 141. maddelerini yorumlayarak yargılama aşamasında söz konusu olan her gecikmeyi dikkate alıp makul sürede sonuçlanıp sonuçlanmadığını karara bağlama olanağına sahiptir. Dava henüz sonuçlanmasa da makul sürenin dışında devletin yetkili organlarından kaynaklı gecikmeler olmuşsa yine aynı şekilde 36. ve 141. maddelerin yorumlanmasıyla birlikte bir karara varabilecektir.¹¹⁸

Anayasa kapsamındaki hak arama hürriyeti ve AİHS kapsamındaki adil yargılanma hakkının ihlalinin önlemek, her şeyden önce bağımsız ve tarafsız mahkemenin yapacağı yargılamaya bağlıdır.¹¹⁹ Böylelikle subjektif bir nitelik olan kişinin vicdanı ve kanaati devreye girdiği zaman, yasa koyucu tarafından Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygunluk gerekleri de eklenerek objektif bir ölçüt getirilmeye çalışılmıştır.¹²⁰ Bu çerçevede hâkimler, hükmetmiş oldukları tazminat miktarlarından zaman zaman sorumlu olmaktadır. Aksi takdirde Anayasayla güvence altına alınan hak arama hürriyetine aykırı bir durum cereyan edecek ve böylece tazminat sorumluluğunun genel hükümlere tabi olması Anayasayla güvence altına alınan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini zedeleyecek bir hal alabilecektir.¹²¹ Yukarıda AYM'in verdiği kararlar, makul sürede yargılanma hakkı açısından incelenmiş olup, bu aşamada ise kararların, hükmedilen tazminat miktarları bakımından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılmıştır.

Tazminat, bir kişinin, bir hukuk kuralına ya da yaptığı sözleşmeye aykırı davranması neticesinde doğumuna neden olduğu zararı ödeme

¹¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 232.

¹¹⁷ Inceoğlu, s. 284.

¹¹⁸ Inceoğlu, s. 284.

¹¹⁹ Kahan Onur Arslan, "Bireysel Başvuru Neticesinde Devletin Ödediği Tazminat Sebebiyle Hâkimin Hukuki Sorumluluğuna Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y.2015, S. 23, s. 162.

¹²⁰ Arslan, s. 164.

¹²¹ Arslan, s. 164.

yükümlülüğüdür.¹²² Tazminat, manevi tazminat ve maddi tazminat olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlar manevi tazminat ve maddi tazminattır. Buna göre; manevi tazminat, haksız bir fiil sonucunda kişilerin kendi şahıs varlığında yani kişisel değerlerinde uğramış oldukları kayıpları ifade etmektedir.¹²³ Diğer bir deyişle manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde kendi iradesi dışında meydana gelen eksilme nedeniyle çekilen gerek manevi üzüntülerin, ıstırap ve acılarının bir nebze olsun dindirilebilmesi ve telafisi için ödenmesi gereken bir miktar paranın tazmin şeklidir.¹²⁴ Haksız bir fiil meydana geldiğinde, kişinin malvarlığına ya da şahıs varlığına yönelik olabilmekte ve bunun sonucunda ise kişinin, manevi zarara uğraması halinde bunun tazmini gerekli hale gelmektedir.¹²⁵ Maddi tazminat ise, zarar gören bir kişinin malvarlığında kendi iradesi haricinde meydana gelen eksilme sonucunda doğan zararın aynen giderilmesi ya da nakden ödenmesidir.¹²⁶ Elbette ki manevi tazminattaki zarar ile maddi tazminattaki zarar birbirinden farklıdır. Manevi tazminattaki zarar, kişinin maddi açıdan değil de manevi açıdan uğramış olduğu kayıpları ifade ettiğini söyleyebiliriz.¹²⁷ Maddi ve manevi tazminat, kural olarak açılacak bir tazminat davasıyla istenebilir.¹²⁸ Ne var ki AYM kararları incelendiğinde, mahkemenin başvuru talebi olsun ya da olmasın maddi ya da manevi tazminata hükmedebildiğini görmekteyiz. Ancak maddi tazminata açık olarak hükmetmemektedir. Bunu, yargılama giderleri olan harç masrafları ve vekâlet ücretleri altında yapmaktadır. Burada esas olan Devletin, öncelikli olarak bireylerin makul sürede yargılanma hakkını koruması gerektiğidir.¹²⁹ Bu doğrultuda devlet, yargılama sürecinin uzun sürmesini önlemek için tedbirler almaktadır. Yapılan yargılamanın uzun sürmesini engellemek için bir şey yapılmıyorsa ve dava uzun sürüyorsa, Devlet kendi iç hukukunda davaların uzun

¹²² Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, 39. Bası, Ankara 2014, s. 30.

¹²³ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Ankara 2016, s. 430.

¹²⁴ Öztan, s. 31.

¹²⁵ Kılıçoğlu, s. 431.

¹²⁶ Öztan, s. 30.

¹²⁷ Kılıçoğlu, s. 431.

¹²⁸ Aydın Zevkliler/Şeref Ertaş/Ayşe Havutcu/Murat Aydoğdu/Emre Cumalıoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, İzmir 2013, s. 220.

¹²⁹ Hendek, s. 112.

sürmesi nedeniyle mağdur olan bireyler bakımından bir nevi telafi imkânı sağlamaktadır.¹³⁰

B. Tazminat Açısından

AYM, makul sürede yargılanma hakkı ihlal edildiğinde, bireylerin uğradığı zararı gidermek yahut mevcut problemleri çözmek için bir nevi telafi niteliği taşıyan tazminata hükmetmektedir.¹³¹ Yargılaması uzun süren davalarla ilgili olarak, mevcut problemi çözmek mümkün olmadığından uğranılan zararın tazminatla telafi edilebilmesi yoluna gidilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ikinci fıkrasındaki kurala göre;

*"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. ..."*¹³²

Konu ile bağlantılı olan bir diğer madde Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1/c fıkrasıdır. İlgili maddede genel mahkemelerde dava açılması yolu daha somut bir biçimde düzenlenmektedir: *"Tazminat miktarının tespitinin, daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi hâlinde"*¹³³, Bölüm bu konuyu kendisi karara bağlamaksızın genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilir."

AİHS'in 41. maddesine bakıldığında, AİHM tarafından sözleşmenin ya da ek protokollerin ihlal edildiğine karar verildiğinde, zarar gören taraf lehine tazminata hükmedileceğinin öngörüldüğü görülmektedir. 41. maddede öngörülen tazminat, ilgili tarafın iç hukukunun (AİHM tarafından AİHS hükümlerine aykırı bulunan) karar veya tedbirin sonuçlarını *"ancak kısmen gidermeye elverişli olması"* koşuluna bağlı tutulmuştur. Şu halde öncelikle geçerli olan iç hukuk düzenlemesidir. Bu düzenleme yetersiz olursa tazminata hükmedilecektir.

¹³⁰ Hendek, s. 112.

¹³¹ Hendek, s. 106, 112.

¹³² Vurgu yazara aittir.

¹³³ Vurgu yazara aittir.

Mahkemenin genel mahkemelerde dava açılması yolunu göstermesi, tazminatın tespitinin daha ayrıntılı bir inceleme gerektirmesi koşuluna bağlıdır. Bu da daha çok maddi tazminat taleplerinde gündeme gelir.

Bu düzenlemelerde belirlenen koşullar gerçekleştiğinde Mahkeme başvuruçunun talebi olmadan da resen tazminata hükmetmektedir.

Çalışmamız kapsamında incelediğimiz AYM kararları açısından başvuruçunun talebi olsun ya da olmasın mahkeme tazminata hükmedebilmekte yahut başvuruçunun tazminat talebini hiç nazara almamaktadır. Başvuruçunun karşı karşıya kaldığı ihlal sonucunda mahkemenin tazminata hükmetmesi bağımsız bir hak olmaktan çok, mahkemenin takdirindedir. Bunun yanında mahkeme olayın niteliğine göre, dilerse tazminata hükmetmekte ama bazen de sadece makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespitle yetinmektedir.

Ancak AYM'in makul süreye ilişkin kararları incelendiğinde hükmedilen tazminat miktarlarının pek de tatmin edici olmadığı görülmektedir.

Öte yandan AYM tarafından tespit edilen tazminat miktarları açısından istikrarlı bir uygulamadan da söz etmek güçtür. Özellikle 8 yılı, makul sürede yargılanma hakkının ihlali olarak görürken her bir dava açısından farklı tazminat miktarlarına hükmetmesi dikkat çekicidir. AYM, tazminat miktarlarına hükmederken makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle genellikle her yıl için yaklaşık 900 TL ile 1.000 TL arasında manevi tazminat miktarı öngörmektedir. Böylece geçen her yıl dikkate alınarak tazminat miktarlarının değerlendirilmesini yaptığını görmekteyiz. Ancak bunun yanında 50 yıl süren yargılama süreci, yapılan yargılamalardaki en uzun süreç olmasına rağmen, başvuruçucu için takdir edilen tazminat miktarları oldukça düşüktür. Bu nedenledir ki, AYM'in kararlarında bu açıdan bir uyumsuzluk olduğu söylenebilir.

Bir diğer husus, AYM'in başvuruçunun talebi olmasına rağmen maddi tazminata ilişkin talepleri reddetmesidir. Bunu, Yasanın yukarıda açıklanan hükümleriyle açıklamak mümkündür. Çünkü bu tür tazminat talepleri ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmekte olup, bunların genel mahkemelerde görülmesi yolunun kararda belirtilmesi ge-

rekmetedir. İncelendiğimiz kararlarda tazminata ilişkin olarak “genel mahkemelerde dava açılmasına muhtar olmasına” şeklinde yol gösteren bir ibareye rastlamadık. Anlayabildiğimiz kadarıyla Mahkeme, incelediğimiz kararlarda ihlal tespitini yeterli görmüş olmalıdır. Buna karşılık hakkı ihlal edilen başvuru lehine genel hükümlere göre harçları ve vekâlet ücreti gibi yargılama giderlerine hükmetmektedir.

VI. 6384 sayılı Kanun’a Eklenen “Geçici Madde 2” Aşaması

a) Yukarıda da belirtildiği gibi davaların yargı mercileri önünde zaman içerisinde uzaması, sürüncemede kalması, başta gelen şikâyet konularından biridir. Bu tür ihlaller nedeniyle AİHM’e açılmış davaların mahkemeyi adeta bloke etmesi, gerek AİHM’i ve gerekse bu davalara muhatap olan ülkeleri bir çare bulma arayışına yöneltmiştir.¹³⁴ İşte 09.01.2013 tarih ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun, bu ihtiyacı karşılamak üzere çıkarılmış olsa gerek. Nitekim adı geçen Kanun’un kapsam maddesinde bu durum açıkça ifade edilmektedir: “Bu Kanun; a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı, b) Mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği, iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılmış başvuruları kapsar.” 6384 sayılı Kanun, 19 Ocak 2013 tarih ve 28533 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yasada öngörülen başvuruları kabul edip karara bağlamak üzere de “İnsan Hakları Tazminat Komisyonu” oluşturulmuştur. Bu Komisyonun AİHM’in yükünü hafifletme işlevi yerine getireceği ve bundan da Strasburg organlarının memnuniyet duyduğu söylenebilir.

Ancak, 7145- 25.7.2018 gün ve 7145 sayılı Kanun’un 20. maddesi 6384 sayılı Kanun’a, onun amaç ve kapsamını aşan geçici bir madde ekleyerek (Geçici Madde 2), aynı uygulamayı iç hukukta AYM’e yapılacak bireysel başvurulara da teşmil etmiş bulunmaktadır. Geçici madde 2, başlığı ile birlikte aynen şöyledir:

“Anayasa Mahkemesi’nde bulunan bazı bireysel başvurular hak-

¹³⁴ Kaşıkara, s. 243.

kinda Komisyona müracaat GEÇİCİ MADDE 2- (I) Kanun'un 2nci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında olup, münhasıran bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenir."

7145 sayılı Kanun'un 31.07.2018 tarih ve 30495 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmesiyle geçici madde 2'nin sağladığı kapsam genişlemesi de yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Nitekim 31.07.2018 tarihi ve sonrasında AYM'de derdest olan bireysel başvurularda, Mahkeme artık "başvuru yollarının tüketilmemesi" nedeniyle kabul edilmezlik kararları vermeye başlamıştır.¹³⁵

b) Örnek karar olarak aktardığımız AYM kararına¹³⁶ göre,

"Başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği, ilke olarak Anayasa Mahkemesine başvurunun yapıldığı tarihteki duruma bakılarak değerlendirilir. Ancak Anayasa Mahkemesi bazı durumlarda bireysel başvuru yapıldıktan sonra oluşturulan yeni başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine de karar verebilir. Özellikle belli bir konudaki yapısal ve sistemik sorunlara çözüm bulmak amacıyla sonradan oluşturulmuş bir yol söz konusu ise ikincillik ilkesi, o konudaki temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının -bu yol vasıtasıyla- öncelikle idari ve yargısal makamlarca değerlendirilmesine imkân tanınmasını gerekli kılabilir."

Her ne kadar AYM, geçici madde 2 ile getirilen çözüm "yapısal ve sistemik sorunlara çözüm bulmak amacıyla" açıklamaktaysa da geçici madde 2'nin getirdiği düzenlemenin, Anayasa uygun olup olmadığı en azından tartışma konusu olacaktır. Çünkü Anayasa'nın 148/3. maddesinin son cümlesi "olağan kanun yollarının tüketilmiş olması" koşulundan söz etmektedir. Buna karşılık, 6216 sayılı AYMK bu koşulu, "kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması" biçiminde genişletmiştir (AYMK m. 45/2). Özellikle "idari başvuru yolları"nın, olağan kanun yolları kavra-

¹³⁵ Örnek olarak bkz. AYM Ferat Yüksel Başvurusu, 12.09.2018, Bireysel Başvuru No: 2014/13828: RG 19.10.2018 - 30570.

¹³⁶ Örnek olarak bkz. AYM Ferat Yüksel Başvurusu, 12.09.2018, Bireysel Başvuru No: 2014/13828: RG 19.10.2018 - 30570.

mı içinde yer aldığı kuşkuludur. Üstelik aynı maddede yer alan “*idari başvuru yollarının tamamı*” ifadesi, bu kuşkuyu daha da artırmaktadır. SAĞLAM, Anayasaya uygun yorum yöntemiyle maddedeki ifadenin “**olağan kanun yoluna gelebilmek için hukuken geçirilmesi zorunlu olan yollar**”¹³⁷ olarak yorumlanabileceğini belirtmekte, aksi takdirde anayasaya aykırılığın kaçınılmaz olacağı görüşünü savunmaktadır.¹³⁸

Öte yandan yukarıda açıklanan sorunlardan bağımsız olarak, geçici madde 2, 6216 sayılı AYMK’un 45/2. maddesiyle de uyumlu değildir. Çünkü bu madde “*kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması*”¹³⁹’nı aramaktadır. Oysa başvuru yollarının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olduğu, geçici madde 2 uyarınca davanın AYM’de “derdest” olmasının aranmasıyla sabittir. Örnek olarak aktardığımız AYM kararında bireysel başvurunun 2014 yılında, geçici madde 2’nin yürürlüğe girişinden 4 yıl kadar önce yapıldığı görülmektedir.

SONUÇ

Temel hakların çağdaş toplumlardaki önemi gitgide artmakta ve bu duruma paralel olarak devletlerin de ilgili hakların korunması yönündeki yükümlülükleri çoğalmaktadır. Bu sebeptendir ki yakın sayılabilecek bir tarih olan 2010 yılında Türkiye, bireysel başvuru mekanizmasını kabul etmiştir. Böylece hak ihlallerinin önüne geçilmesi konusunda yerinde bir adım atılmıştır. Adil yargılanma hakkı, mevcut uyuşmazlık bakımından kişileri kapsayan bir hak olması yanında devlet açısından da usuli güvenceler sağlayan bir yükümlülüktür. Anayasa’da adil yargılanma hakkının standartları 36. madde kapsamında hak arama hürriyeti başlığı altında belirlenmiştir. AİHS’de ise aynı standartlar 6. maddede daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiş, AİHM kararlarıyla da geliştirilmiştir.

¹³⁷ Vurgu yazara aittir.

¹³⁸ Sağlam 2012, s. 451. Sağlam, burada anayasaya uygun yorum yöntemine örnek olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13/1. maddesine göre tam yargı davası açmadan önce hakkın idareden istenilmesi zorunlu olduğuna işaret etmekte ve ancak bu istemin kısmen ya da tamamen reddi ya da zimnen reddi halinde dava açılabilirliğini belirtmektedir. “Bu tür başvurular, dava açmanın ya da olağan kanun yolu aşamasına gelmenin ön koşulu olduğundan, AYMK’nın ile bu zorunluğun yerine getirilmesinin istemesi, Anayasa’daki ‘olağan kanun yollarının tüketilmesi’ koşulunun genişletilmesi değil, somutlaştırılmasıdır.”

¹³⁹ Vurgu yazara aittir.

Adil yargılanma hakkı, yargı süresince haklarının ihlal edildiğini savunan kişilerin, varsa ihlallerinin giderilmesi ile ilgili olarak yetkili makamlara başvurusunu içermektedir. Bu kavramda kişinin hem makul sürede yargılanması hem de adil olarak yargılanması sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yapılan yargılamanın makul bir süre içerisinde bitirilmesi gerekliliği, adil yargılanma hakkı için oldukça önemlidir. Yargılama süresince adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini savunan kişiler, gerçekten böyle bir ihlal varsa, haklarının teminine yönelik yetkili makamlara başvurabileceklerdir. Yargıya başvuran kişinin yargılamanın makul süre içinde sonuca varmadığı iddiası, adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınacak olan oldukça önemli bir alt unsurdur.

AYM'in makul süreye ilişkin kararları, ceza davaları ve hukuk davaları olarak ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Gerek ceza davalarında ve gerekse hukuk davalarında AYM'in, hukuki olayın çözümünde güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılabilecek engeller, taraf sayısı, başvuru tutum ve davranışlarını gibi ölçütleri göz önünde bulundurduğunu söyleyebiliriz. Bu ölçütler genellikle AİHM'in de makul süreye ilişkin kararlarında başvurduğu ölçütlere paraleldir.

Ceza davaları bakımından yaptığımız incelemede en çok dikkatimizi çeken karar, Anayasamızda bireysel başvurunun anayasal sınırı olarak yer alan "AİHS kapsamında" sözcüğünün yanlış ve dar yorumlanması, adil yargılanma açısından yurttaşa daha geniş hak tanıyan anayasa kuralı yerine AİHS'in daha dar koruma alanı sağlayan düzenlemesine dayanılarak başvurunun konu bakımından reddedilmiş olmasıdır. Oysa bizzat AİHS'in 53. maddesi böyle bir yoruma izin vermemektedir.

Hukuk davalarında yargılamanın hızlı bir şekilde ilerlemesini sağlayan özel usul hükümlerinin AYM tarafından yeterince gözetilmemiş olması, dikkati çekmektedir. Nihai karar verilirken bahse konu ölçütlerin, her dava için farklı sonuçlar doğurması doğaldır. Bununla birlikte Mahkeme kimi kararlarında anılan ölçütleri vurgulamakla birlikte, -belki iş yükünün fazlalığından- ölçütlerin somut olaya uyarlanmasında yetersiz kalmakta, "*benzer kararlar*"a gönderme yapılmakla yetinilmektedir. Bu tür kararlarda ölçütlerin nasıl somutlaştırıldığını anlamak mümkün olamamaktadır.

Tazminata ilişkin olarak, AYM'in istikrarlı kararlar vermediği görülmektedir. Bazı davalarda yargılama süreci uzun olmasına rağmen tazminat miktarı az olmakta, bazı davalarda ise; yargılama süreci kısa olmasına rağmen gerektiğinden fazla tazminata hükmedilmektedir. Ayrıca yapılan her bireysel başvuruyu somut koşullar çerçevesinde değerlendirmekte ve yapılan değerlendirme sonucunda, manevi tazminata hükmetmektedir. Buna ilaveten incelediğimiz kararlarda mahkemenin, başvuru maddi tazminat talebi olmasına rağmen, bu talepleri reddettiği görülmektedir. Bunun gibi aynı kararlara AYMK'nun 50/2. maddesinde yer alan "*genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir*" hükmünün de yansıtılmadığı görülmektedir. Başvuru konusu olaylarda maddi tazminatı gerektirecek bir özellik görülmemiş olabilir. Ancak böyle bir durumda dahi bunun gerekçede açıklanması açıklık ve saydamlık yönünden daha uygun olurdu.

Çalışmamızda, adil yargılanma hakkının alt unsurlarından biri olan makul sürede yargılanma hakkı irdelenerek göze çarpan noktalar vurgulanmaya çalışılmıştır. Temel hakların, gelişen ve değişen koşullar çerçevesinde ihlal tehlikesi altında olduğu bir gerçektir. Bu noktada esas olan devletin sorumluluğudur; kişinin hakkının ihlal edildiği iddiası etkin biçimde araştırılmalı ve hiçbir ayırım gözetmeden gerçekçi ve adil bir karara varılmalıdır

Kaynakça

- Aksoy Mahmut, Adil Yargılanma Hakkı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Niğde Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Niğde 2013.
- Arslan Kahan Onur, "Bireysel Başvuru Neticesinde Devletin Ödediği Tazminat Sebebiyle Hâkimin Hukuki Sorumluluğuna Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2015, S. 23.
- Aydın Mücahit, "Bireysel Başvuruda Zaman Bakımından Yetki", *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y. 2016, S. 25.
- Aydın Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, S. 4.
- Bayraktar Tuğba/Koyunca Nuran, "Adil Yargılanma Hakkı", <http://www.registerricpess.org/index.php/ICPESS/article/view/1271/41>.
- Bekri M. Nedim, "Gerekeçeli Karar Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2014, S. 3.
- Ergül Ozan, *Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İçtihat İstikrarsızlığı*, 1. Baskı, Ankara 2016.

- Gözler Kemal/Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Bası, Bursa 2013.
- Göztepe Ece/Çelebi Aykut, Demokratik Anayasa –Görüşler ve Öneriler, Metis Yayınları İstanbul 2012.
- Hendek Hasan, Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu, 1. Baskı, Ankara 2016.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Kaşıkar M. Serhat, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılama Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 84, 2009.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2016.
- Köküsarı İsmail, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2011, S. 4.
- Özdek Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Özdemir Kenan, “Adil yargılanma Hakkı Ve Makul Süre”, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/01.sayi/7kenan.pdf>.
- Özer Siddık Onur, Yargılama Hukukunda Bir Adil Yargılanma Hakkı Unsuru Olarak Makul Sürede Yargılanma, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2014.
- Öztan Bilge, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 39. Bası, Ankara 2014.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Sağlam Fazıl, Anayasa Şikâyeti – Anlamı Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar.
- Sağlam Fazıl, Anayasa Hukuku Ders Notları, 1. Baskı, Lefkoşa 2013.
- Sanıvar Ramadan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Doğu Akdeniz Üniversitesi Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, Gazimağusa 2012.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Ankara 2016.
- Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, AİHM, Sekin ve Diğerleri/ Türkiye kararı.
- Uygun Esra/Gerçek, Adnan, “Anayasa Mahkemesinin Vergilendirme Alanındaki Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 2017, S. 29.
- Zevkililer Aydın/Ertaş, Şeref/Havutcu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, İzmir 2013.

Kullanılan Kararlar

- Mehmet Ali İncesu Başvurusu, B. No. 2013/2253.
- Bekir Yazıcı Başvurusu, B. No. 2013/3044.
- Sep İnşaat Sanayi ve Ticaret LTD. ŞTİ. Başvurusu, B. No. 2013/311.
- Tevfik Yıldırım Başvurusu, B. No. 2013/4701.

- Ahmet Sevim Başvurusu, B. No. 2013/474.
Bayram Keleş Başvurusu, 2013/6163.
Ensari Karaduman Başvurusu, B. No. 2013/9838.
Mehmet Kılınç Başvurusu, B. No. 2014/13473.
Cevat Aydın Başvurusu, B. No. 2014/13886.
Dilek Güler Başvurusu, B. No. 2014/15015.
Eren Kayaalp ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2014/2433.
Emin Acar Başvurusu, B. No. 2014/333.
Hüseyin Gıcık Başvurusu, B. No. 2014/4342.
Ali Topaloğlu Başvurusu, B. No. 2014/6334.
Gökben Gökalp ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2014/7729.
Özge Kaya Başvurusu, B. No. 2014/11084.
Ferat Yüksel Başvurusu, B. No. 2014/12838.
AİHM'in Türkiye'ye karşı 23.03.2010 tarihli Oyal kararı, Başvuru No. 4864/05.
AİHM'in Türkiye'ye karşı 24.10.2000 tarihli Büker kararı, Başvuru No. 29921/96.
AİHM'in Türkiye'ye karşı 25.01.2005 tarihli Çakmak ve Diğerleri kararı, Başvuru No. 53672/00.

ANAYASA YARGISINDA ALAN SORUNU: ANAYASA YARGISININ BELİRLENMİŞ ALANI

THE PROBLEM OF DOMAIN IN CONSTITUTIONAL LAW: THE DESIGNATED DOMAIN OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION

Semih Batur KAYA*

Özet: Bu çalışmanın konusu anayasa yargısının alanının tespit edilmesi ve bu alanı genişleten bir akım olarak yargısal aktivizme değinilmesidir. Anayasa yargısında alan anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ve epistemolojik pratiğinin ortaya konulmasıdır. Bir anlamda burada anayasa yargısının varoluşsal ve işlevsel alanı sınırlandırılmakta, tanımlanmakta ve nihai olarak belirlenmektedir. Bilindiği üzere anayasa yargısı anayasalcılığın ve buna bağlı değerler dizisinin operasyonel gücüdür. Anayasacılık siyasi iradenin sınırlandırılmasını, bu sınırlı ortamda ve koşullarda hak ve özgürlüklerin tanınıp güveneye bağlanmasını ve nihai olarak gerçekleştirilip gelişmesini hedefler. Bu bağlamda anayasacılığa bağlı kimi değerler dizisi bulunmaktadır. Bu değerler dizisi anayasa yargısının alanını veya bir diğer söylemle anayasa mahkemelerinin bir yandan ontolojisini diğer yandan hareket alanını teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Çoğulcu Demokrasi, Devlet Aklı, Yargısal Aktivizm, Yargısal Kendini Sınırlandırma

Abstract: Objective of the present study is to determine the domain of constitutional jurisdiction and address judicial activism as a movement extending this domain. The domain of constitutional jurisdiction is about defining the ontological legitimacy and epistemological practice of constitutional jurisdiction. In a sense, the domain of constitutional jurisdiction intrinsic to its very existence and functionality is limited; defined and finally, established. As is known, constitutional jurisdiction is the operational driving force of constitutionalism and the relevant chain of values. The goal of constitutionalism is to limit the political power; recognize and provide assurance for rights and freedoms in such limited environment and under such condition; and finally achieve and improve it. Therefore, there are certain values related with the constitutionalism. These series of values represent the domain of the constitutional jurisdiction, in other words, ontology on one hand and area of movement on the other hand, for constitutional courts.

Keywords: Domain of Constitutional Jurisdiction, State of Law, Pluralistic Democracy, Judicial Activism, Judicial Self-Restraint

* Arş. Gör., Karadeniz Teknik Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, semih.batur@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-5888-1750, Makalenin Gönderim Tarihi: 07.01.2019, Kabul Tarihi: 07.01.2019

Giriş

Son yıllarda gerek ülkemizde gerek dünyada anayasa yargısına yönelik pek çok çalışma gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalarda göze çarpan temel sorun anayasa yargısının alanının ve bu alanı genişleten ve daraltan akımların tespit edilmesidir. Bu bağlamda anayasa yargısının sınırları sorunu ve jürsitokrasi gibi olgular ön plana çıkmaktadır. Ancak bu türev sorunlar anayasa yargısının alanının belirlenmemesi durumunda oldukça girift sorunlara dönüşmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada hedeflenen, anayasa yargısının alanının ortaya konulmasıdır. Burada bu alan sorunu tespit edilirken motivasyon kaynağımız anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olacaktır.

Gerçekten de anayasa yargısına ilişkin bir çalışma a priori (önsel) olarak anayasa yargısının alan sorunuyla doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla bunun için anayasa yargısının alan sorununun aşılması gerekir. Peki, anayasa yargısında alan sorunu nedir? Bugüne kadar takip edebildiğimiz kadarıyla anayasa yargısında alan sorunu üzerine odaklanan bir çalışma söz konusu değildir; genellikle alan sorunu kuramsal bir sorun olarak görülmeğe ziyade giriş mahiyetinde görülmektedir. Hâlbuki alan sorunu anayasa yargısında hayati bir önem taşımaktadır. Gerçekten de anayasa yargısında alan sorunu çözümlendiğinde anayasa yargısına ilişkin diğer sorunlar birer türev sorun görünüm biçimini almaktadırlar.

Anayasa yargısında alan, anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ve epistemolojik pratiğinin ortaya konulmasıdır. Bir anlamda burada anayasa yargısının varoluşsal ve işlevsel alanı sınırlandırılmakta, tanımlanmakta ve nihai olarak belirlenmektedir. Bilindiği üzere anayasa yargısı anayasalığın ve buna bağlı değerler dizisinin operasyonel gücüdür. Anayasacılık siyasi iradenin sınırlandırılmasını, bu sınırlı ortamda ve koşullarda hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasını ve nihai olarak gerçekleştirilip gelişmesini amaçlar. Bu bağlamda anayasacılığa bağlı kimi değerler dizisi bulunmaktadır. Bu değerler dizisi anayasa yargısının alanını veya bir diğer söylemle anayasa mahkemelerinin bir yandan ontolojisini diğer yandan hareket alanını teşkil etmektedir.

Anayasa yargısının alanını belirlerken birey-devlet ilişkisinde anayasalığın özünü ortaya koyan Arslan'ın bu söylemlerini olduğu gibi

alıntılanmakta yarar vardır: “İnsanın devletle dansı bilim-kurgu filmlerine benzer. İnsan zekâsı önce, Nietzsche’yi doğrularcasına “iktidar arzusu” (will to power) ile dünyayı kontrol edecek silahları ya da robotları icat eder. Sonra da, filmin gerçek kahramanı sahneye çıkar. Dünyayı hatta bütün gezegenleri bu ölümcül silahtan ya da robottan kurtarmak için. Kurtarır da. Ancak filmin finalinde, ölüm saçan robotun diriliş işaretleri görülür... İnsanın devletle ilişkisi de bu türdendir. Modern siyasal teoride bu ilişkinin şekillendirilmesi genellikle Hobbes’la başlatılır. İnsanların, birbirini kemirdiği doğa durumundan Leviathan dönemine geçişin nedenlerini, şeklini ve sonuçlarını anlatır Hobbes. Yaşadığı dönemin kaos ve iç savaşlarla dolu olması, Hobbes’un mutlak güç sahibi bir canavar yaratmasını açıklasa bile bunu haklı kılmaya yetmez. Ne var ki, olan olmuştur. Hangi nedenle ve ne şekilde olursa olsun ortaya bir yaratık çıkmıştır. Kimilerine göre, onu yaratanlara eski günlerini aratan bir yaratıktır bu. Şimdi bütün mesele, Leviathan ile birey arasındaki ilişkileri ikincisi lehine düzenleme meselesidir. Ya da bilim-kurgusal anlamda dünyayı Leviathan canavarından kurtarma meselesidir. “Bizathi kötü” ya da “kötülerin silahı” olarak Leviathan’ın etkisini (zararını) azaltabilmek amacıyla, zamanla farklı mekânlarda farklı çözüm yolları ortaya konmuştur. Çözüm yollarının tıkandığı dönemlerde de “gerçeküstü” fanteziler devreye girmiştir. “Yarı sanal deli yürek’ler, kitlelerin gözündeki kirliliğe ve hukuk dışı yollara başvuran Leviathan’a karşı alternatif adalet dağıtıcısı olarak algılanabilmiştir.”¹

A. Anayasa Yargısının Belirlenmiş Alanı

1. Demokratik Hukuk Devleti: Anayasal Demokrasi

Anayasa yargısı ile hukuk devleti arasında organik bir bağ söz konusudur. Anayasa yargısı anayasacılığın bir değerler dizisi olmasından ötürü hukuk devletinin de gerçekleştirilmesi aracıdır. Bu yönüyle anayasa yargısı operasyonel bir kurumdur. Geniş anlamda anayasa yargısı “doğrudan doğruya anayasaya uyulmasını sağlamak amacı güden her türlü yargı işlemi”ni veya anayasa hukuku sorunlarının yargısal usuller içerisinde bir karara bağlanması faaliyetini ifade eder. Dar anlamda ise anayasa yargısından, normların ve diğer kimi yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal merciler tarafından denetimi anlaşılır.² Gerek dar anlamıyla gerek geniş anlamıyla

¹ Zühtü Arslan, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 55.

² Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara 2016, s. 403.

anayasa yargısı hukuk devletini gerçekleştirme aracıdır. Bu bakımdan Özbudun'un da belirttiği gibi anayasa yargısı "hukuk devletinin gelişiminde son ve en önemli merhale" olarak tanımlanabilir.³

Gerçekten de yakın denilebilecek zamana kadar, hukuk devleti olgusundan temel itibarıyla yürütme iradesinin kanunlara bağlılığını sağlayacak yargısal denetim anlaşılmıştır. Fransız İhtilali'nden gelen bölünmez, devredilmez,, yanılmaz ve temsil edilmez genel irade anlayışının etkisiyle, millet temsilcilerinden teşekkül eden yasama iradesinin, birey haklarını ihlal edebileceği, bu nedenle birey haklarının yalnızca yürütme iradesi karşısında değil, yasama iradesi karşısında da korunması gerekeceği pek düşünülmemiştir. Nitekim yazılı ve sert anayasalar on sekizinci yüzyıl sonlarından itibaren ortaya çıkmasıyla başladığı halde, Amerika Birleşik Devletleri bir tarafa bırakılırsa, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sisteminin yaygınlaşması için yirminci yüzyıl tarafından da bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilebileceği anlaşılmıştır. Bu sebeple de anayasa yargısının doğuşu ve alan genişlemesi acı tecrübelerden sonra gerçekleşmiştir.

Siyasal iktidar bulunduğu ortamda hacim genişletmeye meyillidir. Dolayısıyla siyasal iktidar hukuk düzeni karşısında farklı görünüm biçimleri ile ortaya çıkabilmektedir. Şu halde kanımızca anayasa yargısı yürütme ve yasama iradesi diye bir ayrım gözetmeden bir bütün olarak siyasal iktidarın eylem ve işlemlerini denetlemelidir. Çünkü siyasal iktidar kimi zaman yürütme kimi zaman yasama kimi zamanda hem yürütme hem de yasama formuyla bireyin hak ve özgürlüklerini ihlal edebilmekte ve hukukun dışına çıkabilmektedir.

İşte iktidarın bu genişleyici doğası ve tavrı karşısında demokratik hukuk devletinin bulduğu formül anayasal demokrasidir. Sejersted'e göre demokrasi ve hukuk devletinin iki farklı özgürlük yaklaşımına sahiptir. Ona göre özgürlüğün negatif anlamı iktidarın sınırlandırılmasına yönelik iken pozitif anlamı ise iktidarın kullanılmasına ilişkindir.⁴ Benzer bir yaklaşımla Rosenfeld'e göre hukuk devleti ve anayasal

³ Özbudun, (2016), s. 403.

⁴ Francis Sejersted, "Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government", Der. Jon Elster ve Rune Slagstad, içinde Constitutionalism and Democracy, Cambridge University Press,

demokrasi her ne kadar el ele yürüyormuş gibi gözükse de daha yakından incelendiğinde anayasacılıkla demokrasinin her zaman uyum içerisinde olmayabileceği, bunun da demokrasi ile hukuk devleti arasında bir çatışma doğurabileceği gerçeği söz konusudur.⁵

Gerçekten de, anayasacılık ve bunun bir yansıması olan hukuk devleti kavramlarının ilk ortaya çıktığı dönemlerde, özgürlüğün negatif anlamda, yani devletin keyfi müdahalelerinden korunma anlamında anlaşıldığı ve hukuk devletinin de bu korunmayı sağlayacak bir araç olarak düşünüldüğü doğrudur.⁶ Çağımızda sosyal devlet yaklaşımının gelişmesine paralel olarak, özgürlüğe pozitif bir anlam yüklenmeye başlanmış, yani kimi özgürlüklerin, devletin müdahale etmemesiyle değil, aksine müdahalesiyle gerçekleşebileceği düşüncesi yaygınlık kazanmıştır. Bu mekanizmaları harekete geçirebilecek organlar ise, elbette, demokratik seçimlerle teşkil olunan ve halk çoğunluğunun beklentilerini yerine getirmeye çalışan seçilmiş organlardır. Ancak Özbudun'un belirttiği gibi "bu gerçeklerden, demokrasi ve hukuk devletinin, birbirleriyle çelişen ya da birbirleriyle bağdaştırılmayacak kavramlar olduğu sonucu çıkarılamaz. Çağdaş demokrasiler, hürriyetin hem pozitif hem negatif cephelerine eşit önem veren rejimlerdir. Hukuk devleti, şüphesiz, çoğunluk iktidarının keyfi kullanımını önleyen, onu sınırlandıran bir araçtır. Ancak, demokrasiyi çoğunluğun mutlak ve sınırsız iktidarı olarak görmek, bugün çok marjinal çevreler dışında, kimsenin itibar etmediği bir görüştür. Hukukun üstünlüğü ile sınırlandırılmış bir devlet, negatif hürriyetlerin korunması kadar, pozitif hürriyetlerin de korunup geliştirilmesi bakımından zorunlu bir şarttır."⁷

Anayasanın esas işlevi Dworkin'in de belirttiği gibi zorlama gücüne sahip bir kurum olan devlete meşruiyet temeli sağlamaktır. Gerçekten de kralların tanrısal meşruiyeti anlayışının tarihe karıştığı on yedinci yüzyıldan bu yana siyasette en önemli soru şu olmuştur: Kimi insanlara diğerleri üzerinde tahakküm kurma yetkisini veren şey ne-

Cambridge, 1988, s. 131.

⁵ Michel Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, C. 74, 2001, s. 1308.

⁶ Ergun Özbudun, *Anayasacılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 67.

⁷ Özbudun, (2015), s. 67.

dir? Kimi insanlar diğerlerini normalde nefret etmeleri gereken kanunlara uymaya hangi gerekçeyle zorlayabilmektedir? On dokuzuncu yüzyılın başından bu yana bu sorulara verilen ortak bir yanıt söz konusudur. Şüphesiz kimi utanç verici istisnalar yaşanmıştır, fakat genel olarak ve giderek yaygınlaşan bir biçimde, yönetme hakkının yani meşruiyetin, demokrasiden geldiği yönündeki görüş kabul edilmektedir. Buna göre siyasal anayasanın işlevi demokrasiyi kurmak ve korumaktır.⁸ Demokrasiyi kurmak ve korumak şüphesiz bir anayasanın temel işlevlerinden birisidir ama hangi demokrasiyi?

İşte bu noktada Dworkin “ortaklık demokrasisi”ni ortaya atmaktadır. Ortaklık demokrasisi çoğunlukçu demokrasi kadar yaygın bilinmemekle birlikte demokrasi konusunda çok değişik bir bakış açısı sunmaktadır. Peki, insanların aralarında anlaşmazlıklar olsa bile, tıpkı bir ortaklıkta olduğu gibi, birbirlerinin çıkarlarını gözeterek kararlar almasını sağlayan şartlar nelerdir? *“Benim bu soruya cevabım şudur: Şu üç şart, en azından düşünce düzeyinde yerine getirilmelidir. Bu şartların henüz herhangi bir yerde tam olarak sağlandığını düşünmüyorum. Ancak bana göre, bir ortaklık demokrasisinin kurulabilmesi için bu üç şartın kabul edilmesi gerekir. İlk olarak, yurttaşlar siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu, sadece yurttaşların oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir yurttaş, sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için medyaya erişim imkânından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Bildiğiniz gibi, bazı Avrupa ülkelerinde Holocaust’un inkârı bir suçtur. Bu, bir ortaklık demokrasisinde kabulü mümkün olmayan bir durumdur. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı, eşit özen ilkesidir. Herkesin kişisel (var oluş) şartları ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar sadece çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Çünkü herkesin hayatı eşit öneme sahiptir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı, en tartışmalı olanıdır ve bana göre en önemlisidir. Bu şart, bireylerin onurunu korumak amacıyla, sadece kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ve izzetinefsleriyle uyumlu olduğu ölçüde ortaklaşa alınmalıdır.”*⁹

⁸ Ronald Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, s. 27-28.

⁹ Dworkin, (2011), s. 30.

Görüldüğü gibi anayasacılık ve dolayısıyla anayasa yargısı ile demokrasinin uzlaşması sorunu ekseninde ileri sürülen görüşler kendi içerisinde güçlü argümanlara sahiptir. Ancak mantıksal tutarlılık bize demokrasi ile anayasa yargısının uzlaştığını göstermektedir. Çünkü Yüzbaşıoğlu'nun da belirttiği gibi siyasi demokrasi ile anayasa yargısının meşruiyeti açıklanamaz. Milli irade eşittir parlamento iradesi, çoğunluğun iradesi denilirse sorun çözülmez. Yasamadaki irade siyasi bir iradedir, çoğunluğun iradesidir; ancak yalnızca milli irade değildir. II. Dünya Savaşı sonrası anayasa anlayışı değişmiştir, demokrasi anlayışı değişmiştir. Bu nedenle artık çoğunlukçu demokrasi değil, çoğulcu, özgürlükçü kurumlar demokrasisi, konsensüs demokrasisi söz konusudur. İşte bu anlayış içerisinde milli irade anayasal sistem içerisindeki siyasi karar organlarının artı denetim organlarının birlikte iradesidir. Şu halde yasama iradesinin ihdas ettiği bir kanun, milli irade değildir, çoğunluğun iradesidir ve siyasi bir tercihtir.¹⁰

Gerçekten de norm üretiminin sanıldığı gibi bir milli irade teşkil ettiği savı yerinde midir? Kanımızca milli irade denilen mistifikasyon her şeyden önce seçimler sonucunda tecelli etmektedir. Seçimlerde ise milletin değil halkın iradesi tecelli etmektedir. Halk ise, hâlihazırda yaşamakta olan bir "kısmı" ifade etmektedir. Dolayısıyla burada milli irade değil olsa olsa halk iradesi söz konusudur. Fakat daha yakından bir inceleme yapıldığında yasama organındaki çoğunluğun iradesini halk iradesi olarak betimlemek de doğru değildir. Birincisi seçimlere halkın yasal olarak hak kazanmış yetişkin bir bölümü katılmaktadır. İkincisi seçim sistemlerine bağlı olarak seçmen kitlesinin bir kısmı da yaşamaya iradesini aktaramamaktadır. Bu nedenle yasama organındaki çoğunluk, seçimlerden başarıyla çıkmış seçmen kitlesinin gerçek anlamda iradesini temsil etmektedir. Şu halde burada karşı çıkılan konu seçim sonuçlarının kutsallaştırılarak ve milli irade gibi çeşitli mitoslar üretilerek diğer pek çok değer ve kurumun meşruiyetinin bununla koşullandırılmasıdır.

Holmes yasama iradesinin güçsüzleştirilmesi sonucunu doğuracak aktivist bir yargının demokrasinin inşasına uygun olmadığı görüşündedir. Ona göre bir anayasa mahkemesinin yasama iradesinin

¹⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu, "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, Ankara 2004, s. 160.

tecellisi niteliğindeki kanunları sıkça iptal etmesi demokratik çoğunluğun ve yasama organının meşruluğuna zarar verir. Hâlbuki çoğunluk yönetimine ve yasama iradesine saygı duyulmadan bir demokrasinin yerleşmesine imkân yoktur. Dolayısıyla anayasa oluşum sürecinde güçlü bir yargısal denetimin planlanması ve müdahaleci bir yargının benimsenmesi demokratikleşme sürecini baltalar. Şu halde yeni demokrasilerin temel ihtiyacı anayasa yargısı değil güçlü bir yasama iradesidir.¹¹ Biz bu noktada Holmes'un çekincelerine katılmaktayız. Ancak burada ıskalanan bir şey vardır ki o da yargısal kültürün, yani denge ve denetim mekanizmalarının öneminin demokrasiler açısından da ortaya konulmasıdır. Bize göre özellikle yeni demokrasilerde yargısal kültürün önemi büyüktür. Çünkü demokratikleşme sürecinin en önemli paradigması sınırlı iktidar düşüncesidir ki bunun da yolu denge ve denetimden geçer.

Bu bakımdan aktivist bir yargı iradesi her koşulda tabii ki istenir bir şey değildir. Ancak Erdoğan'ın da belirttiği gibi burada aktivist yargısal tutumun da iki türü arasında bir ayırım yapmak gerekir. "Gerçek müdahalecilik" olarak adlandırılan ilkinde, yargı denetimiyle görevli olan organ dar anlamda "anayasaya uygunluk" denetimi gerçekleştirmenin ötesine geçerek, doğrudan doğruya siyasi-ideolojik kararlar verir. Bu yargının, özellikle de anayasa yargısının, verdiği kararlarla doğrudan doğruya yöneten çoğunluğun siyasi tercihlerini işlevsiz kılmasına ilişkindir. Bu durum anayasa yargıçlarının kendilerini politik birer aktör olarak görmelerinden ileri gelebilir. Şüphesiz bu tür bir aktivizmin yeni demokrasiler için değil yerleşik demokrasiler için de zararlı olduğu söylenebilir. Ancak demokrasiye geçmenin aynı zamanda siyasi kültürün de değişimini gerektirdiği yerlerde, liberal-demokratik siyasi değerleri öne çıkaran bir yargısal aktivizmin demokratikleşme-yatırımda bulunabileceğini de göz ardı etmemek gerekir.¹²

Dolayısıyla anayasal demokrasi formülü Çağlar'ın ifadesiyle "anayasa hukukçusunun çalışma tezgâhına yığılan problemlerin başka bir zamanda başka bir mekânda üretilmiş kavramsal cihazı"dır.¹³

¹¹ Stephen Holmes, "Back to Drawing Board", *East European Constitutional Review*, C. 2, S. 1, 1993, s. 21-25.

¹² Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, s. 18.

¹³ Bakır Çağlar, "Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, s. 234.

Ancak bu cihazın da dirimsel kaynağının anayasacılık olduğunu unutmamak gerekir. Dolayısıyla anayasal demokrasi antikite olduğu kadar modern bir dinamik olgudur. Bu nedenle Rousseau'cu mitosa göre kanunun genel iradenin ifadesi olduğu yerinde değildir. Çünkü bu yaklaşımın yasama iradesini kutsallaştırmaktan, siyasi ve hukuki üstünlüğünü vurgulamaktan başka bir dayanağı yoktur. Ancak, "Rousseau'cu mistiğin can çekişmesi uzun sürmüş, onu mumyalayıp muhafaza etmek isteyenler de görülmüştür ama bugün bu mistik anayasal parentoloji müzesinin bir parçasıdır".¹⁴ Gerçekten de bugün demokrasi "hukuk"la tanımlanmakta ve yargı ile yenilenen devlet anlayışı "anayasal demokrasi"nin bir özelliği sayılmaktadır.¹⁵

Öte yandan yasama iradesinin kültleştirilmesi bizi Schmitt'çi bir "yasama devleti" ile karşı karşıya bırakır. Schmitt yasama devleti ile belirli bir tür siyasi kamusal yapı tasvir edilmektedir. Sözü edilen yapının ayırt edici özelliği, kamusal iradenin en yüksek ve tayin edici ifadesini normlaştırmalarda görmesinde saklıdır. Hukuklaşmada irade etmelerinden dolayı belirli nitelikleri haiz olması gereken bu normlaştırmalar, söz konusu gerekliliğin icabı olarak diğer tüm kamusal işlevleri, faaliyet ve görev alanlarını kendilerine tabi kılabilirler. Gerçekten de 19. yüzyıldan bu yana Kıt Avrupası'nda hukuk devleti sözünden anlaşılan şey, gerçekte yalnızca bir yasama devleti idi. Yasama iradesinin üstün ve merkezi konumu, onun bir "yasama organı" olarak, anılan normlaştırmaları kanun koyucunun taşıdığı tüm itibarla tanzim etmesine dayanır.¹⁶ Yasama devletinin karşısında ise karakteristik ifadesini hükümet eden bir devlet başkanının "yüksek şahsi iradesinde ve otoriter emrinde" bulunan "hükümet devleti" yer almaktadır.¹⁷ Sonuç olarak gerek yasama devleti gerek hükümet devleti demokratik hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır.

2. Hukuktan Sapma Olarak "Devlet Aklı" ve Anayasa Yargısı

Anayasacılık devlet iktidarının sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesini içeren bir anlayıştır. Bu bağlamda anayasacılığın temel felsefesi iktidarın denge ve denetimidir. Bu şekil-

¹⁴ Çağlar, a.g.m., s. 235.

¹⁵ Çağlar, a.g.m., s. 237.

¹⁶ Carl Schmitt, Kanunilik ve Meşruiyet, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 3-4.

¹⁷ Schmitt, a.g.e., s. 5-6.

de anayasacılık iktidarı belirler, tanımlar ve sınırlandırır. Anayasacılık gördüğü bu işlevini kendisine bağlı değerler dizisi ile yerine getirir. Bu değerler dizisinin iki esas görünüm biçimi hukuk devleti ve çoğulcu demokrasidir. Bu değerler dizisinden hukuk devleti iktidarın norm sorununu, çoğulcu demokrasi ise iktidarın irade sorununu çözümlenmektedir. Norm sorununun çözümü iktidarın statik halini ve sınırlı biçimini gerçekleştirirken irade sorununun çözümü de iktidarın eylemselliğini bir yandan hukukun içerisinde tutmaya çalışır diğer yandan iktidarın hak ve özgürlükler aleyhine geniş hacim eğilimini engeller.

Hukuk devleti “insanların değil hukukun hükümetidir”; yani hukuk onu uygulayana hiçbir şekilde keyfi davranmak hakkını vermez. Hukuk düzenine bağlı insanların hepsi için belirli bir ölçüde eşitlik ilkesi söz konusudur ve hukukun hesaba katılabilirliği her zaman güvence altına alınmak zorundadır.¹⁸ Bu bakımdan hukuk devleti en kısa tanımıyla, bireylerin hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.¹⁹ Hukuk devleti kavramı, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşısı olarak kullanılmaktadır. Özbudun’un belirttiği gibi hukuk devletinin çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biri olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten de bireylerin devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliştirebilmeleri ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür.²⁰

Bununla birlikte hukuk devleti anlayışının kuramsal olarak konumlandırılabilmesi için “devlet aklı” kavramına değinmek gerekir; zira devlet aklı siyasal alanda hukuk devletini ve meşru siyasi iktidarı etkisizleştiren hukuk dışı bir değişkendir. Dolayısıyla birey hak ve özgürlüklerinin gelişim gösterdiği skalada devlet aklına yaklaşıldıkça hukuk devleti anlayışından uzaklaşılır. Zira devlet aklı şeffaf, denetlenebilir ve dengelenebilir bir yönetim anlayışını reddeder. Bu durumda devletin işleyişi ve faaliyetine dair belirlilik ve öngörülebilirlik ortadan kalkar. Hatta kimi zaman devleti yöneten siyasi iktidar dahi politik karar alım sürecine katılmakta güçlük çeker ve devletin bazı faaliyetlerinden adeta sıradan bir vatandaş gibi sonradan haberdar olur.

¹⁸ Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitapevi, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 209.

¹⁹ Özbudun, (2016), s. 125.

²⁰ Özbudun, (2016), s. 126.

Oysa bir hukuk devletinde devlet işleyişi, siyasi iktidarın faaliyeti ve politik karar alım süreci hukuk düzeni içerisinde ve hukuka göre belirlenir, denetlenir ve bütünüyle şeffaftır. Nitekim Aliefendioğlu'nun belirttiği gibi "Gizlilik, hikmet-i hükümet, ülkenin üstün çıkarlarının gizlilikte olduğu yönündeki anlayışlar kirli yönetimi ya da derin devlet uygulamasını getirir. Hikmet-i hükümet ya da ülkenin üstün çıkarlarının yönetenlerce belirlenmesi gerektiği anlayışı rant paylaşımının kılıfıdır. Kirli yönetim, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz."²¹

Devlet akli genel ve evrensel biçimiyle belli bir siyaset ve yönetim anlayışını ve bir bütün olarak belirli bir devlet zihniyetini ifade etmektedir.²² Devlet akli modern devlette gücün tek elde toplanması olgusunun, başka bir anlatımla egemenliğin kullanım ve işlevselleşme aracı olarak kullanılmıştır. Devlet akli modern devlette gücün aracı ve meşruluk formülü işlevini görmektedir. Dolayısıyla bu kavram veya formül modern devletin oluşum sürecinin başlarında yaygın olan "gücün kendinde bir amaç ve değer olarak kutsanması eğilimi"nin simgesi durumundaydı. Dolayısıyla modern devletin başlangıcında devlet aklının olduğu söylenebilir.²³

Devlet akli doktrinin tarihsel çıkış noktasını, hukuki ve etik normlar ile devlet yönetiminin somut gerekleri arasındaki bir çatışmanın nasıl çözülebileceği sorunu oluşturur. Bu nedenle devlet akli bakımından temel sorun şudur: "Şayet devlete bir yarar sağlayacağı umuluyorsa, hükümdar etik kurallardan ve yürürlükteki hukuktan sapabilir mi ya da açıkça haksızlık yapabilir mi?"²⁴ İşte bu soruya olumlu yanıt verilmesiyle devlet akli doktrinin temeli atılmış olunur. Ancak bu cevabın verilebilmesi diğer kimi öncüllerin varlığına bağlıdır. Bunların başında ise "devletin bekası"nın sağlanmasını siyasi eylemin nihai hedefi olarak

²¹ Yılmaz Aliefendioğlu, "Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, s. 33.

²² Mithat Sancar, "Devlet Akli" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014, s. 15. Sancar "devlet akli" terimini Türkçeye esas ve yaygın olarak çevrilen "hikmet-i hükümet" şeklinde tercüme edilen Fransızcadaki "raison d'etat", Almandadaki "staatrason", İtalyancadaki "ragione di stato" terimlerinin karşılığı olarak kullanmaktadır. Sancar "devlet akli" kavramını kullanmayı terich etmekte ve bu kavramın ve doktrinin anlamını sözel, tarihsel ve evrensel açılardan daha iyi yansıttığını düşünmektedir. Sancar, a.g.e., s. 13-15. Biz de bu doğrultuda Sancar'a katılmaktayız ve "devlet akli" kavramını kullanmayı uygun görmekteyiz.

²³ Sancar, a.g.e., s. 17-18.

²⁴ Sancar, a.g.e., s. 18.

görmek gelir. Tarihsel açıdan bakıldığında devlet aklına uygun siyasi eylemin ön şartını da, hükümdara, değişen iç ve dış şartlara göre serbestçe hareket etme imkânı ve yeteneğini tanımak oluşturur. Kuşkusuz siyasi eylem, her dönemde olduğu gibi bu dönemde de içkin ve dışsal sınırlara tabi olmuştur. Ancak bu doktrin “eylemin sınırları” konusunda da belirleyici karar verme yetkisini bizzat eylemin aktörüne tanır.²⁵

Sancar’ın belirttiği gibi devlet akli doktrinin geliştiği dönemde, siyasi eylemin meşruluk referansının ve sınırlarının “kutsal” otoriteye ve ona dayanılarak kurulan “kutsal” öğretiye göre belirlendiği düşünülecek olursa, bu doktrinde öngörülen siyasi eylem sisteminin işleyişini sağlayacak en elverişli yolun, bir kutsal karşısına başka bir “kutsal”ı çıkarmak, yani siyasi eylemin merkez birimi olarak “devlet”i tanrılaş-tırmak/kutsamak olduğu kolayca söylenebilir. İşte modern devlet ya da “Leviathan”, yani görmeyen, işitmeyen, kendisine dokunulamayan, ancak her şeye kadir, her yerde hazır ve nazır olan yapı, esasında bir tür yeryüzü tanrısı, bu çabaların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.²⁶

Nitekim Hobbes’a göre bir insan topluluğu, kendi arasında sözleşme yaparak, hepsinin birden kişiliğini temsil etmek, yani onların temsilcisi olmak hakkının hangi kişiye veya heyete verileceği konusunda çoğunlukla anlaştığı vakit, bir devlet kurulmuştur denir. Bunun lehinde oy verenler gibi, aleyhinde oy verenler de, barış içinde birlikte yaşamak ve başkalarına karşı korunmak amacıyla, o kişi veya heyetin bütün eylemlerini ve kararlarını, bunlar kendi eylem ve kararlarıymışçasına, yetkili kılacaktır.²⁷ Bundan böyle artık uyruklar hükümet şeklini değiştiremezler. Uyruklar egemenin yapacağı ve uygun bulacağı her şeyi kabul etmek zorundadır. Aksi durum sözleşmenin bozulmasıdır ve bu adaletsizliktir. Başka bir egemen için artık sözleşme yapamazlar. Tanrı ile de sözleşme yapamazlar. Egemen güçten vazgeçilemez; zira egemen yapılmış olan sözleşmenin bir tarafı değildir, egemenin yapacağı her şey de adaletsizlik değildir. Bu nedenle uyrukların vazgeçme mazereti yoktur ve uyrukluktan kurtulamazlar. Yani egemenin iktidarı şarta bağlı değildir.²⁸

²⁵ Sancar, a.g.e., s. 18-19.

²⁶ Sancar, a.g.e., s. 19.

²⁷ Thomas Hobbes, Leviathan, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Semih Lim, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 137.

²⁸ Hobbes, a.g.e., s. 138-139.

Görüldüğü gibi Hobbes adeta modern devletin devlet aklını ortaya koymaktadır. Buna göre iktidar tekil ve tekel olmak zorundadır. Bu iktidar amaçtır ve iktidarın dışında bireyler dahil geriye kalan her şey söz konusu amacın bir aracıdır. İktidarı tanrısalılaştıran Hobbes bu anlamda Hegel gibi iktidarı aleyhinde eylem ve söylemde bulunmaz bir kutsala dönüştürmektedir. Nitekim Hegel modern devleti bir yeryüzü tanrısı olarak görmekteydi ve Napolyon'un at üzerindeki halini tanrının yeryüzüne inişi olarak nitelendirmekteydi. Buradaki devlet aklı en az iki bakımdan sorunludur. Zira bir yandan iktidarın norm sorununu çözümleyemez hale getirmekte diğer yandan iktidara ilişkin irade sorununu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla devlet aklı bir taraftan hukuk devletini işlemez kılmakta diğer yandan çoğulcu demokrasiyi baltalamaktadır. Böylelikle bireyin canı, malı, onuru veya bir diğer anlatımla hak ve özgürlükleri güvenceye altına alınmadığı gibi geliştirilemez hale gelmektedir. Şu halde bu yönüyle devlet aklı demokratik hukuk devleti anlayışının tam karşısında konumlanmaktadır.

Öte yandan, devlet aklı kavramı açısından belirleyici önem taşıyan bir tarihsel bağlamdan söz etmek, doktrinin münhasıran bu bağlama ait olduğu, başka bir deyişle öncesinin ve sonrasının bulunmadığı anlamına gelmez. Gerçi bu doktrine esas teşkil eden siyaset ve devlet zihniyetinin düşünsel kaynaklarına yönelik arayışlar, genellikle önce Machiavelli'ye kadar ulaşır. Bu doğrultuda Machiavelli'nin özellikle "Prens" adlı kitabında dile getirdiği fikirler devlet aklı doktrininin sıcak düşünsel kaynağı olarak değerlendirilmelidir.²⁹ Machiavelli'nin modern devlete giden yolu açan ve bu yönde bir ampirik devlet teorisinin temel unsurlarını geliştiren düşünür olduğu inkar edilemez. Onun öğretisi iktidarı ele geçirmenin ve korumanın siyasi eylemin temel ölçütü olarak görülmesi ve siyaset ile etik arasındaki bütün bağların koparılması olarak özetlenebilir. Bu öğretilerdeki başlıca yenilik devlet adamının içerde iktidarı korumak, dış güçlere karşı "devletin bekası" nı sağlamak için gerekli önlemleri almak veya yöntemleri kullanmak söz konusu olduğunda etik veya hukuk kurallarını bir kenara bırakabileceğini, hatta bırakması gerektiğini söylemiş olmasıdır. Buna göre, siyasi zorunluluklar hukuktan veya etikten ayrılmayı gerektiriyorsa devlet adamının bunda tereddüt etmesi düşünülemez.³⁰

²⁹ Sancar, a.g.e., s. 21.

³⁰ Sancar, a.g.e., s. 21-22.

Gerçekten de Machiavelli'ye göre iyi bir iktidarda tek bir hükümdar bulunur ve geriye kalanlar tamamıyla kuldur. Yönetim için hükümdar çeşitli yöneticiler atar ve bunları dilediği biçimde konumlandırabilir.³¹ Tekil ve tekel iktidar ve geriye kalanların tamamıyla kul olma durumu iktidarın bütünlüğü için oldukça güçlü bir tutkaldır. Çünkü egemenden başka özne ve irade yani herhangi bir iktidarı olan veya herhangi bir biçimde adayı olabilen yok, geriye kalanlar ve her şey iktidar amacıyla ancak araçtır. Bu heterojen olan, birden çok değişkeni olan denklem ve iktidar biçimi değildir; bu tek bir değişkeni olan bir denklem ve homojen bir iktidar biçimidir. Bu iktidarı bütünüyle tek ve tekil olan egemenin varlığıyla koşullandırma durumudur.³² "İnsanın kendi yurttaşlarını yok etmesi, dostlarına ihanet etmesi, vefasız, acımasız, vicdansız olması ve ahlaki idealleri bulundurmaması beceri olarak tanımlanamaz; bu yöntemlerle iktidar ele geçirilirse de şan elde edilemez." der Machiavelli. Fakat bunu yaptığı halde Agathocles'i yüce ve seçkin bir lider olarak görmektedir; ancak seçkin bir insan olarak onurlandırılmaz demektedir.³³ İktidar tebaayı kazanmak için kötülüğü ani ve uzun bir zamana yayılmadan yapmalı, iyiliği de zamana yayarak yapmalıdır.³⁴ Prens iktidarını korumak ve devam ettirmek için gerektiğinde ahlaki ve erdem değerlerinden vazgeçebilir ve kötülüğün tüm yollarını kullanabilir. Çünkü temel amaç iktidar ve bunun devamlılığıdır.³⁵ Prens korkutucu, acımayan olmalıdır. Machiavelli'ye göre bireyler nankör, hakikatsiz, tehlikeler karşısında korkak ve açgözlüdür; ihtiyaç duyulduğunda yanında değillerdir. Bu nedenle egemen bireylere güvenmemelidir.³⁶ Prens çıkarı için vaadini tutmayabilir ve hatta tutmamalıdır; gerektiğinde yalancı ve ikiyüzlü veya tilki gibi olmalıdır.³⁷

Machiavelli ile birlikte devlet akli somut bir görünüm biçimi kazanmış ve adeta vücut bulmuştur. İktidar için amaca giden her yol mubahtır. İrade ve norm tamamıyla tekil ve tekel olarak iktidarın elin-

³¹ Nicolo Machiavelli, *Prens, Remzi Kitabevi, Çev. Leyla Tonguç Basmacı, 3. Basım, İstanbul 2016, s. 22.*

³² Machiavelli, a.g.e., s. 24.

³³ Machiavelli, a.g.e., s. 42.

³⁴ Machiavelli, a.g.e., s. 46.

³⁵ Machiavelli, a.g.e., s. 77.

³⁶ Machiavelli, a.g.e., s. 82.

³⁷ Machiavelli, a.g.e., s. 86.

dedir. Bireylerin iradesi yönetimde söz konusu değildir; norm ancak işlevsel olduğu ölçüde iktidara yolu açan bir araçtır. İktidara buna göre heterojen bir yapı sergilemez; toplum gibi siyaset de homojendir ve iktidarın aparatıdır.

Bununla beraber Sancar'ın da belirttiği gibi devlet akli doktrinin Hegel ile en etkileyici boyutuna ulaştığı söylenebilir. Hegel tanrısallaştırıp kutsadığı devleti, tüm siyasi faaliyetlerin nihai amacı olarak görür. Bu şekilde aşkınlaştırılan devletin, kendini korumak için başvuracağı araçların ayrıca meşrulaştırılmasına ihtiyaç yoktur; zira bunlar bu nihai amaca mündemiçtirler ve meşrulukları da bu amaçtan menkuldür. Devleti "dünya tini"nin yalnızca bir temsilcisi değil, aynı zamanda kesin olarak somutlaşmış bir biçimi olarak değerlendiren Hegel, onu her türlü ahlaki yükümlülükten muaf bir şekilde ortaya koyar. Hegel'e göre ahlakilik, devletin evrensel iradesi için değil, bireysel irade için söz konusudur. Devletin iyiliği, bireyin iyiliğinden bütünüyle farklı bir temele ve haklılığa sahiptir. Devlet haklılığını ve meşruiyetini kendi içerisinde taşır. Şayet devlet için bir ödevden bahsedilecekse, bu ancak kendi kendisini koruma olabilir. Hegel bu doğrultuda devlet akli doktrinin en çıplak ifadelerini formüle etmektedir: "Bir özel şahıs tarafından bir özel şahsa veya bir devlet tarafından başka bir devlete ya da bir özel şahsa karşı yapılan kötülük, bugün için adil bir ceza meselesidir. (Buna karşılık) bir devlete karşı anarşi yaratmak, en büyük ya da yegâne cinayettir... ve doğrudan doğruya bizzat devlete saldırılar en büyük canilerdir ve devletin, kendi bekasını sağlamaktan ve bu canilerin gücünü en güvenli tarzda imha etmekten daha üstün bir ödevi yoktur."³⁸

Görüldüğü gibi devlet akli felsefesi anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisine aykırılık teşkil etmektedir. Hatta bu aykırılık tam bir zıtlık olarak konumlanır. Anayasacılık devlet iktidarının sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin bu sınırlı ortamda korunmasını hedeflemektedir. Dolayısıyla anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Oysa devlet akli doktrini bunu kesinkes bir biçimde reddeder. Devlet aklına göre iktidar veya bunun değişik görünüm biçimleri devletin amacı için ki bu amaç çoğunlukla siyasal pragmatizme dayanır, her yolu mubah gören bir anlayıştır. Bu anlayış iktidarın hacim genişlemesine yönelik

³⁸ Sancar, a.g.e., s. 50.

eğilim gösterir. Dolayısıyla devlet aklında iktidarın sınırlandırılması, tanımlanması ve belirlenmesi süreci tamamıyla amaca giden yolda çıkan birer engeldir. Denge ve denetim devlet aklı için dikkate değer bir olgu değildir. Bu yönüyle devlet aklı tarihsel süreç içerisinde meşru yönetici anlayışından meşru yönetim anlayışına doğru geçiş sürecini ters yönde işletmektedir.

İşte bu noktada devlet aklına ket vuran bir anlayış olarak anayasacılık ve bunun operasyonel gücü olarak anayasa yargısı, bir diğer ifade ile anayasa mahkemeleri oluşturulmuştur. Anayasa yargısı hukuk devletinin de kurumsal bir aracıdır. Gerçekten de Özbudun'un belirttiği gibi yakın denilebilecek zamanlara kadar, hukuk devleti olgusundan esas itibari ile yürütme iradesinin normlara bağlılığını gerçekleştirecek yargısal denetim anlaşılmıştır. Bölünmez, devredilmez, yanılmaz ve temsil edilmez genel irade anlayışının etkisiyle, millet temsilcilerinden teşkil olunan yasama organının, birey haklarına tecavüz edebileceği, bu nedenle birey haklarının yalnızca yürütme iradesi karşısında değil, yasama iradesi karşısında da korunması gerebileceği pek düşünülmemiştir.³⁹ Ancak gelinen noktada anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin ve dolayısıyla da birey hak ve özgürlüklerinin temel tehdit edici unsurlarından birinin de yasama iradesi olduğu görülmektedir. Bununla beraber, şüphesiz, yürütme iktidar araçlarının eylemselliğini, bir diğer söylemle hareket kabiliyetini oluşturur. Yürütmenin, dolayısıyla iktidarın hareket kabiliyeti arttıkça toplumsal alanda hak ve özgürlüklerin ihlal edilme ihtimali de artar.

Öte yandan anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin operasyonel gücü olması beklenen anayasa mahkemelerinin kimi zaman bunun tam aksi yönde davrandıkları ve hatta devlet aklının bir operasyonel gücüne dönüştükleri görülmektedir. Anayasa mahkemelerinde görülen bu biçimdeki işlevsel dönüşüm çoğunlukla anayasa mahkemelerinin bir hegemonik kurum⁴⁰ olarak tasarlanmalarının bir sonucudur. Buradaki hegemon-

³⁹ Özbudun, (2016), s. 403.

⁴⁰ Ran Hirschl ortaya koyduğu bir çalışmada İsrail, Kanada, Yeni Zelanda ve Güney Afrika'daki anayasal gelişmeleri mercek altına almış ve bu ülkelerdeki anayasal hareketlerin yaygınlaşan anayasal değişim ve dönüşüm eğiliminden ibaret olmadığını belirtmiştir. Nihayetinde Hirschl, bu dört ülkedeki anayasal devrimlerin salt yargısal bir güçlendirme yönünde ve niyetinde olmadığını ortaya koymuştur;

yanın tesisi genel olarak askeri, bürokratik veya iktisadi seçkin bir iktidar grubu tarafından gerçekleştirilmektedir. İşte Kimi anayasa mahkemeleri de kararlarında bu tür bir refleksle hareket etmektedir.

3. Hak Temelli Yargı İradesi

Anayasacılığı siyasal iktidarın sınırlandırılması, anayasal devleti de sınırlı devlet olarak gören ortodoks/klasik yaklaşım kimi çevrelerce eleştirilmektedir. Ortodoks anayasacılığın “dar” kavramsallaştırılması karşısında, iktidarı belirleyen formel ve informel organizasyonların açıklanmasını da içine ala daha “geniş” bir anayasacılık kavramından bahsedilmektedir. Buna göre ortodoks anayasacılık anlayışının varsaydığı sınırlamanın gerçeklik değil, bir yanılsamadır. Bireylerin özgürlük ve özerkliğine yönelik müdahaleleri sınırlama iddiası bir mittir; çünkü devlet bugün her zaman olduğundan daha güçlüdür. Ancak Arslan’ın da belirttiği gibi uygulamada devletlerin daha baskıcı ve güçlü hale gelmesi “anayasacılığın normatif hedeflerini” hiçbir biçimde geçersiz kılmaz.⁴¹ Kaldı ki, anayasacılığın temel motivasyonu siyasal iktidarın insan hak ve özgürlükleri doğrultusunda sınırlanması ve iktidarın bölünüp dağıtılmasıdır.

İnsan hakları gerek ulusal ölçekte gerek ulus üstü ölçekte formüle edildiği şekliyle siyasal liberalizmin ürünü olarak belirmektedir. Bir diğer deyimle, modern insan hakları düşüncesi, liberalizmin birey-devlet ilişkisinde bireyi önceleyen ve devleti bireyin haklarını korumaya yönelik “ehveni şer” olarak gören yaklaşıma dayanmaktadır. Bu anlayışa göre iktidarın varlık nedeni (raison d’etre) bireyin hak ve özgürlüklerini korumaktır.⁴²

aksine bu yöndeki eğilim çoğunluk karşısında korku ve tehdit altında olduğunu düşünen siyasal ve iktisadi elitlerin bilinçli bir stratejisidir. Burada elitlerin “çevre”nin çoğunluk olarak siyasal alanda önemli bir aktör haline gelmeleri karşısında kendi hakimiyetlerini koruma güdüsü vardır. Ran Hirschl, “The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions”, *Law and Social Inquiry*, C. 25, S. 1, 2000, s. 91. Ayrıntı için bkz. Semih Batur Kaya, “Anayasa Mahkemesi’nin Laiklik ve Bölünmez Bütünlük İlkeleri ve Hegemonik Koruma Tezi Ekseninde Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Çağdaş Çoğulcu Demokrasilerde Siyasi Partilerin Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 122, 2016.

⁴¹ Zühtü Arslan, “Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)”, *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 16, S. 2, 1999, s. 6-7.

⁴² Zühtü Arslan, “Postmodern Söylem ve İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal*

İnsan hakları ile yargı arasında oldukça işlevsel bir bağ vardır. İnsan haklarını gerçekleştiren yargı iradesidir. Bu gerçekleşmede koruma ve geliştirme bulunmaktadır. İşte bu noktada anayasa yargısı özel ve hayati bir konumda yer almaktadır. Anayasacılık siyasi iktidarın sınırlandırılmasını ve hak ve özgürlüklerin bu sınırlı ortamda korunmasını sağlar. Anayasacılığın özü bu bağlamdaki denge ve denetimdir. Anayasa yargısı anayasacılığın operasyonel bir kurumdur. Dolayısıyla anayasa yargısının alanı da hak ve özgürlükler ve bunların muhtemel ihlallerine karşı denge ve denetimdir. Şu halde anayasa yargısından beklenen “hak eksenli” (right based) bir yaklaşımla davranmasıdır. Pozitivist ve statükocu bir yaklaşım sergilenmesi anayasa yargısının operasyonel konumunu işlevsizleştirecektir.

Yorum yorumcunun sübjektif zihinsel faaliyeti ve bu faaliyet neticesinde anlam⁴³ yüklenmesidir.⁴⁴ Anayasa yargısı, anayasal ve yasal kurallara anlam yükleyen bir “yorumcu topluluğu”dur.⁴⁵ Bu yorumcu topluluğu ilk aşamada belirli bir anlam tespit eder ve ikinci aşamada tespit edilen anlamlar arasında bir tercihte bulunur. Sorun burada yapılan tercihin rasyonel olup olmadığı ve anayasa yargısının ontolojik meşruiyeti ile bağdaşıp bağdaşmadığıdır. İşte anayasa yargısı bir anlamda bu tür bir zemin üzerinde ve pragmatik gerekçelerle hareket eder. Çünkü yargısal denetim sonucunda varılan karar yargıcın kendisel değerlerinden, diğer etkin yorumcuların değerlerinden ve siyasal-sosyal hâkim çevrenin değerlerinden oluşan parametreler üzerinden şekillenir.

İşte insan hakları hususunda bu tür bir karar oluşum aşamasının üzerinde şekillendiği iki temel yaklaşım bulunmaktadır. Hak eksenli yaklaşım, anayasal denetim sürecinin her aşamasında yargıcın hak ve özgürlükleri koruma motivasyonu ve bu bilinçle hareket etme-

Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 1, 2002, s. 3.

⁴³ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005, s. 13.

⁴⁴ Aristoteles'e göre davaları karar bağlayan yargıçlar çoğunlukla sevgi, nefret, bireysel çıkarların etkisinde kaldıklarından dolayı gerçeği tam anlamıyla meydana çıkarmayabilirler. Çünkü onların vardıkları sonuçlar haz ya da acılarıyla maskelenmektedir. Aristotle, *The Art of Rethoric*, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.

⁴⁵ Zühtü Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, 2000, s. 274-293.

sidir. Buna göre hak eksenli yaklaşımda yargıç hak ihlallerini tespit ederek hak ve özgürlüklerin korunmasından ve gelişmesinden yana tavır almaktadır. Amaç eksenli (goal based) yaklaşımda ise yargıç daha çok pragmatist reflekslerle örülü bir tercihte bulunur. Burada özellikle devletin kültleştirildiği ve devletin amaçlarının, “devlet aklı”nın ön plana çıkarıldığı bir faaliyet söz konusudur. Otoriter ve totaliter bir karakter besleyen amaç eksenli yaklaşımda karar oluşum sürecinde birey ve onun hak ve özgürlükleri çoğunlukla göz ardı edilir. Kısacası amaç eksenli yaklaşım statükocu ve resmi izler taşıyan bir faaliyettir.

Anayasa yargısının demokratik bir hukuk devletindeki varlığı uzun süreden beridir tartışma konusudur.⁴⁶ Buna rağmen anayasacılığın özü mahiyetindeki insan hakları demokrasi ile birlikte demokratik hukuk devletinin karakterini belirlemektedir. İşte insan haklarının yargısal korunması da anayasa mahkemeleri ile sağlanmaktadır; dolayısıyla anayasa yargısının meşruiyet temeli de buradan türemektedir. Gerçekten de anayasa mahkemeleri devletin ve bunun operasyonel kodu olan siyasi iktidarın muhtemel ihlalleri karşısında hak ve özgürlükleri koruyan oluşumlardır.

Yüksek mahkemelerin bu işlevi Arslan’ın da belirttiği üzere hak temelli bir hukukun üstünlüğü anlayışından kaynaklanmaktadır.⁴⁷ Nitekim Dworkin’e göre yargıçlar karar oluşum sürecinde bireylerin siyasi haklarını korumayı amaçlayan siyasi ilkelere beslenen argümanlara dayandırmak zorundadır.⁴⁸ Kanımızca anayasa yargıçları karar oluşum sürecinin her aşamasında hak eksenli bir yaklaşımla davranmalıdır. Çünkü ancak bu şekilde anayasa yargısı anayasacılıktaki operasyonel konumunu ve ontolojik meşruiyetini korur.

⁴⁶ Bu konuda önemli bir tartışma için bkz. Jeremy Waldron, “Judicial Review and Conditions of Democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, C. 6, S. 4, 1998, s. 335-355. James B. Kelly ve Micahel Murphy, “Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Curt of Canada’s Legal Rights Jurisprudence”, *Canadian Journal of Law Society*, C: 16, S. 1, 2001, s. 3.

⁴⁷ Zühtü Arslan, “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve Çağ’ında ‘Ya-Ya Da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar, 2001, s. 7-8.

⁴⁸ Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985, s. 11.

Dworkin eğer bir yönetim “hakları ciddiye almıyorsa, bu durumda hukuku da ciddiye almıyor demektir” demektedir.⁴⁹ Aynı mantık anayasa yargısı için katmerleşerek doğrulanmaktadır. Anayasacılığın özünün operasyonel bir kurumu olan anayasa yargısı da eğer hakları ciddiye almıyorsa hukuku da ciddiye almıyor demektir. Haklar kurumu bu nedenle oldukça hayattır; zira o, çoğunluğun, azınlıklara vermiş olduğu, onların saygınlık ve eşitliğine saygı gösterileceği sözünü temsil eder.⁵⁰ Gerçekten de hakların anayasal düzeyde ciddiye alınması, özellikle “bölünmüş toplumlarda”, toplumsal katmanlar arasındaki ayrılık en şiddetli olduğu zaman, Dworkin’in belirttiği gibi eğer hukukun işlemesi gerekiyorsa ve isteniyorsa haklar ciddiye alınmalıdır.

Çünkü anayasa, bir normun geçerliliğine ilişkin ahlaki ve karmaşık problemleri bir potada eritmektedir. Doğru bir biçimde yorumlanırsa dahi anayasal haklar hayatın karmaşıklığı ve insan onurunun yüceliği karşısında etkisiz kalabilmektedir. Kaldı ki, anayasalar bireylerin tüm ahlaki haklarını kapsayıp kapsamadığı da ayrı bir sorundur. Dolayısıyla anayasal düzen, siyasi iktidar karşısında sahip olunan ahlaki hakları ciddi katkılar sunabilmekle birlikte yeterince koruyup geliştiremeyebilir. Bu hallerde anayasa yargısı hakları ciddiye alarak bireyin ahlaki varlığını ve onurunu koruyucu ve geliştirici bir tutumla var olmalıdır.

B. Anayasa Yargısı Alanını Genişleten Bir Akım: Yargısal Aktivizm

Kanunların anayasaya uygunluğunu anayasal denetim sonucunda anayasa yargısı sağlamaktadır. Gerek ülkemizde gerek Kıta Avrupası ve ABD’de anayasa mahkemesi kararları “yargısal aktivizm” çerçevesinde değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda yargısal aktivizm kimi zaman olumlu ve fakat çoğunlukla da olumsuz eleştirilere maruz kalmaktadır. Yargısal aktivizmin normların somutlaştırılması sürecinde yorumlama faaliyetine ilişkin olduğu söylenebilir. Yorum her ne kadar sübjektif bir zihinsel faaliyet olsa da anayasa metnlerinin objektif nitelikleri ortaya belirlenebilir, öngörülebilir değerlendirme-

⁴⁹ Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınları, Ankara 2007, s. 248.

⁵⁰ Dworkin, (2007), s. 248.

lerin çıkması beklenir. Ancak özellikle kısa ve öz anayasaların soyut ve genel ifadeler içerdiği düşünülürse durum yargısal aktivizm bağlamında biraz daha olağanlaşmaktadır.

Yargısal aktivizm değerlendirmesi her ne kadar kavramsallaştırılmamışsa da daha önce de söz konusuydu. Doktrinde yargısal aktivizmi ortaya koyan çeşitli görüşler bulunmaktaydı. Gerçekten de yargıçların pozitif hukuk yaratma faaliyetleri “yargısal yasama” şeklinde ifade edilmekteydi ve o dönemlerde de yargısal yasama faaliyeti tartışmalara konu oluyordu. Nitekim Blackstone yargısal yasamayı ortak hukuk açısından olumlarken, buna karşılık Beentham söz konusu durumu yasama yetkisinin devre dışı bırakıldığı gerekçesi ile “zavallı bir safсата” olarak değerlendiriyordu.⁵¹ Kavram olarak ise yargısal aktivizm ilk kez akademik olmayan bir dergide yayımlanan bir makalede kullanılmıştır. Schlesinger, Ocak 1947’de Fortune dergisinde yazdığı bir makalesinde yargısal aktivizm kavramını ortaya atmıştır. Akademik bir kaygı gütmeyen bir makalede kullanılan yargısal aktivizm süreci içerisinde doktrinde oldukça hararetle tartışmalara konu oldu ve belirli bir olgunluğa erişti.

Görüldüğü gibi yargısal aktivizm anayasa yargıcının hukuku yaratmasındaki rolü ile hukuku değiştirmesindeki rolü arasında skalada değişim ve dönüşüme işaret etmektedir. Bu noktadaki tartışmalar ise anayasa yargıcının tutumu üzerinde odaklanmaktadır. Anayasa yargıcının yasama iradesinin tecellisi niteliğindeki kanunların iptal edilmesi veya anayasaya uygun yoruma tabi tutulması kuşkusuz demokrasi açısından tartışma konusu olması kaçınılmazdır. Ancak burada sorun demokrasi cephesinden gelen eleştirilerin anayasa yargıcının tutumu ve yargısal aktivizmi yerine anayasa yargıcının varlığına yönelmesidir. Bu noktada artık anayasa yargıcının ontolojik meşruiyetinin aşıldığı ve yargısal aktivizm konusunun tartışma konusu yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Demokratik bir hukuk devletinde kuşkusuz siyasetin yarışan değerleri anlamlıdır. Söz konusu bu yarışan değerler anayasal sorunları doğurur ve anayasal demokrasilerde mahkemelerin zor davlarda ne

⁵¹ Keenan D. Kmiec, “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, C. 92, S. 5, 2004, s.1444. Ayrıca bkz. Ozan Ergül, Berraklaşırılmayan Bir Kavram: “Yargısal Aktivizm”, *TBB Dergisi*, S. 104, 2013, s.42.

şekilde karar vermesi gerektiği önemlidir.⁵² Gerçekten de, sınırlı devlet iktidarını öngören ve bunu anayasanın yapısal hükümleri yanında, hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıyla sağlayan anayasal demokrasiler için yarışmacı siyaset vazgeçilmez bir unsurdur. Kaldı ki bu durum siyasetin doğasında vardır. Dolayısıyla siyasal alanda yarışan değerlerin varlığı ve bunların korunması, bir diğer anlatımla siyasi özgürlüğün garanti edilmesi, keyfi iktidarın engellenmesinin de en büyük güvencesidir. Bu hukuk devletine ulaşmada da siyasal bir ön şarttır. Şu halde anayasa yargıcından beklenen, siyasetin bu yarışan değerlerine hakemlik yapmasıdır. Siyaset olgusunun kendi içerisinde hakemlik yapmasının riskleri karşısında, anayasa yargıcının hakemliği, onun tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile pekişmelidir. Sorun, anayasa yargıcının bu yansızlığının nasıl gerçekleştirileceğidir. Fakat belirtmek gerekir ki bu yansızlık mutlak bir yansızlık olmaz. Nasıl olağan yargıçlar hukukun öngördüğü adalet düzenine bağlı kalarak tarafsızlığını bununla gerçekleştiriyorsa, anayasa yargıcısı da hukuk düzeninin adalet değerini ortaya koyan anayasaya bağlı kalarak tarafsızlığını sağlar. Bir diğer anlatımla, anayasa yargısının tarafsızlığı siyasetin yarışan değerlerinin değil, anayasanın tarafını tutmasına bağlıdır.⁵³

İşte yargısal aktivizm ve yargısal kendi kendini sınırlama yarışan değerlere ilişkin kararların verilmesine ilişkin iki uç noktada bulunmaktadır. Yargısal aktivizm yarışan değerlere rağmen kendisel mahiyetinin bir gereği olarak anayasa hükümlerine yön tayinini belirlemeye dayanır. Dolayısıyla kanunilik, eşitlik gibi değerlerin anlamlarını anayasa yargıcısı somutlaştırmalıdır. Yargısal kendi kendini sınırlama ise anayasa yargıcının yarışan siyasi değerleri karşısında adeta nötr bir tutum takınmasını öngörür. Bu şekilde yargıçlar anayasal ilkeleri somutlaştırmak suretiyle verdikleri kararlara uygun bir yorumla ulaşabilir. Ancak Dworkin'e göre bu halde de, yargıçlar anayasa hükümlerini ihlal ederek "siyasal ahlakiliğe" saldırmış olacaklardır.⁵⁴

Posner ise, yargıçların ne tür gerekçelerle belirli bir yargı felsefesi-ni benimsedikleri ya da belirli bir davada niçin o şekilde karar verdik-

⁵² Bkz. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 19. Baskı, Harvard university Press, Cambridge 2002, s. 137.

⁵³ Mehmet Tevfik Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 241.

⁵⁴ Dworkin, (2002), s. 137.

leri veya önceki kararlara neden uygunluk gösterdikleri ya da uymadıkları sorusundan daha çok “acaba yargıçlar rasyonel midir” şeklinde bir sorunun sorulması gerektiğini ortaya koymaktadır. Posner’a göre “yargıçlar çocuksu bir şekilde her şeye kanan safların inandığı kadar veya hukuk mesleğindeki propagandacıların iddia ettiği kadar zeki olmayabilirler, ama rasyonel insanlardır”. Zaten anayasa koyucunun, yargıçların tutarlı ve cesur tutum takınmalarını sağlamak için yargıçlık ile ilgili teminatlar getirmesi de, onların rasyonel karar verebilmelerini gerçekleştirmek içindir.⁵⁵ Gerçekten de karar verme sürecinin ya da başka bir deyimle norm somutlaştırma sürecinin bir irrasyonel diğeri rasyonel iki yönü vardır. Anlamlandırma faaliyeti irrasyonel iken ortaya çıkarılan anlamlar arasından birinin seçilmesi ise rasyonel bir tercihtir.

Görüldüğü gibi hükme varma kuramları oldukça karmaşıktır. Fakat Dworkin’in belirttiği gibi en popüler kuramlar dahi yargılamayı yasamanın gölgesine koymaktadır. Buna göre hâkimler diğer kurumların yaptığı hukuku uygulamalıdır ve yeni bir hukuk yaratmamalıdır. İdeal olan her ne kadar bu olsa da uygulamada bu durum her zaman gerçekleştirilemeyebilir. Çünkü yasalar çoğunlukla belirsizdir ve yeni davalara uygulanmadan önce yorumlanmaları gerekir. Kaldı ki kimi davalar öyle yeni sorunlar meydana çıkarır ki, bunlara var olan kuralları genişleterek ya da yeniden yorumlayarak bile karar verilemez. Bu durumda, hâkimler kimi zaman, kapalı biçimde ya da açıkça yeni kural oluşturmalarıdır. Fakat bunu yaptıklarında, yasayı, yasa koyucunun sorunla karşılaştığında yasalaştıracağını varsaydıkları şekilde yaparak, hakiki yasa koyucunun vekili gibi hareket etmelidirler. Bu oldukça tanıdık ancak sıradan öyküde, her zaman fark edilmeyen ileri bir itaat seviyesi saklıdır. Hâkimler norm oluşturdukları zaman, sadece yaşamaya yardımcı olarak değil, vekil yasa koyucu olarak hareket edecekleri beklentisi de oluşur. Onlar, daha üstün bir kurumun kendi başına hareket ettiğindeki gibi, aynı özellikteki kanıt ve argümanlara karşılık olarak yasa oluşturacaklardır. Bu daha derin bir itaat ve bağlılık seviyesidir; zira hâkimlerin zor davalarda ne yaptığını yönelik herhangi bir yaklaşımı, yasa koyucuların sürekli ne yaptığını ilişkin

⁵⁵ Richard A. Posner, “Yargıçlar Neyi Maksimize Eder?” Çev. Mustafa Acar, Demokrasi Platformu, Y. 1, S. 2, 2005, s. 156-157.

daha önceki bir yaklaşım üzerinde asalak durumuna getirir. Bu daha köktenci itaat, dolayısıyla siyasi olduğu kadar kavramsaldır.⁵⁶

Kanaatimizce anayasal davalar çoğunlukla Dworkin'in belirttiği zor davalar niteliğindedir. Olağan mahkemeler gibi anayasa mahkemelerinin bu tür davalarda davranması, anayasa yargıçlarının olağan yargıçlar gibi tutum takınması beklenemez. Öte yandan anayasa yargıçları üzerinde siyasi bir vesayet de kabul edilemez. Şüphesiz anayasa yargıçları hukuku yaratacaklardır. Sorun hukukun değişiminde ve değiştirilmesinde saklıdır. Şu halde Dworkin'in belirttiği gibi esasında hâkimler ne vekil yasa koyucular olmalıdırlar ne de öyledirler. Dolayısıyla başka biri tarafından çoktan verilmiş siyasi kararların ötesine geçtiklerinde yasa koyculuk yaptıkları tanındık varsayımı yanlış yönlendiricidir. O, siyaset teorisinde şimdi kaba bir şekilde ortaya konulan temel bir ayırımın önemini gözden geçirir. Bu bir taraftaki ilke argümanları ile diğer taraftaki politika argümanları arasındaki ayırımdır.⁵⁷

Gerçekten de politika argümanları Dworkin'in belirttiği gibi siyasi bir kararı, kararın bütün olarak toplumun kolektif bir amacını ilerlettiğini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırır. Örneğin uçak üreticilerine sübvansiyon verilmesi lehine, sübvansiyonun ulusal savunmayı koruyacağı argümanı, bir politika argümanıdır. İlke argümanları siyasi bir kararı, kararın bireysel bir hakka veya bir grup hakkına saygı gösterdiğini ya da koruduğunu göstererek haklılaştırırlar. Ayrımcılığın önlenmesi yasaları lehine, bir azınlığın eşit saygı ve ilgiye hakkı olduğu argümanı bir ilke argümanıdır. Bu iki argüman türü siyasi argümanı tüketmez. Mesela, kimi zaman, körlerin vergi muafiyeti için fazladan gelir vergisine izin verme kararı gibi siyasi bir karar, politika ya da ilke gerekçelerindense kamu cömertliği ya da erdemi olarak savunulabilir. Fakat ilke ve politika, siyasi haklılaştırma için temel zeminlerdir.⁵⁸ Kanımıza politika argümanı ve ilke argümanı anayasal davalar için anlamsızlaşabilmektedir. Çünkü anayasacılığın özü tahrif edildiğinde, bu ayırımı yapmanın bir manası kalmaz.

İlkeler Dworkin'in kullandığı biçimiyle her ne kadar yerel ve geleneksel bir yönü olsa da hukukun genel ilkelerini de içeren evrensel il-

⁵⁶ Dworkin, (2007), s. 115-116.

⁵⁷ Dworkin, (2007), s. 116.

⁵⁸ Dworkin, (2007), s. 116-117.

kelerdir. Bu ilkelerin keşfi nasıl ki yargılama süreci için geçerlidir aynı şekilde yasama iradesi için de politik karar oluşum sürecinde geçerli olmalıdır. Bu şekilde haklar alanı evrensel ilkeler çerçevesinde korunabilir. Haklar alanı özerktir ve yasama iradesi haklar alanına müdahale edemez. Haklar alanının sınırını ise adalet, eşitlik ve özgürlük idesinin yeryüzündeki gerçekleşimi olan anayasacılık ve buna bağlı kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi oluşturmaktadır.

Anayasacılık ve bunun çalışma esası olarak anayasa yargısının temel hedefi hak ve özgürlüklerin tanınması, güvenceye bağlanması, gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesidir. Anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasinin esası haklar alanını bir yandan olabilecek muhtemel saldırılardan korumak diğer yandan geliştirmek ve genişletmektir. Dolayısıyla anayasa yargısında yargısal aktivizm de bu bağlamda değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. Şu halde hesap şudur: Bir norm eğer anayasacılığın ahlaki temelini, yani bireyin hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırıyor, bireyin özerk yaşam alanını ortadan kaldırıyor, o norm hukuken yok sayılmalıdır.

Dolayısıyla bir norm eğer kuvvetler ayrılığını, hukuk devletini, çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırıyor, söz konusu o norm hukuken yok sayılmalıdır. Çünkü bu halde söz konusu norm anayasacılığın ve dolayısıyla anayasacılığın çalışma esasının ahlaki temelini ortadan kaldırıyor demektir. Ancak eğer bir norm anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisinin ve anayasanın çalışma esasının yalnızca alanını daraltıyorsa, yani bunu tamamen ortadan kaldırmıyor veya çok ağır bir biçimde kısıtlamıyorsa bu halde anayasaya aykırı olduğuna hükmedilerek iptal kararı verilmelidir. Çünkü bu durumda anayasacılığın ahlaki temeli ortadan kaldırılmamakta ya da çok ağır bir şekilde ihlal edilmemekte yalnızca söz konusu ahlaki temel, yani hak ve özgürlüklerin etkinliği azaltılmaktadır.

Bu karmaşık tartışmayı özetlemek ve sonuçlandırmak gerekir. Belirtmek gerekir ki anayasal düzenimiz belirli bir ahlaki teoriye dayanmaktadır, yani insanlar devlete karşı haklara sahiptir. Bill of Rights ve tabii ki anayasaların zor hükümleri, doğru uygulanma ve eşit koruma hükümleri gibi, belli anlayışlar koymaktan ziyade ahlaki kavramlara

başvurma olarak anlaşılmalıdır. “Bu yüzden, bu hükümlere uyma yükümlülüğünü tamamen hukuk olarak kabul eden bir mahkeme aktivist olmak zorundadır ve mantıken politik ahlakın sorularını dile getirmeye ve cevaplamaya hazırlıklı olmalıdır”.⁵⁹

Sonuç

Hukuk, insan hak ve özgürlükleri ortaya koyan, onu koruyan ve geliştiren bir değerler bütünüdür. Bu değerler dizisinin yönetim faaliyetine aktarılması ve somutlaştırılması⁶⁰ günümüzde anayasal demokrasi olarak ifade edilmektedir. İşte anayasal demokrasi modern görünüm biçimiyle günümüz demokratik hukuk devletinde hukukun kaynağını teşkil etmektedir. Bu kaynak anayasa yargısının alanını ortaya koymaktadır. Gerçekten de anayasa yargısının alanı demokratik hukuk devletindeki formülleşirmesi ile anayasal demokrasidir. Anayasal demokrasinin değiştirilmesi ise hukukun ve dolayısıyla anayasa yargısının alanının değiştirilmesi anlamına gelir.

Gerçekten de yasama daha hukukun yaratımı aşamasında hukuku değiştirebilmekte, yürütme hukuku ihlal ederek değiştirebilmekte ve nihayet yargı da hukuku uygulama aşamasında değiştirebilmektedir. Dolayısıyla anayasal demokrasiyi tehdit eden pek çok operatörden ve bunların değişkenlerinden bahsedilebilir. Buradaki konumuz ise yargı ve münhasıran anayasa yargısıdır. Anayasa yargısı yargısal aktivizm ile bir yandan hukuku değiştirebilmekte diğer yandan ise anayasa yargısının alanını genişletebilmektedir.

Peki, bu denli operasyonel bir konumda bulunan anayasa yargısının yargısal aktivizm gücü hangi halde meşru addedilebilir? Meşruiyet siyaset teorisinin en önemli sorunu olduğu gibi hukuksal bir sorundur da aynı zamanda. Kanımızca anayasa yargısının alanını genişleten yargısal aktivizm olgusu anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi olarak kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, insan hakları ve çoğul-

⁵⁹ Dworkin, (2007), s. 186.

⁶⁰ Hukuk, yargıçların davalara nasıl baktığını da ortaya koyar. İyi bir hukuk düzeni, yani bir diğer ifade ile demokratik bir hukuk devleti yargıcı da bu bağlamda eğitir. Ayrıca bkz. Ronald Dworkin, Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge ve Massachusetts 1986, s. 1-3. Gerçi Aliefendioğlu'nun da belirttiği gibi “iyi yargıç varsa, kötü yasa yoktur”. Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 239.

cu demokrasi ekseninde geliştiğinde meşru olur. Yoksa devlet akli ve resmi ideolojinin yansıması olan bir yargısal aktivizm şüphesiz meşru değildir.

Kaynakça

- Aliefendioğlu Yılmaz, "Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti", *Ankara Barosu Dergisi*, 2001-2, s. 33. 29-68.
- Aliefendioğlu Yılmaz, *Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları*, Ankara 1997.
- Aristotle, *The Art of Rethoric*, Çev. J. H. Freese, Loeb Classical Library, 1925.
- Arslan Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Arslan Zühtü, "Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler Politikası: 'Ve Çağında 'Ya-Ya Da'cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme", *Liberal Düşünce Dergisi*, Bahar, 2001, 5-14.
- Arslan Zühtü, "Anayasal Devletin Normatif Temelleri: Siyasal Tarafsızlık (I)", *Liberal Düşünce Dergisi*, C. 16, S. 2, 1999, s. 6-7, 5-19.
- Arslan Zühtü, "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 1, 2002, 1-22.
- Arslan Zühtü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 17, 2000, 274-293.
- Çağlar Bakır, "Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 10, 1993, 233-276.
- Dohering Karl, *Genel Devlet Kuramı*, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılap Kitapevi, 6. Baskı, İstanbul 2015.
- Dworkin Ronald, "Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 28, 2011, 27-39.
- Dworkin Ronald, *Taking Rights Serously*, 19. Baskı, Harvard university Press, Cambridge 2002.
- Dworkin Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge ve Massachusetts 1986.
- Dworkin Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Yayınevi, Ankara 2007.
- Dworkin Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass, 1985.
- Erdoğan Mustafa, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 54, S. 3, 2005, 1-22.
- Gülsoy Mehmet Tefik, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Hobbes Thomas, *Leviathan*, Yapı Kredi Yayınları, Çev. Semih Lim, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- Holmes Stephen "Back to Drawing Board", *East European Constitutional Review*, C. 2, S. 1, 1993, 21-25.

- Hirschl Ran, "The Political Origins Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions", *Law and Social Inquiry*, C. 25, S. 1, 2000.
- Kaya Semih Batur, "Anayasa Mahkemesi'nin Laiklik ve Bölünmez Bütünlük İlkele-ri ve Hegemonik Koruma Tezi Ekseninde Siyasi Partilere Yaklaşımı ve Çağdaş Çoğulcu Demokrasilerde Siyasi Partilerin Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 122, 2016.
- Kelly James B. ve Micahel Murphy, "Confronting Judicial Supremacy: A Defence of Judicial Activism and the Supreme Curt of Canada's Legal Rights Jurisprudence", *Canadian Journal of Law Society*, C: 16, S. 1, 2001, 3-27.
- Kmiec Keenan D., "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review*, C. 92, S. 5, 2004.
- Machiavelli Nicolo, Prens, Remzi Kitabevi, Çev. Leyla Tonguç Basmacı, 3. Basım, İstanbul 2016.
- Marmor Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2. Baskı, Oxford and Portland, Oregon, 2005.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, 16. Baskı, Ankara 2016.
- Özbudun Ergun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- Posner Richard A., "Yargıçlar Neyi Maksimize Eder?" Çev. Mustafa Acar, *Demokrasi Platformu*, Y. 1, S. 2, 2005.
- Rosenfeld Michel, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", *Southern California Law Review*, C. 74, 2001, 1307-1351.
- Sancar Mithat, "Devlet Akı" Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2014.
- Schmitt Carl, *Kanunilik ve Meşruiyet*, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İthaki Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2016.
- Sejersted Francis, "Democracy and the rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government", Der. Jon Elster ve Rune Slagstad, içinde *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Yüzbaşıoğlu Nemci, "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli", *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, Ankara 2004, 105-162.
- Waldron Jeremy, "Judicial Review and Conditions of Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, C. 6, S. 4, 1998, 335-355.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'İN ÖZEL YÖNTEMLERİ ÇERÇEVESİNDE ÖZEL RAPORTÖRLÜK KURUMU

THE INSTITUTION OF SPECIAL RAPPORTEUR CONTEXT OF SPECIAL PROCEDURES OF UNITED NATIONS

Fatmagül KALE ÖZÇELİK*

Özet: Birleşmiş Milletler sisteminde bağımsız uzman olarak anılan özel raportörler, sözleşme-dışı koruma yöntemleri arasında yer alan özel yöntemlerin ana unsurlarındandır. Süreklilik arz eden insan hakları sorunlarına dikkat çekme ve devletlerin uluslararası insan hakları hukukundan doğan yükümlülüklerini iyileştirme konusunda dünya genelinde önemli rol oynarlar. Bu rollerini, ülkesel ve konusal olarak ayırdıkları çalışma alanlarıyla gerçekleştirirler. Yaptıkları ülke ziyaretleri, hükümetlere yönelik acil başvurular ve iddia mektupları, çalışmalarının sonucunda hazırladıkları ve alenileştirdikleri raporları ve tavsiyeleri çalışma faaliyetlerini oluşturur. Ancak, faaliyetlerini yaparken çeşitli sorunlarla karşılaşır. Örneğin, özel raportörlerle devletlerin işbirliğinin olmaması faaliyetlerinin önündeki en büyük engeldir. Ayrıca yetersiz kaynaklar, tavsiyelerinin takibi için sistematik bir prosedürün öngörülmemesi gibi bir dizi başka engellerde söz konusudur. Bu engellere rağmen özel raportörlük kurumu, doğrudan ve ilk elden hak ihlallerine temas etme özelliğine sahip olduğu için uluslararası insan hakları sisteminin en etkili araçlarından birisini temsil etmektedir. Bu çalışmada da, ilk olarak genel itibarıyla özel yöntemlere, sonrasında da özel raportörlerin önemine, çalışma alanlarına, faaliyet türlerine, diğer koruma mekanizmalarıyla olan ilişkisine ve çalışmalarını yürütürken karşılaştıkları sorunlara yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Özel Raportörlük Kurumu, İnsan Hakları, İnsan Haklarının Korunması, Özel Yöntemler, Birleşmiş Milletler

Abstract: Special rapporteurs, referred to as independent experts in the United Nations system, are the main elements of special procedures that are among the non-contractual protection mechanisms. They play an important role all over the world in attracting attention to the continuing human rights problems and improving the obligations of states in international human rights law. Their study

* Dr. Öğr. Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, fatmagul.kale@omu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8700-2150, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.12.2018, Kabul Tarihi: 11.12.2018

areas are divided into thematic and territorial. Their work activities are country visits, urgent appeals and letters of allegation to governments, reports and recommendations prepared and publicized as a result of their work. However, there are various problems while doing these activities. For example, the absence of cooperation between the special rapporteurs and the states is the biggest obstacle in front of their activities. There are also a number of other obstacles, such as insufficient resources, the lack of a systematic procedure for follow-up of their recommendations. Despite these obstacles, the institution of special rapporteurs represents one of the most effective instruments of the international human rights system, as it has the ability to directly and firstly touch violations of rights. In this study, firstly special procedures will be given in general, then the importance of the special rapporteurs, the areas of work, the types of activities, their relation to other protection mechanisms and the problems in their work will be addressed.

Keywords: Institution of Special Rapporteur, Human Rights, Protection of Human Rights, Special Procedures, United Nations

GİRİŞ

İnsan haklarının uluslararası alanda korunması günümüzde oldukça önemlidir. Bunun nedeni, bireyin haklarını ihlal etmede özne olan devletin aynı zamanda hakları korumada da görevli kılınması ve çelişen bu durumdan dolayı devletlerin insan haklarını korumada yeterli başarıyı gösterememeleridir. Bu nedenle, bireyin haklarını koruma ve bu hususta yükümlülük üstlenme anlayışının özellikle 21. yy sonrasında yerleşik hale gelmesinden sonra uluslararası alanda çeşitli adımlar atılmıştır. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Amerikan Devletleri Örgütü, Afrika Birliği Örgütü gibi örgütlerin kurulması bu adımların başında gelir.

İlgili örgütler aracılığıyla uluslararası alandaki koruma iki şekilde gerçekleşir. İlki, evrensel ya da bölgesel düzeyde bir uluslararası örgütün kurucu anlaşmasına dayalı olan korumadır. Burada devletler, kurucu anlaşmayı onaylamakla beraber örgüte üye devlet statüsüyle doğrudan koruma sistemine tabi olurlar. İkincisi ise, bu örgütler bünyesinde oluşturulan insan hakları sözleşmelerine taraf olma halinde gerçekleşen korumadır. Anlaşılacağı üzere, devletlerin bu örgütlerden birine üye olmasıyla ya da herhangi bir insan hakları sözleşmesine taraf olmasıyla birlikte uluslararası alanda koruma devreye girmektedir. Bu korumalardan üye devlet olunması halinde işlerlik kazanan

koruma yöntemine sözleşme-dışı koruma; taraf devlet olunması halinde yürürlüğe giren koruma mekanizmasına da sözleşme-içi koruma denilmektedir.¹ Sözleşme-içi koruma yöntemi, insan haklarının uluslararası alanda korunmasında en yaygın yöntemlerin başında gelir ve genel olarak rapor, bireysel ve devletlerarası şikâyet ve soruşturmaya dayalı denetim şeklinde gerçekleşir. Bu denetimi yapmak üzere, ilgili sözleşme ile Komite veya Komisyon adıyla bir organ kurulur.

Sözleşme-dışı koruma yöntemi ise, ilk olarak 1919 tarihinde kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü bünyesinde gerçekleşmiştir. Bu örgüt içinde, örgüte üye olan devletlerden taraf oldukları veya olmadıkları sözleşmeler ve tavsiye kararları hakkında rapor sunması ve bireysel şikâyetleri almaları öngörülmüştür.² İlk olarak, örgütlenme özgürlüğünü konu edinerek oluşturulan sözleşme-dışı koruma yönteminin hukuksal dayanağı, Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası'nın Başlangıç bölümündeki "örgütlenme özgürlüğü ilkesi" ve 1944 tarihli Filadelfiya Bildirisi'nin "ifade ve örgütlenme özgürlüğünün, sürekli bir ilerlemenin kaçınılmaz koşulu" olduğunu belirten kuralı olmuştur. Bu kapsamda, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ihlal iddialarını içeren başvurular, 87 ve 98 Numaralı Sözleşmeleri onaylamasalar dahi, örgüte üye devlet olmaları sebebiyle işleme alınmıştır. Günümüzde sözleşme-dışı koruma yöntemi, Birleşmiş Milletler nezdinde işletilir ve bu yöntem örgütün kurucu metni olan Birleşmiş Milletler Şartı'na bağlı olarak yapılır. Bu nedenle, "Şart temelli usuller" yahut "Şart temelli denetim usulleri" şeklinde de adlandırılır.³

Esasen Birleşmiş Milletler örgütü, kurulduğu ilk yıllarda insan haklarının korunması adına herhangi bir hukuki yol öngörmemiştir. Ancak zamanla örgüte insan hakları ihlallerini konu edinen çok sayıda başvuru yapılmıştır. Bunun üzerine örgüt, Birleşmiş Milletler Şartı kapsamında üye devletlerin işbirliği yükümlülüğünü göz önünde bu-

¹ Mesut Gülmez, "İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme-Dışı Sistemler ve Türkiye", Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE, Ankara, 2000, s. 162-163.

² Theodoor C. Van Boven, "Distinguishing Criteria of Human Rights", The International Dimensions of Human Rights, ed. Karel Vasak, Vol. I, Unesco, 1982, s. 46; Gülmez, s.164.

³ Henry J. Steiner, Philip Alston, Ryan Goodman, International Human Rights In Context, Law, Politics, Morals, Third Edition, 2008, s. 737; Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.16.

lundurarak, İnsan Hakları Komisyonu'nun talebi ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kararları doğrultusunda sözleşme-dışı koruma yöntemlerini uygulamaya başlamıştır. Söz konusu yöntemler ise 1235 Usulü, 1503 Usulü ve Özel Yöntemler olarak üçe ayrılmaktadır. Bu usuller arasında yer alan ve çalışma konumuzu oluşturan Özel Yöntemler, İnsan Hakları Konseyi Başkanı tarafından atanan farklı kişi veya çalışma gruplarınca yürütülmektedir. Bu kişilerden birisi de özel raportördür. Çalışmamızda da, Birleşmiş Milletler'in özel raportörlük kurumunun önemine, çalışma yöntemlerine ve özel raportörlerin çalışmaları sırasında karşılaştıkları sorunlara yer verilecektir.

I. ÖZEL YÖNTEMLER

Özel yöntemler, İnsan Hakları Komisyonu tarafından kurulan ve İnsan Hakları Konseyi tarafından devam ettirilen, belirli bir ülkenin insan hakları durumunu veya konusal meseleleri ele almak için yürütülen mekanizmalara verilen genel addir.⁴ Özel yöntemlerin önemli özelliği, dünyanın herhangi bir yerinde meydana gelen insan hakları iddialarına hızlı cevap verebilmeleridir.

Sözleşme-içi koruma mekanizmaları kapsamında hareket eden sözleşme organlarının aksine, bir devletin herhangi bir anlaşmayı onaylama gereği olmaksızın özel yöntemler devreye girebilir ve özel yöntemlere başvurmak için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gibi şekil şartları da gerekli değildir. Özel yöntemlere bireyler ve sivil toplum örgütleri bireysel ya da toplu olarak başvurabilirler. Bu kimselerin yapmış olduğu başvurular neticesinde, özel yöntem görevlileri belirli insan hakları durumları hakkında bilgi edinir ve bu başvurular yapacakları ülke ziyaretlerine önemli bir gerekçe teşkil eder.

Özel yöntemler, farklı kişi veya kişilerce yürütülür. Her bir özel yöntem görevlisinin yetki ve görevi, somut yöntemin şartları ve gereklerine göre tanımlanır. Ancak genel olarak özel yöntem yetkilileri, belirli ülkelerdeki veya bölgelerdeki (ülke çalışmaları) insan hakları durumlarını yahut dünya genelinde (konusal çalışmalar) gerçekleşen büyük insan hakları ihlallerini incelemek, izlemek, tavsiye etmek ve

⁴ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Working with the United Nations Human Rights Programme: A Handbook for Civil Society, <http://www.ohchr.org/civilsocietyhandbook/>, s.109.

kamuoyuna açıklamak amacıyla görevlerini yerine getirir.⁵ Özel yöntemleri yürüten kişiler, ya özel bir raportör, Genel Sekreterlik özel temsilcisi, Genel Sekreter temsilcisi ya da bağımsız uzman şeklinde bir bireydir ya da çalışma grubu olarak addedilen bireylerden oluşan bir gruptur.⁶ Bu uzmanlar arasında bir hiyerarşi bulunmaz; yetkilerinin niteliği de farklılaşmaz. Buradaki fark, verilen yetkinin kapsamındadır. Bu kimseler, kişisel olarak en fazla altı yıl boyunca faaliyet yürütürler⁷ ve yürüttükleri faaliyetlerinden dolayı maaş ve başka herhangi bir maddi tazminat almazlar. Bu kişilere çalışmalarında yardımcı olmak üzere, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi görevlidir. Bu kapsamda Komiserlik, personel desteği, lojistik yardım ve araştırma yardımı sağlar.

Özel yöntem görevlileri, çeşitli kaynaklardan insan haklarına ilişkin süreklilik arz eden bir biçimde bilgi edinirler ve edindikleri bu bilgileri analiz ederler. Birleşmiş Milletler'in bünyesinde veya dışında faaliyet gösteren hem hükümet örgütleriyle hem de hükümet-dışı örgütlerle iletişim kurar ve bilgi alışverişinde bulunurlar. İddia edilen ihlaller hakkında devletlerden açıklama yapmalarını isterler ve gerektiğinde, devletlerin insan haklarını güvence altına almalarını ve koruma tedbirlerini uygulamalarını talep ederler. Şartların oluşması halinde ise, devletler hakkındaki endişelerini medya veya diğer yollarla kamuya iletirler. Görev alanlarına dâhil konularda insan hakları durumunu değerlendirmek için ülke ziyaretleri gerçekleştirir ve bu ziyaretler sonucunda devletlere tavsiyelerde bulunurlar. Ülke ziyaretleri, özel yöntem görevlilerinin önemli yetkilerinden birisidir. Bu yetki sayesinde, insan hakları ihlallerinin gerçek ve potansiyel mağdurlarıyla doğrudan iletişim kurabilirler ve bu kimselerin haklarının korunması için acil çağrılarda bulunabilirler. Bunun sonrasında ise, bireysel şikâyetler ya da daha genel konularla ilgili devletler ile doğrudan iletişim kurularak, insan haklarının korunması amacıyla hareket ederler. Ülke gerçeklerini tespit etmek amacıyla yapılan bu ziyaretler

⁵ Ibid, s.107.

⁶ Lyal S. Sunga, "The Special Procedures of the UN Commission on Human Rights: Should They Be Scrapped?", *International Human Rights Monitoring Mechanism: Essays in Honour of Jacob Th. Moller*, Gundmundur Alfredsson (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 234.

⁷ *Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council*, 2008, para. 7, s. 6.

neticesinde, önerilerini de içeren rapor hazırlanır ve devletle ilgili bu raporlar, insan hakları alanında faaliyet gösteren insan hakları organlarının bilgisine açık hale gelir. Bu kapsamda, 2008 tarihli Özel Yöntemler El Kitabı⁸'na göre özel yöntemlerin başlıca işlevleri şu şekilde sıralanmıştır:⁹

- Konusal bir sorunu veya ülke durumunu analiz eder.
- Hükümet(ler)in ve diğer ilgili aktörlerin alması gereken önlemleri tavsiye eder.
- Birleşmiş Milletler organlarını ve kurumlarını, özellikle İnsan Hakları Konseyi'ni ve uluslararası toplumu belirli durumları ve sorunları ele alma gereği konusunda uyarır. Bu bağlamda, erken uyarıda bulunma ve önleyici tedbirleri teşvik etmede rolleri vardır.
- İlgili devletlerden acil eylemde bulunulmasını talep eder ve insan hakları ihlalleri ile ilgili iddialara cevap vermeleri ve tazminat sağlamaları için çağrılarda bulunarak; ihlallerin mağdurları adına savunuculuk yapar.
- Belirli insan hakları sorunlarını ele almak ve hükümetlerle sivil toplum kuruluşları ve hükümetler arası örgütler arasında işbirliğini teşvik etmek için uluslararası ve ulusal toplulukları ve İnsan Hakları Konseyi'ni harekete geçirir.
 - Tavsiyelerinin takibini yapar.

II. ÖZEL RAPORTÖRLER

A. Özel Raportörlerin Önemi

Uluslararası insan haklarının genel ilkelerinin belirlenmesi ve bu alanda belirli standartların oluşturulması amacıyla bir dizi bağlayıcı niteliğe haiz olan ve olmayan belge kabul edilmiştir. Bu girişimlerin

⁸ Bahsi geçen El Kitabı, ilk olarak 1999 yılında özel yöntem görevlilerinin 6. Yıllık Toplantısında kabul edilmiştir. Ancak Birleşmiş Milletler'in insan hakları sisteminin değişen yapısı, görevlerle ilgili yeni gelişmeler göz önünde bulundurularak ve devletlerin, sivil toplum kuruluşlarının bu konudaki görüşleri göz önünde bulundurularak 2008 yılında revize edilmiştir. El Kitabı'nın yeni hali, Haziran 2008 yılında 15. Yıllık Özel Yöntemler Toplantısı'nda kabul edilmiştir.

⁹ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 5, s. 5

ardından, Birleşmiş Milletler örgütü insan haklarına ilişkin kabul ettiği belgelerde yer alan normların uygulanıp uygulanmadığını raporlama, izleme ve yerine getirme yoluyla takip etmek üzere harekete geçmiştir. Böylece Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesinin 7. fıkrasında düzenlenen devletlerin iç işlerine müdahale etmeme ilkesine rağmen, insan haklarının iç hukuklardaki durumunu bireyler eliyle inceleme ve elde edilen sonuçları kamuoyuyla açıklamak şeklinde bir süreci başlatmıştır. İşte önemli yetkilerle donatılmış ve detaylı araştırmayı amaç edinmiş özel raportörler, bu amaç için geliştirilen mekanizmalardan birisidir. Bu çerçevede özel raportörler, birincil görevleri gerçeği bulma ve raporlama olan bağımsız Birleşmiş Milletler uzmanlarıdır.¹⁰ Dolayısıyla özel raportörlerin atanması ve faaliyet yürütmesi, devletlerin egemenliği ilkesini göz ardı ederek, ciddi insan hakları ihlallerini ele almaya yönelik bir girişimdir. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler eski Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından Birleşmiş Milletler'in insan haklarını koruma çabalarında özel raportörlük kurumu "önemli bir unsur" ve Birleşmiş Milletler sisteminin "taç mücevheri" olarak tanımlanmıştır.¹¹ Aynı şekilde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri Louise Arbour'da özel raportörleri "insan haklarının ön cephesi"¹² olarak adlandırarak, özel raportörlere özel önem atfetmiştir.

İnsan haklarının korunmasında özel yöntemler olarak adlandırılan usul içinde yer alan özel raportörlük kurumu, Birleşmiş Milletler'in insan haklarını dünya genelinde korumak ve devletlerin yükümlülüklerini gerçekleştirmeleri için kullandığı temel yöntemlerden birisidir. Özel raportörler, baskıcı yönetimi benimsemiş rejimlerde dâhil olmak üzere dünyanın çeşitli ülkelerinde insan haklarının korunmasında, geliştirilmesinde ve ağır ihlal sorunlarının çözüme kavuşturulmasında önemli rol oynamışlardır.¹³ Bunun önemli bir nedeni, özel raportörlerin birebir hak ihlalinin kaynağıyla temas edebilmesinden kaynaklıdır. Bu nedenle söz konusu kurum, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları

¹⁰ Ingrid Nifosi, *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2005, s. 46.

¹¹ Bu tanımlama Kofi Annan tarafından ilk kez 2006 yılında kullanılmıştır. Bkz: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=20770#.VjO8cbQT1H8>, 01.04.2018.

¹² Surya P. Subedi, "Protection of Human Rights through the Mechanism of UN Special Rapporteurs", *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, No. 1, 2011, s. 203.

¹³ *Ibid*, s. 201.

Yüksek Komiserliği Ofisi tarafından, “uluslararası insan hakları sisteminde doğrudan erişimi sağlayabilen en önemli mekanizma” olarak tanımlanmıştır.¹⁴

Özel raportörlerin temel görevi, insan hakları ihlal iddialarını incelemek, izlemek, tavsiyede bulunmak ve kamuya açıklamaktır. Böylece, dünya çapında insan haklarının korunması ve tanıtılmasında kritik bir rol oynarlar. Çalışma konularına ise kişisel, siyasi, ekonomik ve sosyal olması fark etmeksizin tüm hak türleri dâhildir. Bu görevlerini, 2006 yılına kadar İnsan Hakları Komisyonu, 2006 yılından beri ise İnsan Hakları Konseyi bünyesinde yürütürler. Raportörlerin çalışma alanları konusal veya ülkesel olmaktadır. Ülkesel olması durumunda, belirli bir ülkede insan haklarının gelişimi veya ihlalleri hakkında rapor hazırlarlar. Konusal görev üstlenmeleri halinde ise, belirli bir hak ve özgürlüğün durumunu rapor ederler. 1960 yılının sonlarından beri varlığını koruyan özel raportörler, keyfi gözaltı, işkence, kölelik, kadına yönelik şiddet ve çocukların hakları gibi oldukça geniş insan hakları konularında çalışırlar. Ayrıca Ruanda, Şili, Burma, Kamboçya, Haiti, Liberya gibi pek çok ülke özelinde çalışmışlardır. Ancak genel olarak bakıldığında özel raportörlerin bir ülkede veya bölgede acil müdahale gerektiren ciddi insan hakları ihlallerini incelemek üzere görevlendirildiği gözlenir. Pek tabii belirli bir ülkeye veya bölgeye raportör atanması, uluslararası toplumun o ülkede veya bölgede insan haklarının korunmasına ilişkin endişeleri olduğunu da ortaya koyar ve bu durumun ortadan kaldırılması için bir baskı oluşturur.

Özel raportörler, sadece izleme ve olgu bulma değil, aynı zamanda standart ortamlar aracılığıyla insan haklarının desteklenmesi ve korunması için çok önemli işleve sahiptirler. Uluslararası insan hakları hukukunun ayrıntı hale getirilmesini, yorumlanmasını ve uygulanmasını önemli ölçüde etkilerler ve Birleşmiş Milletler'in insan hakları çalışmalarından toplumu haberdar etmektedirler. Özel raportörlerin kuruluşu aynı zamanda, insan hakları ihlallerinin mağdurları için hızlı ve somut faydalar yaratabilecek ve hem ulusal hem de uluslararası medyada bu tür ihlallere dikkat çekebilecek canlı, özerk ve esnek bir mekanizmadır.

¹⁴ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations Special Procedures, Facts and Figures, 2013, s. 1.

2. Özel Raportörlerin Ortaya Çıkışı

Birleşmiş Milletler, kurucu belgesi olan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1. maddesi uyarınca, uluslararası barış ve güvenliği ve kişilerin haklarına ve özgürlüklerine saygının gerçekleştirilmesi için uluslararası işbirliğini sağlamayı amaç edinen devletlerarası bir örgüttür. Şart'ın ilk maddesinden de anlaşılacağı üzere, örgütün başlıca amaçları arasında insan haklarının korunması yer almaz. Yalnızca insan haklarına ve özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesi için uluslararası işbirliğini sağlamayı amaçlar. Ancak bu düzenleme Birleşmiş Milletler örgütü bünyesinde bir insan hakları sistemi olmadığı anlamına da gelmez. Nitekim Birleşmiş Milletler, aynı zamanda insan odaklı bir örgüttür. Bu nedenle örgüt, kuruluşundan bu yana insan haklarına saygıyı gerçekleştirebilmek adına çeşitli girişimlerde bulunmuştur.

Önceleri bu girişimler, yalnızca insan haklarına ilişkin genel ilkelerin belirlenmesine yöneliktir ve erken dönemlerde insan haklarının korunması fikri henüz geçerli hale gelmemiştir. Şart'ın 62. maddesi gereğince, ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim, sağlık alanlarında araştırma yapma ve rapor hazırlama yetkisine sahip olan Ekonomik ve Sosyal Konsey, bu kapsamda insan haklarına etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamak üzere tavsiyelerde bulunma yetkisine sahip kılınmıştır. Aynı maddede, Konsey'in yetki alanına giren konulara ilişkin Genel Kurul'a sunmak üzere sözleşme hazırlayabileceği de kabul edilmiştir. Ekonomik ve Sosyal Konsey, kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere, Şart'ın 68. maddesinin "ekonomik ve sosyal konularda ve insan haklarının ilerletilebilmesi için komisyonlar kurabileceği" şeklindeki hükmüne dayanarak 1946 yılında İnsan Hakları Komisyonu'nu kurmuştur.¹⁵ Ekonomik ve Sosyal Konsey'in tali bir organı olarak 1946 ve 2006 yılları arasında faaliyet gösteren İnsan Hakları Komisyonu, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ve diğer insan hakları sözleşmelerini hazırlayan organdır.¹⁶ Yerine getirdiği bu görevlerle insan haklarının genel ilkelerinin belirlenmesine önemli katkılarda

¹⁵ Ulrika Sunberg, "Five Years of Working in the UN Commission on Human Rights: Some Reflections for the Future Work of the UN Human Rights Council", International Human Rights Monitoring Mechanism: Essays in Honour of Jacob Th. Moller, , Gundmundur Alfredsson (ed.), 2nd Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 153.

¹⁶ Nifosi, s. 6-7.

bulunmuştur. Ancak sadece standartların belirlenmesi insan haklarına saygının sağlanması için yeterli olmamıştır. Bunun için insan haklarının ilgili örgüt tarafından etkin bir şekilde korunması da gerekir. Bu nedenle İnsan Hakları Komisyonu, ilk yıllarında sadece standart belirleme şeklinde faaliyet yürütmesinden dolayı insan haklarının korunması noktasında yetersiz kalmıştır.

Öyle ki, Birleşmiş Milletler örgütünün 1945 yılında kurulmasından sonra, bireyler ve hükümet-dışı kuruluşlar insan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla çok sayıda şikâyette bulunmuşlardır. 1947-1957 tarihleri arasında, yaklaşık olarak altmış beş bin dilekçe örgüte ulaşmıştır. Bu sayı devam eden yıllarda da, her yıl yirmi bin olacak şekilde artmıştır.¹⁷ 1947 yılında Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kararı ile Komisyon'un bireylerden gelen şikâyetleri alma yetkisi kabul edilmiştir¹⁸ ancak bu yetki sınırlı bir yetki olarak tanınmıştır. Nitekim Komisyon'un bu tür şikâyetlerle ilgili herhangi bir harekete geçme yetkisi kabul edilmemiştir.¹⁹ Buna paralel olarak Komisyon'da, devletlerin egemenlik alanına müdahale anlamına geleceği için insan hakları ihlallerine karşı harekete geçme yetkisinin olmadığını belirtmiştir.²⁰ İnsan hakları ihlalleri hakkında gelen şikâyet sayısının devam etmesi üzerine, 1959 yılında Ekonomik ve Sosyal Konsey'in diğer bir kararıyla, Komisyon'un gelen şikâyetleri toplama, danışma ve ilgili devletlerden cevap isteme yetkisi tanınmış ancak yine bu organa şikâyetle ilgili herhangi bir harekete geçme yetkisinin olmadığı tekrarlanmıştır.²¹ Bu karar kapsamında Konsey, BM Genel Sekreterliğinden başvurular hakkında iki ayrı liste tutmasını istemiştir. Bu listelerden biri, genel insan hakları ile ilgili tüm başvuruların yer aldığı aleni bir liste; diğeri ise tüm ülkeler hakkında gelen özel başvurulara dair kısa bilgilerin yer

¹⁷ Mesut Gülmez, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 383.

¹⁸ Communications Concerning Human Rights, ESCOR Res. 75 (V), U.N. ESCOR, 5th Sess., at 20, U.N. Doc. E/573 (1947); Sundberg, s. 154.

¹⁹ Marc Limon, Hilary Power, History of the United Nations Special Procedures Mechanism, Origins, Evolution and Reform, Universal Rights Group, 2014, s. 4; Nifosi, s. 8.

²⁰ Ekonomik ve Sosyal Konsey'in ve Komisyon'un belirtilen tarihler arasında harekete geçme yetkisini kabul etmemeleri, uluslararası doktrinde "no power to act doctrine" olarak adlandırılmıştır. Bkz. Nifosi, s. 8; Limon, Power, s. 4.

²¹ Communications Concerning Human Rights, ESCOR Res. 728 (F), U.N. ESCOR, 28th Sess., Supp. No. 1, at 19, U.N. Doc. E/3290 (1959).

aldığı gizli bir listedir. Kararda, gizli listenin, Komisyon toplantıları öncesinde üyelerine dağıtılması ve bu listede yer alan şikâyetlerin bir nüshasının da, hakkında başvuru yapılan ülkeye cevap verme hakkı da tanınarak gönderilmesi yer almıştır. Ülkelerden gelen cevaplar ise, karara göre, Komisyon tarafından değerlendirilecektir. Konseyin 1959 tarihinde öngördüğü bu sistem, Komisyon üyelerinin hak ihlallerin hakkında herhangi bir harekette bulunma, inceleme veya soruşturma yapma yetkisi vermemiştir. Yalnızca Komisyon'un bu ihlaller hakkında bilgilendirilmesine ve haberdar olmasına vesile olmuştur.

İlerleyen yıllarda, Komisyon'un insan hakları ihlallerini ele alma yönteminde değişiklikler olmaya başlamıştır. Bunun nedeni, örgüte üye olan devlet sayısının artmasıyla beraber kendisine gelen şikâyet sayısının artmasıdır. 1963 yılında İnsan Hakları Komisyonu Başkanı liderliğindeki bir heyet tarafından, ülkedeki Budist topluluğundaki insan hakları durumunu incelemek üzere Vietnam'a yapılan bir ziyaret, özel yöntemler ve raportörlük kurumlarının öncüsü olmuştur.²² Bunun devamında Ekonomik ve Sosyal Konsey, 1967 yılında Komisyon'dan Güney Afrika'daki ırk ayrımcılığı ve apartheid uygulamaları hakkında araştırmalar yapmasını istediği²³ dönemde, Komisyon'un Birleşmiş Milletler üyesi devletlerin herhangi birinde insan hakları ihlalleri hakkında inceleme yapma ve kamuoyu tartışması oluşturmaya ilişkin 1235 (XLII) sayılı kararını kabul etmiştir. Bu karar, Komisyon tarafından herhangi bir ülkede insan haklarının durumunu incelemek için özel raportörlerin atanmasının yolunu açmıştır. Örneğin, Komisyon ilgili karara dayanarak 1967'de Güney Afrika'da bir geçici çalışma grubu oluşturmuştur. Güney Afrika'da uygulanan ırk ayrımcılığına bağlı insan hakları ihlallerinin durumuyla ilgili Komisyon tarafından geliştirilen özel yöntemlerin ilk örneği olmuştur. Başka bir özel yöntem ise 1968'de, Genel Kurul tarafından İsrail'de gerçekleşen insan hakları ihlalleriyle ilgili olarak kabul edilmiştir. İlgili devlet özelinde Genel Kurul, "İşgal Altındaki Topraklarda Yaşayan Nüfusun İnsan Haklarını Etkileyen İsrail Uygulamalarını Araştırmaya Yönelik Özel

²² Sunga, s. 263-264.

²³ Philip Alston, "The Commission on Human Rights", The United Nations and Human Rights-A Critical Appraisal, Philip Alston (ed.) Clarendon Press, Oxford, 1992, s. 143.

Komite" oluşturmuştur.²⁴ Özel raportörlük kurumuna ilişkin ilk adım 1979 yılında atılmıştır. 1974 yılında, demokratik yollarla seçilmiş hükümetin askeri darbeye devrilmesinin ardından, Şili'deki gelişmelerle ilgili olarak 1979 yılında bugünkü haliyle ülkesel konuya sahip ilk özel raportör atanmıştır. Daha sonraları bu atamalar yoğunlaşarak devam etmiştir. 1980'li yılların başında El Salvador, Ekvator, Bolivya ve Guatemala ve 1984 yılında da Afganistan ve İran'daki insan hakları durumuyla ilgili özel raportör atamaları yapılmıştır.

1980 yılında İnsan Hakları Komisyonu, dünyanın herhangi bir yerinde işlenen insan hakları ihlallerini ele almak için konusal özel yöntemlerin başlangıcı olarak, Zorla veya İstenmeyen Kayıplar Çalışma Grubu'nu oluşturmuştur.²⁵ 1982 yılının Ağustos ayında atanan ilk konusal bireysel raportör, Yargısız, Özet ve Keyfi İfadeler konusunda özel raportördür.²⁶ 1985 yılında da, İşkence ve Diğer Zalim, İnsanlık ve Aşağılayıcı Muamele konularında özel raportör görevlendirildi. Konusal veya ülkesel özel yöntem mekanizması Komisyon'un neredeyse her yıl oturumlarında kabul edilerek 1980 ve 1990 yıllarında da devam etmiştir. 1998 yılında da Komisyon ekonomik, sosyal ve kültürel hakların çeşitli yönlerini ele alan yeni özel raportörler tayin etmiştir.²⁷ Özel yöntemler kapsamında yalnızca hükümetlerin faaliyetleri incelenmez; farklı örgütlerinde faaliyetleri ele alınır. Örnek olarak, 1990'larda Laurent Kabila liderliğindeki isyancı örgütün güçleri tarafından işlendiği iddia edilen katliamların raporlarını incelemek üzere Demokratik Kongo Cumhuriyetine bir raportör atanmıştır.

1990'lı yıllar insan haklarının geniş bir alanında özel yöntem mekanizmalarının çoğaldığı yılları temsil etmektedir. Örneğin, 1990'ların sonuna doğru yaklaşık yirmi altı ülke görevlisi varken, yirmi yedi de konusal görev yürütülmekteydi. Günümüzde ise, 31 Aralık 2017 ta-

²⁴ Subedi, s. 207.

²⁵ David Weissbrodt, "The Three "Theme" Special Rapoorteurs of the UN Commission on Human Rights", *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3, 1986, s. 685.

²⁶ Marc J. Bossuyt, "The Development of Special Procedures of the United Nations Commission on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, 1985, Vol. 6, No. 2-4, s. 186-188.

²⁷ Christophe Golay, Claire Mahon, Ioana Cismas, "The Impact of the UN Special Procedures on the Development and Implementation of Economic, Social and Cultural Rights", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 2, 2011, 299-318, s. 299.

rihinden itibaren geçerli olan ve halen devam eden kırk dört tematik görev ve on iki ülke görevlisi vardır. Bu görevlerin bir kısmı, Çalışma Gruplarının yanı sıra özel raportörler tarafından yürütülmektedir. Mevcut durumda, kırk dört konusal görevin otuz ikisi özel raportör tarafından yürütülürken; on iki ülke görevlisinin de yedisinin özel raportör olduğu görülmektedir.²⁸

3. Özel Raportörlerin Çalışma Alanları

Özel raportörler, insan hakları ihlallerini incelemek, bu konuda hazırlanan raporlarını Ekonomik ve Sosyal Konsey, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve dünya kamuoyuna açıklamak amacıyla faaliyet yürütürler. Çalışma konularını oluşturan insan hakları ihlalleri ya belirli bir ülkedeki insan haklarının durumuna ya da dünyada yaygın bir şekilde gündem olan konulara ilişkin olmaktadır. Bu nedenle özel raportörlerin çalışma alanları, somut bir insan hakkı ihlaline ilişkin ya da belli bir ülkeye yönelik insan hakları ihlallerinin incelenmesi amacıyla “konusal” ya da “ülkesel” yöntemler şeklinde ikiye ayrılır.²⁹

a. Konusal Çalışma Alanı

Konusal çalışma alanı kapsamında özel raportörler, insan hakları sözleşmelerine taraf olup olmadığına bakmaksızın Birleşmiş Milletler’e üye tüm devletlerde, belirli bir konu kapsamında, insan hakları ihlallerine ilişkin soruşturma yapmaktadırlar.³⁰ Konusal çalışma alanına ve-sile olan ilk karar, Ekonomik ve Sosyal Konsey’in 1235 sayılı kararıdır. İlgili karar kapsamında normatif dayanağını bulan özel raportörler, ilk konusal çalışmalarını 1979 tarihinde gözden kaybolmaları incelemek üzere yürütmüştür. Belirtilmelidir ki, bu konuda özel raportörlerin yanı sıra, iki uzman ve 1980 tarihinde kurulan çalışma grubu da faaliyet yürütmüştür. Bu tarihlerden sonra ekonomik, sosyal, kültürel haklar da dâhil olmak üzere özel raportörler pek çok konuda çalışmışlardır. Birleşmiş Milletler’in resmi internet sitesinin 2018 tarihli verilerine

²⁸ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspx>, 04.06.2018.

²⁹ Rhona K. M. Smith, *Text and Materials on International Human Rights*, Second Edition, Routledge, 2010, s. 199; Nifosi, s. 55.

³⁰ *Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council*, 2008, para. 4, s. 5.

göre, farklı şekillerde yürütülen mevcut 44 konusal özel yöntem bulunmaktadır. Bunlardan otuz ikisi özel raportör, altısı çalışma grubu, altısı da bağımsız uzman tarafından yürütülmektedir. Özel raportörler tarafından yürütülen konusal çalışmaları arasında, gelişme hakkı, engelli hakları, eğitim hakkı, çevre hakkı, yiyecek hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, barışçıl toplanma ve dernek kurma hakkı, hâkimlerin ve avukatların bağımsızlığı, yerli halkların hakları, insan ticareti yasağı gibi konular yer almaktadır. Türkiye özelinde konusal çalışmalara baktığımızda, çeşitli defalar raportörlerin incelemelerde ve ziyaretlerde bulunduğu gözlenmektedir. 1982 tarihinde Yargısız İnfazlar Özel Raportörü'nün yürüttüğü faaliyetler kapsamında Türkiye'de ele alınmış ve hakkında raporlar hazırlanmıştır. 1986 yılında Din Üzerine Özel Raportör, 1994 tarihli İşkence Üzerine Özel Raportörü ve 1994 tarihinde atanan Yargıç ve Avukatların Bağımsızlığı Özel Raportörü'de hazırladığı raporlarda Türkiye'ye yer vermiştir. 2000'li yıllarda da Türkiye nezdinde konusal çalışmalar devam etmiştir. Eğitim, zehirli atıklar, terörle mücadele, kadına karşı şiddet, hâkimlerin bağımsızlığı, mülteciler, ifade özgürlüğü, işkence gibi konular bunlar arasındadır. 2018 yılında ise Türkiye özelinde örgütlenme özgürlüğü, konut, terörle mücadele ve insan hakları savunucularını ele almak üzere konusal çalışmalar yürüten özel raportörler bulunmaktadır.³¹

b. Ülkesel Çalışma Alanı

Özel raportörlerin ülkesel çalışma alanlarını, belli bir ülkeye yönelik ileri sürülen tüm insan hakları ihlal iddiaları oluşturur. Yalnızca belirli bir ülke veya belli topraklarda yaşanan insan hakları ihlallerini incelemek üzere atanan özel raportörlük uygulamasına, tarihsel olarak konusal yöntemlerden daha önce başlanmıştır.³² Birleşmiş Milletler'in resmi internet sitesinin 2018 tarihli verilerine göre, 12 ülkesel çalışma alanı bulunmaktadır. Bunlardan sekizi özel raportör tarafından yürütülürken, dördü bağımsız uzmanlar tarafından yerine getirilmektedir. Özel raportörler tarafından şu anda, Belarus, Kamboçya, Kore, Eritre, İran, Myanmar, Filistin ve Suriye'deki insan hakları durumuna iliş-

³¹ http://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewCountryVisits.aspx?Lang=en&country=TUR, 04.06.2018.

³² Gülmez, 2000, s. 170.

kin çalışmalar yürütülmektedir.³³ Türkiye özelinde ise ülkesel çalışma türü henüz hiç yapılmamıştır.

4. Özel Raportörler'in Atanmasına ve Faaliyetlerine İlişkin Genel Esaslar

Özel raportörler, daha önce Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'in bir yan kuruluşu olan İnsan Hakları Komisyonu, 2006 yılından beri Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun bir yan kuruluşu olan İnsan Hakları Konseyi³⁴ tarafından yönetilen ve "özel yöntemler" olarak bilinen sistemin parçası olarak geliştirilmiştir. Birleşmiş Milletler, insan haklarını yapıcı diyalog, katılım ve hükümetlerle işbirliği gibi çeşitli yollarla desteklemeyi ve korumayı amaçlar ve özel raportörlerde bu çabaların bir parçasıdır.

Birleşmiş Milletler özel raportörleri, BM insan hakları sisteminin kamuoyu yüzü olarak kabul edilir ve yaptıkları işlerde yüksek derecede özerkliğe sahiptirler.³⁵ Bu özerklik kapsamında raportörler, geniş kapsamlı bir hareket özgürlüğünden, düşünce ve ifade özgürlüğünden faydalanırlar. Uygulamada özel raportörler, zorlayıcı güce sahip değildir. Diğer bir deyişle, yaptırım gücü bu kişilerde bulunmaz. Denetleme, danışma, tavsiye veya izleme fonksiyonlarına sahiptirler. Diğer uluslararası yargısal veya siyasi nitelikte organlara benzer şekilde, devletler nezdinde bağlayıcı güce haiz olmayan tavsiyelerde bulunurlar. Yetkileri, devletlerin insan hakları sözleşmelerine taraf olmasından kaynaklanmaz. Bunun için ilgili devletin Birleşmiş Milletler örgütüne üye olması yeterlidir.

Özel yöntemler çerçevesinde görevlendirilen raportörler, İnsan Hakları Konseyi Başkanı tarafından atanırlar. İnsan Hakları Konseyi'nin 5/1 sayılı kararına göre, sivil toplum kuruluşları ya da BM kurumları, hükümet dışı ve hükümetler arası kuruluşlar ve hükümetler özel raportörler olarak atanacak kişileri aday gösterebilir

³³ <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspx>, 04.06.2018.

³⁴ Konsey, Birleşmiş Milletler reformunun bir parçası olarak, insan haklarını korumak ve teşvik etmek için BM sistemini yeniden canlandırmak ve daha etkili hale getirmek amacıyla kurulmuştur.

³⁵ Subedi, s. 209.

veya özel kişiler bağımsız adaylıklarını koyabilirler.³⁶ Atama yapılırken, Konsey Bürosunun görüşü alınır. Atanacak olan raportörlerde, uzmanlık, profesyonellik, deneyim ve bağımsız olma şartları aranır. Bu nedenle atanacak olan kişilerin, bir kere atandıktan sonra artık vatandaşı oldukları ülkeleriyle olan bağlarını koparmaları beklenir. Atamalarda adil bir coğrafi ve cinsiyet dağılımı dikkate alınır. Atanan raportörler, Birleşmiş Milletler'in çalışan memuru statüsünde değildir. Çalışmaları için herhangi bir maaş almazlar. Yaptıkları masraflar Birleşmiş Milletler örgütü tarafından karşılanır. Özel raportörler, ülkesel çalışma alanları için bir yıllığına; konusal çalışmalarda ise üç yıllığına atanırlar ve görev süreleri bir yıl ve üç yılın sonunda gözden geçirilir ve tekrar aynı süreyle atanabilirler. Ancak 1999 yılında Komisyon kararıyla, raportörlerin en fazla altı yıl çalışabilecekleri öngörülmüştür.

Özel raportörler, diğer Birleşmiş Milletler çalışanları gibi ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanırlar. Birleşmiş Milletler örgütü bünyesinde faaliyet gösteren kimselerin bu durumları, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 105. Maddesinin ikinci fıkrasından kaynaklanır. Söz konusu düzenlemeye göre, "Birleşmiş Milletler üyelerinin temsilcileri ile örgütün memurları da, aynı şekilde, örgütle ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yerine getirebilmek için gerekli ayrıcalık, bağımsızlık ve dokunulmazlıklardan yararlanır." Bu düzenleme ile örgütün üye devletlerinin temsilcileri ve memurların ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanacağı hüküm altına alınmıştır. Özel raportörler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla Genel Kurul'a bu amacın gerçekleşmesi için tavsiyelerde bulunma ve sözleşme hazırlama yetkisi de verilmiştir. Buna dayanarak Genel Kurul, 1946 tarihinde Birleşmiş Milletler Ayrıcalık ve Dokunulmazlık Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Sözleşme'ye göre, özel yöntemler kapsamında atanmış özel raportörler, yasal olarak "misyon uzmanları" şeklinde sınıflandırılmış ve VI. maddesinin 22. bölümünde sıralanan ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanacakları hüküm altına alınmıştır. Buna göre özel raportörler, tutuklama ve gözaltına alınma ve el bagajlarına el konulma, görevlerini yerine getirdikleri sırada söyledikleri söz ve yazılar ya da davranışlarla ilgili olarak, her türlü yasal

³⁶ Human Rights Council, 5/1. Institution-building of the United Nations Human Rights Council, para. 42.

takibe karşı dokunulmaz iken; tüm evrak ve dokümanların dokunulmazlığına, Birleşmiş Milletler örgütü ile iletişimi sağlamak amacıyla şifreler kullanma ve kuryeyle ya da mühürlenmiş zarflarla mektup ve belge alma hakkı, döviz ve parasal sınırlamalarda geçici resmi hükümet görevlilerine gösterilen kolaylıklardan yararlanma ve diplomatik temsilcilere tanınan kişisel bagajlarına ilişkin aynı kolaylıkların gösterilmesi ayrıcalığına sahiptirler.

Özel raportörlerin, yürüttükleri faaliyete ilişkin sahip oldukları ayrıcalık ve dokunulmazlıklar ile ilgili konular, Uluslararası Adalet Divanı tarafından 1989 ve 1999 yıllarında verilen iki farklı danışma görüşünün konusu olmuştur.³⁷ İlk dava, Romanya hükümeti tarafından Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu'nun özel raportörünün, bu sıfatla hazırladığı kişisel raporunu sunmak üzere Cenevre'ye seyahat etmesinin engellendiği D. Mazilu hakkındadır.³⁸ Divan 1989 tarihli danışma görüşünde, 1946 tarihli Sözleşme'nin VI. maddesinin 22. bölümüne atıfta bulunmuştur ve BM memurlarından başka, BM tarafından verilen bir görevi yerine getiren kişilerin de 22. bölümde tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, seyahat edip etmemesi fark etmeksizin, böyle bir görevin tüm aşamalarında raportörlerin tüm ayrıcalık ve dokunulmazlıklar kapsamında olduğunu hüküm altına almıştır. Bu gibi durumlarda, Sözleşme'nin 22. bölümündeki hükümlere bir çekince konulmadıkça, ilgili kişilerin kendi vatandaşı olduğu ya da ikamet ettiği devlete karşı koruma isteyebileceğini belirtmiştir. İkinci dava ise, 1995 yılında, BM uzmanı olarak yürüttüğü çalışmasına ilişkin bir röportajında hakaret içeren bir üslup kullandığı iddia edildiği için Malezya'da yargılanan, Hâkim ve Avukatların Bağımsızlığı Özel Raportörü Dato Param Cumaraswamy'nin durumuyla ilgilidir.³⁹ 1999 tarihli danışma görüşünde Uluslararası Adalet Divanı, bu davada Sözleşmenin VI. maddesinin uygulanabilir olduğunu belirtmiş ve görevlerini yerine getirirken söylediği sözlerden dolayı Bay Cumaraswamy'nin "her türden yasal süreçten dokunulmazlık hakkı-

³⁷ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para.14, s. 8.

³⁸ Ademola Abass, Complete International Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2012, s. 115.

³⁹ Ibid, s. 115.

na" sahip olduğuna karar vermiştir. Divan, Malezya mahkemeleri tarafından verilecek herhangi bir tazminat tutarından da raportörün muaf tutulması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca, Malezya hükümetinin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi ve Bay Cumaraswamy'nin dokunulmazlığına saygı gösterilmesi için, bu kararın yerel mahkemelere bildirme yükümlülüğü doğurduğunu da hüküm altına almıştır.

Özel raportörler, faaliyetleri dolayısıyla güvenlik ve sigorta hakkına da sahiptir.⁴⁰ Bu kişilerin güvenli bir şekilde çalışmaları, Birleşmiş Milletler'in Güvenlik Yönetimi Sistemi tarafından sağlanır. Bu sistem, Birleşmiş Milletler'in dünya genelinde çalışan memurlarının güvenlik ve emniyetini sağlamayı ve görevlerin yerine getirilmesinde karşılaşılabilecek riskleri azaltmayı amaçlar. Güvenlik Yönetimi Sistemi kapsamında, BM adına herhangi bir resmi seyahatte bulunan veya sözleşmeli statüsüne sahip olan herkes "memur" olarak kabul edilir ve bu kapsama özel yöntemler çerçevesinde atanan raportörler de dâhildir. Özellikle saha çalışmalarında, özel raportörler kendi istekleri doğrultusunda, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi ile istişareli bir şekilde ve ev sahibi hükümet ile ortak bir kararla, görevlerini yerine getirmeleri için gerekli olan gizlilikleri ihlal edilmeksizin, resmi güvenlik korumasına erişim hakkına sahip olacaklardır. Sigorta konusunda ise, BM, kendi görevlileri için hayat ve kaza sigortaları almalarını sağlamaktadır. Bu hususta 1980 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü İdare Mahkemesi, uluslararası kuruluşların, kendi personellerinin potansiyel olarak tehlikeli bölgelere tayin edilmesi veya seyahat etmesi halinde sorumluluk aldığını ve bu kapsamda çalışanın yeterli sigorta kapsamına alınmadığı takdirde işverenin yararına olacak şekilde olağan dışı riskler üstlenmek zorunda olmadığını belirtmiştir. Bu doğrultuda, sigortanın kapsamı savaş, saldırı, yabancı düşmanlığı, devrim, isyan, ayaklanma, askeri ihtilal, isyan ve sivil kargaşa, sabotaj, bombalama, terörist faaliyetler, yabancı düşmanlığı kapsamında saldırı veya diğer tehdit nedenleriyle, doğrudan ya da dolaylı şekilde gerçekleşen sakatlıklar veya ölüm gibi kötü niyetli eylemlerdir. Önceleri sigortadan raportörler yararlanamazken, 1990 yılından itibaren sigortadan yararlanan kimselerin kapsamı genişletilmiş ve resmi bir görevle ya da bir

⁴⁰ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 16, s. 9.

ülke ziyareti ile görevlendirilmiş özel yöntemler kapsamında atanan uzmanlar ve raportörler de bu kapsama dâhil edilmiştir.⁴¹

4. Özel Raportörlerin Çalışma Yöntemleri

Çalışmalarından dolayı İnsan Hakları Konseyi'ne karşı sorumlu olan⁴² özel raportörlerin yetki ve görevleri, yürütecekleri faaliyetin süresine ve kapsamına göre değişmektedir. Ancak bu yetki ve görevlerin genel itibariyle, belirli ülkelerdeki veya bölgelerdeki insan hakları durumlarını ya da dünya genelindeki insan hakları ihlallerini incelemek, izlemek, tavsiye etmek ve kamuya açık bir şekilde raporlaştırmak şeklinde olduğu söylenebilir.⁴³ Bu faaliyetlerinin hukuksal dayanakları ise esas olarak iki belge ekseninde gerçekleşir.⁴⁴ Birincisi, İnsan Hakları Konseyi tarafından 2007 tarihinde kabul edilen Özel Yöntem Uzmanları İçin Davranış Kuralları (*Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council*)'dır. İkincisi ise, 2008 yılında Özel Yöntemler Koordinasyon Konseyi tarafından özel raportörler toplantısı sonucunda kabul edilen İnsan Hakları Konseyi Özel Yöntemler El Kitabı (*Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council*)'dır. İlgili düzenlemeler kapsamında, atanan özel raportörler görevlerini yerine getirirken insan hakları ihlalleri ile ilgili belirli iddialar hakkında bilgi alırlar ve açıklama için hükümetlere acil itiraz veya iddia mektubu gönderirler. Birleşmiş Milletler kaynaklarına göre, 2017 yılında, özel yöntem yetkilerince 128 ülkenin hükümetine 1.000'den fazla mektup gönderilmiştir. Faaliyetlerinin bir diğer önemli bir özelliği ise, insan hakları durumunu araştırmak için ülke ziyaretleridir. Ülke ziyaretlerini ve genel çalışmalarının neticesini rapor hazırlayarak bitirirler.⁴⁵ Bu bağlamda, özel raportörler tarafın-

⁴¹ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 19, s. 9-10.

⁴² Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council, 2007, madde 15.

⁴³ Smith, s. 199.

⁴⁴ Subedi, s. 211.

⁴⁵ 2017 yılında yayınlanan İnsan Hakları Konseyi verilerine göre, bu yılda yalnızca özel raportörler tarafından 55 ülke ziyareti gerçekleştirilmiştir. Bunun yanı sıra özel raportörlerce sadece 2017 yılında, 34 konusal ve 12 ülkesel rapor hazırlanmıştır. Facts and figures with regard to the special procedures in 2017, Human Rights Council, Thirty-seventh session, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General.

dan yürütülen çalışmalar, bilgi toplama, topladığı bilgiler neticesinde harekete geçme, ziyaretler, rapor oluşturma şeklinde sıralanabilir.

A. Bilgi Toplama

Özel raportörler, görevli oldukları konularda ilgili gördükleri ve güvenilir olduğunu düşündükleri her türlü bilgi kaynağını dikkate alırlar. Hakları ihlal edilen bireyler veya insan hakları ihlalleri mağdurlarının çıkarlarını temsil etmek isteyen sivil toplum kuruluşları da dâhil olmak üzere farklı kaynaklardan bilgi veya şikâyet gelebilir. Bu kapsamda, hükümetlerden, hükümetler arası örgütlerden, ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarından, ulusal insan hakları kurumlarından, akademik topluluklardan, mağdurlardan, mağdurların yakınlarından ve tanıklardan konu hakkında bilgi alabilirler.⁴⁶ Dolayısıyla, bilgi veya şikâyet herhangi bir gerçek kişi, tüzel kişi veya hükümet dışı örgütler gibi çeşitli kaynaklar olabilir. Buna ilişkin olarak raportörler, bu tür kaynaklara danışmak ve onlarla buluşmak için çaba gösterir ve alınan bilgiler karşılaştırmalı şekilde onlar tarafından kontrol edilir.

Şikâyette bulunanlar nezdinde başvuru konusu haklar bakımından özel bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu durumun istisnasını konusal çalışmalar oluşturur. Konusal çalışmalarda, başvuru konusu özel raportörün çalışma alanı içinde olmalıdır. Yine yapılan başvuruda bireysel mağduriyet aranmaz. Şikâyet, tüm toplumu ilgilendiren bir yasa ya da uygulama hakkında da olabilir. Ayrıca, gerçekleşmiş bir ihlalin yanı sıra, devam etmekte olan ya da gerçekleşme ihtimali çok yüksek olan durumlarda da başvuruda bulunulabilir. Şikâyetler, mektup, faks veya telgraf gibi farklı iletişim araçlarıyla yapılabilir.

Raportörlerin bilgi toplarken eşitlik, dürüstlük ve şeffaflık içinde hareket etmeleri gerekir.⁴⁷ Hükümet temsilcilerine inceleme konusu hakkında görüşlerini bildirme fırsatı ve bu görüşlere nihai olarak hazırlanan raporda yer vermeleri gerekir. Raportörler, kişilerin ve kuruluşların bilgilerini alabilir ancak inceledikleri konu hakkında bilgi

⁴⁶ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 23, s. 11.

⁴⁷ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 24, s. 11.

aldıkları kişilere tekrar alınan önlemler hakkında bilgi verme zorunluluğu yoktur; bununla birlikte bazı bilgileri ise vermeyi tercih edebilir. Bu durumda verilen bilgi, hükümetlerle olan iletişimlerin içeriği olamaz. Ülke ziyaretlerinin olması halinde, ziyarete ilişkin tüm detaylar hazırlanan resmi raporda ayrıntılı bir şekilde yer alır. İnsan hakları ihlallerine ilişkin başvurularda, başvurulara ilişkin bilgiler, periyodik olarak İnsan Hakları Konseyi'ne gönderilen raporlarda yer alır. Rapor-törler, bilgi kaynaklarına yönelik herhangi bir saldırı ya da misilleme olmaması için tüm önlemleri alırlar ve bu önlemlerin hayata geçirilebilmesi için gerekli takipleri yaparlar.

B. Bilgiye Göre Harekete Geçme

Özel raportör, farklı kaynaklardan edindiği bilgileri değerlendirmekte ve bilgilerin güvenilirliği konusunda emin olduktan sonra harekete geçmektedir. Bir davada veya duruma göre harekete geçme kararı, bağımsız uzman olarak, özel raportörün takdirine bağlıdır.⁴⁸ Raportör olaya müdahale etme kararı alırken, başvuru kaynağının güvenilirliği, verilen bilgilerin inandırıcılığı ve kendi yetki alanını göz önünde bulundurur. Burada öncelikle ihlalin gerçekleştiği iddia edilen devlete ileti (communication) göndererek, iletişime geçer. Özel raportörlerden devletlere gönderilen iletiler, ulusal düzeyde yargılamaların yerine geçmez veya ülkedeki yargılamaları etkilemez ve suçlayıcı veya yargılayıcı karakterde olamaz. Bu tür iletilerin amacı, ihlal iddialarına açıklık getirmek ve söz konusu hakları korumak için devlet tarafından öngörülen tedbirleri teşvik etmektir. Ayrıca, ilgili ülkede iç hukuk yolları tüketilmemiş olsa bile, başvuru yapılabilir ve özel raportör tarafından bir ileti gönderilebilir. Bu ileti, ilgili insan hakları organı tarafından devletlere diplomatik kanallarla gönderilen mektup şeklindedir.⁴⁹

Özel raportörler, gönderilen mektuplara verilen cevapların yetersiz olduğu kanaatine vardıklarında daha fazla araştırma yapma yetkisine sahiptir. Elde ettiği bilgiler ışığında ilgili devletten veya kaynaklardan daha fazla bilgi almak için neler yapılacağını belirleme özel raportörün takdirindedir. Daha fazla araştırmanın başlatılması, ra-

⁴⁸ Subedi, s. 214.

⁴⁹ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 34, s. 12.

porda yayınlanacak tavsiye ve gözlemlerin detaylandırılması, gerekli görülen diğer uygun tedbirler bu kapsamdadır. İlgili devletle yapılan yazışmalar ve gelen cevaplar özel raportörün raporunu yayınlamasına kadar gizlidir ve rapor yayınlanıncaya kadar bilgilerin gizli kalması için gerekli tedbirler raportör tarafından alınır. Raportör tarafından hazırlanan periyodik raporlarda, ilgili ülkeye gönderilen iletiler, ilgili ülkenin verdiği cevaplar ve raportörün devletle olan diyalogun sonucuna ilişkin gözlemler yer alır. İhlal iddiasına ilişkin yapılan başvurunun mağdurlarının isimleri raporlarda yer alır; ancak çocuklara ve şiddet mağdurlarına ilişkin istisnalar olabilir.

C. Acil Başvurular ve İddia Mektupları

İnsan hakları ihlaline ilişkin alınan bilgilerin güvenilir olması halinde özel raportör harekete geçer. Süreç, ilgili devlete söz konusu iddiaya ilişkin bilgi verme, konuyu araştırma ve önlem alma şeklinde talepleri içeren bir mektubun İnsan Hakları Komiseri aracılığıyla gönderilmesiyle başlar. Mektup öncelikle ilgili ülkenin Cenevre'deki Birleşmiş Milletler'in Daimi Temsilcisi'ne gönderilir. İlgili ülkenin daimi temsilcisinin olmaması halinde ise öncelikle merkezdeki daimi temsilciye yoksa ilgili ülkenin Dış İşleri Bakanlığına gönderilir. Hükümete gönderilen mektupta açıklanmasını ayrıca istemedikçe, herhangi bir olası saldırıyı bertaraf etmek için insan hakları ihlali konusunda başvuruda bulunanın kimliği gizlenir. İlgili ülkeye gönderilen mektuplar iki şekilde olur. Bunlardan birincisi acil başvurular, ikincisi ise iddia mektupları olarak anılır.⁵⁰

a. Acil Başvurular

Acil başvurular, yaşamların son bulduğu ya da yaşamı tehdit eden durumlar veya doğal afetlerin yakın ya da devam eden zararları gibi çok ciddi ve ağır insan hakları ihlallerinin zaman açısından hassas olduğu durumlarda bilgi almak için kullanılır.⁵¹ Bu başvurunun amacı, ilgili devlet yetkililerinin mümkün olduğu kadar kısa bir zamanda in-

⁵⁰ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 43-48, s. 14-15.

⁵¹ Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council, 2007, madde 10.

san hakları ihlallerini sana erdirmek veya engellemek için müdahalede bulunmalarını sağlamaktır. Acil başvurular, devlet ve İnsan Hakları Komiserliği arasında aksi kararlaştırılmadıkça, ilgili hükümete diplomatik yollardan gönderilir. Başvuru mektubunda konunun esası hakkında bir yargı da bulunulmaz, sadece ilgili ülkenin konuya dikkati çekilir. Acil başvurular, genel olarak dört bölümden oluşan standart bir formata sahiptir.⁵²

(i) ilgili özel raportörün yetkilerini doğuran karara referans

(ii) mevcut bilgilerin bir özeti ve benzer davada uygulanan önceki eylemler

(iii) ilgili uluslararası belgeler ve içtihatlar ışığında konunun özel raportörün kaygılarına ilişkin veriler

(iv) Hükümetten ilgili iddiaların esası hakkında bilgi vermesi ve iddia edilen ihlallerin önlenmesi veya durdurulması için gerekli acil önlemlerin alınması talebi.

Acil başvurulara, ilgili ülkenin otuz gün içinde cevap vermesi istenir. Gerekli durumlarda özel raportör acil başvuru hakkında basın açıklaması yapma ve konu hakkında kamuoyuna duyuruda bulunma kararı da alabilir.

b. İddia Mektupları

İddia mektupları, hali hazırda gerçekleşmiş olduğu iddia edilen ihlaller hakkında bilgi almak için acil başvuruların geçerli olmadığı durumlarda kullanılır. Bu tür bir ihlal başvurusu özel raportöre ulaştığında, ilgili devletten konu hakkında bilgi almak amacıyla iddia mektubu gönderilir. 2007 tarihli Özel Yöntem Uzmanları İçin Davranış Kuralları'nın 9. maddesine göre, özel raportörün devletlere iddia mektubu gönderebilmesi için kendilerine ulaşan iddiaların ise birtakım şartları taşınması gerekir. Buna göre, kendilerine ulaşan iddiaların açıkça dayanaktan yoksun ve siyasi olmamaları, ihlal iddiasına konu edilen fillerin açıkça belirtilmesi, iddia edilen olayları açıklarken kullanılan dilin kötü olmaması, haklarının ihlal edildiğini ileri süren kişi

⁵² Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 45, s. 14.

veya kişilerce bu iddiaların yapılması ve sadece kitle iletişim araçları tarafından yayınlanan raporlara dayanmaması gerekir.⁵³ Kendilerine ulaşan iddiaların bu kriterlere uygun olduğu sonucuna varmaları halinde özel raportör, ilgili devlete iddia mektubu gönderiler ve iddia mektupları genel olarak dört bölümden oluşan standart bir formata sahiptir.⁵⁴

(i) ilgili yetkileri doğuran karara referans

(ii) mevcut bilgilerin bir özeti mevcut bilgilerin bir özeti ve benzer davada uygulanan önceki eylemler

(iii) ilgili uluslararası belgeler ve içtihatlar ışığında konunun özel raportörün kaygılarına ilişkin veriler

(iv) devletten şu konularda bilgi sağlanması talebi yer alır: (a) ilgili iddiaların esası, (b) ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen kişileri araştırmak ve cezalandırmak için alınan önlemler, (c) mağdur olduğunu iddia eden kişilere sağlanan tazminat, koruma ve yardımlar, (d) gelecekte benzer ihlallerin tekrarlanmasını önlemek için alınan yasal, idari ve diğer adımlar ve (e) diğer ilgili bilgiler.

Bu mektuplarda, özel raportör, genellikle ilgili hükümetin iki ay içinde ciddi şekilde yanıt vermesini talep eder.

Alınan ve gönderilen mektuplar, raportörün nihai raporuyla birlikte İnsan Hakları Konseyi'ne sunulur ve gerektiğinde Genel Kurula da bu raporlar iletilebilir. Bu organlar da gerekli tavsiye ve önerileri devlete yaparlar. Böylece, özel raportörün elde ettiği bilgiler ışığında harekete geçmesi, ihlalin önlenmesi için önemli bir adımdır ve sonucunda devletlerin uyarılmalarına vesile olur.

D. Kamuoyu ve Basın Açıklamaları

Yukarıda da belirtildiği gibi, özel raportörler, gerekli olması halinde acil başvurulara ilişkin olarak basın açıklamasında bulunabilir ya da konu hakkında kamuoyuna duyuruda bulunabilir. Bu durumun

⁵³ Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council, 2007, madde 9.

⁵⁴ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 46-47, s. 15.

yanı sıra devletler kendilerinden istenen cevapları vermekten çekinir ya da çok gecikirlerse, özel raportörler konu hakkında bir basın açıklamasında bulunabilir.⁵⁵ Pek tabii bu yola başvurmadan önce ilgili devletle iletişime geçmelidir. Verilen yanıtlarda bu açıklamada yer almamalıdır. Konu hakkında basın açıklaması yapılmadan önce ilgili ülkenin daimi temsilcisine bilgi verilir. Basın açıklaması veya kamu duyurusu İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin İletişim Bölüşü tarafından kayda alınır ve Komiserliğin web sayfasında yayınlanır.⁵⁶ Burada amaç, ilgili devleti uluslararası insan hakları normlarına uyan bir politika benimsemeye yöneltmek amacıyla ulusal ve uluslararası kamuoyunu harekete geçirmektir.⁵⁷

E. Ülke Ziyaretleri

Ülke ziyaretleri, özel raportörün yürüttüğü faaliyetlerinden en belirgin ve yaygın olanıdır. Doğrudan ve ilk elden bilgi edinmenin gerekli bir aracıdır;⁵⁸ çünkü bu ziyaretler insan hakları durumunun doğrudan gözlemlenmesine imkân tanır. Ülke ziyaretleri, özel raportörlerin tüm ilgili devlet makamlarıyla iletişimini kolaylaştırır. Nitekim yasama, yürütme, yargı alanındaki tüm yetkililer ile doğrudan diyalog imkânı sağlar. Buna ek olarak, mağdurlar, tanıklar, uluslararası ve yerel hükümet dışı örgütler, diğer sivil toplum üyeleri, akademik topluluklar ve ilgili ülkede bulunan uluslararası kurumların yetkilileri ile iletişim kurması ve bilgi toplanması için bir fırsat verir. Ülke ziyaretlerinin nihai amacı, ilgili ülkede insan haklarının durumuna ilişkin ülkede, bölgesel ve uluslararası arenada farkındalık yaratmaktır.⁵⁹

Ülke ziyaretleri, devlet tarafından yapılan bir davet ya da raportör tarafından gönderilen ziyaret isteği şeklinde başlar. Devlet tarafından yapılan davetlerde, bir hükümet kendi isteği ile özel raportörü ülkesine davet edebilir. Bir ülkenin kendi talebiyle yapılacak olan ziyaretler, diğer hususların yanı sıra, kendi ülkesindeki insan hakları alanındaki

⁵⁵ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 49, s. 15.

⁵⁶ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 51, s. 15.

⁵⁷ Subedi, s. 215.

⁵⁸ Nigel S. Rodley, "On the Responsibility of Special Rapporteurs", The International Journal of Human Rights, Vol. 15, No.2, 2011, s. 326.

⁵⁹ Subedi, s. 215.

olumlu veya olumsuz gelişmeler hakkında ilgili raportörü bilgilendirmek amacı taşır. Özel raportörün kendi isteği ile yapılan ziyaretlerde ise, öncelikle raportör ülkenin yetkilileriyle iletişime geçerek ziyaret isteğini bildirir. Böyle bir ziyaret için BM Genel Kurulu, İnsan Hakları Konseyi veya İnsan Hakları Yüksek Komiserliği de bir öneri ve talepte bulunabilir. Bu gibi durumlarda, devlet yapılmak istenen ziyaret taleplerine cevap vermediğinde, raportör, ilgili devlete hatırlatmalarda bulunabilir, Konsey'in bu konuya dikkat çekmesini isteyebilir ve diğer bütün uygun önlemleri alabilir.⁶⁰ Bu iki ziyaret türünün yanı sıra, 2004 yılından itibaren süresiz davet adı altında bir ziyaret türü daha geliştirilmiştir. Süresiz davet, bir ülkenin konusal özel yöntemler için yapmış olduğu açık davetin genişletilerek, özel yöntemler çerçevesinde yapılacak olan herhangi bir ziyaret talebini doğrudan kabul edecekleri anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, süresiz davetin kabul edilmesiyle birlikte herhangi bir özel raportör, ilgili ülkeyi istek olmaksızın ziyaret edebilme imkanına kavuşmaktadır. Bu ziyaretlerin yapılmasında ilgili devletlerin gösterdikleri işbirliği çabası İnsan Hakları Konseyi'ne üye seçiminde göz önünde bulundurulur.⁶¹

Ülke ziyaretlerinin hazırlanması, raportörler ile devletin daimi temsilcisi, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ve diğer BM organları arasında dayanışma ve işbirliği çerçevesinde yürütülür. Bu kapsamda ziyaretleri öncesinde raportörlere, Komiserlik tarafından, ilgili ülkedeki mevzuat, politika, programlar, kurumlar, idari uygulamalar, içtihatlar ve insan hakları ihlal iddiaları hakkında bir brifing olarak "ülke değerlendirme" belgesi verilir.⁶² Ülkeye yapılacak ziyaretin asıl gündemi ise, özel raportör tarafından belirlenir. Özel raportör, ülkede yapacağı ziyaretler sırasında görüşeceği kamu kurumları ve makamlarına ilişkin ilgili hükümet ile önceden müzakerede bulunur. Bu müzakerelerde genellikle görüşmelerin zamanı, toplantı yapılacak ma-

⁶⁰ Bu önlemler arasında örneğin, komşu ülkelerde dâhil olmak üzere başka ülkelere seyahatler gerçekleştirilerek, göçmenler, mülteciler ve diğer aktörlerle görüşmeler yapılabilir ve bilgi toplanabilir. United Nations, Human Rights Fact Sheet No. 27, s. 9.

⁶¹ Türkiye nezdinde 1998 yılından itibaren özel raportörler tarafından çeşitli konularda toplam 16 ziyaret gerçekleştirilmiş ve bu ziyaretlere ilişkin raporlar yayınlanmıştır. http://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/ViewCountryVisits.aspx?Lang=en&country=TUR, 05.06.2018.

⁶² Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 63, s. 18.

kamların listesi ve ziyaretler boyunca özel raportöre yardımcı olacak ev sahibi ülkenin resmi bir görevlisinin belirlenmesi istenir. Ayrıca, görüşülen kimselerin herhangi bir misillemeye maruz kalmaması için ilgili ülkeden yazılı güvenceler istenir.

Özel raportörler, ziyaretleri sırasında yetkileri göz önünde bulundurularak, ülkenin genel insan hakları durumuyla ilgili değerlendirmelerde bulunurlar. Ziyaretleri esnasında devlet-dışı aktörler de dâhil olmak üzere pek çok yetkiliyle, mağdurlarla ve tanıklarla görüşürler. Bu görüşmeler, tarafsızlık, saygı, gizlilik, doğrulanabilir olma, takdir hakkı da göz önünde bulundurularak yapılır. Görüşmeler, her zaman özel ve gizli yapılır. Ülke ziyaretleri genellikle on günlük bir süreyi kapsar ancak, ülkenin büyüklüğüne veya ele alınacak konuların karmaşıklığına bağlı olarak bu süre değişebilir.⁶³ Ziyaretler sonucunda elde edilen bulgular neticesinde özel raportör, görüşmelerin ayrıntılarını, durumun analizini ve hükümete ve diğer ilgililere yönelik bir dizi değerlendirme ve tavsiyeleri içeren bir rapor hazırlar. Taslak rapor, yanlış anlamaları ve fiili yanlışlıkları düzeltmek için ilk olarak devlete sunulur ve hükümetin cevabı için en az dört haftalık bir süre tanınır.⁶⁴ Nihai raporlar ise genellikle ayrı bir belge olarak yayınlanır. Bu raporlar aynı zamanda raportör tarafından hazırlanacak genel raporun bir parçasını oluşturur. İlgili devletin raporun esası hakkındaki yorumları, bu rapora da eklenir.

F. Rapor Oluşturma

Özel raportörler, kendi görevlerinin niteliğine bağlı olarak ilgili BM organlarına ve özellikle İnsan Hakları Konseyi ve Genel Kurul'a yaptıkları faaliyetlerle ilgili rapor hazırlar.⁶⁵ Bu raporlar bir yıllık çalışmalarını kapsar ve her yıl bu birimlere sunulur. Hazırlanan raporlarda raportör, kendi çalışma yöntemini, analizlerini, görev alanına giren konulardaki gelişmeleri ve bu konulardaki tavsiyelerine yer verir. Aynı

⁶³ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Official Country Visits, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/CountryVisits.aspx>, 18.06.2018.

⁶⁴ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 74, s. 20.

⁶⁵ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 84, s. 22.

zamanda raporlarda devletlerle kurulan iletişim bilgileri ve alınan cevapların bir özeti yer alır.

Raporlarda, ülke ziyaretleri sırasında yapılan gözlemler, burada oluşturulan raporlar ve akademik çalışmalar ile araştırma kurumları ve sivil toplum örgütlerinin raporları gibi çeşitli kaynaklardan alınan bilgilere dayanan veriler, sonuçlar ve öneriler yer alır. Bu nedenle, diğer raportörler, uluslararası kalkınma kurumları, sivil toplum temsilcileri ve akademik ve araştırma enstitüleri tarafından çok çeşitli amaçlar için özel raportörlerin hazırladıkları bu raporlara başvurur.⁶⁶ Özel raportörler tarafından hazırlanan raporların sonuçları, özel yöntemlere ait web sitesinde yer alır. İnsan Hakları, kendisine sevk edilen raporları yıllık toplantılarında görüşür ve raporlara ilişkin görüşlerini ve eleştirilerini belirtir.

G. Gelişmeleri Takip Etme

Özel raportörlerin çalışmalarının takibi, yürütülen herhangi bir yöntem çerçevesinde yapılan önerilerin uygulanmasını teşvik etmek, kolaylaştırmak ve denetlemek için alınan önlemleri kapsar. Böylece, özel raportörler önerdikleri önlemlerin yerine getirilip getirilmediğini takip eder. Bu kapsamda gelişmeleri takip etme, raportörlerin yaptıkları çalışmaların karşılığında uygun önlemlerin alınması için önemli bir faaliyettir.

Gelişmeler çeşitli şekillerde takip edilir. Bunlardan birincisi, başvuruların takip edilmesi şeklindedir. İnsan hakları ihlallerini konu edinen başvuruların takip edilmesi ise üç şekilde gerçekleşir. İlk olarak, yapılan başvurular, devletlerden alınan cevaplar, eldeki bilgiler ve yapılan gözlemler hakkında İnsan Hakları Komitesi'ne ve diğer ilgili kurumlara rapor sunmak şeklinde olur. İkincisi, yaşanan olumlu gelişmelerde dâhil olmak üzere, genel eğilimlerin analiz edilmesidir. Üçüncüsü olarak, ilgili devlet, başvurucu ve diğer taraflarla, sistematik ve yapıcı bir diyalog sürdürülerek takip etmedir. Diğer bir takip etme usulü, yapılan ziyaretlerin takip edilmesidir. Özel raportörler, yaptıkları ülke ziyaretlerinin sonuçlarını daha etkin hale getirmek amacıyla birtakım takip etme çalışması yaparlar. Bu çerçevede, önerilerini, uy-

⁶⁶ Subedi, s. 215.

gulanmasını ve izlenmesini kolaylaştıracak şekilde açık ve kesin bir biçimde ifade edebilir, ek ziyaretlerde bulunabilir ve ilgili taraflarla işbirliği halinde olarak takibi gerçekleştirebilir.

Sonuncu takip etme yöntemi ise, özel raportörlerce belirli bir konu hakkında yürütülen konusal çalışmalara ilişkindir. Yukarıda da ele alındığı gibi özel raportörler dünya genelinde belirli insan hakları konularına ilişkin çalışmalar yapar ve bu çalışmalar, karmaşık sorunların anlaşılmasına ve olası çözümlerine önemli katkılarda bulunmaktadır. Belirli insan hakları sorunlarına farkındalığı artırmak ve insan haklarına saygıyı sağlayacak olan kanun, politika ve program gibi önlemlere öncü olmaktadır. Konusal çalışmalar sonrasında hazırlanan raporlar, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği web sitesinde yayımlanır. Raporlar ayrıca, basın toplantıları veya konferanslar aracılığıyla da duyurulmaktadır.

5. Özel Raportörlerin Diğer Koruma Mekanizmalarıyla İlişkisi

Özel raportörler, insan haklarını koruma amacıyla hareket eden pek çok oluşumla sıkı bir ilişki içindedir. Bu ilişki, genel itibariyle koordinasyon ve işbirliği şeklindedir. Özellikle hem özel raportörler ve diğer özel yöntem görevlileri arasındaki koordinasyonu hem de özel yöntemlerle diğer koruma mekanizmaları arasındaki koordinasyonu sağlaması amacıyla 2005 tarihinde beş kişiden oluşan bir Koordinasyon Komitesi kurulmuştur.⁶⁷ Bu Komite'nin amacı genel olarak, özel yöntemler sisteminin ve her bir özel yöntemin etkinliğinin artırılmasıdır. Bu kapsamda, özel yöntem görevlilerinin bağımsızlığını ve özerkliğini güçlendirir. En temel görevi ise, Birleşmiş Milletler'in insan hakları alanında faaliyet gösteren yetkilileri ve sivil toplum başta olmak üzere özel yöntem görevlileri arasında koordinasyonun sağlanmasına ve köprü görevi görmesidir. El Kitabı'nda Komite'nin işlevleri genel itibariyle şu şekilde sıralanmıştır:⁶⁸

- (a) özel yöntem görevlilerinin bağımsızlığı ve etkinliğini artırmak ve çalışmalarını kolaylaştırmak,

⁶⁷ Limon, Power, s. 12.

⁶⁸ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 111, s. 27.

- (b) bu kişilerin çalışma yöntemlerine ilişkin tecrübelerini paylaşmak,
- (c) özel yöntemler sistemine ilişkin endişelerin İnsan Hakları Komitesi tarafından dikkate alınmasını ve bu konudaki gelişmelerin rapor edilmesini sağlamak,
- (d) görevlileri ilgilendiren konuları belirlemek ve benzer konular üzerinde ortak davranışları kolaylaştırmak,
- (e) bilgi alışverişini sağlamak ve görevlileri, diğer meslektaşları tarafından yürütülen faaliyetlerden haberdar etmek,
- (f) özel yöntemlerin yıllık toplantılarının gündemi için bir taslak önermek ve toplantıda rapor sunmaktır.

Koordinasyon Komitesi tarafından sıralanan bu işlevler, özel raportörler nezdinde önemini korur. Böylece raportörlerin, diğer meslektaşlarıyla olan iletişimi güçlenmekte ve çalışmalardan hem haberdar olmakta hem de kendi çalışmaları hakkında bilgi verebilmektedir. Bu durumun yanı sıra, özel raportörler tarafından hazırlanan raporlara, sözleşme içi denetim organları tarafından dikkate alınmaktadır. Her iki koruma türleri arasındaki işbirliği, özel raportörlerin hem ülkesel hem de konusal çalışmalar hakkında sözleşme organlarını bilgilendirmesi, sözleşme organları tarafından düzenlenen genel görüşme toplantılarına katılması, sözleşme organlarının genel yorumlarının hazırlanmasına katkı sunması, bu organların içtihat ve bilgilerinden özel raportörlerin çalışmalarında faydalanması ve kendi önerilerini sözleşme organlarına sunması şeklinde gerçekleşir.

Özel raportörler, çalışmaları esnasında bölgesel koruma mekanizmalarıyla da işbirliği içerisinde. Bu işbirliği, karşılıklı bilgilendirme, diyalog ve çalışmalar hakkında destek verme şeklindedir. Özel raportörler ayrıca ulusal insan hakları kurumları ve sivil toplumla da işbirliği halindedir. Özellikle bağımsız ulusal insan hakları kurumları özel raportörlerin çalışmalarını kolaylaştırmak, tavsiyelerinin uygulanmasında büyük katkı sunarlar. Buna karşılık raportörlerde, ulusal kurumların kurulmasını ve güçlendirilmesini destekler, belirli alanlarda çalışmalarını kolaylaştırır ve teşvik eder, Paris Prensipleri'ne uygun bir şekilde bağımsızlıklarının güçlenmesine yardımcı olur ve herhangi

bir tehdit altındayken harekete geçerler.⁶⁹ Ulusal insan hakları kurumlarının yanı sıra sivil toplum örgütleri olan uluslararası, bölgesel ve ulusal kuruluşlar özel yöntemler ve özelinde raportörlere çok büyük destek sunarlar. Örneğin, bilgileriyle ve analizleriyle özel raportörlerin çalışmalarının sonuçlarını yaymalarına yardımcı olurlar. Ayrıca özel raportörün takibi altındaki konuların iyileştirilmesi için insan hakları eğitimi de dâhil olmak üzere ulusal politika ve programların hazırlanmasına ve uygulanmasına yardımcı olurlar.

6. Özel Raportörlerin Çalışmalarında Karşılaştıkları Sorunlar

Özel raportörlerin çalışmaları ve bu çalışmaların sonuçları, yargısal fonksiyona sahip sözleşme organlarının kararlarında olduğu gibi, insan hakları mağdurları için bireysel ve somut çözümler ortaya koymaz. Bunun aksine, herkes nezdinde etki doğuracak şekilde adımlar atılmasına vesile olur. Uluslararası insan hakları normlarını pratik hale getirmede bağımsız, esnek ve pratik araç olarak görülebilecek özel raportörler, bu önemli işlevlerine rağmen, faaliyetleri esnasında ve sonrasında birtakım zorluklarla da karşılaşır. Örneğin, çalışmaları sonrasında yaptıkları tavsiyelerin dikkate alınıp alınmadığına dair etkili bir takip sisteminin olmaması, bu kurumun en önemli eksiğidir.⁷⁰ Gerçekten de, etkili bir takip sisteminin mevcut olmaması dolayısıyla, özel raportörlerin devletlere yönelik birçok raporu ve tavsiyesi uygulanmamaktadır.⁷¹ Bu hususta Birleşmiş Milletler bünyesinde takip sistemini mümkün kılan adımların acilen atılması gerekir. Bu durumun yanı sıra, ilgili devletlerin kendilerinin özel raportörlerle işbirliği yapmamaları, özel raportörlerin karşılaştıkları diğer bir önemli sorundur.⁷² İnsan hakları ihlallerinin başladığı ve şiddetlenerek devam

⁶⁹ Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008, para. 131, s. 31.

⁷⁰ Jeroen Gutter, "Special Procedures and the Human Rights Council: Achievements and Challenges Ahead", *Human Rights Law Review*, 7:1, 2007, s. 104.

⁷¹ Ted Piccone, "The Contribution of the UN's Special Procedures to National Level Implementation of Human Rights Norms", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 2, 2011, s. 210.

⁷² *Ibid*, s. 210. Oysa Davranış Kuralları'nın 1. paragrafı, devletler ve özel yöntem görevlileri arasındaki işbirliğinin sağlanması için çağrılarda bulunarak başlar: "Tüm devletlerin, görevlerinin yerine getirilmesi amacıyla özel yöntem görevlileri ile işbirliği yapmaları ve yardımcı olmaları ve tüm bilgileri zamanında temin etmeleri ve gereksiz gecikmeler olmaksızın özel yöntemler aracılığıyla kendilerine iletilen

ettiği hallerde, devletlerin özel raportörlerle işbirliği halinde olmadığı durumlarda yapacakları hiçbir şey yoktur. Bunun örnekleri, özel raportörlük kurumu tarihinde yaşanmıştır. Örneğin, özel raportör olarak atanan Ta deuz Mzawiescki, 1990'lı yılların başlarında, ülkenin dağılması sırasında eski Yugoslavya'daki insan hakları ihlallerine çözüm üretmek için çalışmalar yürütmüştür. Ancak etnik köken nedeniyle yapılan ihlallerin artması ve çalışmalarının faydalı olmadığını anlamasıyla birlikte, Yugoslavya için özel raportörlük görevinden istifa ederek, işlenen insan hakları ihlallerine çaresiz bir tanık olmaktan vazgeçmiştir.⁷³ Benzer şekilde, ülke çalışmalarını yürütmek üzere atanan Yash Ghai, Kamboçya hükümeti tarafından görevini yerine getirirken çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır. 2008 yılında da, Kamboçya yöneticilerinin kişisel saldırılarına maruz kalmıştır ve görevinden istifa etmiştir. Bunun sonucunda, konusal çalışma şeklinde görevli sayısının artmasına rağmen, zamanla ülke çalışmalarının ve görevlilerinin sayısının azaldığı gözlenmektedir. Ülke görevlilerinin sayısı, 1990'ların sonlarında en yüksek ve yirmili hanelerde iken, günümüzde tek bir haneye düşmüştür.⁷⁴

Bunun yanı sıra, çok az sayıda devlet ülkelerini ziyaret etmesi için özel raportörlere davet göndermektedir.⁷⁵ Birleşmiş Milletler örgütüne üye olan yüz doksan iki devletten altmışaltısı yalnızca bu daveti göndermiştir. Bunun dışındaki devletler, özel raportörlerin ülke ziyaretleri hususunda işbirliği içinde olmamışlardır. Örneğin, Kuzey Kore ülkesel çalışmaları gereği atanmış raportörlerin hiçbir zaman kendi ülkelerini ziyaret etmelerine izin vermemiştir. Yine Myanmar, zaman zaman ülke görevlisi ile işbirliğini askıya almakta ve uzun süre ziyaretlere izin vermeyen bir başka ülkedir. Özel raportörlerin yapacakları ülke ziyaretlerine en baştan izin vermemekse, o devletin insan haklarının korunmasına olumsuz yaklaştığına dair önceden bilgi verir. Bu nedenle, devletlerin ülke ziyaretleri hususunda özel raportörlerle işbirliğini geliştirmeleri gerekir.

başvurulara cevap vermeleri talep edilir.”

⁷³ Subedi, s. 224.

⁷⁴ Gutter, s. 104.

⁷⁵ Piccone, s. 213.

SONUÇ

Özel yöntemler, İnsan Hakları Komisyonu tarafından kurulan ve İnsan Hakları Konseyi tarafından devam ettirilen, belirli bir ülkenin insan hakları karnesini veya dünya genelinde tek bir konusal meseleyi ele almak için yürütülen mekanizmalara verilen genel addır. Özel yöntemlerin önemli özelliği, dünyanın herhangi bir yerinde meydana gelen insan hakları iddialarına hızlı cevap verebilmeleridir. Bu özelliğini sisteme kazandıran en önemli unsur ise özel raportörlük kurumudur. Özel yöntemler kapsamında faaliyet gösteren özel raportörlük kurumu, doğrudan ve ilk elden hak ihlallerine temas etme özelliğine sahiptir. Öyle ki, insan hakları ihlallerinin gerçek ve potansiyel mağdurlarıyla doğrudan iletişim kurabilme ve bu kimselerin haklarının korunması için acil çağrılarda bulunabilme yetkisine sahiptirler. Hak ihlali mağdurlarının yanı sıra, devletler ile de ilgili konularda doğrudan iletişim kurmaktadır ve böylece insan hakları ihlallerinin en hızlı şekilde sonlandırılması hususunda etkin rol oynamaktadırlar. Bu nedenle, özel raportörlük kurumu, Birleşmiş Milletler sisteminin taç mücevheri olarak tanımlanmış ve özel raportörler, insan haklarının ön cephesi olarak adlandırılarak, özel öneme sahip olduğunun altı çizilmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi tarafından, uluslararası insan hakları sisteminde doğrudan erişimi sağlayabilen en önemli mekanizma olarak da tanımlanan özel raportörlük kurumu aracılığıyla, baskıcı rejimlerde dâhil olmak üzere dünyanın çeşitli ülkelerinde insan haklarının korunmuş, geliştirilmiş ve ağır ihlal sorunları çözüme kavuşturulmuştur. Bu duruma somut bir örnek olarak, Afganistan'daki idam cezasına çarptırılan kimselere yönelik özel raportörün yaptığı çalışmalar gösterilebilir. Nitekim 1992 yılında Afganistan'a atanan özel raportör, Afganistan Devlet Başkanı Najibullah'ın özel bir kararnameyle, ölüm cezasına çarptırılmış 114 kişinin cezasının, 20 yıl hapis cezasına dönüştürülmesini sağlayabilmiştir.

İnsan Hakları Konseyi tarafından ülkesel çalışma alanları için bir yıllığına; konusal çalışmalarda ise üç yıllığına atanan ve en fazla altı yıl faaliyet gösterebilme yetkisine sahip olan özel raportörler görevlerini yerine getirirken insan hakları ihlalleri ile ilgili belirli iddialar

hakkında bilgi alırlar ve açıklama için hükümetlere acil itiraz veya iddia mektubu gönderirler. Faaliyetlerinden bir diğeri de, insan hakları durumunu araştırmak için yaptıkları ülke ziyaretleridir. Ülke ziyaretlerini ve genel çalışmalarının neticesini rapor hazırlayarak bitirirler. Bu bağlamda, özel raportörler tarafından yürütülen çalışmalar, bilgi toplama, topladığı bilgiler neticesinde harekete geçme, ziyaretler, rapor oluşturma şeklindedir. Hak ihlallerine yönelik önemli çalışmalar yürüten ve bu çalışmalarını raporlaştırarak dünya kamuoyuyla paylaşan özel raportörler, esasen herhangi bir ülkede gerçekleşen ihlalin sadece o ülkenin sorunu olmadığını, tüm insanlığı ilgilendirdiğinin altını çizerler. Bu nedenle hazırladıkları raporlar, diğer raportörlerin, uluslararası kalkınma kurumlarına, sivil toplum temsilcileri ve akademik ve araştırma enstitülerinin çalışmalarına kaynaklık eder.

Bu önemine rağmen, özel raportörler çalışmalar esnasında çeşitli sıkıntılılarla da karşılaşmaktadırlar. Bu sıkıntıların en başında, devletlerin özel raportörlerle işbirliği halinde olmamaları gelmektedir. Özellikle ülke ziyaretleri esnasında devletlerin bu ziyaretlere izin vermemesi ya da ziyaret daveti göndermemesi özel raportörlerin çalışmalarını sekteye uğratmaktadır. Bu hususta raportörün yapacağı herhangi başka bir çarede bulunmamaktadır. Çalışmaları sonrasında hazırladıkları raporlarda belirtilen tavsiyelerin dikkate alınıp alınmadığına dair etkili bir takip sisteminin olmaması da, bu kurumun en önemli eksigidir. Gerçekten, etkili bir takip sisteminin mevcut olmaması dolayısıyla, özel raportörlerin devletlere yönelik birçok raporu ve tavsiyesi uygulanmamaktadır. İşbirliği ve tavsiyelerin takibi hususlarında Birleşmiş Milletler bünyesinde çeşitli adımların acilen atılması gerekmektedir.

Kaynakça

- Abass Ademola, *Complete International Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, 2012.
- Alston Philip, "The Commission on Human Rights", *The United Nations and Human Rights-A Critical Appraisal*, Philip Alston (ed.) Clarendon Press, Oxford, 1992, s.126-209.
- Bossuyt Marc J., "The Development of Special Procedures of the United Nations Commission on Human Rights", *Human Rights Law Journal*, Vol. 6, No. 2-4, 1985, s. 179-210.

- Boven Theodoor C. Van, "Distinguishing Criteria of Human Rights", *The International Dimensions of Human Rights*, ed. Karel Vasak, Vol. I, Unesco, 1982, s. 43-59.
- Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council, 2007.
- Communications Concerning Human Rights, ESCOR Res. 75 (V), U.N. ESCOR, 5th Sess., at 20, U.N. Doc. E/573 (1947).
- Communications Concerning Human Rights, ESCOR Res. 728 (F), U.N. ESCOR, 28th Sess., Supp. No. 1, at 19, U.N. Doc. E/3290 (1959).
- Facts and figures with regard to the special procedures in 2017, Human Rights Council, Thirty-seventh session, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General.
- Gemalmaz Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 7. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Golay Christophe, Mahon Claire, Cismas Ioana, "The Impact of the UN Special Procedures on the Development and Implementation of Economic, Social and Cultural Rights", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 2, 2011, s. 299-318.
- Gutter Jeroen, "Special Procedures and the Human Rights Council: Achievements and Challenges Ahead", *Human Rights Law Review*, 7:1, 2007, s. 93-107.
- Gülmez Mesut, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004.
- Gülmez Mesut, "İnsan Haklarının Uluslararası Korunmasında Sözleşme-Dışı Sistemler ve Türkiye", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE, Ankara, 2000, s.159-190.
- Limon Marc, Power Hilary, *History of the United Nations Special Procedures Mechanism, Origins, Evolution and Reform*, Universal Rights Group, 2014.
- Manuel of Operations of the Special Procedures of the Human Rights Council, 2008.
- Nifosi Ingrid, *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2005.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Working with the United Nations Human Rights Programme: A Handbook for Civil Society*, <http://www.ohchr.org/civilsocietyhandbook/>.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *United Nations Special Procedures, Facts and Figures*, 2013.
- Piccone Ted, "The Contribution of the UN's Special Procedures to National Level Implementation of Human Rights Norms", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No. 2, 2011, s. 206-231.
- Rodley Nigel S., "On the Responsibility of Special Rapporteurs", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 15, No.2, 2011, s. 319-337.
- Smith Rhona K. M., *Text and Materials on International Human Rights*, Second Edition, Routledge, 2010.

- Steiner Henry J., Alston, Philip, Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals*, Third Edition, 2008.
- Sunga Lyal S., "The Special Procedures of the UN Commission on Human Rights: Should They Be Scrapped?", *International Human Rights Monitoring Mechanism: Essays in Honour of Jacob Th. Moller*, Gundmundur Alfredsson (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s. 233-277.
- Subedi Surya P., "Protection of Human Rights through the Mechanism of UN Special Rapporteurs", *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, No. 1, 2011, s. 201-228.
- Sundberg Ulrika, "Five Years of Working in the UN Commission on Human Rights: Some Reflections for the Future Work of the UN Human Rights Council", *International Human Rights Monitoring Mechanism: Essays in Honour of Jacob Th. Moller*, Gundmundur Alfredsson (ed.), 2nd Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 155-165.
- Weissbrodt David, "The Three "Theme" Special Rapoorteurs of the UN Commission on Human Rights", *The American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 3, 1986, s. 685-699.

YARGITAY'IN İLK DERECE MAHKEMESİ OLARAK VERDİĞİ SON KARARLARA KARŞI BAŞVURULACAK KANUN YOLU VE KAPSAMI

THE APPEAL PROCESS AND SCOPE OF REVIEW FOR FINAL JUDGMENTS GIVEN BY THE COURT OF CASSATION AS COURT OF FIRST INSTANCE

Haluk TOROSLU*

Özet: Kişi yönünden yetki kuralları uyarınca belirli sığfata sahip kişiler hakkındaki ilk derece yargılaması Yargıtay'ın ceza daireleri tarafından yapılmaktadır. Ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı yalnızca temyiz kanun yolu öngörölmüş olduğundan, bu kararlar üzerinde istinaf incelemesi yapılması mümkün değildir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, temyiz denetiminin kapsamını hükmün hukuki yönüyle sınırladığından, daire kararlarının kanun yolu kapsamında maddi sorun yönünden yeniden incelenmesi mümkün değildir. Bu çalışmada, ceza dairelerinin kararları açısından söz konusu olan sınırlamanın hak arama özgürlüğü ve eşitlik açısından yaratabileceği sorunlar üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Kişi Yönünden Yetki, İstinaf, Temyiz, Temyiz Nedeni, Temyizin Kapsamı

Abstract: Under the provisions on personal jurisdiction, first instance trial of specified persons are conducted by the criminal chambers of the Court of Cassation. Since the decisions of Criminal Chambers as the court of first instance can only be appealed before the Grand Criminal Chamber of the Court of Cassation, a first degree appeal would not be possible. Code no 5271 on Criminal Procedure limits the review for the appeal process to a control of the application of the law, hence rendering a substantial review of the decision by a first degree appeal impossible. This article focuses on the problems that might arise from this limitation for the decisions of criminal chambers with regard to the right to seek for justice and equality.

Keywords: Personal Jurisdiction, First Degree Appeal, Appeal, Grounds for Appeal, Scope of Appeal

* Dr. Öğr. Üyesi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, htoroslu@bilkent.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4028-4672, Makalenin Gönderim Tarihi 13.12.2018, Kabul Tarihi: 13.12.2018

1. Genel olarak

Yargı yetkisi, yargılama makamını işgal eden yargıcın belirli bir cezai uyumsuzluğu çözmek şeklindeki yetkisi ve görevi olarak tanımlanabilir. Söz konusu yetki yalnızca tek bir organa verilmemiş, her biri sınırlı yetkilere sahip farklı yargı mercileri arasında bölüşülmüştür. Bu yetki paylaşımının temelinde delillere ulaşma kolaylığı, usul ekonomisi, adil yargılama imkânı, savunma garantisi, yargıcın mesleki tecrübesi ve yargıcın etki altında kalmaması gibi farklı sebepler yer alır.¹

Anayasa'nın 142. maddesinde mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmış ve ceza muhakemesinde yetki açısından kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Kanunilik ilkesini doğal yargıç ilkesiyle birlikte düşünmek gerekir. Zira doğal yargıç ilkesi² uyarınca, bir uyumsuzlukla ilgili olarak ancak fiilin işlenmesinden önce kurulmuş ve yetkilendirilmiş mahkemece hüküm verilebilir. Nitekim Anayasa'nın "kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Ceza muhakemesinde, devletin muhakeme kanunlarının uygulanacağı genel alanı belirleyen ulusal yetki kurallarından, yargılamaya konu suçun mahiyeti ve cezanın ağırlığı nazara alınmak suretiyle tespit edilen madde yönünden yetki kurallarından, yargıcın nerede işlenen suçlarla ilgili olarak yargılama yapabileceğini, yani yargı çevresini belirleyen yer yönünden yetki kurallarından bahsedilebilir. Bununla birlikte, hukuk düzeni belirli kişilerin yargılanması açısından genel yetki ve görev kurallarına istisna getirmek suretiyle belirli yargı mer-

¹ Yetkiyle ilgili genel açıklamalar için bkz. Paolo Tonini, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, 14^a Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2016, s. 26 vd.; Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1978, s. 296 vd.; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 65 vd.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 252 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018, s. 597 vd.

² Doğal yargıç ilkesiyle ilgili olarak bkz. Tonini, s. 37; Yener Ünver/Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 36.

cilerini görevlendirdiğinde, kişi yönünden yetki kuralları karşımıza çıkmaktadır.³

2. Kişi yönünden yetki kuralları

Kural olarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti kanunlarının uygulandığı yerde suç işleyen bir kimse hakkında soruşturma ve kovuşturmanın hangi merciler tarafından yapılacağı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun madde ve yer yönünden yetkiyi düzenleyen kurallarına göre tespit edilmektedir. Ancak bazı hâllerde yargılama yetkisinin bölüşülmesinde şüpheli veya sanığın sıfatı esas alınmakta ve bu kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturmanın özel organlar ve mahkemeler tarafından yapılması kabul edilmekte ve böylece madde ile yer yönünden yetki konusundaki genel kurallardan ayrılmaktadır.⁴

Kişi yönünden yetki, kural olarak belirli kişilerin görev suçları nedeniyle kabul edilmiştir. Görev suçu, görevin yerine getirildiği sırada görevle ilgili olarak işlenen suçtur. Ancak istisnai durumlarda belirli sıfatı taşıyan kişilerin şahsi suçları açısından da kişi yönünden genel yetki kurallarından ayrılması mümkündür.⁵

Belirtmek gerekir ki, kişi yönünden yetki belirlenirken, failin suçu işlediği andaki sıfatı değil, yargılama esnasındaki sıfatı esas alınacaktır. Zira kural olarak kişi yönünden yetki kuralının uygulanmasına esas teşkil eden sıfatı sonradan kaybeden kişi hakkında böyle istisnai bir uygulamaya gerek yoktur. Ancak bazı hâllerde suçun işlendiği sıradaki sıfat esas alınmamakta ve daha sonradan sıfat kaybedilse dahi yargılama kişi yönünden yetkili mahkemece yapılmaktadır.⁶

Kanunlarda kişi yönünden yetkisizlik kararları ve yetkisiz yargıcın işlemleriyle ilgili herhangi bir düzenleme olmadığından, madde

³ Bu ayrımlar haricinde iş bölümü olarak da adlandırılan görev yönünden yetkiden de bahsedilebilir. Ceza muhakemesindeki yetki türleri için bkz. Kunter, s. 263 vd.; Toroslu/Feyzioğlu, s. 65 vd.; Centel/Zafer, s 597 vd.

⁴ Kunter, s. 296 vd.; Toroslu/Feyzioğlu, s. 66 vd.; Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 110.

⁵ Toroslu/Feyzioğlu, s. 88; Örneğin Anayasa'nın 105. maddesinde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarıyla ilgili olarak da Yüce Divan'da yargılanacağı düzenlenmiştir; Görev suçu kavramıyla ilgili olarak bkz. Burcu Dönmez, "Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, c. 19, özel Sayı-2017, s. 2727-2748.

⁶ Kunter, s. 303; Toroslu/Feyzioğlu, s. 88.

yönünden yetkiyi düzenleyen hükümlerin kıyas yoluyla bu durumlara da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.⁷ Dolayısıyla, kişi yönünden yetkili olmadığı kanaatine varan mahkemenin her aşamada kişi yönünden yetkisiz olduğuna karar vermek suretiyle dosyayı yetkili mahkemeye göndermesi ve yetkisiz mahkemenin yaptığı işlemlerin, tekrarı mümkün olmayanlar hariç olmak üzere, yeniden yapılması gerekecektir. Zira mahkemelerin yetkileri kanunla düzenlendiğinden, aksi kanunda açıkça öngörülmediği takdirde yetkisiz mahkemenin bir uyuşmazlığı çözmesi ve bununla ilgili geçerli bir işlem yapması mümkün değildir; bir başka ifadeyle aksi kanunda öngörülmediği takdirde yetki kamu düzenindedir. Bununla birlikte kişi yönünden yetki uyuşmazlıkları da ortak yüksek görevli mahkeme tarafından çözülecek, yalnızca Yüce Divan kararları tüm yargı mercileri açısından bağlayıcı olacaktır.⁸

Madde yönünden yetkiye ilişkin kurallar kıyasen uygulandığında, kişi yönünden yetki kuralları uyarınca belirli bir yargı merciinde çözülmesi gereken uyuşmazlık ile söz konusu yetki kurallarının geçerli olmadığı bir uyuşmazlık arasında bağlantı olması durumunda, bu farklı uyuşmazlıklara ilişkin muhakemelerin kişi yönünden yetkili kılınan mercide birleştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla uyuşmazlıklar arasında objektif bağlantı bulunması hâlinde, aslında kişi yönünden yetki kurallarına tabi olmayan kişi de özel olarak yetkilendirilen merci tarafından yargılanabilecektir. Nitekim 4483 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, anılan kanun kapsamındaki suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda memur olmayanın, memur olanla; ast memurun da üst memurla aynı mahkemede yargılanacağı düzenlenmiştir.⁹

Kişi yönünden yetkiyi düzenleyen kurallara özellikle Cumhurbaşkanını, bakanlar, milletvekilleri, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri, yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri ile başsavcılarını, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun başkanvekili ve üyeleri, Sayıştay Başkanı ve üyeleri, adli ve idari yargıç ve savcılar, avukatlar, müsteşarlar, elçiler ve diplomatik dokunulmazlığı olanlar, valiler, kaymakamlar, kolluk amirleri ve asker kişilerle ilgili olarak rastlanmaktadır.¹⁰

⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 89; Şahin, s. 110.

⁸ Toroslu/Feyzioğlu, s. 90.

⁹ Kunter, s. 302; Şahin, s. 111.

¹⁰ Toroslu/Feyzioğlu, s. 89.

Belirtmek gerekir ki, bazı kişiler bakımından özel yetki kuralları getirilmiş olmasının amacı, bu kişileri kayırmak ve onları farklı yargılama kurallarına tabi tutmakla onların çıkarına bir sonuca ulaşmak değildir. Amaç tam tersine, genel kurallar uygulandığında kayırmadan faydalanabilecek olan kişilerin kayırılmamalarını sağlamaktır. Nitekim genellikle kişi yönünden yetki kuralları toplumda önemli görevlerde bulunan kişiler bakımından söz konusu olduğundan, genel kurallar uygulandığında yetkili sayılacak kişi ve organların etki altında kalmaları mümkündür. Dolayısıyla kişi yönünden yetki kurallarıyla belirli yargı yerlerinin yetkili kılınmasının nihai amacı yargı bağımsızlığını teminat altına almaktır.¹¹

Bu kişilerin görev suçları ve bazen de şahsi suçlarıyla ilgili olarak yargılama, Yüce Divan'da, Yargıtay'ın bir ceza dairesinde ya da tespit edilen bir ilk derece mahkemesinde yapılmaktadır. Bu çalışma kapsamında Yargıtay'ın ceza dairelerinin kişi yönünden yetki kurallarına dayanarak ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlara karşı başvurulacak kanun yoluna ilişkin bazı tespitlere yer verilecektir.

3. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği son kararlara karşı başvurulacak kanun yolu

Mevzuatta bazı kişilerin işledikleri görev suçları dolayısıyla Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde yargılanacağı düzenlenmiştir. Örneğin 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 90. maddesinde, haklarında son soruşturma açılmasına karar verilenlerden birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dâhil bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının, son soruşturmalarının Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde görüleceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Yargıtay Başkan, Başsavcı ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlarından ötürü Yüce Divan'da yargılanacakları öngörülmüşken, Yargıtay Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca aynı kişilerin şahsi suçlarına ilişkin yargılama Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde ya-

¹¹ Tonini, s. 34; Kunter, s. 296; Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 141; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özyaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 216.

pılacaktır.¹² Benzer şekilde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 13. maddesinde, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, Bakan yardımcıları ve valiler için yetkili ve görevli mahkemenin Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi olduğu hükmü yer almaktadır.

Bu doğrultuda Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesinde, ceza daireleri arasındaki iş bölümünün belirlenmesinde mahkeme kararındaki nitelendirmenin, mahkûmiyet dışındaki kararlarda ise iddianamede veya iddianame yerine geçen belgedeki nitelendirmenin esas alınacağı ve temyiz davasına bakmakla görevli olan dairenin, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu davalar açısından da yetkili olacağı hükmüne yer verilmiştir. Aynı maddeye göre Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu davalarda, iş yoğunluğunun zorunlu kılması halinde Birinci Başkanlık Kurulu bir veya birden fazla daireyi sadece bu işlere bakmak amacıyla görevlendirebilecektir.

Görevli ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı yalnızca temyiz kanun yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. Nitekim Yargıtay Kanunu'nun, Ceza Genel Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 15. maddesinin üçüncü fıkrasında, ilk derece mahkemesi olarak ilgili dairelerce verilen hükümlerin temyiz yoluyla incelemesini yapmak da bu kurulun görevleri arasında sayılmaktadır. Buna karşın daire kararı ile ilgili olarak istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir; zira Yargıtay Kanunu'nda bu konuda bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 33. maddesinde Bölge Adliye Mahkemeleri'nin adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamakla görevli olduğu düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin kararlarını denetlemekle görevli olan ve daha üst derecede yer alan Yargıtay'ın bir ceza dairesinin verdiği hükmün Bölge Adliye Mahkemesi tarafından denetlenemeyecek olması hukukun ve muhakeme mantığının gereğidir.¹³

¹² Anayasa'nın 148. ve Danıştay Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca Danıştay üyeleri hakkında da bu hükümler uygulanacaktır.

¹³ CMK'nın 285. maddesinde, "23.4.2016 tarihli ve 6706 sayılı Cezaî Konularda Ulus-

Sonuç itibarıyla Yargıtay ceza dairelerince olay yargılaması yapılarak verilen son kararlara karşı başvurulabilecek tek kanun yolu temyiz olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada söz konusu kararlara karşı istinaf kanun yolunun öngörülmemiş olmasının, hak arama özgürlüğü ve kanun önünde eşitlik ilkesi açısından tartışılabilir sonuçlara yol açtığını belirtmek gerekmektedir. Bu sonuçların doğru biçimde tespit edilebilmesi için de, öncelikle temyiz ve istinaf kanun yolları arasındaki farkların, özellikle yapılacak incelemenin kapsamı açısından ortaya konulması gerekir.

4. İstinaf ve Temyiz Kanun Yollarında Denetimin Kapsamı

Belirtmek gerekir ki, istinaf ile temyiz kanun yolları arasındaki en önemli fark, bu kanun yollarında yapılacak denetimin kapsamına ilişkindir.

İstinaf, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı hem maddi hem de hukuki denetim amacıyla başvurulmuş bir kanun yoludur. Klasik anlamda istinafta muhakeme baştan sona tekrarlanmakta, bu kapsamda sadece yerel mahkemenin sübut konusundaki hatalarını bulmak ve bunu düzeltmek amacı güdülmeyip, tamamen yeni ve kendine özgü bir yargılamayla tüm dosya kapsamı incelenerek, varsa yeni delillerle birlikte yeni bir hüküm verilmektedir. Burada hiç şüphesiz yerel mahkemenin tabi olduğu ispat kuralları aynen geçerli olacaktır. Buna karşın dar anlamda istinafta ise, muhakeme tekrarlanmamakta, mahkeme sadece gerekli gördüğü noktalar bakımından öğrenme muhakemesi yapmak suretiyle daha önce ilk derece mahkemesi tarafından yapılan tespitleri kontrol etmekte ve bu kapsamda elde edilebilecek yeni ispat araçlarını da nazara alabilmektedir. Doktrinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dar anlamda istinafı düzenlediği ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin maddi sorunu incelerken ilk derece mahkemesinin hüküm verirken kullandığı delillerle yeniden temas kuracağı, ancak ilk hükmü yok sayarak her şeyi yeni baştan gerçekleştirmeyeceği kabul edilmektedir.¹⁴

lararası Adli İş Birliği Kanunu'nun 18 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükmü hariç; diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin ilk derece mahkemelerinin karar ve hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulur" hükmü yer almaktadır.

¹⁴ Ünver/Hakeri, s. 766; Bkz. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker

İstinaf muhakemesinin esas amacı maddi gerçeğin ortaya çıkartılması suretiyle hukuka uygun bir karar verilmesini sağlamaktır. İstinaf kanun yolunda temyizde olduğu gibi uygulama birliğini sağlama amacı güdülmez.¹⁵ Sonuç olarak tüm bu açıklamalar ışığında istinaf kanun yolunun temyiz yoluna göre daha kapsamlı bir kanun yolu olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü temyiz yolunda kararın incelenmesi yalnızca hukuki yönden, yani hukuka uygunluk bakımından yapıldığı halde, istinaf yolunda hem maddi vakıalara ilişkin mahkeme tarafından yapılan değerlendirmeler incelenmekte hem de hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Nitekim CMK md. 280' de ilk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptandığında istinaf başvurusunun esastan reddedileceği hüküm altına alınmıştır.¹⁶

Temyiz mahkemesi olan Yargıtay, yaptığı denetim kapsamında, ortaya konulan deliller ışığında olayın belirlenmesine, yani sübuta ilişkin maddi sorunla ilgili bir inceleme yapamaz. Temyiz mahkemesinin görevi, sabit kabul edilen olayın hukuk normlarıyla çelişip çelişmediğini, bu konuda yapılan belirleme açısından bir hukuki hatanın bulunup bulunmadığını ve önündeki uyuşmazlığın konusunu oluşturan hükmün gerekçesi ile verilmiş biçiminin hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmekten ibarettir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 288. maddesinde temyizcinin ancak hükmün hukuka aykırı olması nedeniyle dayanacağı, hukuka aykırılığın da, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanmasından ibaret olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca CMK'nın 294. maddesinin ikinci fıkrasında temyiz sebebinin ancak hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceği düzenlenmesine yer verilmiştir. Yargıtay bu değerlendirme sonucunda tespit edeceği hu-

Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 733; Öztürk, s. 691, 692; Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 227; Muharrem Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 65, sy. 2016/4, s.2336; Mustafa Ruhan Erdem/Candide Şentürk, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 89; Devrim Güngör, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 35, 36.

¹⁵ Centel/Zafer, s. 855; Özen, s. 2348.

¹⁶ Özbek ve diğerleri, s. 747; Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 540.

kuka aykırılıklara ilişkin olarak verdiği kararlarla, hem somut olayda hukuka ve hakkaniyete uygun karar verilmesini hem de hukukun mahkemelerce yeknesak biçimde uygulanmasını sağlamış olacaktır.¹⁷

Bu bağlamda Yargıtay, bir hukuki derece mahkemesidir ve dava konusu olayı sil baştan yeniden yargılayıp delilleri değerlendirmek suretiyle Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinin, delillerin tespiti, değerlendirilmesi ve sübut konusundaki yanılığını üzerinde durmaz, sübut konusunda vicdani kanaat ortaya koymaz. Yargıtay'ın fiilin varlığı, yokluğu ya da örneğin tanığın inandırıcı olup olmamasıyla ilgili değerlendirme yapması mümkün değildir; zira bunu tespit edecek araçlardan yoksundur. Bu itibarla hukuki incelemesine, önündeki hüküm bakımından ispatı gereken hususların sübuta erdiği varsayımından hareketle başlar. Nitekim temyiz aşamasında yeni delil ortaya konulması da mümkün değildir.¹⁸

Bu doğrultuda doktrinde, maddi vakıaların bizzat kendisinde bir yanlışlık olması halinde, bu olguların incelenmesinin temyiz yolunun dışında olduğu ve dolayısıyla temyizle bağdaştırılamayacağı ve fakat şartları varsa bu durumun sadece bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olabileceği savunulmaktadır.¹⁹ Bununla birlikte sübuta ilişkin hukuka aykırılığın giderilebilmesi açısından bir hukuki çare olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulması yolu da önerilmiştir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 148/4. maddesi uyarınca bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hu-

¹⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 409; Yenisey/Nuhoğlu, s. 930; Ünver/Hakeri, s. 771; Erdem/Şentürk, s. 177 vd.; Güngör, s. 130; Söz konusu davaya uygulanacak hukuk kurallarının yanlış uygulanması da bir hukuka aykırılık nedenidir. Burada mahkeme o kuralı yorumlarken yanılmıştır ve bu yanılması sonucu aslında vermeme si gereken bir karar vermiştir. Yani yanlış sonuca varmıştır. Örneğin mahkeme dolandırıcılık suçunda hileli davranışlarla ifadesine yanlış bir anlam vererek yanlış bir sonuca ulaştığında yine hukuka aykırılık söz konusu olacaktır. Bkz. Özbek ve diğerleri: s. 747; Sami Selçuk, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", *M.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, y. 2013, c. 19, sy. 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 336.

¹⁸ Toroslu/Feyzioğlu, s. 409; Yenisey/Nuhoğlu, s. 931; Ünver/Hakeri, s. 773; Özbek ve diğerleri, s. 747; Olguların birbirine hiçbir zaman benzemediği, her birinin farklı koşullarda ortaya çıktığı ve dolayısıyla bunlara ilişkin içtihat oluşturulamayacağı hakkında bkz. Selçuk, s. 327; Özen, s. 2349; Serap Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s. 61 vd.

¹⁹ Özbek ve diğerleri, s. 750.

suslarda inceleme yapması mümkün olmasa da, “delillerin takdirinde bariz keyfilik” ile “Anayasa’ya ve kanuna bariz şekilde aykırı yorum” halleri bu kısıtlamanın istisnasını teşkil etmektedir.²⁰

Belirtmek gerekir ki, 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminden bu yana temyiz kanun yolunda nazara alınması gereken hukuka aykırılığın kapsamı konusunda farklı düşünceler ortaya atılmıştır. Hem mülga Kanuna hem de yürürlükteki kanuna göre inceleme konusu hükmün bozulmasına esas teşkil edecek temyiz nedeni, hükmün hukuka aykırı olmasıdır. “Hukuka aykırılık” her iki kanun tarafından da bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla temyiz nedeni olan hukuka aykırılık, olaya en uygun olan hukuk normunun uygulanmamasını veya bu normun yanlış uygulanmasını ifade eder. Ancak hukuk kuralından ve hukuka aykırılıktan sadece kanunun değil, aynı zamanda yazısız hukuka aykırılık ile içtihat ve genel tecrübe ile mantık kurallarına aykırılığın da anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir.²¹

Bu doğrultuda Yargıtay, usul kurallarına aykırılığın denetlenmesi kapsamında, hem ilk derece mahkemesinin muhakeme hukuku normunu doğru uygulayıp uygulamadığını hem de muhakeme normunu uygulamasını gerektiren maddi olguları doğru tespit edip etmediğini sorgulayabilecektir. Zira muhakeme hukuku normlarının uygulandığı haller, sıkı ispat kurallarının uygulanmadığı, delillerin doğrudanlığı ilkesinin geçerli olmadığı tali ceza davalarıdır. Örneğin bir arama kararı verilirken hâkimin tanık dinlemesi söz konusu olmaz, dolayısıyla arama kararının koşullarının var olup olmadığı temyizde denetlenebilir, aynı şekilde yemin ettirilecek tanığın gerçek yaşının da temyiz aşamasında araştırılması mümkündür. Dolayısıyla esas mahkemesinin yapmış olduğu maddi tespitler, muhakeme normları ihlal edilerek ortaya çıkarılmış bulgulara dayanıyorsa, temyiz aşamasında bu maddi tespitlerin usuli temyiz konusu yapılarak Yargıtay tarafından incelenmesini sağlamak mümkündür.²²

²⁰ Gökçen Taner: “5271 sayılı Cmk’nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar”, *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 2017/4, s. 58.

²¹ Kunter, s. 759; Toroslu/Fezyioğlu, s. 411; Centel/Zafer, s. 863; Keskin, s. 66 vd.; Olay mahkemesinin tespitleri belirsiz, eksik, çelişkili ya da mantık veya denetim kurallarıyla çatışıyorsa, temyiz mahkemesinin olay tespitiyle olan bağılılığı da ortadan kalkmış olur. Bkz. Erdem/Şentürk, s. 180.

²² Yenisey/Nuhoğlu, s.935; Mahkemenin oluşmuş gibi değerlendirerek sanığı ceza-

Muhakeme hukuku normlarının ilk derece muhakemesi sırasında ihlal edilip edilmediğinin Yargıtay tarafından denetlenmesi, keyfiliği önleyen bir tedbirdir. Maddi gerçeğin araştırılmasında hukuk devleti ilkesine riayet edilmeli ve sanık hakları ihlal edilmemelidir. Bu nedenle muhakeme normları içinde delilleri, onların değerlendirilmesi, değerlendirmenin gerekçelendirilmesini düzenleyen normlar gibi, maddi soruna ilişkin olan normlara aykırılık da hukuka aykırılıktır. Bunların arasında olayın mahkemece aydınlatılması mecburiyetine aykırılık da vardır ki, kısaca eksik soruşturma denilegelmekte ve bozma sebebi sayılmaktadır.²³

Bununla birlikte muhakeme dışı hukuk normlarının hukuki değerlendirmede kullanılması maddi değerlendirmeye bağlı olduğundan Yargıtay'ın hukuki sorun hakkında bir karara varabilmek için ek soruşturmayı gerekli görmesi ve bu sebeple bozmasının aslında maddi denetleme olmadığı da ileri sürülmektedir.²⁴

Kunter'e göre kanunun yalnızca bir hukuk kuralının uygulanmasını temyiz sebebi sayması, hiçbir ayırım yapılmadan maddi sorunun çözümünde hâkimlerin yetkilerinin serbest olduğu, olayı belirlemelelerinin Yargıtay'ı mutlak olarak bağladığı sanılan devirlerin kalıntısıdır. Uyuşmazlığı çözüme işinin hâkime verilmesi artık yeterli bir teminat

ya mahkûm etmesi halinde yapılan temyiz istemi, mahkemenin maddi vakiaları yanlış değerlendirdiğine ve hüküm verdiğine ilişkindir. Yani maddi hukukun ihlal edilmesi söz konusudur. Oysa bir muhakeme usulüne aykırı davranılarak hüküm verilmesi durumunda temyiz istemi yargılama hukukunun ihlaline dayanır. Örneğin aleni yapılmaması gereken bir duruşmanın aleni yapılması halinde yargılama hukuku bakımından usul kurallarına bir aykırılık vardır. Bkz. Özbek ve diğerleri, s. 749.

²³ Yenisey/Nuhoğlu, s. 936; 1412 sayılı mülga CMUK'nın yürürlükte olduğu dönemde de kural temyiz incelemesinin yalnızca hükmün hukuki yönüne ilişkin olarak yapılmasıydı. Ancak sadece hukuki inceleme yapılacağına ilişkin ilke, Yargıtay tarafından içtihat yoluyla aşılmış ve genişletilmiş temyiz kabul edilmişti. Bu kapsamda bir olayı tespit ederken delilleri serbestçe değerlendiren ilk derece mahkemesi hâkiminin maddi olaya ilişkin bu tespitini eksiksiz olarak yapması ve hâkimin kanaatinin objektif dayanaklarının hükümden anlaşılması gerektiğinden, maddi vakianın sübutuna ilişkin kanaatin yeterli delile dayanarak ve mantık kurallarına uygun bir şekilde oluşturulup oluşturulmadığı açısından da bir denetim yapılmaktaydı. Bkz. Centel/Zafer, s. 883; Genişletilmiş temyizde maddi sorunun da olanak ölçüsünde incelendiği, bunun sonucu olarak da dar anlamda istinaf ile genişletilmiş temyiz arasındaki farkın giderek ortadan kalktığı hususunda bkz. Erdem/Şentürk, s. 89.

²⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s. 936; Erdem/Şentürk, s. 180.

değildir. Hukukta gelişme hâkim kararlarının denetimi yönündedir. Önce kanun yolu kabul edilmiş, sonra bu yolların sayısı artırılmış ve hâkimlerin denetim dışı kalabilen kararları giderek azalmıştır. Bu gelişme, delillerin tekrar veya yeniden ortaya konulması suretiyle bir öğrenme muhakemesi yapmayan Yargıtay'ın denetimine tesir etmiş ve hukuk normu olmadığı açık olan, örneğin bir fizik kanunu veya mantık kuralını ya da genel olarak tecrübe kurallarını da hukuk kuralı tabiri içine sokmak ihtiyacı duyulmuştur. Dolayısıyla temyiz nedeni olarak hukuka aykırılık hukuk normuna aykırılıktan daha geniştir.²⁵

Bu doğrultuda, yalnızca Yargıtay'da olayın belirlenmesi için bir öğrenme muhakemesi yapılmamasından doğan maddi imkânsızlık halinde yüksek mahkemenin ilk derece mahkemesinin oluşa dair kanaatiyle bağlı olduğu, bunun haricinde imkân varsa, meselenin bu yönüyle de denetlenebileceği ileri sürülmüştür. Dolayısıyla Yargıtay, dosyada bulunduğu halde duruşmada ele alınmayan delillerden, delillerin müşterekliği prensibi gereğince yararlanamayacağı gibi, dosyaya girmeyen beyan delillerine de dayanamayacak; duruşma tutanağına geçmiş beyanlara dayanarak denetim yapamayacak, bu beyanların mahkemenin kararında tespit edildiği haliyle bağlı kalacaktır. Beyanın içeriğine, tek başına veya diğer delillerle birlikte değerlendirerek karışması mümkün değildir; meğerki bu sonuç çıkarış mantık kurallarına aykırı olsun.²⁶

²⁵ Kunter, s. 760; Yenisey/Nuhoğlu, s. 937; Temyiz nedeni olarak hukuka aykırılıkla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Keskin, s. 47 vd.

²⁶ Kunter'e göre hem yazılı hukuka, bu kapsamda muhakeme normlarına veya maddi hukuk normlarına aykırılık, (muhakeme dışı hukuk normlarının hukuki değerlendirmede kullanılması maddi değerlendirmeye bağlı olduğundan Yargıtay'ın hukuki mesele hakkında bir karara varabilmek için ek soruşturmayı gerekli görmesi ve bu sebeple bozması maddi denetim değildir) hem de yazılı olmayan hukuka aykırılıklar da dosya imkânı nispetinde temyiz nedeni olarak değerlendirilebilmelidir. Çok defa hukukun esaslarına aykırı, haksız, vicdanları rahatsız eden gibi tabirlerle ifade edilen bu aykırılık, normların veya delillerin değerlendirilmesi bakımından olabilir. Delillerin denetiminde dosya imkânı şartı aranmalıdır; içtihada aykırılık; ilmi hukuka aykırılık; maruf ve meşhur olan şahsi bilgide hatalar, hukuki anlaşmalara aykırılıklar; tecrübe kaidesine aykırılıklar da nazara alınabilir. Örneğin mantık kuralını delillerin bütün olarak değerlendirilmesi sırasında eksik mozaik parçalarının mevcutlara göre tahmin edilip sabit sayılmasında dayanan tecrübe kaidesini bilen Yargıtay'ın bu konuyu denetleyememesi için sebep yoktur. Mesela olayda belirlenen duruma göre tahrikin ağırlığını, hâkimin tayin ettiği sürenin yeterliliğini Yargıtay denetleyebilir. Bkz. Kunter, s. 761 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 937.

Buna karşın belge delillerini değerlendirebilecek, hatta istinabe veya niyabet suretiyle dinlenenlerin beyanlarını da denetleyebilecektir. Zira bu hallerde esas mahkeme dahi kararını verirken beyan deliline değil, belge deliline dayanmıştır. Soruşturma evresindeki ifade tutanaklarının okunulması ile yetinildiği hallerde de durum aynıdır.²⁷

Belirtmek gerekir ki, mülga CMUK zamanında olduğu gibi istinaf kanun yolunun bulunmadığı bir sistemde, yorum yoluyla hukuka aykırılığın sınırlarını tespit konusunda yargı mercilerinin geniş bir takdir yetkisi kullanması son derece anlaşılabilir bir durumdur. Zira ilk derece mahkemelerinin verdiği hükümler açısından başka bir olağan kanun yolu mevcut değildir. Ancak istinaf kanun yolunun işleme başlamasıyla birlikte artık sübuta ilişkin denetimin Bölge Adliye Mahkemeleri'ne bırakılması kanuni bir zorunluluktur. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 294. maddesinin ikinci fıkrasında önceki kanundan farklı olarak temyiz nedeninin yalnızca hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere mahkemelerin yetkileri açısından kanunilik ilkesi geçerli olduğuna göre, bu hüküm kanunda yer aldıkça Yargıtay'ın sübuta ilişkin bir değerlendirme yapması mümkün değildir.²⁸

Bununla birlikte, hukukun doğru uygulanmasının ön koşulunun maddi sorunun doğru tespit edilmesi olduğu ve bu nedenle Yargıtay'ın maddi sorunu da denetleyebileceği şeklindeki bakış açısı da isabetli sayılamaz; zira böyle bir yaklaşım temyiz ve istinaf kanun yolları arasında kanun tarafından yaratılan farkı fiilen ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte sonuç itibarıyla ortaya çıkan hukuka aykırılık CMK md. 289'da sayılan hâllerden birinin kapsamına giriyorsa, örneğin hukuka aykırı olarak elde edilen bir delil hükme esas alınmışsa veyahut hükmün gerekçesi yoksa Yargıtay her türlü kapsam tartışmasından bağımsız olarak bozma karar verebilecektir.²⁹

²⁷ Kunter, s. 761; Yenisey/Nuhoğlu, s. 937.

²⁸ Yargıtay'ın kanı yargısı kurması, yani sübuta ilişkin hüküm vermesinin yaratacağı sakıncalar için bkz. Selçuk, 343 vd.

²⁹ Selçuk'a göre uyumsuzlukla ilgili verilerin ve tarafların itirazlarının yeterince sergilenmediği, gerekçesi hiç bulunmayan ya da çelişkili, kuşku verici olan, açık olmayan, yani denetime imkân vermeyen kararların temyiz incelemesi kapsamında bozulması mümkündür. Bkz. Selçuk, 340 vd.

Mutlak temyiz nedenlerinin bulunmadığı durumlar açısından hukuka aykırılığın daha geniş anlaşılması ve hukuk dışı normlar ile mantık ve genel tecrübe kurallarının da bu kapsamda değerlendirmeye esas teşkil etmesi ya da hükme etki edeceği çok açık olan bir delilin nazara alınmamış olması sebebiyle maddi soruna ilişkin inceleme yapılması isteniyorsa, bu konuda kanuna açık bir düzenleme konulması, Yargıtay'ı Ceza Muhakemesi Kanunu ile belirlenen yetkisinin sınırları dışına çıkmaya zorlamaktan daha isabetli olacaktır. Örneğin İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 606. maddesinde, hükme etkisi mutlak bir delilin taraflarca ileri sürülmesine rağmen mahkemece nazara alınmamış olması, gerekçenin bulunmaması veya çelişkili ya da mantık kurallarına aykırı olması hallerinin de temyiz nedeni olabileceği açıkça düzenlenmiştir.

Temyiz kanun yolunda yapılacak hukuki değerlendirmenin kapsamının ne olacağına ilişkin tartışma doktrine paralel olarak yargı kararlarında da devam etmektedir. Yakın tarihli kimi daire kararlarında temyiz kanun yolu kapsamında sübuta ilişkin bir denetleme yapılmayacağı açıkça vurgulanarak temyiz başvurusu reddedilirken,³⁰ bazı kararlarda ise önceki kanun dönemindekine benzer bir uygulamaya gidilmekte ve hukuka ayırılığın kapsamı geniş tutulmaktadır.³¹ Söz konusu kararların ortak noktası ise hemen hepsinde karşı oyların bulunmasıdır. Bu durum temyiz kanun yolunun kapsamına ilişkin uygulamadaki belirsizliğin henüz ortadan kalkmadığını göstermektedir.

5. Sebep gösterme zorunluluğu

Temyiz ve istinaf kanun yolları açısından söz konusu olan başka bir fark da sebep gösterme zorunluluğuna ilişkindir. Şöyle ki; CMK'nın 294. maddesinde, temyiz edenin, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorunda olduğu, 295. mad-

³⁰ 13. CD, T. 19.04.2018, E. 2017/4876, K. 2018/6172; 13. CD, T. 05.06.2018, E. 2017/6003, K. 2018/8916; 17. CD, T. 01.10.2018, E. 2018/4240, K. 2018/4240; 17. CD, T. 22.10.2018, E. 2018/3433, K. 2018/12948 (www.kazanci.com).

³¹ 16. CD, T. 12.07.2018, E. 2018/1780, K. 2018/2389; 16. CD, T. 20.03.2018, E. 2017/3813, K. 2018/906; 14. CD, T. 27.03.2018, E. 2017/8857, K. 2018/2218; 14. CD, T. 03.04.2018, E. 2017/8372, K. 2018/2413; 14. CD, T. 23.05.2018, E. 2017/8720, K. 2018/3895; 1. CD, T. 03.10.2018, E. 2018/2112, K. 2018/3879 (www.kazanci.com).

desinde ise temyiz başvurusunda temyiz nedenleri gösterilmemişse temyiz başvurusu için belirlenen sürenin bitmesinden veya gerekçeli kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde hükmü temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi'ne bu nedenleri içeren bir ek dilekçe verileceği düzenlenmiştir.³²

Kanunun açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, istinaf kanun yolunda başvurunun gerekçelendirilmesi ve nedenlerinin belirtilmesi gerekmediği halde (CMK md. 273/4),³³ temyiz kanun yolunda, temyiz dilekçesinde veya sonrasında temyiz nedenlerinin ortaya konulması şarttır. Temyiz davasının dayanağını oluşturan bu nedenlerin, söz konusu davanın açılışını gerekçelendirmesi ve inceleme konusu hükümlerle ilgili olması gerekmektedir.³⁴ Yargıtay yalnızca temyiz başvurusunda belirtilen hususlar hakkında inceleme yapmak yetkisini haiz olduğundan, temyiz başvurusunda belirtilenler dışında bir hukuka aykırılık görmesi hâlinde, buna dayanarak hükmü bozması mümkün değildir. Ancak başvuruda belirtilen sebeplerden birine dayanılarak hüküm bozulduğunda, dilekçede ortaya konulmamış olan hukuka aykırılıklar da kararda gösterilir (CMK md. 302/3).³⁵

³² Özbek ve diğerleri, s. 761; Kanunda her ne kadar “yedi gün içinde ek dilekçe verilir” yazmaktaysa da, bu sürenin geçmesinden sonra fakat Yargıtay’ın ön incelemesinden önce Yargıtay’a ulaşan dilekçenin de kabul edilmesi gerektiği, bir kere süresinde temyiz isteminde bulunulduktan sonra, Yargıtay’da inceleme başlayıncaya kadar dilekçe verilmesine bir engel bulunmadığı görüşü için bkz. Taner, s. 65.

³³ Bölge Adliye Mahkemesi hükmünde gördüğü bütün maddi ve hukuki hataları göz önünde bulundurur, bunlar için istemde bulunulması aranmaz. Bkz. Ünver/Hakeri, s. 770; Yenisey/Nuhoğlu, s. 952; Özen, s. 2350; CMK’nın 273. maddesinin beşinci fıkrasında Cumhuriyet savcısının, istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça göstereceği hüküm altına alınmıştır. Doktrinde bir kısım yazar Cumhuriyet savcısı tarafından gerekçesiz olarak yapılan başvurunun reddedilmesi gerektiğini, bir kısım yazar ise Kanunda başvurunun gerekçesiz olması halinde geçersiz sayılacağına ilişkin bir düzenleme yer almaması dolayısıyla böyle bir durumda Cumhuriyet savcısından gerekçe göstermesinin istenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Güngör, s. 70.

³⁴ Ünver/Hakeri, s. 785; Yenisey/Nuhoğlu, s. 952.

³⁵ Ünver/Hakeri, s. 787; Centel/Zafer, s. 864; Özbek ve diğerleri: s. 766; Güngör, s. 130; Temyiz sebeplerini içermeyen temyiz başvurusunun reddedilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. 16. CD, T. 18.04.2018, E. 2017/3737, K. 2018/1169; 13. CD, T.30.02.2017, E. 2017/1419, K. 2017/3333 (www.kazanci.com); Yargıtay’ın tespit edeceği tüm hukuka aykırılıkları re’sen nazara alamayacak olmasının ceza mahkemesi sisteminin özünü çeliştirdiği düşüncesi için bkz. Soyaslan, s. 543; Şahin/Göktürk, s. 245.

Bu durumun istisnası ise CMK md. 289'da yer almaktadır. Hukuka kesin aykırılık hâlleri başlıklı maddede temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa dahi maddede yer alan hallerden biri söz konusu olduğunda hukuka kesin aykırılık var sayılacağı hüküm altına alınmış ve bu hallerden biri söz konusu olduğunda temyiz başvurusunda buna yer verilmemiş olsa dahi bozma kararı verilmesine imkân tanınmıştır.³⁶ Buna karşın CMK'nın 289. maddesinin, hiçbir temyiz nedeni içermeyen bir temyiz başvurusunda mutlak temyiz nedenlerinin kendiliğinden gözetileceği şeklinde anlaşılması mümkün değildir; zira 298. maddede yer alan kabul edilebilirlik denetimine ilişkin kural doğrultusunda gerekçesiz bir dilekçe Yargıtay'ın ön incelemesinden geçemeyecektir. Ön inceleme aşamasında hükümde var olan, ancak gösterilmeyen nedenin mutlak mı yoksa nispi mi olduğu denetlenemeyeceğinden, 289. maddede yer alan mutlak temyiz nedenlerinin re'sen gözetilmesine ilişkin kuralın, yalnızca temyiz sebebi bulunan temyiz başvuruları açısından geçerli olduğunu kabul etmek gerekir.³⁷

Önceki Kanun döneminde ise dilekçe ya da beyanda temyiz sebeplerinin gösterilmemesi, temyiz incelemesi yapılmasına engel teşkil etmiyordu. Zira CMUK md. 314/2'de temyiz dilekçesine temyiz nedenlerinin gösterilmemesinin temyiz incelemesine engel olmayacağı şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı. Ancak böyle bir hükme CMK md. 295'te yer verilmemiştir.³⁸

6. Temyiz kanun yolu açısından kanunda öngörülen sınırlar

CMK'nın 286. maddesinde temyiz başvurusuna konu olabilecek

³⁶ Anılan maddede söz konusu haller a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması; b) Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması; c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi; e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması; f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi; g) Hükümün 230. madde gereğince gerekçeyi içermemesi; h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması; i) Hükümün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması olarak sayılmıştır.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 934.

³⁷ Taner, s. 66; Aksi yönde bkz. Erdem/Şentürk, s. 193.

³⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s. 952; Centel/Zafer, s. 880; Özbek ve diğerleri, s. 760, 761.

kararlar açısından birtakım sınırlamalar getirilmiştir³⁹ ve yalnızca bu maddede belirtilen Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilecek, diğer kararlar ise verildiği anda kesinleşecektir.

CMK'nın 286. maddesindeki sınırlamaların Yargıtay'ın ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararlar açısından geçerli olmadığını kabul etmek gerekir. Zira CMK'da yer alan söz konusu düzenleme Bölge Adliye Mahkemesi kararları açısından getirilen istisnai nitelikteki bir sınırlama hükmüdür. Daire kararları Bölge Adliye Mahkemeleri'nin denetiminden geçmediğine göre, böyle bir sınırlamanın Ceza Genel Kurulu'nun temyiz incelemesi açısından varlığı söz konusu olamaz. Nitekim bir yargı merciinin kararları açısından kanun yoluna başvurulabileceği öngörülmüş ise, aksine bir düzenleme yapılmadığı takdirde o yargı merciinin tüm kararları açısından kanun

³⁹ Madde 286 - (1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir.

(2) Ancak;

a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,

b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,

c) (Ek: 20.7.2017-7035/20 md.) Hapis cezasından çevrilen seçenек yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenек yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

d) (Değişik: 18.6.2014-6545/78 md.) İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

e) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

f) (Değişik: 18.6.2014-6545/78 md.) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

g) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak (...) istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,

h) (Değişik: 18.6.2014-6545/78 md.) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

ı) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları.

yoluna başvurulması mümkün olacaktır; yani sınırlama istisna olduğu için açıkça öngörülmüş olması gerekir.⁴⁰

Ayrıca böyle bir sınırlamanın kabul edilmesi ceza dairesinin vereceği bir kısım karar açısından olağan kanun yoluna başvurma imkânını tamamen ortadan kaldıracığı için, hak arama özgürlüğünün ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 no'lu protokolün 2. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Zira söz konusu maddede iki dereceli yargılanma hakkının önemsiz suçlar açısından sınırlanabileceği düzenlenmişse de, CMK md. 286 örneğin beş yıla kadar hapis cezalarına ilişkin istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararlarının dahi kapsam dışında bırakılmasına imkân verdiğiinden, söz konusu maddede yer alan istisnaların "önemsiz" suçlara ilişkin olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

7. Değerlendirme

Yukarıda ortaya konulduğu üzere Yargıtay ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı mevzuatta öngörülen tek olağan kanun yolu "temyiz"dir ve bu kararlar hakkında istinaf incelemesi yapılması kabul edilmemiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yukarıda zikredilen hükümleri uyarınca sübuta ilişkin sorunlar yönünden yeniden değerlendirilmesi hukuken mümkün değildir. Böyle bir durumun hem hak arama özgürlüğü ve bu bağlamda kanun yoluna başvurma hakkı hem de eşitlik ilkesi açısından sorunlu olduğu ifade edilebilir.

Anayasanın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı şekilde Türkiye'nin de kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 no'lu protokolün 2. maddesinde, bir mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suçtan mahkûm edilen herkesin, mahkûmiyetini ya da hakkında hükümlenen cezayı daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olduğu hüküm altına alınmıştır.

⁴⁰ Kısıtlamanın istisna olduğu düşüncesi için bkz. Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 602.

Yine benzer şekilde Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinde de bir suçtan hüküm giyen herkesin, mahkûmiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek bir yargı organınca yeniden incelenmesini istemek hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, bir yargı organının verdiği kararların, yapılan adli hatalar dolayısıyla gerçeğe uygun olmaması veya hukuka aykırı nitelik arz etmesi her zaman mümkündür. Bu şekilde verilen yanlış kararlar hata sonucu ortaya çıkabileceği gibi, yargı mercileri tarafından bilerek ve isteyerek hukuka aykırı nitelikte kararlar verilmesi de pekâlâ mümkündür. Ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla olduğundan ve ceza müeyyidesi ancak gerçek suçluya uygulandığı takdirde kendisinden beklenen işlevi yerine getirebileceğinden, yargılamanın hukuka uygun şekilde yapılması ve gerçeğe uygun bir karar verilmesi son derece önemlidir. Ayrıca yapılan yargılama sonunda verilecek hükme dayanılarak uygulanacak müeyyidenin bireyin özgürlüğüne ağır bir müdahale teşkil ettiği düşünüldüğünde, adli hataların ceza yargılaması açısından önemi ve etkisi daha da çarpıcı biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla söz konusu adli hataları önlemek ve muhakeme sürecinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıkların giderilmesini ve nihai olarak doğru karar verilmesini sağlamak amacıyla kanun yolunun bir hukuki çare olarak öngörülmüş olması, hem somut bir davada yargılanan sanık hem de toplum için hak arama özgürlüğü açısından çok önemli bir teminatır.⁴¹ Nitekim uluslararası sözleşmelerde kanun yolu teminatına ilişkin açık düzenlemelere yer verilmiş olmasının sebebi de budur.

Kanun yoluna başvurma hakkı ceza muhakemesinde önemli bir teminat niteliğinde olsa da, bazı hallerde, muhakemenin mümkün olan en kısa sürede sonlandırılması ihtiyacı doğrultusunda görece önemsiz kararlar açısından bu yolun kapanması mümkündür.⁴² Nitekim Avru-

⁴¹ Kunter, s. 726; Toroslu/Feyzioğlu, s. 372; Kararların denetim muhakemesi çerçevesinde incelemeye açık olmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu hususunda bkz. Öztürk, s. 657 vd.; Özen, s. 2343; Erdem/Şentürk, s. 18; Karakehya, s. 599 vd.

⁴² Kunter, s. 726; Kanun yolunun bir temel hak olarak tanınması uluslararası ceza hukukunda da görülmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan askeri mahkemelerde kanun yolu hakkı öngörülmüş değildir. 1990'larda modern uluslararası ceza mahkemelerinin ortaya çıktığı dönemde bu bir temel hak olarak tanındı. Uluslararası Ceza Mahkemesine ilişkin Roma Statüsü, ara ve son kararların

pa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7. Protokolün 2. maddesine göre, kanun yolu hakkının kullanılması, yasada düzenlenmiş haliyle önem derecesi düşük suçlar bakımından sınırlandırılabilir.⁴³

Protokol hükmünde kanun yolu açısından öngörülen bir başka istisna da yargı yerine ilişkindir. Şöyle ki; ilgilinin birinci derece mahkemesi olarak en yüksek mahkemede yargılandığı durumlarda da kanun yoluna başvuru hakkıyla ilgili istisnai hükümler getirilmesi mümkündür.⁴⁴

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sözleşmenin öngördüğü kanun yolu hakkının nasıl düzenleneceği hususunda üye ülkelerin takdir yetkisi bulunduğu, bu nedenle kararı inceleyecek olan mahkemenin, ilk yargılamayı yapan mahkemeye aynı yetkilere sahip olmasının gerekmediğine, ancak daha yüksek bir mahkeme kararı incelemekle görevlendirilmiş ise, 6. maddedeki usuli koşulların mümkün olduğunca bu merci önünde de sağlanması gerektiğine hükümlenmektedir.⁴⁵

AİHM'ye göre 7 no'lu protokolün ikinci maddesi, yüksek mahkemenin yeniden incelemesinin kapsamıyla ilgili sınırlamalar getirilmesini de kabul etmiştir ve dolayısıyla anılan maddenin her olayda hem maddi hem de hukuki sorunun yeniden incelenmesi konusunda bir yükümlülük yarattığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle kanun yolu denetimi yalnızca hukuki incelemeye sınırlanabilecektir.⁴⁶

hem sübut hem de hukuki sorun yönünden incelenebileceği bir kanun yolu mekanizması öngörmüştür. Aynı şekilde savcı da beraat kararına karşı kanun yoluna başvurabilmektedir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Temyiz Dairesi'nin hâkimlerinden Fausto Pocar kanun yolu hakkının uluslararası hukukun emredici bir normu olduğunu dile getirmiştir. Bkz. William Schabas, *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, Oxford University Press, 2015, s. 1134.

⁴³ Avrupa Konseyi'nin 7 no'lu Ek Protokole İlişkin Açıklayıcı Raporu, s. 5; Cristoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights, Commentary*, C.H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, s. 430, 431; Schabas, s. 1140; David Harris/Michael O'Boyle/Chris Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995, s. 567.

⁴⁴ Açıklayıcı Rapor, s.5; Grabenwarter, s. 430, 431; Schabas, s. 1140; Harris/O'Boyle/Warbrick, s. 567.

⁴⁵ Grabenwarter, s. 429, 430.

⁴⁶ Açıklayıcı Rapor, s.5; Protokolün onaylanma aşamasında Fransa, 2. madde anlamında yapılacak denetimin, Fransız temyiz mahkemesine yapılacak başvurularda olduğu gibi sadece hukukun uygulanmasıyla sınırlı olabileceği şeklinde bir dek-

Nitekim AİHM'nin Loewenguth v. Fransa kararında, ağır ceza mahkemesi tarafından ağırlaştırılmış cinsel saldırı suçundan 15 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş olan başvurucunun, hakkında verilen hükmün sübuta ilişkin kısmı hakkında kanun yoluna başvuramadığı; zira Fransız kanunlarına göre Ağır Ceza Mahkemesinin kararlarına karşı yalnızca Temyiz Mahkemesi'ne başvurulabildiği ve bu Mahkemenin yalnızca hukuki sorunları tahlil edebildiği şeklindeki başvurusu değerlendirilmiş ve 7. protokolün 2. maddesinin lafzından hareketle taraf devletlerin yeniden inceleme faaliyetinin nasıl yapılacağını düzenlemeye ve bunun kapsamını sınırlamaya yetkili oldukları belirtilmek suretiyle anılan maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.⁴⁷

Hannak v. Avusturya kararında ise başvurucular, haklarında Avusturya kanunlarına göre verilen hükmün 2. maddenin amaçlarını karşılar nitelikte olmadığını; zira temyiz mahkemesinin yalnızca usuli hataları denetleme yetkisine sahip olduğunu, ancak sübuta ilişkin bir değerlendirme yapamadığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruyu değerlendiren Mahkeme, üye devletlerin kanun yolunun kapsamına ilişkin sınırlamalar getirmeye yetkili olması ve başvurucuların temyiz mahkemesi önünde yargılamadaki usuli hataları ileri sürmüş ve daha öncesinde kararın istinaf mahkemesi tarafından da denetlenmiş olmasını gerekçe göstererek 7. Protokolün 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁸

Her ne kadar AİHM'nin kararları, kanun yolunun kapsamına ilişkin bir takım sınırlamalar getirilebileceği yönünde olsa da, Yargıtay'ın ceza daireleri tarafından verilen kararlara karşı yalnızca temyiz kanun yoluna başvurulabilecek olması Anayasada teminat altına alınan hak arama özgürlüğünün ihlali niteliğindedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, AİHS ve ek 7 no'lu protokol, hak arama özgürlüğü ve kanun yoluna başvurma hakkı açısından asgari teminatları ortaya koymaktadır ve sözleşmenin 53. maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere daha teminatlı bir hukuki durumun yaratılmasına engel teşkil etmemektedir.⁴⁹

larasyon ortaya koymuştur. Aynı şekilde Almanya'da incelemenin hukuki hataların incelenmesiyle ilgili olabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Schabas, s. 1136.

⁴⁷ Loewenguth v. France, 53183/99.

⁴⁸ Hannak v. Austria, 70883/01; Aynı yönde bkz. Pesti and Frodl v. Austria, 27618/95; Hauser-Sporn v. Austria, 37301/03; Müller v. Austria 12555/03.

⁴⁹ AİHS md 53'e göre, sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek

Protokolün ikinci maddesinde öngörülen istisnalardan biri ilk derece yargılamasının en yüksek yargı merciinde yapılmasıdır. Söz konusu istisnaya protokolde yer verilmiş olması, en yüksek yargı yerinde yapılan yargılama açısından başvurulacak daha yüksek bir yargı merci bulunmadığından anlaşılabilir bir durumdur. Bu istisna kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatıyla verilen kararları örnek göstermek mümkündür. Zira Yüce Divan'ın üzerinde bir yargı merci yoktur. Ancak böyle bir durumda da, kararı veren merci nezdinde olsa dahi, bireylere haklarında verilen kararın hukuka aykırı olduğunu ileri sürme ve tekrar gözden geçirilmesini talep etme hakkı tanınması gerektiği kuşkusuzdur. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 58. maddesi uyarınca, Yüce Divan tarafından yapılan yargılama sonucunda verilen hükümler yine Yüce Divan tarafından yeniden incelenebilmektedir.⁵⁰ Bununla birlikte yeniden inceleme talebi üzerine Yüce Divan tarafından yapılacak denetimin kapsamını sınırlayan tek düzenleme, incelemenin başvuruda belirtilen hususlarla sınırlı olacağını öngören hükümdür.⁵¹

Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.

50 Bu denetimin gerçek anlamda bir kanun yolu olup olmadığı tartışılabilir; zira gerçek bir kanun yolu, kararın onu verenden farklı bir yargılama makamı tarafından denetlenmesini gerektirir. Bkz. Güngör, s. 16.

51 Yeniden inceleme

Madde 58- (1) Yüce Divan tarafından verilen hükme karşı yeniden inceleme başvurusu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili, sanık, müdafii, katılan veya vekili tarafından yapılabilir.

(2) Yeniden inceleme başvurusu hükmün açıklanmasından itibaren on beş gün içinde Yüce Divana bir dilekçe verilmesi suretiyle yapılır. Hüküm, yeniden incelemeye başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar.

(3) Yüce Divan yeniden incelemeyi dosya üzerinden yapar. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekilinin, sanığın veya katılanın istemi üzerine ya da re'sen incelemenin duruşma açılarak yapılmasına da karar verilebilir.

(4) İncelemenin duruşma açılarak yapılmasına karar verilmesi hâlinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekiline, sanığa, katılana, müdafii ve vekile duruşma günü tebliğ edilir. Sanık, duruşmada hazır bulunabileceği gibi, kendisini bir müdafii ile de temsil ettirebilir.

(5) Duruşmada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı vekili, hazır bulunması hâlinde sanık, müdafii, katılan ve vekili iddia ve savunmalarını açıklar; yeniden inceleme başvurusunda bulunan tarafa önce söz verilir. Her hâlde son söz sanıktır.

(6) Yeniden inceleme, yalnızca başvuruda belirtilen hususlarla sınırlı olarak yapı-

Yargıtay ceza dairesinin ise bu istisna kapsamında en yüksek yargı mercii olarak nitelendirilmesi mümkün değildir, zira ceza dairesinin kararlarını denetlemekle görevli daha üst bir yargı mercii olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu bulunmaktadır.

Yargıtay ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak hüküm verdiği davalar açısından en önemli nokta Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temyize ilişkin hükümlerinin bu kanun yolundaki denetimin kapsamını hükmün hukuki yönüyle sınırlamış olmasıdır. Her ne kadar AİHM kanun yolunda denetimin hukuki sorunla sınırlanmasını protokole aykırı görmese de, böyle bir durumun hak arama özgürlüğü açısından hak kaybına yol açtığı kabulü gerekmektedir. Şöyle ki; Yargıtay ceza dairesi ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı uyuşmazlıklar açısından tam yargısal yetki kullanmaktadır, zira hem maddi hem de hukuki sorunu çözmektedir. Dolayısıyla daire tarafından verilen kararın maddi sorun, yani sübut açısından da denetime tabi olması, bu anlamdaki hukuka aykırılıkların da taraflarca ileri sürülebilmesi gerekir. Nitekim adli hatalar genelde sübuta ilişkin yanlış veya eksik değerlendirmelerden kaynaklanmaktadır. Esasen Yargıtay'ın hukuka aykırılığın kapsamını genişletmek suretiyle maddi sorunu da denetlenebilir kılmaya çalışması da bu gerçeğin bir ifadesidir.⁵²

Ancak yukarıda ortaya konulduğu üzere 5271 sayılı Kanun'un temyiz nedeninin yalnızca hükmün hukuki yönüne ilişkin olabileceği yönündeki düzenlemesi buna engeldir. Benzer bir durumun suçluların iadesine ilişkin Ağır Ceza Mahkemesi kararları açısından da söz konusu olduğu akla gelebilir; zira 6706 sayılı Cezai Konularda Adli İşbirliği Kanunu'nun 18. maddesinde mahkeme kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. Ancak iade edilebilirlik kararları açısından sadece temyiz kanun yolunun öngörülmüş olması sorun teşkil etmeyecektir; çünkü bu hallerde ilk derece mahkemenin sübuta ilişkin bir değerlendirme yapması söz konusu değildir.

İr. Başvurunun yerinde görülmesi hâlinde aynı zamanda başvuru konusu hakkında da karar verilir. Yeniden inceleme başvurusu üzerine verilen kararlar ke-sindir.

⁵² Yargıtay'ın, istinaf mahkemelerinin göreve başlamasından önce maddi meselelerle uğraşmaktan, hukuki meselelere yeteri kadar vakit ayıramayarak bir içtihat mahkemesi olma görevini gerçekleştirmediği hususunda bkz. Özen, s. 2346.

Öte yandan Yargıtay ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara istinaf yolunun kapalı olmasının eşitlik ilkesi açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasanın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bilindiği üzere söz konusu madde, nispi eşitliği düzenleyen ve tüm devlet organlarına bu eşitlik anlayışına uygun davranma yükümlülüğü getiren bir düzenlemedir. Nispi eşitlik, anlayışı uyarınca eşitliğin anlamı, toplumda yaşayan tüm bireylerin aynı kurallara tabi olması değil, aynı durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanmasıdır. Dolayısıyla farklı durumlarda bulunan bireyler açısından uygulanması gereken farklı düzenlemeler söz konusu olabileceği gibi, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, içinde bulunduğu duruma veya yaptığı işe göre değişebilecektir.⁵³

Her ne kadar farklı hukuki durumlarda bulunan kişiler açısından farklı uygulamalar yapılması mümkün olsa da, bu ayrık uygulamaların kamu yararına yönelik olması ve haklı bir nedene dayanması gerektiğinde kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesi'ne göre haklı nedenin "anlaşılabilir", "amaçla ilgili", "makul ve adil" olması gerekmektedir. Birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu ölçütten birine uymayan bir düzenlemenin eşitliğe aykırı olduğu söylenebilir.⁵⁴

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle Yargıtay'ın ceza dairesinin ilk derece mahkemesi olarak yaptığı yargılamalar sonunda verdiği hükümlere karşı istinaf kanun yolunun kapalı olmasının eşitlik ilkesiyle çelişip çelişmediği değerlendirilebilir. Bu noktada dairenin ilk derece

⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin nispi eşitlik anlayışını esas alan kararları için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 18. Baskı, Yetki Yayınevi, Ankara 2018, s. 157; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 243.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında haklı neden kavramını somutlaştırıcı ölçütler olarak "gereklilik", "zorunluluk", "işin özelliklerine ve ereklerine uygunluk", "dengeli ve makul görülebilecek ölçüler", "adaletli ve eşit ölçüler" gibi değişik ifadeler yer vermiştir. Bkz. Özbudun, s. 158; Anayasadaki ayrımcılık yasasının keyfi ayrımlarla ilgili ve sınırlı olarak anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s. 122.

olarak verdiği kararlara karşı yalnızca temyiz kanun yoluna başvurulabilmesi şeklindeki durumu iki açıdan ele almak gerekir. Öncelikle, belirli sığata sahip kişilerin görev suçları dolayısıyla ilk derece mahkemelerinde değil de, Yargıtay ceza dairesinde yargılanmalarında yukarıda kişi yönünden yetkiyle ilgili olarak yapılan açıklamalar doğrultusunda eşitlik ilkesine aykırı bir durum olmadığı söylenebilir; zira bu farklı uygulama yargı bağımsızlığını pekiştirmek gibi meşru bir amaçla yapılmaktadır.

Eşitlik ilkesi açısından sorunlu olan nokta, ilk derece mahkemelelerinden verilen son kararlara karşı gidilen istinaf kanun yolunda hem hukuki hem de maddi soruna ilişkin değerlendirme yapılması mümkün olup, kanun yoluna başvuran bir kimsenin hükmün yeniden değerlendirilmesi için bir sebep ortaya koyması şart değilken, Yargıtay dairesince ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen kararlara karşı sübuta ilişkin inceleme yapılmasına imkân veren bir kanun yolu bulunmadığı gibi, bir sebep ortaya konulmaksızın yapılan temyiz başvurusunun reddolunması, sebep gösterildiği takdirde ise hukuka kesin aykırılık halleri hariç olmak üzere sebeple sınırlı bir inceleme yapılabilmesidir.

Bu şekilde ortaya çıkan ayrıkısı uygulamanın haklı bir nedene dayandığını kabul etmek güçtür. Zira her ne kadar belirli kişilerin ilk derece mahkemelerine nazaran daha yüksek ve teminatlı bir mahkemede yargıldıkları savunulabilirse de, Yargıtay ceza dairesinin de adli hata yapması, sübut ya da hukuki değerlendirme konusunda yanılması her zaman mümkündür; bu sebeptir ki kanun koyucu daire kararlarına karşı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na başvuru yapılabileceğini ve Bölge Adliye Mahkemelerince ceza dairesinin kararlarına direnmesi halinde temyiz incelemesinin genel kurul tarafından yapılacağını hüküm altına almıştır. Kaldı ki, kanun yolu hakkının kısıtlanmasıyla kişi yönünden yetki kurallarının getiriliş amacı arasında bir bağ kurmak da mümkün değildir.

Belirtmek gerekir ki Mülga CMUK döneminde istinaf yolu öngörülmemiş olduğundan, tüm ilk derece mahkemesi kararlarına karşı gidilecek tek kanun yolu temyizdi ve bu kanun yolunun kapsamı herkes açısından aynıydı. Bölge Adliye Mahkemelerinin göreve başlamasıyla 5271 sayılı CMK'nın temyize ilişkin hükümleri de uygulanabilir hâle gelince, denetimi başvuruda gösterilen sebeplerle ve hükmün hukuki

yönüyle sınırlayan düzenlemeler dolayısıyla Yargıtay'ın ceza daireleri tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen kararlar açısından kanun yolu denetiminin kapsamı daralmış oldu. Yukarıda ortaya konulduğu üzere böyle bir daralmayı makul gösterecek bir sebebin varlığı da söz konusu değildir. Zira ülkedeki herkesin eşit biçimde adil yargılanma hakkından ve hak arama özgürlüğünden yararlanması gerekmektedir.

Sonuç olarak bu sorunun giderilebilmesi için Yargıtay'ın ceza dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların Bölge Adliye Mahkemelerince denetlenmesi düşünülemeyeceğine göre, bu noktada Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun maddi soruna ilişkin olarak da denetim yapabilmesi gerekmektedir. Nitekim Genel Kurul, daire kararının temyiz edilmesi üzerine verdiği 26.09.2017 tarihli kararda "inceleme konusu olayda Bölge Adliye Mahkemesi denetiminden geçen bir hüküm bulunmaması da gözetildiğinde; temyiz incelemesinin hukuki denetim ile sınırlı olmadığına"⁵⁵ hükmetmiştir. Söz konusu karar, daire tarafından verilen hükümler açısından maddi soruna ilişkin denetimi mümkün kılan bir kanun yolunun öngörülmemiş olmasının yarattığı sakıncaları gidermek açısından doğru bir bakış açısını içermektedir. Ancak yukarıda ortaya konulduğu üzere, mahkemelerin yetkileri açısından kanunilik ilkesi geçerli olduğuna göre, böyle bir durumda Genel Kurul'un, dairesinin verdiği hükmün maddi yönüne ilişkin denetleme yapmasına imkan verecek bir kanuni düzenlemenin yapılması daha isabetli olacaktır.

Kaynakça

- Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erden Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Burcu Dönmez, "Ceza Muhakemesi Uygulamasında Görev Suçu", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, c. 19, özel Sayı-2017, ss. 2727-2748.
- Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- Cristoph Grabenwarter, European Convention on Human Rights, Commentary, C.H. Beck-Hart-Nomos-Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

⁵⁵ YCGK T. 26.9.2017 E. 2017/16-956, K. 2017/370.

- Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- David Harris/Michael O'Boyle/Chris Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, 1995.
- Devrim Güngör, Ceza Muhakemesinde İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetki Yayınevi, Ankara 2018.
- Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Gökçen Taner, "5271 Ssayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 2017/4. ss. 49-78.
- Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2015.
- Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2018.
- Muharrem Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 65, sy. 2016/4, ss. 2331-2388.
- Mustafa Ruhan Erdem/Candide Şentürk, Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2018.
- Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 6 Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1978.
- Paolo Tonini, Lineamenti di Diritto Processuale Penale, 14^a Ed., Giuffrè Editore, Milano, 2016.
- Sami Selçuk, "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri", *M.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, y. 2013, c. 19, sy. 2, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, ss. 319-363.
- Serap Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa Yayınları, İstanbul 1997.
- Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- William Schabas, The European Convention on Human Rights, A Commentary, Oxford University Press, 2015.
- Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

KOLLUK FAALİYETLERİNİN DENETİMİ HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

A GENERAL ASSESSMENT ABOUT OF THE SUPERVISION OF LAW ENFORCEMENT ACTIVITIES

Hakan AYYILDIZ*

Özet: Kamu düzenini korumakla görevli ve bu amaçla hem suç öncesi hem de suçtan sonra kullanılmak üzere çeşitli yetkilerle donatılmış olan kolluk kuvvetlerinin faaliyetleri, çoğu zaman başta uluslararası sözleşmeler, anayasa ve diğer mevzuat hükümleriyle teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale edebilmektedir. Kolluk, söz konusu faaliyetlerini icra ederken sınırsız bir yetkiyle donatılmış değildir. Bu çalışmada, kolluk faaliyetleri esnasında kullanılan yetkilerin sınırları ve denetimi konu edilmiş olup; denetimin türleri ve kolluk faaliyetlerinin denetimi ile insan haklarının korunması arasındaki ilişki ulusal ve uluslararası boyutlarıyla incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kolluk, Kolluğun Denetimi, Kolluk ve İnsan Hakları, Kolluk ve Sivil Gözetim, Adli Kolluk, İdari Kolluk

Abstract: The activities of law enforcement, who are charged with establishing the public order and also equipped with various powers to be used before and after the offense with this purpose, can often directly interfere with fundamental rights and freedoms guaranteed by especially international conventions the constitution and other legislative provisions. The law enforcement is not equipped with unlimited authority to perform its mentioned activities. In this study, the limits and supervision of the powers used during the law enforcement activities are discussed, the relationship between the types of audit and the control of law enforcement activities and the protection of human rights have been examined with national and international aspects.

Keywords: Law Enforcement, Supervision of Law Enforcement, Law Enforcement and Human Rights, Law Enforcement and Civilian Oversight, Forensic Law Enforcement, Administrative Law Enforcement

* Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, ayyildizhakan06@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0999-0496, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.01.2019, Kabul Tarihi: 09.01.2019

GİRİŞ

Güvenlik ve huzurlu bir yaşam sürme ihtiyacı insanın en temel ihtiyaçları arasında sayılmaktadır. Devlet, vatandaşının bu ihtiyaçlarını kamu düzenini sağlamakla giderir. Kamu düzeninin sağlanmasında devletin elindeki en etkili araçlardan birisi, gerektiğinde silah kullanma yetkisine de sahip olan kolluk kuvvetidir.

Ülkemizde iç güvenliğin korunması ve kamu düzeninin tesisi görevi bu çalışmanın da konusu edilen ve İçişleri Bakanlığı'na bağlı genel kolluk olarak görev yapan Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nden oluşan birimlerce yerine getirilir. Kolluk, kamu düzenini sağlama görevini icra ederken çeşitli faaliyetlerde bulunur. Kolluğun öncelikli görevi suç işlenmesini önlemektir. Fakat bazen ceza adaletinin sağlanması ve işlenmiş suçların yaptırımsız kalmaması amacıyla, suç işlendikten sonra suç faili veya faillerinin bir an önce tespit edilip adli makamlara teslim edilmesi de kolluğun faaliyetleri içerisinde yer alır.

Şüphesiz kolluk, söz konusu faaliyetlerini yerine getirirken çeşitli yetkilerle donatılmıştır. Kolluk faaliyetleri doğası gereği temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan yetkiler içerir. Fakat Anayasamızın 2 nci maddesinde de ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi gereği kolluk yetkileri çeşitli sınırlamalara ve denetime tabidir ve bu sınırlamaların ve denetimin özünde insan hakları kavramı bulunur.

Bu çalışma, kolluk faaliyetlerinin denetiminin gelişen ve değişen dünyada nasıl şekillendiğini eleştirel bir bakış açısıyla incelemeyi amaçlamaktadır. Bu maksatla ilk olarak kolluk faaliyetlerinin neler olduğu üzerinde durulacak, daha sonra denetim kavramı ve türleri ile kolluk faaliyetlerinin denetimi konusu genel hatlarıyla ele alınacak ve kolluk faaliyetlerinin denetiminin insan haklarıyla ilişkisi değerlendirilecektir.

I. KOLLUK FAALİYETLERİ

Kolluk, "iç güvenlik hizmetlerini yerine getiren teşkilat" olarak tanımlanabilir.¹ Kolluğun suç öncesindeki görevleri ve suç işlendikten

¹ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.150. Atay'a göre kolluk kavramı ise "toplumda düzeni sağlamak

sonra ortaya çıkan görevleri kolluk faaliyetlerinin ayrımına sebep olur. Böylece kolluk faaliyetleri, idari kolluk-adli kolluk faaliyetleri olarak ikiye ayrılır. İdari kolluk ise, genel idari kolluk (genel kolluk) ve özel idari kolluk (özel kolluk) olmak üzere ikili bir yapıya sahiptir.²

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu (ETK)'na göre İçişleri Bakanlığı, ülkemizde genel emniyet ve asayiş işlerinden sorumludur (ETK m.1). ETK 3 üncü maddesine göre kolluk, teşkilatlanma açısından genel ve özel kolluk olmak üzere ikiye ayrılır. ETK'da genel kolluğun silahlı bir kuvvet olan polis ve jandarmadan oluştuğu belirtilmesine rağmen, 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 8/11/2016 tarih ve 6755 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesiyle değiştirilen 2 nci maddesine göre Sahil Güvenlik Komutanlığı da silahlı bir genel kolluk kuvveti olarak sayılmıştır. Kısacası genel kolluk kavramı; Polis, Jandarma ve Sahil Güvenlik teşkilatlarını kapsayan bir kavramdır.

Özel kolluk ise, genel kolluk haricinde kalan ve kendi özel kanunlarına göre oluşturulup, belirli alanlarda, belirli görevleri yerine getiren kolluktur (ETK m.3).³ Belediye kolluğu, orman kolluğu ve cezaevi kolluğu özel kolluğa örnek verilebilir.

Ülkemizde emniyet ve asayişin sağlanması ile güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesi, büyük ölçüde idari ve adli kolluk tarafından yerine getirilen faaliyetlerle sağlanır. Zira özel kolluk faaliyetleri daha dar bir alanda, belirli bir tür faaliyet konusunda yetkili ve görevli olan kolluk tarafından yerine getirilen faaliyetlerdir.⁴

ve korumak için idarenin sahip olduğu yetkiyi, bu anlamda hem bir idari etkinliği hem de bu etkinliği yürüten personeli" ifade etmektedir. Bkz. Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.643. 6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun'un 2 nci maddesinde ise kolluk, "Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilâtında, emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlamak için kanunların ve kanunlara dayanarak yetkili makamların verdiği görevleri yerine getiren görevlileri ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

² Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.580-584.

³ 21.1.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin 3 üncü maddesinde özel kolluk; "Devlet ve yetkili diğer kamu tüzel kişilerin, özel kanunlar çerçevesinde kurulup teşkilatlandırılan, kendi görev alanında güvenliği sağlamak amacı taşıyan ve Jandarma, Sahil Güvenlik ve Polis dışındaki kolluk birimlerini, ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

⁴ Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s.587.

A. İDARİ KOLLUK FAALİYETLERİ

Modern dünyada devletlerin toplumsal bir düzene ihtiyaç duyduğu ve bu düzeni sağlamanın da devletin en temel görevlerinden olduğu bilinen bir gerçektir. Toplumsal düzen kurallarından en etkiliyi yaptırım gücüne de sahip olan hukuk kurallarıdır. Hukuk kurallarının ahlâk kuralları veya din kuralları gibi diğer toplumsal düzen kurallarından farkı, aynı zamanda önleyici ve bastırıcı etkiye sahip olmalarıdır.

Demokratik bir hukuk devletinde devletten beklenen, anayasada teminat altına aldığı temel hak ve özgürlükleri hayata geçirebilmesidir. Devletin bu beklentiye yerine getirebilmesinin ön koşulu kamu düzenini sağlamaktır. Kamu düzeni, bünyesinde dirlik, esenlik, güvenlik ve sağlık unsurlarını barındıran geniş bir kavramdır. Zira bu kavram, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinde "Emniyet ve asayiş, huzur ve sükûn, genel sağlık ve genel ahlak unsurlarından oluşan, hak ve hürriyetlerin tam olarak kullanımına elverişli ortam" olarak tanımlanmıştır.

İdari kolluk faaliyetleri kamu düzeninin korunmasını esas alan ve önleyici nitelikteki faaliyetlerdir. İdari kolluk ise, kamu düzenini korumayı amaçlayan veya bir başka ifadeyle kamu düzeninin korunması ve devamı için gerekli önlemleri alan kolluk türüdür. Bu nedenle idari kolluk faaliyetleri önleyici bir nitelik arz eder. İdari kolluk, bazı metinlerde "önleyici kolluk" veya "suç öncesi kolluk" olarak da ifade edilebilmektedir.⁵

İdari kolluk, kamu düzenini korumak, bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek ve bu maksatla ilgili mevzuat çerçevesinde her türlü tedbiri almakla yetkili ve görevlidir. Genelde kolluk ve özelde suç öncesi kolluk bu işlemleri gerçekleştirirken hukuka, kanunlara bağlı ve saygılı olarak hareket eder. Kolluk önlemlerinin alınmasında keyfilikten kaçınma zorunluluğu bulunmaktadır. Zira bir hukuk devletinde her kurumdan beklendiği üzere ve belki de onlardan daha fazla kolluğun, kamu düzenini korumak veya tesis etmekte hukuka uygun hareket etmesi herkesçe beklenir. Bu, toplumun en tabii hakkıdır.⁶

⁵ Turan Yıldırım/Melikşah Yasin/Nur Kaman/H.Eyüp Özdemir/Gül Üstün/Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.549. Bir başka tanım için bkz. Atay, İdare Hukuku, s.643-644.

⁶ Vahit Bıçak, Suç Muhakemesi Hukuku, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013,

B. ADLİ KOLLUK FAALİYETLERİ

Adli kolluk, kamu düzenini bozan ve suç sayılan eylemlerin işlenmesi durumunda suç faillerini ve suça ait delilleri araştırıp, bulmak ve adli makamlara teslim etmekle görevli olan kolluktur.⁷ Görüldüğü üzere, adli kolluğun görevi suç işlendikten sonra ortaya çıkan ve bastırıcı nitelikte olan bir görevdir.⁸

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'na göre adli kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder. Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir. Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrinde (CMK m.164).

5271 sayılı CMK ile 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'ndan farklı olarak, adli kolluğun ceza muhakemesinde karşılaştığı bir suç şüphesiyle ilgili, doğrudan araştırma yapması kabul edilmemiştir.⁹ CMK hükümleriyle soruşturmanın tek yetkilisi ya

s.157.

⁷ Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.591.

⁸ Öztürk'e göre, adli kolluğun üç unsuru vardır: Bunlardan birincisi; bu kolluk genel kolluktan ayrı ve suçun ve suç şüphelilerinin ortaya çıkmasıyla faaliyete başlar ve işi suçu aydınlatmaktır. İkincisi; adli kolluk personeli genel kolluk personelinin farklı olarak kriminalistik bilgisine vakıf, ceza muhakemesi bilgisiyle donatılmış ve sanık haklarının farkında olan teknik bir personeldir. Üçüncüsü ise; adli kolluk öyle bir kolluktur ki, teknik olarak her türlü laboratuvar vb. olanakla donatılmış personeldir. Bkz. Bahri Öztürk, "Adli Kolluk Üzerine Genel Düşünceler", Adli Kolluk Kuruluş ve Görevleri, Antalya Barosu Uluslararası Sempozyumu (12-13 Temmuz 1997), (Sempozyum Kitabını Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Antalya, 1998, s.269.

⁹ Mülga 1412 sayılı CMUK'un "Suça karşı zabitanın vazifesi" başlıklı 156 ncı maddesi şöyledir: "Zabita makam ve memurları suçluları aramakla ve işin tenvirini için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim

da lideri olma vasfı Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Öyle ki, CMK'ya göre, kolluğun m. 90'da düzenlenen ve sıkı koşullara bağlanmış haldeki yakalama yetkisi dışında hiçbir soruşturma işlemine re'sen başlayabilmesi mümkün değildir.¹⁰ Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür (CMK m.161/2).

CMK'nın CMUK'tan farklı olarak ortaya koyduğu ve adli kolluğu Cumhuriyet savcısının denetimine ve emrine dâhil ettiği ve adli kolluğun re'sen araştırma ve soruşturmaya başlamasına imkân vermeyen sistemi doktrinde tartışma konusu olmuştur.

CMK'nın mevcut düzenlemesinin yerinde olduğunu savunan yazarlara göre, CMK savcı-kolluk ilişkilerini bir daha bozulmamacasına düzeltmiş, bu ilişkiyi akılcı bir eksene oturtmuş ve adli kolluğu idari yönden İçişleri Bakanlığı'na; adli yönden ise savcılığa bağlamıştır. Bu sistemde adli kolluk, genel kolluktan ayrılmış değildir ve iki başlılık yoktur.¹¹ Apaydın'a göre adli kolluk, idari olarak Adalet Bakanlığı'na, adli olarak da suçun işlendiği yargı alanındaki Cumhuriyet savcılarına bağlı olarak görev yapmalı ve ceza hukukunun temel ilkeleri, insan hakları, hukuka uygun soruşturma teknik ve taktikleri, kriminalistik vb. alanlarda bilgi sahibi olan personel arasından seçilip, Cumhuriyet savcılarının emrinde, ayrı bir teşkilat olarak kurulmalıdır.¹²

ettikleri evrakı hemen müddeiumumiliğine gönderirler. Ancak hâkim tarafından derhal icrası muktazi tahkik muamelelerine lüzum varsa bu evrakın doğrudan doğruya sulh hakimine gönderilmesi caizdir".

¹⁰ Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.196.

¹¹ Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F.Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.221-222.

¹² Cengiz Apaydın, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular (Editör: Nur Centel), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s.67-68. Kuyucu'ya göre de "Cumhuriyet savcılığına bağlı ayrı bir adli kolluk örgütünün kurulması ve varlığı ceza adaletinin sağlanmasında büyük yarar sağlayacaktır". Bkz. Abdullah Aydın Kuyucu, "Savcılığın Ceza Adalet Sistemindeki Rolü ve Örgütlenmesi", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, 7-9 Temmuz 2006, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s.141.

Yenisey'e göre ise adli kolluk, sistem içerisinde mevcut bulunması gereken bir unsurdur. Ceza muhakemesinde araştırma, itham, savunma ve yargılama olmak üzere dört tür görev bulunur. Adli kolluğun araştırma görevini ayrı bir kuruluş olarak icra edebilmesi için, Cumhuriyet savcısının emrinde olmaması gerekir. Zira emir altına girmek, kolluk ile savcıyı bütünleştirmektir. Bunun yerine kolluk içinde ayrı bir "suç kolluğu" kurulmalı ve bu birimin başında yürütme tarafından en az yedi yıl görevden alınamayan bir kolluk müdürü olmalıdır. Bu suç kolluğu, Cumhuriyet savcılığının ve daha da önemlisi hâkimin denetimi altında olmalıdır.¹³

CMK m. 165'e göre, gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi halinde, diğer kolluk birimleri de adli kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdür.¹⁴ Bu durumda, kolluk görevlileri hakkında, adli görevleri dolayısıyla bu Kanun hükümleri uygulanır. Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 5 inci maddesine göre ise; adli kolluk, bağlı bulunduğu kolluk teşkilâtının bir parçası olup, öncelikli görevi, karşılaştığı suçun işlenmesini önlemektir. Adli kolluk görevlileri, kadrolarında yer aldıkları birimlere mevzuatla verilmiş ve adli görev kapsamı dışında kalan diğer görev ve hizmetleri de yerine getirirler.

C. İDARİ KOLLUK- ADLİ KOLLUK AYRIMININ ÖNEMİ

Ülkemizde idari kolluk ve adli kolluk görevlerini yapanların genel olarak aynı teşkilat bünyesinde olması idari kolluk-adli kolluk ayrımı yapmayı güçleştirmektedir. Örneğin bir İlçe Jandarma Komutanlığı'nda çalışan ve önleyici hizmet amaçlı olarak trafik timinde görev yapan personelin bu görevi idari; trafik denetimi yaptığı esnada bir suç ile karşılaşması ve yetkili merciin emriyle suça karışanları yakalaması ise adli kolluk görevidir.¹⁵ Fakat idari ve adli kolluk

¹³ Feridun Yenisey, "Adalet ve Kolluk İlişkilerinin Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006, s.38.

¹⁴ Centel ve Zafer'e göre böyle bir durumda Cumhuriyet savcısı genel kolluğun yanında özel kolluktan da yardım isteyebilir. Bkz. Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 123.

¹⁵ Tosun'a göre, kolluğun yaptığı işlerin idari olduğu açıktır; bu bakımdan "adli" olan işlerin de bunlardan farklı işler olmadığı unutulmamalıdır. Kolluk, ne yasa ne de yargılama işi yapmadığına göre yaptığı işin yürütme olduğu anla-

arasında bir ayırım yapılması oldukça önemlidir. İdari ve adli kolluk arasında bir ayırım yapılması gerekliliği, öncelikle kullanılacak usul ve araçların farklı olmasından kaynaklanır. Her iki kolluk faaliyeti arasında suçun önlenmesine ilişkin yöntem ve araçlar ile suç işlendikten sonra faillerin belirlenmesi ve suça ilişkin delillerin ortaya konulup yargı mercilerine teslim edilmesi anlamında teknik farklılıklar söz konusudur. Ayrıca hukuk sistemimizde iki kolluk arasındaki ayırım tâbi olacakları hukuki rejim ve yargılama usulleri açısından da önem arz etmektedir.¹⁶

Kolluğun idari nitelikteki önleme görevi ile adli nitelikteki görevi esnasında bağlı olduğu amir de farklılık gösterir. Kolluk, idari görevi esnasında idari makamların emri altındadır. Adli işlemler esnasında kolluğun amiri ise Cumhuriyet savcısıdır. Bu sebeple somut olayda kimin emir vermeye yetkili olduğunun tespiti açısından idari görevle adli görevin ayırımının yapılması gerekir. Ayrıca kolluğun, adliye ile ilgili görev ve işlerinde işlediği suçlardan dolayı Cumhuriyet savcısı tarafından genel muhakeme usulüne göre doğrudan soruşturma yapılırken; idari görev esnasında ve göreviyle bağlantılı olarak suç işleyen kolluk hakkında Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre soruşturma yapılır.¹⁷ Kısacası, idari kolluk hakkında idare hukuku uygulanır ve idari kolluk faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir. Öte yandan adli kolluk faaliyetleri hakkında ceza usûl hukuku uygulanır ve bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargıda (ceza mahkemelerinde) görülür.¹⁸

Eğer kanunların suç saydığı fiillerin işlenmesi hali mevcut ise ve bu konuya ilişkin delillerin toplanması ve faillerin belirlenmesine yönelik bir amaç güdülerek bir faaliyet icra ediliyorsa adli kolluk faaliyeti

şılmaktadır. Bkz. Öztekin Tosun, "Suç Kolluğu", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 1972, C.6, S.9. s.10-11.

¹⁶ Atay, *İdare Hukuku*, s.662-663.

¹⁷ Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s.124. Gerçekten de örneğin 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 15 inci maddesine göre Jandarma personelinin mülki görevlerinden doğan suçlarında; özel kanunların hükümleri saklı kalmak şartıyla 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır. Adli görevlerinden doğan suçlarda ise; 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 161 inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uygulanır.

¹⁸ Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s.580.

söz konusudur. Buna karşılık kolluğun amacı adli makamların her türlü müdahalesi dışında kamu düzeninin korunması ve sağlanmasına yönelik ise bu faaliyet idari kolluk faaliyetidir.¹⁹ Ayrıca karşılaşılan bir eylem ya da işlem Ceza Hukukuna göre suç olabileceği gibi, İdare Hukuku anlamında da kamu düzenini ihlal edebilir. Böyle bir durumda önemli olan husus, adli ve idari faaliyetin, özellikle aynı kamu görevlisinde birleşmesi durumunda sağlıklı bir şekilde ayırımının yapılması ve birbirine karıştırılmamasıdır.²⁰

İdari kolluğa ilişkin genel düzenlemeler idarenin kendisi tarafından yapılabilirken, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği Ceza Hukuku alanında suçların ve cezaların mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerekir. Ayrıca, adli kolluk görevlileri cezai yaptırımları bizzat kendileri uygulayamazlar ve suç işleyen kişiyi arayıp bulduklarında ya da suçüstü yakaladıklarında adli mercilere teslim etmek zorundadırlar. Fakat idari kolluk görevlilerinin bazı hallerde idari yaptırımları uygulama yetkileri bulunmaktadır.²¹ Bunun yanında idari kolluk faaliyeti, sadece devlet adına değil, mahalli idareler (il özel idaresi, belediye, köy) adına da icra edilirken; adli kolluk sadece devlet adına ifa edilen bir faaliyettir ve adli kolluk faaliyetlerinden kaynaklanacak zararlardan daima devlet tüzel kişiliği sorumlu olacaktır.²²

CMK m.164/3'e göre "Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir". Bu hüküm de nazara alınarak doktrinde adli kolluk faaliyeti, kamu görevlisi için istisnai bir etkinlik olarak algılanmış, istisnanın sona ermesiyle birlikte kamu görevlisinin asli göreve (idari kolluğa) dönmesi esas olarak öngörülmüştür. Gerçekten, adli makamlar her yıl adli kolluğun görevlileri hakkında rapor düzenleyip, mülki idare amirlerine göndermekle yükümlüdür. Bu durumda adli kolluk görevlilerinin faaliyetleri hakkında değerlendirme yapma yetkisi idari amire verilmiştir.²³ Bu işlem de bir tür kolluk faaliyeti denetimidir.

¹⁹ Atay, İdare Hukuku, s.670.

²⁰ İsmet Giritli/Pertev Bilgen/Tayfun Akgüner/Kahraman Berk, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s.1149.

²¹ Yıldırım/Yasin/Kaman/Özdemir/Üstün/Tekinsoy, İdare Hukuku, s.549.

²² Gözler, İdare Hukuku Dersleri, s.582.

²³ Giritli/Bilgen/Akgüner/Berk, İdare Hukuku, s.1149-1150.

İdari ve adli kolluk ayrımının ortaya konulabilmesi oldukça farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Yurtcan'a göre kolluğun bugünkü teşkilatlanmasının, kolluktan ceza yargılaması alanında faydalanma anlamında artık yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle ülkemizde, yalnız ceza yargılaması alanında görev yapacak olan yeni bir kolluk teşkilatlanmasına ihtiyaç vardır. Adli kolluk olarak adlandırılacak bu teşkilat, ceza adaletinin sağlanmasında büyük fayda sağlayacaktır.²⁴

II. DENETİM KAVRAMI VE TÜRLERİ

A. GENEL OLARAK

Kontrol etmek, uygunluğunu sorgulamak gibi anlamlara sahip olan denetim sözcüğü, hesap verebilirlik kavramıyla beraber düşünülmelidir. Bir yönetim kavramı olan hesap verebilirlik, kamu görevlilerinin kullandıkları yetkilerden ve yapmış oldukları işlemlerden sorumlu tutulmaları anlamına gelmektedir.²⁵

Demokratik bir hukuk devletinde yetki ile donatılmış olanların aynı zamanda şeffaf ve hesap verebilir olması son derece önemlidir. Bir kamu hizmeti sunan ve bu anlamda kamu düzenini korumak ve sağlamak maksadıyla çeşitli yetkilerle donatılmış olan ve üstelik bu yetkilerle temel hak ve özgürlüklere kolayca müdahale etme imkânı olan kolluk personelinin de denetlenebilir olması gerekir. Son dönemde kolluk alanında bahse konu şeffaflık ve hesap verebilirliği sağlamak adına Kamu Görevlileri Etik Kurulu, Kolluk Gözetim Komisyonu gibi yapılar oluşturularak, yeni adımlar atıldığı gözlemlenmektedir.

²⁴ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.151. Yenisey ise aksi yönde bir görüş beyan ederek, suç polisinin polis teşkilatının bir parçası olduğunu, bölündükçe gücünün azalacağını, suçla mücadelede gerekli olan bilginin bir merkezde toplanmasının şart olduğunu ve insan haklarını korumakla yükümlü olan devletin güçlendirilmesi için kolluğun birleştirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.429. Avrupa Komisyonu 2012 Yılı Türkiye İlerleme Raporu'na bu konu şu şekilde yansımıştır: "Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 167 nci maddesi çerçevesinde 2005 yılında kabul edilen Adli Kolluk Yönetmeliği, Avrupa standartlarına uygun olarak henüz uygulanmamış olup, savcılıklara bağlı adli kolluk birimleri henüz kurulmamıştır. Savcılar, İçişleri Bakanlığı'na bağlı polis birimlerinden yararlanmaktadır. Savcılar, polis birimlerinin soruşturmalarını etkin bir biçimde sevk ve idare etme kapasitelerini geliştirmeli ve polis faaliyetlerini sıkı bir biçimde kontrol etmelidirler." Bkz. https://www.ab.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf, s.16. (Edinme tarihi: 13.12.2018)

²⁵ Serdar Kenan Gül, "Kamu Yönetiminde ve Güvenlik Hizmetlerinde Hesap Verebilirlik", *Polis Bilimleri Dergisi*, Ankara, 2008, C.10(4), s.73.

Kolluk personelinin, yine kendi birimleri tarafından hiyerarşi yetkileri kapsamında denetlenmesine iç denetim denir. Buna karşılık dış denetimde ise birden fazla devlet birimi görev alır. Yasama, yürütme, yargı erkleri ya da kamuoyu tarafından yapılan denetim ise dış denetime örnek gösterilebilir. Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumu ve İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu gibi idari birimler aracılığıyla yapılan denetim de dış denetim kapsamındadır.²⁶ Esasen bu iki denetim türü de birbirini tamamlamaktadır. Fakat dış denetimin etkin olması, kolluğu iç denetimde daha dikkatli ve adil olmaya sevk eder. Bu çalışmada daha çok dış denetim üzerinde durulacaktır.

B. MECLİS YOLUYLA YAPILAN DENETİM

İç güvenlik hizmeti kapsamında sunulan kolluk faaliyetleri aslında bir idare faaliyetidir ve hukuk sistemimiz içerisinde idare faaliyetleri üzerinde meclis denetimi mümkündür. Türkiye Büyük Millet Meclisi; Meclis araştırması, genel görüşme, Meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanır (Anayasa m.98). Meclis denetimi bakımından yasama organı bünyesinde oluşturulan siyasal denetim organları olarak komisyonlar da önemli görevler icra etmektedirler. Bu anlamda Dilekçe Komisyonu ve TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'na ayrı bir parantez açmak gerekir.

Anayasamızın 74 üncü maddesi gereği vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Bu kapsamda TBMM bünyesinde Dilekçe Komisyonu kurulmuş ve vatandaşlara bu komisyon aracılığıyla iç güvenlik sektörü çalışanları ile ilgili sorunları bildirme fırsatı sunularak dilekçe hakkına işlevsellik kazandırılmıştır.²⁷ Ayrıca aynı maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarına göre herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

²⁶ Çınar Can Evren, "Kolluk Gözetim Komisyonu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, C.XX, S.4, 2016, s.106.

²⁷ Hamdi Gökçe Zabunoğlu, "Kolluğun Sivil Gözetimi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya, C.7, S.2, 2016, s.466.

TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu ise 3686 sayılı Kanun ile 1990 yılında kurulmuştur. Kanun'un 4 üncü maddesine göre komisyonun görevlerinden bazıları şunlardır: Türkiye'nin insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası antlaşmalara, anayasa ve kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermek; insan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek veya gerekli gördüğü hallerde bunları ilgili mercilere iletmek; her yıl yapılan çalışmalarını, elde edilen sonuçları, yurtiçi ve yurtdışında insan hakları uygulamalarını kapsayan bir rapor hazırlamak.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, görevleri ile ilgili olarak, Bakanlıklar ile Genel ve Katma Bütçeli Dairelerden, mahalli idarelerden, muhtarlıklardan, üniversitelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlardan bilgi istemek ve buralarda inceleme yapmak, ilgililerini çağırıp bilgi almak yetkisine sahiptir. Komisyonun gerekli görmesi halinde; Komisyon raporu, inceleme konusunun sorumluları hakkında genel hükümlere göre kovuşturma veya işlem yapılabilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na ilgili mercie bildirilir (m. 6).

C. YÜRÜTME ORGANINCA YAPILAN DENETİM

Anayasamıza göre, yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir (m.8). Cumhurbaşkanı Devletin başıdır ve yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir (m.104). Aslında anayasanın tüm hükümleri göz önünde bulundurulduğunda Cumhurbaşkanı'nın idarenin denetimi konusunda oldukça önemli yetkilere sahip olduğu görülür. Kolluk faaliyetlerinin denetimi noktasında ise özellikle Devlet Denetleme Kurulu'ndan söz etmek gerekir.

Anayasamızın Devlet Denetleme Kurulu'nu düzenleyen 108 inci maddesine göre idarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, Cumhurbaşkanlığı'na bağlı olarak kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanı'nın isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek

kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı derneklerle vakıflarda, her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar. Yargı organları, bu kurulun görev alanı dışındadır. Görüldüğü üzere Devlet Denetleme Kurulu'nun yapacağı denetim, kolluk faaliyetleri üzerinde doğrudan Cumhurbaşkanınca yaptırılacak son derece önemli bir denetim türü olarak anayasada yer almıştır.

Kolluk faaliyetlerinin işleyişi içerisinde diğer denetimler kolluk faaliyetinin idari ya da adli olmasına göre değişir. Zira her iki kolluk faaliyeti türünde amirler ve denetim makamları değişmektedir. İdari kolluk faaliyetlerinin denetim birimi mülki makamlardır. Hiyerarşik bir şekilde bakan, vali ve kaymakam olarak sıralanabilecek mülki makamların denetim yetkileri çeşitli mevzuat hükümlerine yansımıştır. Örneğin 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 1 inci maddesine göre Jandarmanın eylem ve işlemleri İçişleri Bakanlığı, mülkî idare amirleri ve kendi amirleri tarafından denetlenir ve teftiş edilir. 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'na göre vali, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiridir. Suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenini korumak için gereken tedbirleri alır. Bu maksatla devletin genel ve özel kolluk kuvvetlerini istihdam eder, bu teşkilat amir ve memurları vali tarafından verilen emirleri derhal yerine getirmekle yükümlüdür (m.11). Vali, Hakimler Kanunu ile İcra ve İflas Kanununda yazılı yargıç, Cumhuriyet savcısı ve yargıç sınıfında bulunanlarla bu kanunlarda yazılı adalet memurları, askeri birlikler, askeri fabrika ve müesseseler, askerlik daire ve şubeleri hariç Bakanlıklar ve tüzelkişiliği haiz genel müdürlüklerin il teşkilatında çalışan bütün memur ve müstahdemlerinin en büyük amiridir ve bu sıfatla memur ve müstahdemlerin çalışmalarına nezaret eder ve teşkilatın işlemlerini denetler (m.13). Aynı kanunun 31 inci maddesine göre kaymakam, ilçenin her yönden genel idare ve genel gidişini düzenlemek ve denetlemekten sorumludur.

Kolluk faaliyeti tür olarak adli kolluk faaliyeti ise denetim makamı Cumhuriyet savcılığıdır. Zira soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir (CMK m. 164). Cumhuriyet başsavcıları her yılın sonunda, o yerdeki adli kolluğun sorumluları hakkında de-

ğerlendirme raporları düzenleyerek, mülki idare amirlerine gönderir (CMK m.166). Bu hükümler adli kolluğun dolaylı olarak Cumhuriyet savcısının ve mülki amirin denetiminde olduğunu göstermektedir. Ayrıca CMK m. 92’de gözaltı işlemlerinin denetiminin Cumhuriyet savcılığına bırakılması da bu husustaki bir diğer örnektir. Buna göre; Cumhuriyet başsavcılığı veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları, adli görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler; sonucunu Nezarethaneye Alınanlar Defterine kaydederler. Adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir (CMK m. 164).

CMK’nın 91 inci maddesinde düzenlenen “gözaltı” işlemine burada ayrı bir parantez açmak gerekir. Gözaltına alma, kanunun verdiği yetkiye dayanarak yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanuni süre içerisinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp, alıkonulmasını ifade eder. Gözaltına alma ve yakalanan kimsenin salıverilmesi kararı kural olarak Cumhuriyet savcısı tarafından verilir. Fakat 6638 sayılı kanunla CMK’nın 91 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına eklenen hüküm ile mülki amirin belirlediği kolluk amirine de maddede belirtilen katalog suçlardaki suçüstü hali ile sınırlı olmak üzere, belirli sürelerde gözaltına alma kararı verebilme yetkisi tanınmıştır.²⁸ Buna göre; “Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir”. Kısacası 6638 sayılı Kanun ile getirilen yeni fıkranın uygulanabilmesi ancak belli suçların işlenmesine bağlıdır. Bunlar (CMK m.91/4);

- a) Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar.
- b) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan;

²⁸ Mustafa Artuç, Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu (Açıklamalı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.325.

1. Kasten öldürme (madde 81, 82), taksirle öldürme (madde 85),
 2. Kasten yaralama (madde 86, 87),
 3. Cinsel saldırı (madde 102),
 4. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
 5. Hırsızlık (madde 141, 142),
 6. Yağma (madde 148, 149),
 7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 8. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195),
 9. Fuhuş (madde 227),
 10. Kötü muamele (madde 232),
- c) 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan suçlar.
- d) 6.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar.
- e) 10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.
- f) 21.3.2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlardan ibarettir.

Bu düzenlemeye göre fıkra da belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, mülki amirlerle kolluk amirlerinin ortak çalışması ile gözetim kararı verilebilecektir. İşlenen bir suçun bu fıkra da sınırlı sayı (numerus clausus) ile düzenlenmiş suçlardan olup olmadığını tespit etmek mülki amir ile kolluk amirinin belirleyeceği bir husustur. Bu fıkra da düzenlenen konu gözetim altına alma gibi ceza yargılamasında önemli bir özgürlük kısıtlamasını içerdiğinden karşılaşılan olayın ve suç iddiasının iyi tahlil edilmesi gerekir.²⁹

²⁹ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.356.

CMK m. 91/4'te yer alan düzenlemeye göre "Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa 91 inci maddenin 1,2 ve 3 üncü fıkralarına göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır".

6638 sayılı Kanun'la CMK'nın 91 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına eklenen hüküm ile kolluk amirine de gözaltına alma kararı verebilme yetkisi tanınması doktrinde eleştirilmiştir. Bir görüşe göre, katalogda yer alan ve kolluk amiri tarafından gözaltına alınmayı mümkün kılan "Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar" ifadesi belirsizdir ve yetkinin kötüye kullanılabilme ihtimalini barındırması eleştiriye açıktır. Ayrıca bu düzenleme ile 2005 yılında CMK yürürlüğe girerken kolluğun gözaltına alma yetkisinin kaldırılmasının gerekçesi aradan geçen bu süre içinde ortadan kalkmış değildir.³⁰

Yürürlükteki CMK sistematigi içerisinde savcı, soruşturmada hukukçu kimliğiyle ön plana çıkar ve uzmanlığı sayesinde suç oluşturacak olan olayları daha iyi biçimde süzgeçten geçirebilir. Bu nedenle CMK m. 91/4'ün uygulamasında temel yetkili kişinin savcı olması daha yerinde olacaktır. Savcı, kendisine verilen bilgiler ve olguları dikkate alarak bir olayın m. 91/4 kapsamında olup olmadığını değerlendirmeli ve gerekli gördüğü hallerde mülki amir-kolluk amiri işbirliği ile gözaltı uygulaması yapılabilmelidir. Oysaki bu fıkroda yer alan düzenlemeye göre savcı gözaltına alma kararının verilmesinde değil bu uygulamanın sonunda devreye sokulmaktadır. Yani bu hüküm kapsamında savcı gözaltı olayını başlatan değil fakat bitiren yetkilidir. Hukuka uygun olan, gözaltına almayı başlatanın da bitirenin de savcı olmasıdır.³¹ Özlük işleri Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından gerçekleştirilen, hâkimlik ve savcılık teminatından faydalanan ve konumu gereği daha özerk hareket edebilen Cumhuriyet savcısına ta-

³⁰ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.310.

³¹ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.358.

nınan gözaltına alma kararı verme yetkisinin, idari yönden siyasal iktidara bağlı kolluk amirine de tanınmış olması temel hak ve özgürlüklerin güvencesi bakımından bir geriye gidiş olarak değerlendirilmiştir.³²

6638 sayılı Kanun'un gerekçesine göre, CMK 91 inci maddenin 4 üncü fıkrasında kolluk amirine de belli durumlarda gözaltına alma kararı verebilme yetkisi tanıyan düzenlemenin yapılmasının nedeni olarak, CMK'nın mevcut düzenlemesinin kolluğa suç soruşturmasında hiçbir inisiyatif vermediği ve acele işlemlerin dahi yapılmasına engel teşkil ettiği, bu durumun ve özellikle suçüstü hallerinde, failerin sadece ifadelerinin alınarak serbest bırakılması ve evrakın savcılığa gönderilmesinin toplumda infial yaratabilmesi gösterilmiştir. Yapılan bu düzenleme ile bunun önüne geçilmek istenmiştir. Kanaatimizce, böyle bir düzenleme haklı bir gerekçe ve ihtiyaca binaen yapılmış olsa bile 5271 sayılı CMK'nın 1412 sayılı CMUK uygulamasından farklı olarak soruşturmanın ve adli kolluk işlemlerinin hukukçu uzman kişisi olarak Cumhuriyet savcısını ön plana çıkaran ve ona bu doğrultuda yetkiler tanıyan anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

D. YARGI DENETİMİ

Anayasanın 125 inci maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Kolluk faaliyetleri de birer idari işlem olduğundan yargı denetimi dışında bırakılamaz. Ayrıca CMK m. 161/5'te düzenlenen ve Cumhuriyet savcısına, "kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında" doğrudan soruşturma yapma yetkisi veren hüküm de yargı denetimi içinde mütalaa edilebilir.

Adli kolluk yönetmeliğinin 13 üncü maddesinde adli kolluk hizmetinin denetimi konusu düzenlenmiştir. Buna göre; Cumhuriyet başsavcıları ve Cumhuriyet savcıları; adli kolluk hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülebilmesi amacıyla, adli kolluk görevlilerince ifa edilen adli işlemleri her zaman denetler ve yürütülen soruşturma evrakını

³² Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s.282-283.

gerektiğinde ilgili adli kolluk biriminde inceleyerek, soruşturmaya ilişkin eksik gördüğü hususların ikmalini emredebileceği gibi, soruşturma evrakı ve taraflarının bulunduğu hâl üzere Cumhuriyet başsavcılığına intikal ettirilmesi talimatını da verebilir.

Anayasamızda yargı başlığı altında düzenlenen Sayıştay, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir. Bu bağlamda Sayıştay, kolluk faaliyetlerinin hesap yönünden denetimini sağlamaktadır.³³

Bütün bunların yanında yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre, kolluk faaliyetlerine karşı kamu denetçisine, bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne ve şartlarının mevcudiyeti halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne başvurma imkânı da mevcuttur.

E. KAMUOYU/MEDYA DENETİMİ

Günümüzde kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması ve toplumdaki eğitim seviyesinin yükselmesi ile birlikte kamuoyu ve medya kavramları da kolluk faaliyetleri açısından birer denetim aracı haline gelmiştir.

Halkın, kendisini ilgilendiren bir konu hakkındaki genel kanaat ve düşüncesi anlamına gelen kamuoyu, bir başka ifadeyle toplum hayatının çeşitli güçlük ve problemleri karşısında belirli bir zaman, yer ve insan grubu arasında yaygın ve hâkim olan düşünce ve bakış açılarını anlatan bir kavram olarak tanımlanabilir.³⁴ Kitlelere mesajlar göndererek onları olaylardan haberdar eden, halkın bilgilendirilmesinde, eğitilmesinde ve toplumsal sorunlar üzerinde fikir yürütmesinde tartışma platformları oluşturabilen gazete, dergi, televizyon, internet gibi kitle iletişimini sağlayan araçlar toplamına ise medya denir.³⁵ Demok-

³³ Zabunoğlu, "Kolluğun Sivil Gözetimi", s.467.

³⁴ Veysel Eren/Abdullah Aydın, "Sosyal Medyanın Kamuoyu Oluşturmadaki Rolü ve Muhtemel Riskler", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 16 (Özel Sayı 1), Karaman, 2014, s.198.

³⁵ Gül Dilek Türk, "Demokrasinin Dördüncü Kuvveti Yeni Medya Teknolojileri",

ratik rejimlerde medyanın iki temel işlevinin olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki medyanın kamu adına gözetim rolünü üstlendiği yönündedir. Medyanın diğer işlevi ise farklı görüş ve düşüncelere yer vererek “serbest düşünce pazarı”nın oluşmasına katkıda bulunmak marifetiyledir.³⁶ Gerçekten bugün medya, güçlü bir yönlendirme aracı ve demokratik ülkelerde demokrasinin dördüncü ayağı olarak görül-mektedir.³⁷

Kolluk faaliyetleri, devletin vatandaşıyla yüz yüze geldiği, vatandaşına temas ettiği ve zaman zaman onun çeşitli temel hak ve özgürlüklerine de müdahale edebildiği bir alan olması sebebiyle sık sık medyada yer almakta ve medya aracılığıyla kolluk faaliyetlerinden haberdar olan halkta bu faaliyetlerle ilgili bir kamuoyu oluşmaktadır. Halkta oluşan bu kamuoyu aynı zamanda toplum destekli kolluk anlayışı ile de yakından ilgilidir.

Bugün üzerinde tam bir uzlaşma sağlanamamış olsa da Toplum Destekli Kolluk ya da Toplum Destekli Polis Anlayışı şöyle açıklanabilir: Toplum Destekli Kolluk, kolluk ile toplum üyelerinin birlikte çalışmalarını, kamu güvenliğinin sağlanmasında toplum fertlerine de rol verilerek, onların da kolluk faaliyetlerine katılmalarını sağlayan kolluk anlayışıdır. 1960’lı yıllarda kolluğun salt suç ve suçlulukla mücadele etmesinin kolluk-halk ilişkisini zayıflattığının tespit edilmesi üzerine, kolluğa ve kolluk faaliyetlerine duyulan güven erozyonunun önlenmesi amacıyla ortaya çıkan ve geliştirilen bu anlayış, bugün kolluk faaliyetleri içerisinde çok farklı şekil ve uygulamalarda kendini göstermektedir. Örneğin; yaya devriye hizmetleri, okul ziyaretleri, halkla toplantılar bu uygulamalardan sadece birkaçıdır.³⁸ Toplum Destekli Kolluk Anlayışı’nda kolluk, toplumla beraber toplumun sorunlarına çare arayan ve üreten, bilimsel gerçekleri kabulde zorlanmayan, halk tarafından sevilen ve saygı duyulan, aktif, esnek bir birim haline gel-

İnet-Tr’13, XVIII. Türkiye’de İnternet Konferansı 9-11 Aralık 2013, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s.55. <http://inet-tr.org.tr/inetconf18/bildiri/25.pdf> (Edinme tarihi: 02.12.2018)

³⁶ Nejdet Atabek, “Kamuoyu, Medya ve Demokrasi”, *Kurgu Dergisi*, Eskişehir, S.19, 2002, s.231.

³⁷ Türk, “Yeni Medya Teknolojileri”, s.55.

³⁸ İbrahim Arap, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Toplum Destekli Polislik”, *BEÜ SBE Dergisi*, Zonguldak, 2017, C.6, S.2, s.59-60.

mektedir.³⁹ Görüldüğü üzere kolluk faaliyetlerinde halkı yanına alabilmek ve halkı da bu faaliyetlere ortak edebilmek son derece önemlidir ve bu sonuç, kolluğun halkta uyandırdığı güven hissi ve bıraktığı olumlu imaj ile yakından ilgilidir.

Kolluk faaliyetleri üzerindeki medya denetiminden bahsederken, yeni medya ve sosyal medya kavramlarına da yer vermek gerekir. Bu iki kavram birbiriyle ilintilidir. Zira yeni medya, internetin etkileşimli iletişim gücünü belirtmek için kullanılan soyut bir kavramdır ve bu gücü kullanan araçlar da sosyal medya araçları olarak adlandırılır. Bireyler, çevresinde meydana gelen sosyal, kültürel, ekonomik ve yönetime dair gelişmeleri sosyal medya üzerinden hızlıca takip edebilmekte ve tartışabilmektedir. Sosyal medya ülkemizde de yaygın olarak kullanılmakta ve ülke gündemine etki eden birçok konu bu mecrada gündeme getirilebilmektedir. Bugün sosyal medyanın kitleler üzerindeki etkisi yadsınamayacak boyuttadır.⁴⁰ Sosyal medya, birçok insan için günlük hayatın önemli bir zaman dilimini kapsamaktadır. Son dönemde kolluk birimlerinin de çeşitli sosyal medya platformlarında yer aldığı ve faaliyetlerini sosyal medya üzerinden de halka arz ettikleri görülmektedir.

III. KOLLUK FAALİYETLERİ VE İNSAN HAKLARI

Sırf insan olmasından dolayı herkesin doğuştan sahip olduğu kabul edilen temel hak ve hürriyetleri ifade etmek için kullanılan insan hakları kavramı, bugün özel bir önem ve anlam kazanmıştır. Zira bir ülkede insan haklarına gösterilen saygı, o ülkenin uygarlık düzeyinin bir göstergesi durumuna gelmiştir.⁴¹

Kolluk faaliyetleri daha önce de ifade edildiği gibi, nitelikleri gereği temel hak ve özgürlüklere ve dolayısıyla insan haklarına müdahale özelliği taşıyan ve hukuka uygun bir şekilde kullanılmadığı zaman yargıya konu olabilen faaliyetlerdir. Bu sebeple kolluk faaliyetlerinin gerek uluslararası gerekse de iç hukukta insan hakları açısından denetlenmesi ve değerlendirilmesi özel önem arz etmektedir.

³⁹ Tülin Günşen İçli, *Kriminoloji*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.445.

⁴⁰ Eren/Aydın, "Sosyal Medyanın Kamuoyu Oluşturmadaki Rolü", s.198-199.

⁴¹ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.23.

A. İNSAN HAKLARI İLE İLGİLİ BAZI ULUSLARARASI ORGANLAR VE KOLLUK FAALİYETLERİ

Bugün dünya üzerinde insan haklarıyla ilgili birçok uluslararası kuruluş bulunmakla birlikte oluşturdukları uluslararası metinler ve ilgi alanlarında kolluk faaliyetleri bulunanlar göz önüne alındığında bunların başlıcalarının bölgesel düzeyde Avrupa Konseyi (AK) ve bu kurumun bünyesinde yer alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (AİÖK) ve küresel düzeyde ise Birleşmiş Milletler (BM) olduğu ileri sürülebilir.

İnsan hakları alanında önemli çalışmaları yer alan Avrupa Konseyi, İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan bölgesel bir örgüttür. Avrupa Konseyi Statüsü'nün 1 inci maddesinin (a) bendine göre, "Avrupa Konseyi'nin amacı, üyeleri arasında, ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak ve ayrıca siyasi ve ekonomik ilerlemelelerini sağlamak amacıyla daha sıkı bir birlik yaratmaktır." Bu amacın gerçekleştirilmesi için Avrupa Konseyi'nin her üyesi, Statü'nün 3 üncü maddesi uyarınca, hukukun üstünlüğünü ve kendi yetkisi altında bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlükten yararlanmasını sağlama yükümlülüğünü kabul eder.⁴²

Bir AK ürünü olan ve 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanıp, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), akit devletlere sözleşmede açıklanan hak ve özgürlükleri sağlamak ve korumak konusunda zorunluluk yüklemektedir. AİHS'nin en önemli özelliği, kapsadığı hakların korunması amacıyla getirdiği denetim mekanizmasında kendini gösterir. Bu mekanizma içerisindeki en önemli organ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'dir. Sözleşme ile korunan hakların ihlali halinde bu mahkemeye başvuru imkânı tanınmıştır. AİHM'nin kolluk faaliyetleri ile ilgili vermiş olduğu kararlarda özellikle yaşama hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ve adil yargılanma hakkına ilişkin olanları dikkat çekmektedir.

Mahkeme birçok kararında, taraf devletlerin sözleşmede hüküm altına alınan hakları koruma yükümlülüğü yanında etkin bir soruş-

⁴² <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/29-avrupa-konseyi-genel-bilgi/> (Edinme tarihi:05.12.2018)

turma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, ilk olarak Mc Cann ve Diğerleri/Birleşik Krallık kararında⁴³ taraf devletlerin etkili soruşturma yükümlülüğü altında olduklarını belirtmiş, bu yükümlülüğün ihlalden dolayı ilk mahkûmiyet kararını ise Aksoy/Türkiye⁴⁴ davasında vermiştir.⁴⁵

İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana dünya genelinde işkence ve kötü muamele konusunda ülkeler arasında bu eylemleri suç sayma ve ulusal ve uluslararası metinler ile koruma mekanizması oluşturma eğilimi baş göstermiştir. AK'nin düzenlediği ve Türkiye'nin de taraf olduğu "İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" ile Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi ya da diğer bir adıyla Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi kurulmuştur.

Komite, AİHM'nin aksine sözleşmenin ihlali iddialarını karara bağlayan yargısal bir organ değildir. Komite'nin denetimlerinin asıl gayesi, ihlalin gerçekleşmeden önlenmesidir. Bu amaçla Komite, taraf devletlerin yetki alanları içinde bulunan ve kişilerin kamu makamlarınca özgürlüklerinden alıkonuldukları yerleri ziyaret edebilir ve bu yerlerde inceleme, araştırma ve denetleme yapabilir. Taraf devletlerin komite ziyaretlerine ilişkin birtakım yükümlülükleri mevcuttur. Buna göre; taraf devlet Komite'nin ziyaretlerine izin vermek ve Komiteyle işbirliği yapmak zorundadır. Komite'nin, denetleyeceği yerlere sınırsız erişim ve buralarda herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın dolayla yetkisi bulunmaktadır. Tabiidir ki bu yerler içerisinde kolluk faaliyetleri arasında yer alan gözaltı işlemlerinin gerçekleştirildiği nezarethane gibi yerler de mevcuttur. Komite üyeleri, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerle özel görüşme yapabilir ve bilgi verebilecek konumda olan herkesle serbestçe iletişim kurabilirler. Komite raporları, kural olarak gizlidir. Ancak, taraf devletin onayı ile bu raporlar

⁴³ Bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Şen Matbaa, Ankara, 2012,C.1, s.101-114. AİHM Karar No: 18984/91, 27.09.1995.

⁴⁴ Bkz. Doğru/Nalbant, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.198-208. AİHM Karar No: 21987/93, 18.12.1996.

⁴⁵ Burak Bilge, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya, 2014, C.5, S.2, s.372.

kamunun erişimine açık hale getirilebilir. Bunun yanında, sözleşme yükümlülüklerine uymamak suretiyle Komite ile işbirliği yapmayı durumlarını iyileştirmeyi reddeden devletlerle ilgili olarak kamuya yönelik bir açıklama yapılabilir.⁴⁶

Birleşmiş Milletler, insan haklarının uluslararası boyuta geçmesinde adeta bir dönüm noktası olmuş ve 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (İHEB) de uluslararası insan hakları hukukunun kaynağı ve doğum belgesi mahiyetinde sayılmıştır.⁴⁷ Kolluk faaliyetleri ile ilişkilendirildiğinde BM'nin çalışmalarının kolluk faaliyetlerine doğrudan değil fakat kolluk da dâhil olmak üzere özellikle yaptırım gücünü elinde bulunduran devlet makamlarının uyması gereken temel prensiplere oluşturduğu metinlerde yer vermesi bakımından dolaylı bir etkisinin bulunduğu belirtilebilir. Gerçekten de bugün BM'nin oluşturduğu başta İHEB olmak üzere İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi, BM Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılması Sözleşmesi, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi gibi uluslararası BM sözleşmeleri kolluk faaliyetleri açısından da son derece önemli ve yol gösterici belgelerdir.

BM İnsan Hakları Konseyi, BM'nin insan haklarını teşvik ve korumayı üstlenmiş ana kuruluşudur. Bu Konsey BM Genel Kurulu tarafından 1946 yılında kurulan İnsan Hakları Komisyonu'nun yerini almak üzere kurulmuş olup, genel olarak insan haklarının korunması amacıyla izlenecek politikalar konusunda yol gösterir, insan hakları sorunlarını inceler, yeni uluslararası normlar geliştirir ve dünya genelinde insan haklarının uygulanma biçimlerini gözlemler.⁴⁸

BM Antlaşması'nda belirtilen amaç ve ilkeler ile bugüne kadarki eylemleri birlikte değerlendirildiğinde BM'nin özellikle şu konularda faaliyette bulunduğu gözlemlenmektedir: i) uluslararası barışın ve güvenliğin sağlanması, ii) ekonomik ve toplumsal kalkınmada ulus-

⁴⁶ [https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/47-avrupa-iskencenin-onlenmesi-komitesi/\(Edinme_tarihi:06.12.2018\)](https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/47-avrupa-iskencenin-onlenmesi-komitesi/(Edinme_tarihi:06.12.2018))

⁴⁷ Mehmet Emin Çağırın, Uluslararası Alanda İnsan Hakları, Platin Yayınları, Ankara, 2006, s.84.

⁴⁸ Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, s.226.

lararası işbirliği iii) insan haklarının uluslararası alanda korunması iv) uluslararası hukukun yerleştirilmesi ve geliştirilmesi v) yeni teknolojik gelişmelerden insanlığın en iyi biçimde yararlanmasının sağlanması.⁴⁹

B. İNSAN HAKLARI İLE İLGİLİ BAZI ULUSAL ORGANLAR VE KOLLUK FAALİYETLERİ

1. KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU VE TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

Demokratik bir hukuk devletinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması önem arz etmektedir. Bu koruma bazen devlet faaliyetlerine ve bilhassa bunların içerisinde önemli bir yer tutan kolluk faaliyetlerine ilişkindir. Devletler, bireylerin söz konusu hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla çeşitli denetim mekanizmaları geliştirmişlerdir. Fakat süreç içerisinde klasik denetim mekanizmalarından olan yargı denetimi, siyasi denetim gibi mekanizmaların zaman zaman yeterli derecede etkin olamadıkları görülmüştür. Bu sonuç, devletleri var olan denetim mekanizmalarının yerine geçecek değil bilhassa onlara destek olacak nitelikte yeni denetim mekanizmaları aramaya itmiştir. Kamu denetçiliği ya da ombudsmanlık işte bu mekanizmalardan birisidir.⁵⁰

Ombudsmanlık kurumu 1809'da İsveç'te ortaya çıkmış olup, o günkü anlamıyla ombudsman, memurlar tarafından yapılan hatalar konusunda uzmanlaşmış savcı konumundadır. Fakat günümüzdeki savcılık misyonundan farklı olarak ombudsman, küçük çaplı hata yapan memurların hataları için yargı organlarını harekete geçirmek yerine onları eleştirerek tavsiyelerde bulunmaktadır.⁵¹

⁴⁹ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s.190-191.

⁵⁰ Ramazan Şengül, "Türkiye'de Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (14), Kocaeli, 2007/2, s.126-127.

⁵¹ Şengül, "Kamu Denetçiliği Kurumu", s.127. Hasan Tahsin Fendoğlu'na göre ise kamu denetçiliği, Osmanlı'daki yargı kurumundan (hisbe dâhil) esinlenilerek İsveçliler tarafından kurulmuş ve oradan da tüm dünyaya yayılmış olan bir sistemdir. Ombudsmanlığın bir Osmanlı Kurumu olduğunu, İsveçliler de diğer ülke temsilcileri de uluslararası toplantılarda sık sık dile getirmektedirler. Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.39.

Kamu denetçisi tarafından yapılan, idari işlemlerin ve aynı zamanda kolluk faaliyetlerinin denetimi faaliyeti, kötü yönetim nedeniyle haksızlığa uğrayan bireylerin şikâyetleri üzerine yapılan denetimden çok daha kapsamlı bir denetim olacaktır. Zira kamu denetçileri, hak ve özgürlüklerin savunucusu olarak görüldükleri ülkelerde sadece kötü yönetim örneği olaylarla kendilerini sınırlamayıp, yapılan haksızlık ve hukuka aykırılıkların nedenlerini bulmak adına sistematik bir araştırmaya girişir ve böylece mevcut yönetimi iyileştirmek maksadıyla çeşitli önerilerde de bulunurlar.⁵²

Ülkemizde 12.09.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 74 üncü maddesine eklenen fıkralar ile kamu denetçiliğine başvurma hakkı düzenlenmiş, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu'nun idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceleyeceği hüküm altına alınmıştır. Daha sonra 14.06.2012 tarih ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu 29 Haziran 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun'un 1 inci maddesine göre bu kanunun amacı; kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere Kamu Denetçiliği Kurumu'nu oluşturmak.

6328 sayılı Kanun'un 17 nci maddesine göre ise kuruma, gerçek ve tüzel kişiler başvurabilirler. Başvuru sahibinin talebi üzerine başvuru gizli tutulur. Kuruma başvuruda bulunulabilmesi için, 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen idari başvuru yolları ile özel kanunlarda yer alan zorunlu idari başvuru yollarının tüketilmesi gereklidir. İdari başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvurular ilgili kuruma gönderilir. Ancak Kurum, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, idari başvuru yolları tüketilmese dahi başvuruları kabul edebilir. Aynı Kanun'un 20 nci maddesi ise Kurumun, inceleme ve araştırmasını başvuru tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandıracağını; Kurumun, inceleme ve araştırma sonucunu ve varsa önerilerini ilgili mercie ve

⁵² Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, s.341.

başvurana bildireceğini ve başvurana, işleme karşı başvuru yollarını, başvuru süresini ve başvurulacak makamı da göstereceğini hüküm altına almış olup, aynı maddeye göre ilgili merci, Kurumun önerileri doğrultusunda tesis ettiği işlemi veya Kurumun önerdiği çözümü uygulanabilir nitelikte görmediği takdirde bunun gerekçesini de otuz gün içinde Kuruma bildirecektir.

Anayasamızın 74 üncü maddesi ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile idarenin ve aynı zamanda kolluk faaliyetlerinin denetiminde önemli bir adım daha atılmış olup, kamu denetçiliği uygulaması Türk Hukuku'nda da yer etmiştir. Öte yandan eylem ve işlemlerinde kamu gücünü kullanan devletin denetlenmesi yolunda önemli kurumlardan birisi de Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'dur.

Kurum, 6.4.2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 16.04.2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanması ile kurularak faaliyete geçmiştir. Kanun'un 8 inci maddesi uyarınca Kurum, bu kanunla ve diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği bakan ile ilişkili bir kurum olarak kurulmuştur. Kanun'un 1 inci maddesine göre bu kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir. Kanun, ayrımcılıkla mücadeleye ayrı bir önem vermiş ve bu konuda detaylı düzenlemeler yapmıştır.

6701 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesine göre kurumun görevlerinden bazıları şunlardır: İnsan haklarının korunmasına, geliştirilmesine, ayrımcılığın önlenmesine ve ihlallerin giderilmesine yönelik çalışmalar yapmak, insan hakları ve ayrımcılıkla mücadele konularında kitle iletişim araçlarını da kullanarak bilgilendirme ve eğitim yoluyla kamuoyunda duyarlılığı geliştirmek, insan hakları ihlallerini resen incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek,

işkence ve kötü muamele ile mücadele etmek ve bu konuda çalışmalar yapmak, İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol hükümleri çerçevesinde ulusal önleme mekanizması olarak görev yapmak, özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsamındaki başvurularını incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek.

Kurul, Kurumun karar organıdır (m. 10). Kurul başkanı, ihlali gerçekleştiren ve bu uygulamadan mağdur olan tarafları uzlaşmaya davet edebilme yetkisine sahiptir. Uzlaşma, ihlal oluşturduğu iddia edilen uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümlerin üretilmesi ya da mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilir. Kurul, ayrıca konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde, bunlarla ilgili suç duyurusunda bulunur (m.18). Görüldüğü üzere, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu da tıpkı Kamu Denetçiliği Kurumu gibi, insan hakları ihlallerini önleme ve daha özelde kolluk faaliyetlerinin denetimi konusunda etkili bir mekanizma olarak hukuk sistemimizde yer almıştır.

Avrupa Birliği ülkelerinin birçoğunda ulusal kamu denetçileri kolluk hakkındaki şikâyetleri de değerlendirirken, Belçika, Fransa, Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda'da sadece kolluk faaliyetleri ile ilgili şikâyetleri incelemekle görevli birimler kurulmuştur. Ayrıca örneğin Malta gibi diğer bazı ülkelerde hem kamu denetçisi hem de bağımsız polis kurulu gibi birden fazla denetim mekanizmasına yer verildiği de görülmektedir.⁵³

2. İL VE İLÇE İNSAN HAKLARI KURULLARI

BM Genel Kurulu'nun 20 Aralık 1993'te kabul ettiği "Paris İlkelere" uyarınca bütün üye ülkelerde insan hakları ihlallerini takip etmekle görevli üst kurullar oluşturulması öngörülmüştür. Söz konusu ilkelere göre bu kurullar çoğulcu yapı ile mali ve idari özerkliğe sahip olmalı ve yetki alanına giren konularda gerekli araştırmayı yapma ve bilgi,

⁵³ Evren, "Kolluk Gözetim Komisyonu", s.110.

belge toplama ve ilgilileri dinleyebilme olanağına sahip olabilmelidir. Ülkemiz açısından Paris Prensipleri'nin aradığı kriterleri yerine getirme işlevine sahip organlardan birisi de il ve ilçe insan hakları kurullarıdır. Batı demokrasilerinde devletten bağımsız sivil toplum kuruluşları temsilcilerinden oluşan insan hakları kurulları, ülkemizde de zamanla bu yapıya dönüşmüştür. Bu yeni yapılanma 23 Kasım 2003 tarihli İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik ile oluşturulmuş ve kurulların kamu görevlisi ağırlıklı yapısı ortadan kaldırılmış ve sivil toplum temsilcilerine ağırlık verilmiştir.⁵⁴

Yönetmeliğin 7 nci maddesine göre “İllerde valilik yazı işleri müdürlüğünde, ilçelerde kaymakamlık yazı işleri müdürlüğünde herkesin kolayca ulaşabileceği bir danışma ve başvuru masası oluşturulur. Masaya gelen başvurularla ilgilenmek üzere illerde vali, ilçelerde kaymakam tarafından sürekli bir memur görevlendirilir. Masa görevlisinin hukuk formasyonuna sahip olması veya halkla ilişkiler konusunda uzman olması göz önünde bulundurulur”. Kurulların genel görevleri ise yönetmeliğin 9 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “İl ve İlçe Kurulları; İllerde Bakanlık, Başkanlık, Valilik, İl Masası, İl Kurulu üyeleri ve İlçe Kurulları tarafından İl Kurulunun gündemine getirilen; ilçelerde de Bakanlık, Başkanlık, Valilik, İl Kurulu, Kaymakamlık, İlçe Masası ve İlçe Kurulu üyeleri tarafından İlçe Kurulu gündemine getirilen konuları değerlendirmek, insan hakları ihlal iddialarını incelemek ve araştırmak, insan haklarının korunması ve insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari sebepleri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin valilik veya kaymakamlık makamına önerilerde bulunmak, her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmaları yapmak, idarenin uygulamalarında vatandaşlara hoşgörü ve nezakete yaklaşılmasını sağlamak amacıyla gerekli çalışmaları yapmak, ayda bir tüm çalışmaları özet olarak, ilçelerde İl Kuruluna, illerde Başkanlığa bildirmek ile görevlidir”.

İl ve ilçe insan hakları kurulları 2000’li yıllardan itibaren hayatımıza girmiş ve aradan geçen sürede birey ile idare arasında gerçekleşen

⁵⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.862-863.

veya gerçekleşme ihtimali bulunan ve idarenin yapmış veya yapacak olduğu eylem ve işlemlerin haksızlığı karşısında yaşanan sorunları önleyici veya telafi edici tedbirleri alma konusunda büyük bir boşluğu doldurmaya çalışmıştır.⁵⁵

3. KOLLUK GÖZETİM KOMİSYONU

Ülkemizde kolluk faaliyetlerinin denetimi adına ileri bir adım sayılabilecek olan 6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun; kolluk şikâyet sisteminin daha etkili ve hızlı işlemlerini sağlamak, saydamlığını ve güvenilirliğini geliştirmek, kolluk görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarından dolayı idarî merciler tarafından yapılan ya da yapılması gereken iş ve işlemleri merkezî bir sistemde kayıt altına almak ve izlemek amacıyla Kolluk Gözetim Komisyonunun kurulması, Komisyonun görevleri, yetkileri ve çalışma yöntemi ile kolluk şikâyet sistemine yönelik diğer idarî tedbirlere ilişkin usul ve esasları belirlemek maksadıyla 3.5.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 20.5.2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Komisyon, İçişleri Bakanlığı bünyesinde sürekli kurul olarak görev yapmakta olup, İçişleri Bakanlığı Müsteşarı başkanlığında, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı, İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu Başkanı, İçişleri Bakanlığı I. Hukuk Müşaviri, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, üniversitelerin ceza ve ceza usul hukuku ana bilim dallarında görevli öğretim üyeleri ile baro başkanı seçilme yeterliğine sahip serbest avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçilecek birer üyeden oluşur (m.3).

Komisyon, bu kanunla (6713 sayılı Kanun) verilen görev ve yetkileri, kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirir. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi Komisyonun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremez, tavsiye veya telkinde bulunamaz (m.3).

⁵⁵ Oğuzhan Erdoğan/Çiğdem Pank, “Kamu Bürokrasisinin Denetiminde İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları”, *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S. 9 (4), Aksaray, 2017, s.96.

Komisyonun görev alanının yalnızca Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilâtında görevli kolluk personelinin işlediği iddia edilen suçlarla veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili olarak idarî merciler tarafından yapılan ya da yapılması gereken iş ve işlemlere ilişkin olması ve gümrük kolluğu, orman kolluğu, köy korucuları, ceza infaz memurları gibi kamu görevlilerini kapsamaması eleştirilmiştir.⁵⁶ 6713 sayılı Kanun'un esasen İçişleri Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapan ve silahlı bir genel kolluk kuvveti olan bu üç kurum görevlilerinin faaliyetlerini denetlemek üzere oluşturulduğu söylenebilir.

Genel gerekçesine bakıldığında yasa koyucu söz konusu yasa gündeme gelene kadar ülkemizde kolluk hakkında yapılan şikâyetlerle ilgili etkin bir şikâyet kayıt ve analiz sistemi bulunmadığını, mevcut verilerle doğru politikaların üretilmesi, yaşanan problemlerin doğru şekilde teşhis edilmesinin mümkün olmadığını, ülkemizde şikâyet kaydı ile ilgili belirlenmiş standartlar olmadığı gibi, kolluk teşkilâtları arasında da bu anlamda bir yeknesaklığın mevcut olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle, bu kanun ile Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nda görevli kolluk görevlileri hakkındaki ihbar ve şikâyetlerin kayıt altına alınmasını öngören merkezî bir kayıt sistemi oluşturulması öngörülmektedir.⁵⁷

Öte yandan 6713 sayılı Kanun ile bir taraftan Kolluk Gözetim Komisyonu ve merkezî kayıt sistemi oluşturulurken diğer taraftan kolluk hakkındaki insan hakları ihlal iddialarının Mülkiye Teftiş Kurulu bünyesinde ve mülkiye müfettişlerinden müteşekkil bir grup müfettiş tarafından ön inceleme ve disiplin soruşturmalarının yapılması öngörülmektedir. Mülkiye Teftiş Kurulu, Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik birimlerinin hiyerarşisinin dışında, doğrudan İçişleri Bakanına bağlı olarak görev yapan bir denetim birimidir.⁵⁸ Kısacası bu kurulun, yapılan başvurularla ilgili daha objektif bir değerlendirme yapacağı değerlendirilmektedir.

⁵⁶ Bkz. Evren, "Kolluk Gözetim Komisyonu", s.105.

⁵⁷ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss277.pdf>, s.8. (Edinme tarihi:16.12.2018)

⁵⁸ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss277.pdf>, s.8. (Edinme tarihi:16.12.2018)

6713 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ile Cumhuriyet savcılarında, kolluk görevlileri hakkında görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçları sebebiyle soruşturma başlatmaları hâlinde, durumu, personelin ilgisine göre, Bakanlığa, valiliğe veya kaymakamlığa en geç yedi iş günü içinde bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Anılan fıkra uyarınca Bakanlık, valilik ve kaymakamlıklar ile idarî soruşturmayı yürüten görevliler, soruşturmanın gizliliğine zarar verilmemesine yönelik gerekli tüm tedbirleri alır. Bu düzenleme ile madde gerekçesinde yetkili idarî makamların maiyetleri altında çalışan kolluk görevlileri hakkında Cumhuriyet savcılıkları tarafından soruşturma yürütüldüğüne ilişkin olarak bilgi sahibi olmaları ve bu suretle de durumun gerektirdiği hâllerde söz konusu personel hakkında ivedilikle idarî soruşturma açılabilmesine imkân sağlanması amaçlandığı belirtilmiş olsa da bu durum soruşturmanın gizliliği açısından riskli görülerek doktrin tarafından eleştirilmiştir.⁵⁹

Kanun'un 8 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında ise şeffaflık amacı güdülen hem ilgili kolluk personelinin hem de halkın şikâyet sistemine olan güven duygusunun güçlendirilmesi adına düzenli aralıklarla bilgilendirme yapılması hususu düzenlenmiştir. Buna göre; şikâyetçi ile ihbar veya şikâyet edilen kolluk görevlileri, yapılan disiplin soruşturmasının safahatı hakkında, ilgisine göre Bakanlık, valilik veya kaymakamlıklarca en az iki ayda bir bilgilendirilir.

C. KOLLUK VE SİVİL GÖZETİM

Kurallara uyulmadığında ve hukukun çizdiği sınırlara riayet edilmediğinde kolluk faaliyetleri esnasında zaman zaman insan hakları ihlallerine yol açılabileceğine yukarıda değinilmişti.⁶⁰ Bu yüzden ken-

⁵⁹ Bkz. Eran Şen, "6713 sayılı Kanun'da Soruşturmanın Gizliliği Riski", <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1978911-6713-sayili-kanunda-sorusturmanin-gizliliği-riski>, (Edinme tarihi: 16.12.2018) Şen, 6713 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının değiştirilip, 657 sayılı Kanun'un 131 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına benzer bir düzenlemeye yer verilmesinin isabetli olacağını ileri sürmüştür.

⁶⁰ Hafızoğulları'na göre, insan hakları ihlallerinin çoğu kez kolluktan gelmesi doğaldır. Zira kolluk, birbirinin karşıtı olan iki temel değeri yani kişiyi ve toplumu birlikte korumak zorundadır. Fakat son tahlilde kolluk insan haklarının teminatı olmak zorundadır. Bu durum, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bkz. Zeki Hafızoğulları, "İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 1995, C.44, S.1-4, s.566.

disini demokratik hukuk devleti olarak tanımlayan bir devlet idaresinde kolluk faaliyetlerinin denetimi ve bu denetimin de özellikle tarafsız bir birim tarafından yapılması önem arz etmektedir. Gözetim kavramı kolluk açısından tanımlandığında; bütün kolluk kuruluşlarını, kolluk personelinin tümünün davranışlarını, yapılan işlemler ve verilen hizmetin kalitesi bağlamında hesap verme yükümlülüğüne tabi tutmak amacıyla kolluk faaliyetlerinin ve bu faaliyetlerin tabi oldukları politikaların çok yönlü ve sürekli olarak izlenmesidir. Bu faaliyetin kolluk hizmetinin alıcısı konumunda bulunan sivillerce gerçekleştirilmesi de önemlidir.⁶¹ Bu bağlamda tarafsız bir denetim türü olarak son yıllarda öne çıkan kavram ise “sivil gözetim” kavramıdır.

Sivil gözetim kavramı, ABD ve Avrupa’da yaklaşık kırk yıllık bir geçmişi olmasına rağmen ülkemizde yakın zamanda gündeme gelen bir kavramdır. Kavramın yeni olması ve kapsamının ve içeriğinin yaygın olarak bilinmemesi yanlış algılama ve yaklaşımlara neden olabilmektedir. Bunlardan en yaygın olanı, sivil gözetim kavramının, kolluk birimlerinin sivil toplum örgütleri ya da vatandaşlar tarafından denetleneceği şeklinde algılanmasıdır.⁶²

Kolluğun sivil gözetimi, asker ya da kolluk olmayan sivil kişilerce yapılan gözetim anlamındadır. Böyle bir denetim türü, denetim kavramının ruhuna uygun olmanın yanında, aynı zamanda bir hukuk devletinin görevi olan insan haklarını korumak ve demokratik toplum düzenini sağlamak açısından da önemlidir.⁶³

Sivil gözetimin yatay ve dikey olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Bunlardan dikey gözetim (hiyerarşik gözetim) kolluk faaliyetleri ve görevlileri üzerinde yasalarla kendilerine yönetme ve yaptırım uygulama yetkisi verilen kurumlar tarafından gerçekleştirilen ve genellikle faaliyetlerin denetimi şeklinde görülen denetimdir. Örneğin İçişleri Bakanı, vali ve kaymakam bu makamlardandır. Meclis ve bağımsız kurul veya organlar da dikey gözetim yapmaktadırlar. Yatay gözetim ise; halkın ve sivil toplumun yerel güvenlik politikalarının oluşturul-

⁶¹ Seçkin Yavuzdoğan/Havva Şimşek Akın, “Kolluğun Sivil Gözetimi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:6, S.20, Ankara, 2015, s.191.

⁶² Yenisey, Kolluk Hukuku, s.604. Yenisey, sivil gözetimi şöyle tanımlamaktadır: “Kolluk kuvvetleri ve faaliyetleri ile bunların dayanağını oluşturan politikaların, çok katmanlı ve sürekli olarak sivil otoriteler tarafından izlenmesi”.

⁶³ Zabunoğlu, “Kolluğun Sivil Gözetimi”, s.458.

masında katkısının sağlanması, yerel yönetimlerle işbirliği yapılması olarak tanımlanabilir. Yatay gözetim mekanizmasında da birtakım organlar yer alır fakat bunlar hiyerarşik organ değildirler. Yatay gözetim sonucunda kolluk ile diğer kurumlar arasında işbirliği artar; şeffaflık ve hesap verebilirliğe katkı sağlanmış olur.⁶⁴

Avrupa’da İngiltere, Galler, Norveç, İrlanda, Belçika, Fransa, İspanya, İtalya gibi ülkelerde kolluk faaliyetleri ile ilgili başvuruların soruşturulduğu bağımsız kolluk şikâyet mekanizmaları bulunmaktadır. İspanya’da bu mekanizmanın adı Hakların Savunucusu Kurumu, Fransa’da Etik ve İç Güvenlik Kuvvetleri Ulusal Komitesi ve İtalya’da Kişisel Veri Koruma Kurulu’dur. İrlanda’da bağımsız ve sivil gözetimin hâkim olduğu Polis Ombudsmanı bulunmaktadır ve bu kurum etkin bir mekanizma olarak işlev görmektedir.⁶⁵

İngiltere’de ise benzer bir yapılanma olarak kurulmuş olan “Polis Şikayetleri Bağımsız Komisyonu (The Independent Police Complaints Commission:IPCC)”nun amacı güvenlik kurumlarında çalışan personel hakkında yapılacak şikâyet ve başvuruları şeffaf, bağımsız ve adil bir şekilde araştırıp, sonuçlandırmak olarak belirtilmiştir.⁶⁶

Halen aday ülke konumunda bulunduğumuz Avrupa Birliği (AB)’nin, ülkemiz hakkında yıllık olarak hazırladığı ilerleme raporlarında hemen hemen her yıl güvenlik kuvvetlerinin işleyebilecekleri insan hakları ihlalleri iddialarına karşı, vakit kaybetmeksizin devreye girecek, tarafsız ve bağımsız bir şekilde araştırma yapma uygulamasının bulunmadığı yönünde eleştiriler yer almaktadır.⁶⁷ Şüphesiz ki bu eleştiriler karşısında hukuk sistemimize yakın zamanda dâhil edilen Kamu Denetçiliği Kurumu, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkânı, Kolluk Gözetim Komisyonu gibi uygulamalar olumlu yönde atılmış adımlardır.

Günümüzde demokratik bir güvenlik ya da kolluk anlayışı hem uluslararası platformlarda hem de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), AB, AK gibi bölgesel kuruluşların belgelerinde etik ve

⁶⁴ Yenisey, Kolluk Hukuku, s.605.

⁶⁵ İsmail Fırat/Emrah Erdem, “Türkiye’de İç Güvenlik Hizmeti ve Kolluğun Sivil Denetimi”, *Sayıştay Dergisi*, Ankara, S.94, Temmuz-Eylül 2014, s.122-123.

⁶⁶ Fırat/Erdem, “Kolluğun Sivil Denetimi”, s.123.

⁶⁷ Fendoğlu, Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık), s.154-155.

standart ilkeler ile dile getirilmiştir. İnsan haklarına saygıyı temel ilke edinmek, hukukun üstünlüğünü göz önünde bulundurarak yasalar çerçevesinde hareket etmek, insanlara ırk, din, dil ayrımı gözetmek-sizin değer vermek bunlardan bazılarıdır. Bütün bunlar sonucunda kural ve kanunlar çerçevesinde hesap verebilir bir güvenlik anlayışı içinde, sivil denetime açık bir örgütlenme vazgeçilmez bir zorunluluk haline gelmiştir.⁶⁸

SONUÇ

Kolluk faaliyetleri ya da iç güvenlik faaliyetleri özü itibariyle bir kamu hizmetidir ve bu kamu hizmeti sunulurken amaç kamu düzenini sağlamaktır. Fakat kamu düzenini sağlamakla görevli kolluk görevlilerine bu görevlerinin icrası esnasında kanunla verilmiş yetkiler ancak yine kanunla çizilmiş sınırlara uyularak kullanılırsa çağdaş bir kolluk anlayışından bahsedilebilir.

Kolluk, kuralları uygularken kendisi de kurallara uymak zorundadır. Halk, kuralların öncelikle kolluk tarafından ihlal edilmesi durumunda buna tepki göstermektedir. Kolluk, faaliyetlerinde halkın desteğini kazanabilmek için halka karşı daima doğru bir imaj sergilemeli ve ölçülü olmalıdır. Halk, kolluktan öncelikle güvenilirlik, saygınlık ve ciddiyet beklemektedir.⁶⁹

Çağdaş ve hesap verebilir bir kolluk anlayışı gerçekleştirebilmek öncelikle eğitim ile mümkün olacaktır. Dolayısıyla kolluk yetiştiren eğitim kurumlarında gerek aday kolluk görevlilerine gerekse de meslek içi eğitim kapsamında görevdeki kolluk personeline insan hakları, hukuk, iletişim, stresle başa çıkma, kriz yönetimi vb. konularda etkili bir eğitim verilmesi oldukça önemlidir.⁷⁰

⁶⁸ Fırat/Erdem, "Kolluğun Sivil Denetimi", s.129.

⁶⁹ İçli, Kriminoloji, s.453.

⁷⁰ Esasen kolluk görevlilerinin alması gereken eğitimin bir kısmı mevzuatla da belirlenmiştir. Örneğin Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesine göre adli kolluk personelinin hizmet öncesi eğitim müfredatlarında; 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun temel ilkeleri, ceza sorumluluğunun esasları, özel hükümler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlarda yer alan ve kolluk tarafından yerine getirilen suç soruşturmasına ilişkin işlemlerin hukukî çerçevelerine yönelik konulara yer verilir.

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile birlikte değişen yaşam şekilleri ve bilgiye ulaşmada elde edilen kolaylık kamu yönetimi anlayışlarını etkilediği gibi kolluk faaliyetlerini de yeniden şekillendirmiştir. Kolluk, artık faaliyetlerinde halkın da desteğini almak ve bu sebeple kamuoyunda ve özellikle medyada kendini iyi ifade etmek zorundadır. Bu sebeple toplum destekli kolluk anlayışının kolluk faaliyetlerinin halkın gözünde meşruiyetini sağlamak adına çok önemli olduğu söylenebilir. Fakat toplum destekli kolluk anlayışı bir süreç işi olup, bir anda hayata geçirilebilecek bir husus değildir. Bu anlayışın hayata geçirilebilmesi için de insan haklarına riayet ve halkla ilişkiler konusundaki hassasiyet önem arz etmektedir.

Öte yandan kolluk personelinin eğitimi kadar kolluk faaliyetlerinin denetimi de önemlidir. Zira AB uyum süreci ve Anayasamızın 2 nci maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesini hayata geçirmek adına kolluk faaliyetlerinin etkili denetim mekanizmalarıyla denetlenmesi ve hesap verebilir olmak bir gerekliliktir. Bu, aynı zamanda inandırıcılığı ve güvenilirliği olan bir kurum olabilmek için de önemlidir.

Hem halkın hem de kolluk personelinin, kolluk faaliyetlerinin denetimi ile ilgili ulusal mevzuatımızda son dönemde yapılan iyileştirmeler konusunda bilgilendirilmesi ve farkındalık artırımı da (Örneğin halkın bilinçlendirilmesine yönelik kamu spotları hazırlanması ve kolluk personelinin eğitimi kapsamına Kamu Denetçiliği Kurumu, Kolluk Gözetim Komisyonu gibi konuların dâhil edilmesi gibi.) şeffaflığın sağlanması adına yerinde olacaktır.

Şeffaflığın hayata geçirilebilmesi için bir diğer adım da kolluk faaliyetlerinin denetiminde sivil gözetime yer verilmesidir. Fakat bunun için dikey değil yatay bir gözetim sistemi kurulması daha uygun olacaktır. Ülkemizde sivil gözetim yasama, yürütme ve yargı organlarıncaya yerine getirilmeye çalışılmaktadır. Son dönemde bu alanda gerçekleştirilen önemli ilerlemelere rağmen kamu sektöründen bağımsız bir denetim sisteminin oluşturulması özellikle AB ilerleme raporları gibi uluslararası metinlerde ülkemize yönelik yapılan eleştirilere de bir cevap teşkil etmiş olacaktır.

Kolluk faaliyetlerinin denetiminde dikkat edilmesi gereken bir başka husus da ulusal denetim mekanizmalarının birlikte ve uyum içerisinde çalışabilmesidir. Söz konusu kurumlar zaman zaman bir

araya gelmeli ve ortak çalışmalar ve eğitim faaliyetleri organize etmeli, hatta bu faaliyetlere kolluk yetkilileri de dâhil edilmelidir. Bu durum, aynı zamanda denetim gerçekleştirilirken ölçülü olunmasına, meseleye kolluk perspektifinden de bakılabilmesine imkân sağlayacaktır. Söz konusu denetim birimlerinin birliktelik ve uyumu ayrıca verilecek kararların da uyumlu olmasına, aynı konuya ilişkin olup da birbirleriyle çelişen kararların alınmamasına ve kurumlar arasında tezatlık bulunmamasına yardımcı olacaktır.

Kaynakça

- Akyılmaz Bahtiyar/Sezginer Murat/Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016
- Apaydın Cengiz, "Ceza Hukuku Sisteminde Savcı ve Kolluk Arasındaki İlişki", *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular* (Editör: Nur Centel), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015
- Arap İbrahim, "Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Toplum Destekli Polislik", *BEÜ SBE Dergisi*, Zonguldak, C.6, s.2, 2017
- Artuç Mustafa, *Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu (Açıklamalı)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019
- Atabek Nejd, "Kamuoyu, Medya ve Demokrasi", *Kurgu Dergisi*, S.19, Eskişehir, 2002
- Atay Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016
- Bıçak Vahit, *Suç Muhakemesi Hukuku*, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2013
- Bilge Burak, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.2, Malatya, 2014
- Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2011
- Çağırın Mehmet Emin, *Uluslararası Alanda İnsan Hakları*, Platin Yayınları, Ankara, 2006
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Yargıtay Başkanlığı Yayını, Şen Matbaa, C.1, Ankara, 2012
- Erdoğan Oğuzhan/Pank Çiğdem, "Kamu Bürokrasisinin Denetiminde İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları", *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S.9 (4), Aksaray, 2017
- Eren Veysel/Aydın Abdullah, "Sosyal Medyanın Kamuoyu Oluşturmadaki Rolü ve Muhtemel Riskler", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 16 (Özel Sayı 1), Karaman, 2014
- Evren Çınar Can, "Kolluk Gözetim Komisyonu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XX, S.4, Ankara, 2016
- Fendoğlu Hasan Tahsin, *Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- Fırat İsmail/Erdem Emrah, "Türkiye'de İç Güvenlik Hizmeti ve Kolluğun Sivil Denetimi", *Sayıştay Dergisi*, Ankara, S.94, Temmuz-Eylül 2014

- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/Akgüner Tayfun / Berk Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2013
- Gözler Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009
- Gül Serdar Kenan, "Kamu Yönetiminde ve Güvenlik Hizmetlerinde Hesap Verebilirlik", *Polis Bilimleri Dergisi*, Ankara, 2008
- Hafızoğulları Zeki, "İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi" *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.44, S.1-4, Ankara, 1995
- İçli Tülin Günşen, Kriminoloji, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015
- Karakehya Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016
- Kuyucu Abdullah Aydın, "Savcılığın Ceza Adalet Sistemindeki Rolü ve Örgütlenmesi", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, 7-9 Temmuz 2006, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016
- Öztürk Bahri, "Adli Kolluk Üzerine Genel Düşünceler", Adli Kolluk Kuruluş ve Görevleri, Antalya Barosu Uluslararası Sempozyumu (12-13 Temmuz 1997), (Sempozyum Kitabını Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey), Antalya, 1998
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Gezer Özge Sırma/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017
- Pazarıcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005
- Şengül Ramazan, "Türkiye'de Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (14), Kocaeli, 2007
- Tezcan Durmuş /Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018
- Tosun Öztekin, "Suç Kolluğu", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.6, S.9, İstanbul, 1972
- Türk Gül Dilek, "Demokrasinin Dördüncü Kuvveti Yeni Medya Teknolojileri", İnet-Tr'13, XVIII. Türkiye'de İnternet Konferansı 9-11 Aralık 2013, İstanbul Üniversitesi, <http://inet-tr.org.tr/inetconf18/bildiri/25.pdf>
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018
- Yavuzdoğan Seçkin/Akın Havva Şimşek, "Kolluğun Sivil Gözetimi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl:6, S.20, Ankara, 2015
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015
- Yenisey Feridun, "Adalet ve Kolluk İlişkilerinin Ceza Muhakemesi Kanunu Açısından Değerlendirilmesi", Avrupa'da ve Türkiye'de Kolluk-Adalet İlişkileri Sempozyumu, 28-30 Kasım 2005, (Editör: Burcu Ertem), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2006

Yenisey Feridun, Kolluk Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2015

Yıldırım Turan/Yasin Melikşah/Kaman Nur/Özdemir H.Eyüp/Üstün Gül/Tekinsoy
Özge Okay, İdare Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2015

Yurtcan Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

Zabunoğlu Hamdi Gökçe, "Kolluğun Sivil Gözetimi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.7, S.2, Malatya, 2016

İnternet Kaynakları

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/29-avrupa-konseyi-genel-bilgi/>
(Edinme tarihi:05.12.2018)

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/tr/content/47-avrupa-iskencenin-onlenmesi-komitesi/>

(Edinme tarihi:06.12.2018)

https://www.ab.gov.tr/files/2012_ilerleme_raporu_tr.pdf

(Edinme tarihi:13.12.2018)

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss277.pdf>,

(Edinme tarihi:16.12.2018)

Ersan Şen, "6713 Sayılı Kanunda Soruşturmanın Gizliliği Riski",

<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1978911-6713-sayili-kanunda-sorusturmanin-gizliliği-riski>,

(Edinme tarihi: 16.12.2018)

KAMU GÖREVLİLERİNE DİSİPLİN CEZALARININ UYGULANMASINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THE IMPLEMENTATION OF DISCIPLINARY PUNISHMENTS TO PUBLIC OFFICERS

Mehmet HATİPOĞLU*

Özet: Ölçülülük ilkesi, idari önlemlerin, istenen sonuca ulaşmak için gerekenden daha sert olmaması gerektiğine vurgu yapan bir hukuk devleti ilkesidir. Yaptırım yetkisi olan idarenin yasaklı fiillerden birini icra eden kamu görevlisine karşı mevzuatta belirtilen bir tedbir ya da yaptırımı uygulamasında hukukun genel ilkelerini dikkate alarak ölçülü davranması, sahip olduğu takdir yetkisinin de sınırları arasında yer almaktadır. İlkenin bütün unsurları ile uygulanması, süreklilik açısından hem kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini ve bireylere sunulmasını sağlamak hem de kamu görevlilerinin hukuki güvenlik içerisinde rahat bir ortama kavuşmak amacıyla katkı sağlayacaktır. Ölçülülük ilkesinin idare hukuku açısından oldukça geniş uygulama alanı olsa da, bu çalışmada daha ziyade kamu görevlileri hakkında başlatılan soruşturmalar neticesinde uygulanacak disiplin cezalarının tatbikinde ilkenin uygulama alanı ve karşılaşılan sorunlar ele alınacaktır.

Disiplin soruşturmalarına konu olan eylemlerin hukuka aykırılıklarının geniş yorumlanması, idare hukukunda kanunilik ilkesinin ceza hukukundaki kadar mutlak ele alınmayışı, yapılan bazı kıyaslamalar, kamu idarelerindeki bazı yöneticilerin disiplin sürecini bir iç düzen aracı olarak görmekten ziyade tahakküm aracı olarak görmeleri, takdir yetkisindeki aşırılıklar, özellikle uyarma ve kınama cezalarının hukuki mesnetlere dikkat edilmeksizin kolay uygulanabilir addedilmesi gibi nedenlerle ölçülülük ilkesi, disiplin hukukunda önemli bir teminat görevi görmektedir.

Anahtar Kelimeler: Disiplin Soruşturması, Disiplin Suçu, Disiplin Cezası, Ölçülülük İlkesi, Hukuka Uygunluk

Abstract: The principle of proportionality is a principle of rule of law which emphasizes that administrative measures should not be harder than it is necessary to achieve the expected outcome. It is also among the limits of the discretionary acts of the administration having enforcement power, to take into account the general principles of law and act with proportionality when imposing a measure or sanction found in the legislation against the public officers performing one of the prohibited acts. In terms of continuity, the applica-

* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mhatipoglu@aku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5570-8554, Makalenin Gönderim Tarihi: 01.04.2019, Kabul Tarihi: 01.04.2019

tion of the principle will serve both to the purpose of ensuring that public services are carried out in harmony and order presented to individuals, and also public officers are provided with a comfortable environment within legal security. Although the principle has a wide application area in relation to administrative law, in this study, the application area of this principle and the problems encountered will be discussed in terms of the disciplinary proceedings initiated for public officers.

The principle of proportionality serves as an important guarantee in disciplinary law against reasons such as broad interpretation of the unlawfulness of the actions subject to disciplinary investigations, lack of absolute accountability of the principle of legality in administrative law, some comparisons, vision of see the disciplinary process as a means of domination rather than as a tool of internal order by some managers in public administrations, the excessive use in discretionary power, perception of sanctions of warnings and reprimands as regular administrative actions.

Keywords: Disciplinary Proceeding, Disciplinary Offence, Disciplinary Punishment, the Principle of Proportionality, Compliance of Laws

GİRİŞ

İnsanların doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlükler, hukuk düzeni içerisinde belirli sınırlamalara tabii tutulmalıdır. Bu sınırlamalar hukuk devletinin bir gereği olarak, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmaksızın hukuksal çerçevede yapılmalıdır. Hakkaniyetin tesisi için bu sınırlamalarda başvuru temel ilkelerden birisi de ölçülülük ilkesidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin temel ilkeleri arasında yer alan ölçülülük ilkesi, bir denge mekanizması görevi üstlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında bu ilke, hedeflenen meşru amaca ulaşmak için başvuru sınırlayıcı aracın orantılı olması ve sınırlandırmanın neticesinde elde edilen yarar ile ilgili bireyin uğraması muhtemel zarar arasında bir denge bulunması gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır.¹ Dolayısıyla AİHM uygulamalarında da ilke ile farklı çıkarlar arasında bir dengenin sağlanması amaç edinilmiş; diğer bir ifadeyle, uygulanacak yaptırımın yapılan ihlalle orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır.²

¹ Yücel Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Ölçülülük), Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 145.

² Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (İdari Yaptırımlar), Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 155.

Türk hukukunda anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesi, özellikle idare hukuku alanında (idareye verilen takdir yetkisinden dolayı) sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal yaşamı düzenleyen kurallara aykırı davrananlara karşı yaptırım yetkisi bulunan idare, bu yetkisini kullanırken kanunlara uygun davranmak zorundadır. Bu bağlamda idare, yetkisini her ne kadar kanundan alarak kullansa da, bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahalede sınırlarının öncesinden çizilmiş olması zorunluluktur. Böyle bir sınırlamanın varlığı, hukuk devleti niteliğini pekiştirerek, keyfi uygulamalar ile yaptırımı kamu yararı dışında başka amaçlara hizmet ediyor olmaktan çıkaracaktır.³

1982 tarihli Anayasamızın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle (Değişik: 3.10.2001-4709/2 md.)⁴ anayasal dayanağa kavuşan ölçülülük ilkesi kamu açısından önemli bir sınır olmuş; hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, kolluk faaliyetlerinin sınırları ve takdir yetkisi başta olmak üzere, idari faaliyetlerin denetlenmesinde de etkin bir ölçüt olmuştur. İdarenin düzenleme alanlarından trafik, çevre, sağlık, spor, eğitim gibi birçok alandaki yetkisinin yanında iç düzenini sağlama aracı olarak kullandığı disiplin cezalarında da ölçülülük, kamu görevlilerinin hem performanslarını hem iş huzurunu ve verimliliğini artıran önemli bir etkidir. Disiplin hukukunda ölçülülük ilkesi, kamu görevlilerinden beklenen yükümlülüklerin tespitinden, işlenen fiilin disiplin suçu olarak değerlendirilmesi ve cezaların tespiti aşamasına kadar her aşamada önem taşımaktadır.

Kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarının tatbikinde ölçülülük ilkesini konu alan bu çalışmanın ilk bölümünde ölçülülük ilkesinin kavramsal boyutu, hukuksal dayanağı ve özellikleri gibi temel literatüre yer verilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise ilkenin Türk İdare Hukuku ve Danıştay kararlarındaki yansımaları ele alınmış; kamu görevlileri özelinde disiplin cezalarının uygulanması ve bu noktada karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri sunulmuştur.

³ Yücel Oğurlu, "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme" (İngiliz ve Türk Hukuklarında Ölçülülük), *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan, 2000, C.IV., S.1-2, ss.147-180, s.147.

⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf, (19.07.2018).

1. Ölçülülük İlkesinin Tanımı, Yasal Dayanağı ve Özellikleri

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik eylemlerin sınırı olarak tanımlanan ölçülülük ilkesi,⁵ devlet ve devletin tüm organlarının uymak zorunda olduğu bir ilkedir. İlke devletin tüm organlarının aynı duyarlılıkla uyması gereken bir ilke olup,⁶ sadece kurumların mevcut yasalara göre uyması gereken değil aynı zamanda yasama organınca da gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu bağlamda ilke, disiplin cezası yaptırımlarının oranının ve işlenen suçun ciddiyetinin kalıcı bir yasal değeri olarak da tanımlanabilir.⁷ Gerek yasama aşamasında, gerek hak ve özgürlükleri sınırlama uygulamalarında ölçülülük ilkesine göre hareket edilmesi, hem bireylerin haklarına güvence oluşturması hem de hedeflenen amaçla yapılan düzenleme arasında bir orantının olmasını sağlayacaktır.⁸ Aşağıda geniş olarak açıklandığı üzere, yürütme ve idarenin de yaptığı tasarruflarda hukuka uygunluk açısından ölçülü olması gerekmektedir.

Anayasal bir güvenceye sahip olan ölçülülük ilkesi, her şeyden önce hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Zira bir hukuk devleti, her alanda, sınırlamalara başvururken ölçülülük ilkesi çerçevesinde hareket etmelidir. Bu itibarla ülkemiz hukuk sistemi açısından ölçülülük ilkesi bir denge unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu genel prensibin bir sonucu olarak kamu görevlilerinin bir düzen içerisinde çalışması amacını taşıyan disiplin işlemlerinin amaç unsuru ile konu unsurunun orantılı olması, temel hakların özünü muhafaza açısından çok önemlidir.

Ölçülülük ilkesinin özelliklerinin başında hukuk devleti olmanın zorunlu bir unsuru olması gelmektedir.⁹Bu ilke sayesinde, idarenin

⁵ Hilal Erdol, *Ceza Hukuku ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi (Ceza Hukukunda Ölçülülük)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s.3.

⁶ Mahmut Koca, "Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının 'Adli Kontrol' Tedbirinin Değerlendirilmesi" (Tutuklamada Orantılılık), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, 2003, C.5, S.2, ss.109-142, s.114.

⁷ Oksana Kuzmenko, Valeriy Sereda, "Principles Of Disciplinary Action", *Львівського державного університету внутрішніх справ Збірник наукових праць*, S.2, 2014, ss.496-501, s.498, http://www2.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/visnyky/nvsv/02_2014/14kooda.pdf, (20.02.2019).

⁸ Oğurlu, *Karşılaştırmalı Ölçülülük*, s. 31.

⁹ Emin Memiş, *Anayasa Hukuku Notları (Türk Anayasa Gelişimleri Süreci)*, İstanbul, 1998, s. 193.

kanunla tanınan faaliyet alanının sınırı çizilmektedir. Ölçüt alınan ilke bireylerin temel hak ve özgürlüklerinde, hakkın kaldırılması ve özüne dokunulmasını engelleyici bir objektif hukuk kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰ Ölçülülük ilkesi bu yönü ile özellikle idarenin takdir yetkisinin bulunduğu alanlarda önem arz etmektedir.

1.1. Ölçülülük İlkesinin Tanımı

Ölçülülük ilkesi literatürde farklı şekillerde tanımlansa da öz itibarıyla tanımlar aynı olup, gözükken farklılık, ilkenin unsurlarına bakış açısından kaynaklanmaktadır.

Ölçülülük ilkesi, hukuksal bir ihlal ile onun sonucu olan yaptırım arasında, beklenen amaç ve kullanılan araç yönünden adil ve makul bir dengenin sağlanmasını konu edinen bir ilkedir.¹¹ Alman idare hukukçusu Fritz Fleiner de ilkeyi yıllar önce, “*polisin serçelere topraklara ateş etmemesi gerektiği*” şeklinde ifade etmiştir.¹² İlkeyi sadece idari yaptırımlar ile sınırlandırmayan diğer bir tanımda ölçülülük, idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, bu davranış ve hareket neticesinde elde etmek istediği sonuçlara uyarlanmasıdır.¹³ Yine diğer bir tanımlamada ise idare hukuku merkezli bir açıklamaya yer verilmiş ve ilkenin (aşağıda ayrı ayrı belirtilen) unsurları temel alınarak “*idari makamın meşru hedefe ulaşmada mümkün olan en hafif şiddetteki önleme başvurusu gereği*” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁴ Ölçülülük ilkesi bahsedilen bu özellikleri sebebiyle, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir denge unsuru olması dolayısıyla, hak ve özgürlükler lehine koruma sağlayan evrensel bir ilke olarak kabul edilir.¹⁵

¹⁰ Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği” (Ölçülülük ve Anayasa Yargısı), *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara, 1993, C.10, ss.25-48, s.28-29.

¹¹ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 230.

¹² Fritz Fleiner, Institutionen Des Deutschen Verwaltungsrechts, Mohr, Tübingen, 1928, s.404’ten aktaran Jud Mathews, “Proportionality Review in Administrative Law” (Proportionality), Contributions to Books 9, 2017, s.1, http://elibrary.law.psu.edu/book_contributions/9, (20.02.2019).

¹³ Celal Erkut, *Hukuka Uygunluk Bloku ‘İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi’ (Hukuka Uygunluk)*, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996, s.108.

¹⁴ Nicola Rowe, “Judicial Review Lecture 7 of 16”, Makale Yayımlanma Tarihi: 27.11.1998, <http://www.stud.unigoettingen.de/~nrowe/law/271198.html>, (Ekim 2000), C-(ii)’den aktaran Oğurlu, *Karşılaştırmalı Ölçülülük*, s.21, dipnot 16.

¹⁵ Ilgın Özkaya Özlüer, “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, *Ankara*

Ölçülülük ilkesi, sınırlandırmada kullanılan aracın, sınırlandırmayla elde edilmek istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olmasını ve araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunmasını içeren bir ilkedir.¹⁶ Ölçülülük ilkesinin içeriğinde, sınırlandırma ile elde edilmek istenen amacın gerçekleştirilebilmesi için “gerekli, elverişli ve zorunlu” bir araca başvurulması ve ulaşılmak istenen amaçla, başvuru sınırlandırma aracı arasında makul bir dengenin bulunması gerekir.¹⁷

Hukuk Devletinin zorunlu bir sonucu olan ölçülülük ilkesi kamu düzeninin sağlanmasında da denge mekanizmasıdır. Örneğin, kamu düzeninin sağlanması için sınırlandırılan hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılması, idari işlemin ölçüsüz olduğunu göstermektedir.¹⁸

Ülkemiz yüksek mahkemelerinin ölçülülük ilkesine bakış açısına değinmek gerekir. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini, “Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini” şeklinde tanımlarken;¹⁹ Yargıtay ilkeyi “...Ne var ki, Ceza Yargılamasının bir başka temel dayanağı da, kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan ölçülülük ilkesidir. Bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırılırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her

Barosu Dergisi, Ankara, 2015, S.1, ss. 121-186, s. 144.

¹⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2017, s. 105.

¹⁷ Emin Memiş, *Anayasa Hukuku Notları*, s. 193; “İlkelerin optimizasyon gereksinimleri açısından ölçülülük ilkesi, çeşitli eserlerde çeşitli alt unsurlarla karşımıza çıkabilmektedir. Yapılan araştırmalar, nitelikli optimizasyon gerekliliklerinin hem gerçek anlamda mümkün olana hem de yasal olarak mümkün olana göre optimizasyon gerektirdiğini ifade etmektedir. En yüksek faydanın elde edilebilmesi, uygunluk, gereklilik, orantılılık gibi ilkeler arasındaki uyumun da dikkate alınmasına bağlıdır. Ancak bu şekilde bir nitelikli optimizasyon sağlanabilir.”, Robert Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus* (Online), S.22, 2014, <https://journals.openedition.org/revus/pdf/2783>, (20.02.2019).

¹⁸ Oğurlu, *Karşılaştırmalı Ölçülülük*, s. 22.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı (AYMK), E.:2007/4, K.:2007/81, K.T.:18.10.2007, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a744cda6-ce27-4d45-8418-4f894cb7f410?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (20.02.2019); AYMK, E.:2014/171, K.:2015/41, K.T.:22.04.2015, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a744cda6-ce27-4d45-8418-4f894cb7f410?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (20.02.2019).

iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer” şeklinde açıklamıştır.²⁰ Danıştay ise “...Devlet memuru olan davacıya, hizmetin özelliğine aykırı olan bu davranışı nedeniyle disiplin cezası verilmesi yerinde ise de suçla verilen ceza arasında adil bir denge bulunması gerektiğinden daha hafif bir ceza ile cezalandırılması hakkaniyet gereğidir” şeklinde bir karar vermiştir. Diğer bir kararda “adil denge ve hakkaniyet” kavramları ile ölçülülük ilkesine atıf yapmıştır.²¹ İleriki bölümde disiplin hukukuna ilişkin ölçülülük ilkesinin olaya uyarlanmasını konu alan yargı kararlarına ayrıca değineceğiz.

Ölçülülük ilkesi disiplin hukuku bağlamında ele alındığında karşımıza çıkan husus, eylemin niteliği ve ağırlığı ile verilen cezanın ölçülü olması gerektiğidir. Disiplin hukukunda idare takdir yetkisini kullanırken eyleme yönelik alınacak yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını belirlemeye yönelik *elverişlilik*, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığına ilişkin *gereklilik*, amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükün getirilip getirilmediğini belirleyen *oranlılık* ilkelerine uygun davranmalıdır.²² Örneğin yukarıdaki örnekler haricinde yine Danıştay, “polis memuru olarak görev yapmakta iken uyuyan kişinin memuriyetten çıkartılması işlemine ilişkin olarak, verilen ceza ile işlenen suç arasında adil bir denge kurulmadığı” şeklinde karar vermiş ve ilk derece mahkemesince verilen hükmü bozmuştur.²³ Danıştay bu kararında verilen disiplin cezasında, hedeflenen amaç ile tatbik edilen cezanın gereklilik unsuruyla bağdaşmadığı, daha da önemlisi

²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), E.:1994/6-322, K.:1994/343, K.T.:19.12.1994, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/cgk-1994-6-322.htm>, (20.02.2019).

²¹ Danıştay 8. Dairesi (Dan. 8.D.), E.:1993/1617, K.:1993/4214, K.T.:14.12.1993, <https://legalbank.net/belge/d-8-d-e-1993-1617-k-1993-4214-t-14-12-1993-danistay-8-daيره-karari/523609/>, (20.02.2019).

²² Yücel Oğurlu, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Turhan Tufan Yüce Armağanı, İzmir, 2001, ss.485-522, s. 488; “Bu unsurlara ek olarak ilk başta yer alan kanuni olma ya da meşru olma unsurunu da eklemek gerekir”, Jud Mathews, (Proportionality), s.4.

²³ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı (DİDDKK), YD İtiraz No: 2005/778, K.T.:08.12.2005’ten aktaran Hayrettin Kurt, “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler” (Güvenceler), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S.1, 2014, ss.131-178, s. 166.

uygulanen yaptırımla hedeflenen amaç arasında ölçülü bir oran bulunmadığından yola çıkarak verilen kararı bozmuştur.

İlke, genel anlamda her ne kadar kamu görevlilerine karşı yürütülen disiplin soruşturmaları sonucunda verilen cezalar açısından uygulanılan bir ilke olarak gözükmese de; aslında, fiilin incelemeye değer bir fiil olup olmadığı kanaati oluşurken, ön inceleme yapılırken, sonrasında soruşturma raporu hazırlanırken, soruşturma sürecindeki tedbirlere hükmedilirken, rapor sonrası karar alınırken hâsılı disiplin hukukunun her safhasında nazarı itibara alınması gereken bir ilke olarak kabul edilmelidir.

1.2. Ölçülülük İlkesinin Hukuki Dayanağı ve Kapsamı

Ölçülülük ilkesinin temel dayanağı hali hazırda 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişikliktir. Anılan değişiklikle *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"*²⁴ denilerek doğrudan ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. 13. madde'de yapılan bu değişiklikle, sınırlamaların sınırı olarak kullanılacak ölçütler artırılmış, korumacı bir anlayış benimsenmiştir.²⁵ Anayasada ölçülülük ilkesinden bahsedilmesi ülkemiz açısından ilkeye normatif nitelik kazandırarak ileri demokratik bir hukuk düzeninin göstergesi olmuştur. Yapılan bu değişiklikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) de uyumlu bir ilke benimsenmiştir.²⁶

Ölçülülük ilkesine bir başka pozitif dayanak Anayasa'nın 15. maddesidir. Temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasını düzenleyen 15. maddeye göre *"Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbir-*

²⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (20.02.2019).

²⁵ Zühtü Arslan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara, 2002, C.19, ss.139-155, s. 141.

²⁶ Rumpf, (Ölçülülük ve Anayasa Yargısı), s. 36.

ler alınabilir"²⁷ Maddede yer alan "durumun gerektiği ölçüde" ibaresiyle ölçülülük ilkesine uyulması gerektiği vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir başka kararında bu güvenceyi sağlamaktaki kıstas olan ölçülülük ilkesinin amacını "temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesi"²⁸ şeklinde açıklamıştır.

Anayasal anlamda değerlendirildiğinde ölçülülük ilkesi her ne kadar 2001 tarihli değişikliklerle anayasada kendisine yer bulsa da, bu tarihten önce Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesine veyahut alt unsurlarından olan orantılılık ilkesine dönük kararlar verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu noktada hukuk devleti ilkesinden yola çıkarak bu ilkeyi içtihadı olarak kabul etmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi 1963 tarihli bir kararında "Bu sınırlamanın ölçüsünün ne olacağı, kanun koyucunun alabildiğine serbestliğe sahip bulunup bulunmadığı hususunda maddede bir açıklama yapılmamış ise de, anayasanın temel haklar ve ödevler kısmının birinci bölümünde yer alan 11 inci maddesi, bu konuda gerekli ölçüyü koymuş bulunmaktadır"²⁹ diyerek 1961 tarihli Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü, Sınırlanması ve Kötüye Kullanılmaması" başlıklı 11. maddesine³⁰ atıf yapmış ve ölçü olarak alınması gerektiğine hükmetmiştir.

1982 Anayasası'nın (03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanun'la değişik) 13. maddesiyle beraber ölçülülük ilkesi anayasal bir norm haline gelmiş, bu değişiklik sonrası ilkenin hukuki dayanakları noktasındaki tartışmalar sona ermiştir.³¹ Anayasa Mahkemesi bu değişiklikten sonra vermiş olduğu bir kararında ölçülülük ilkesini ayrıntılı olarak açıklamıştır.³² "...Kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Ana-

²⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, (20.02.2019).

²⁸ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı (AYMBBK), B.No:2013/1614, K.T.: 03.04.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2013-1614.pdf>, (20.02.2019).

²⁹ AYMK, E.:1962/208, K.:1963/1, K.T.:04.01.1963, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/567614ad-be8c-4147-b8ff-97a1d6ac37bc?excludeGe rekce=False&wordsOnly=False>, (20.02.2019).

³⁰ 1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, (22.07.2018).

³¹ Sakine Arık, İdari Yaptırımlarda Ölçülülük İlkesi (Yaptırımlarda Ölçülülük), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 48.

³² AYMK, E.:2001/309, K.:2002/91, K.T.:15.10.2002, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/karar/content/d8a618a0-0981-4bba-82c9-db>

yasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur”.

Ölçülülük ilkesi kapsamı itibariyle sadece yasamayı bağlayan ve sadece yasamanın anayasadaki sınırlama ölçütlerine göre yapacağı, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleler noktasında esas alınan bir ilke değildir. Yukarıda da birçok defa belirtildiği üzere kaynağını “hukuk devleti”nden alan bu ilke, kişilerin sübjektif bir hakkının ihlali söz konusu olduğunda, kural olarak, tüm devlet faaliyeti ve başta idare hukuku ve ceza hukuku olmak üzere tüm hukuk dalları içinde geçerlidir.³³

Ölçülülük ilkesi, kamu hukuku alanında, kamusal tasarrufun hukuka ve adalete uygun ve makul bir işlem veya eylem olmasıyla birlikte o işlem ve eylemin “ölçülü” olması hususunda başvuru alanı bakımından sadece kamu hukukunda değil aynı zamanda özel hukukta da denge unsuru olarak ele alınmıştır. Özel hukukta “doğruluk ve güven kuralı”nın içinde yer aldığı gerekçesiyle her ne kadar ilk başlarda ihtiyatlı bir yaklaşımla ele alınsa da zamanla özel hukukun birçok alanına yayılmıştır.³⁴

1.3. Ölçülülük İlkesinin Özellikleri

Ölçülülük ilkesinin, vatandaşın kamu gücü karşısında hak ve özgürlüğünün bir ifadesi olması ve kamu yararının da gözetilmesinin zorunlu olduğu durumlarda sınırlı olarak başvurulabilecek “temel hakların özü” ifadesinden türediği ileri sürülmüştür.³⁵ Bu noktada ilkenin özelliklerinin temelinde, bireysel hakların ve kamu yararının dengeli bir biçimde korunması yatmaktadır.

İlkenin en önemli özelliği, devletin tüm organlarını eşit ölçüde bağlaması ve devletin tüm organlarının bu ilkeye uymasının bir zo-

16e93ab743?exclude gerekce=false&wordsonly=false, (23.07.2018).

³³ Koca, Tutuklamada Oranlık, s. 113-114.

³⁴ Oğurlu, Karşılaştırmalı Ölçülülük, s. 26-30.

³⁵ Oğurlu, Karşılaştırmalı Ölçülülük, s. 25.

runluluk olmasıdır.³⁶ Bu ilke sayesinde, bireyler kendisinden daha güçlü olan kamu gücüne karşı korunmaktadır. Bununla birlikte ilke, hak ve özgürlüklerin maddi alanıyla idarenin kısıtlayıcı müdahalesi arasında bulunması gereken sınırı belirlemekte kullanılan ve sadece yasama organını değil, aynı zamanda idareyi de yönlendiren yardımcı bir ölçüt işlevi görmektedir.³⁷ İlke, sınırlandırmanın sınırlarını çizmekle birlikte, daha önemli bir işlev olarak dengeleyici bir özelliğe sahiptir.³⁸ Şöyle ki ölçülülük ilkesi sınırlandırma amacından ziyade, korunan menfaatler arasında bir denge mekanizması işlevi görmektedir. Somut olaya göre, bireylerin temel haklarının korunmasına veyahut beklenen hukuki yararın sınırlayıcı fonksiyonuna önem vermektedir.³⁹

Ölçülülük ilkesi, yorumlamalardaki denetim ölçütü ile idarenin takdir yetkisini yönlendirme özelliğiyle birlikte, norm somutlaştırmasında (norm alanlarının tespitinde) bir ölçüt işlevi görmektedir.⁴⁰ Gerek kamu gücünün etkinliği gerekse bireyin kamu gücü karşısında hak ve özgürlüklerinin korunması açısından böyle bir denge gereklidir. Bu noktada ilke, hukuken korunan çıkarlar arasında ve bu çıkarların norm unsurlarının belirlenmesinde ölçüt olması yönünden kilit role sahiptir.⁴¹ Örneğin birey ve devletin menfaatlerinin çatışması durumunda bir denge unsuru olarak bu ilkeye başvurulmaktadır. Bu sayede kamunun hukuken korumak istediği amaç ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında bir denge aracı olmaktadır. Özetle, kamu düzeninin sağlanması ve kamu gücünün etkinliği için, anayasa ve mevzuata aykırı olarak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına engel olup, dengeli bir “özgürlük-otorite ilişkisi” kurulmasına olanak sağlar.

³⁶ Koca, Tutuklamada Oranlık, s. 114.

³⁷ Oğurlu, İngiliz ve Türk Hukuklarında Ölçülülük, s. 150.

³⁸ Yücel Oğurlu, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı” (Danıştay’ın Yaklaşımı), *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu Dergisi*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2003, ss.133-154, s. 139.

³⁹ Rumpf, Ölçülülük ve Anayasa Yargısı, s. 45.

⁴⁰ G. Loukes Loucaides, *Essay on The Developing Law of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1995, s. 185; David John Harris, Michael O’Boyle ve Colin Warbrick, *Law of The European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, 1995, s. 198; Marc-Andre Eissen, “The Principle of Proportionality in the Case Law of European Court of Human Rights”, *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993, s. 144.

⁴¹ Rumpf, Ölçülülük ve Anayasa Yargısı, s. 41-45.

Ölçülülük ilkesi caydırıcılığa olumlu katkılar sağlayarak önleme işlevinin unsuru olan yaptırımların da sınırlarını belirlemektedir. Bu özelliği ile “failin sübjektif durumunun” dikkate alınmasını sağlayarak, yaptırımın caydırma ve engelleme özelliklerinin dengeli olarak yüklenmesini sağlamaktadır.⁴² Bir başka deyişle, felsefi olarak “dürüstlük” veya “adalet” kavramlarına eş değer olan ölçülülük ilkesi, taraflar arasında “adil ve makul” bir dengeyi sağlanmasında elverişli bir ölçüttür. Bu itibarla ilkenin bir tarafını, kişilere tanınan güvencenin eşit dağıtılmasını içeren “eşitlik ilkesi” oluştururken diğer tarafını “adalet ve insan haysiyeti ilkeleri” nin oluşturduğunu söylemek mümkündür.⁴³

Verilen açıklamalar ışığında, ilkenin bir yorumlama ölçütü ve denetim mekanizması olduğu görülmektedir. Disiplin hukuku bağlamında veyahut kamunun takdir yetkisini yönlendirirken ve somut olaylara ilişkin çatışan menfaatleri denge unsuruyla çözmeyi amaçlar-ken çıkarlar arasındaki “pratik uyumu” sağlamada ve karar alma noktasında bir ölçüt olarak ölçülülük ilkesine başvurulmaktadır. Bu sayede amaçlanan hedefle beklenen yarar arasında olumlu bir çözüme ulaşılmaktadır.

1.4. Ölçülülük İlkesinin Unsurları ve Disiplin Hukukuna Yansımaları

Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç ana unsurdan (alt ilkeden) oluşmaktadır.⁴⁴ Ölçülülük ilkesinin kapsamını belirleyen bu unsurların uygulanmasıyla, gerek yasama faaliyetlerinde gerekse kanunların uygulanmasında hak ve özgürlüklerin en üst seviyede korunması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi değerlendirilirken tek başına ölçülülük ilkesi değil, aynı zamanda bahse konu üç alt ilkenin de ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁴² Mehmet Hatipoğlu, “Çevrenin Korunmasında İdari Yaptırımların Caydırıcılık Açısından Değerlendirilmesi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Ankara, 2016, S.1, ss. 77-118, s. 91.

⁴³ Oğurlu, *Karşılaştırmalı Ölçülülük*, s. 24.

⁴⁴ Jülide Gül Erdem, “Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri” (Takdir Yetkisi), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2013, C.62, S.4, ss. 971-1005, s. 1000-1001.

Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkeleri ölçülülük ilkesinin temel yapı taşlarıdır. Dolayısıyla ilke, bu alt ilkelerle bir bütündür. 2001 yılında yasama organınca Anayasa'da yapılan değişikliğin görüşmelerinde bu husus özellikle tartışılmış, genel kurul tutanaklarına yansımıştır. İyimaya'ya göre "...Burada önemli olan, demokratik toplum düzeni kavramı, bu Anayasanın tarif ettiği demokrasi değil, Anayasa Mahkememizin de tefsir ettiği gibi, katıldığımız ulusal üstü sözleşmelerin tarif ettiği küresel demokrasidir. Burada, ölçülülük de, mutlak şekilde amaç-araç dengesi, elverişlilik ve gereklilik koşullarını taşımalıdır".⁴⁵

Türk hukuk sisteminde yargı makamlarının ilkenin alt unsurlarına bakış açısını değerlendirmeden önce AİHM kararlarının irdelenmesi gerekmektedir. AİHM kararlarına hâkim olan "özgürlüğün özüne dokunma yasağı" yanında, ölçülülük ilkesi de temel bir ölçüttür.⁴⁶ Mahkeme, doktrinindeki ölçülülük ilkesi tanımlamalarını tekrarlamakta ve bu tanımlarda bahsi geçen elverişli (relevant), sonuca yeterli (sufficient), makul (reasonable), gerekli (necessity), orantılı (proportionate) gibi nitelikleri her somut olaya ilişkin vereceği kararda değerlendirmektedir. Mahkeme verdiği kararlarda bu ölçütlerden bazen birine, bazen de bir kaçına aynı anda başvurmaktadır.⁴⁷

1.4.1. Elverişlilik İlkesi

İdarenin işlem ve eylemlerinde, hedeflenen amaca ulaşmak için en uygun araca ve sınırlamaya başvurulması ölçülülük ilkesinin gereklindedir.⁴⁸ Bu bağlamda, ölçülülük ilkesinin ilk unsuru olan elverişlilik, amaca ulaşmak için başvuru tedbirinin amaca ulaşılabilmesine uygun olması⁴⁹ yani bir özgürlük veya bir hakkı sınırlamak için kullanılan aracın, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olmasıdır.⁵⁰ Yapılan eylem veya işlemin yargısal denetiminde de bu uygunluğun varlığı araştırılır.⁵¹

⁴⁵ Ahmet İyimaya, *TBMM Tutanak Dergisi*, Dönem: 21, C. 70, Yasama Yılı:3, Ankara, 2001, ss. 70-133, s.89.

⁴⁶ Feyyaz Gölcüklü, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi", (Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu) VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1990, C.4, s. 264.

⁴⁷ Oğurlu, *Karşılaştırmalı Ölçülülük*, s. 142-146.

⁴⁸ Karabulut, *İdari Yaptırımlar*, s. 155.

⁴⁹ Erdem, *Takdir Yetkisi*, s. 986.

⁵⁰ Karabulut, *İdari Yaptırımlar*, s. 155.

⁵¹ Erdem, *Takdir Yetkisi*, s. 986.

Elverişlilik ilkesi, sınırlamanın gerçekleştirilmesi için başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasıdır.⁵² Bu noktada araç, amaca ulaşmada etkisiz veya amaca ulaştırmayı güç hale getiriyorsa, başvuru önlem elverişsizdir. Aracın kısmen bile olsa amacı gerçekleştirmeye bir katkı sağlaması, elverişli olduğunun göstergesi olacaktır.⁵³ Dolayısıyla kamu düzenini korumak için hak ve özgürlükler sınırlandırılırken, en uygun sınırlama araçlarının tercih edilmesi gerekir.⁵⁴

İdare hukukunda ise elverişlilik ilkesi, daha çok kolluk ve idari yaptırımlar alanında karşımıza çıkar. Kolluk noktasında polisin zor kullanma yetkisinin sınırları, elverişlilik unsuru çerçevesinde incelenmektedir. Polis, zor kullanma yetkisini olayın tehdidinin bu zor kullanma ile ortadan kalkabileceği olasılığına göre değerlendirecektir. Daha hafif bir tedbir ile halledilebilecek durumlarda önlemlerin tercihinde aşırılığa kaçmak kesinlikle elverişsiz olarak değerlendirilecektir.

Elverişlilik unsuruna göre, alınan önlem ile istenilen neticeye yaklaşıyorsa araç elverişli; tam tersi durumda ise yani başvuru aracının istenilen amacı gerçekleştirmeyi zorlaştırıyor veya bu amaca ulaşmada etkisiz ise, araç elverişsizdir.⁵⁵

Elverişlilik ilkesince, yasanın uygulanması sırasında kamu, yasanın amacını gerçekleştirmek için en elverişli olan araçları kullanmalı ve kullanılan bu aracın elverişliliği objektif hususlara göre değerlendirilmelidir. Bu bağlamda kamunun uyguladığı araç, amaca hizmet etmekten çok ters düşüyor veyahut amacı gerçekleştiriyorsa elverişli kabul edilemeyecektir.

Disiplin hukuku açısından elverişlilik unsurunun değerlendirilmesinde yine karşımıza çıkan husus caydırıcılık aracılığıyla, kamu hizmetlerinin düzenli yürütmesi amacıdır. İdarenin iç düzenini sağlayabilmesi için kamu görevlilerine uygulanan yaptırımların ya da soruşturma kapsamında alınan tedbirlerin düzeni sağlayabilme im-

⁵² Kemal Gözler, *İdare Hukuku C. II*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 511.

⁵³ Oğurlu, *Karşılaştırmalı Ölçülülük*, s. 36.

⁵⁴ Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Armağanı C.2, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s. 1319.

⁵⁵ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 26.

kanının bulunması şarttır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinde belirtilen *"Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir"*⁵⁶ hükmü ile amaç belirlenmiş, gerçekleştirilmesi istenen amaca uygun davranmayanlara idari yaptırımlar aracılığıyla (md. 125 bkz. 657 sayılı DMK) sınırlandırmalar getirilmiştir. Sınırlandırmalar getirilirken ihlalin ağırlığına göre en elverişli yaptırımların belirlenmesi için ihlalin ağırlığı ve uygulanacak yaptırımlar derecelendirilmiştir. Açıklanan tüm tanımlamalar, mahkeme kararları ve mevzuat bağlamında elverişlilik ilkesi ölçülülük ilkesinin önemli bir unsuru olup; bu unsur, alınan tedbir ile hedeflenen amacın en uygun şekilde gerçekleştirilmesi ölçütüdür.

1.4.2. Gereklilik İlkesi

Gereklilik unsuru, bir özgürlük veya hakkın sınırlandırılmasında başvuru aracının, amaç için gerekli olması;⁵⁷ amaca ulaşmayı sağlayacak araçların içinden hak ve özgürlükleri en az sınırlayacak olanın ve kamuya en az yük getirecek olanın seçilmesi⁵⁸ anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kamu tarafından hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru araç sadece elverişli olmayıp aynı zamanda gerekli de olmalıdır.⁵⁹ Bir başka öz tanımla "sınırlama aracının, sınırlama amacına ulaşmak için gerekli olması" dır. Bu bağlamda elverişlilik ilkesinde aranan amaç-araç arasındaki nitelik ilişkisi, gereklilik unsurunda yerini nicelik ilişkisine bırakmaktadır.⁶⁰ İdare hukuku bağlamında gereklilik ilkesi ile hak ve özgürlüklere idari tasarruflarla yapılan müdahalenin en az olması öngörülmektedir.⁶¹

⁵⁶ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (28.07.2018).

⁵⁷ Karabulut, İdari Yaptırımlar, s. 155.

⁵⁸ Erdem, Takdir Yetkisi, s. 987.

⁵⁹ Arık, Yaptırımlarda Ölçülülük, s. 53.

⁶⁰ Oğurlu, Karşılaştırmalı Ölçülülük, s. 37.

⁶¹ Engin Saygın, "Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz" (Ölçülülük İlkesi), *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2017, C. 2, ss.57-88, s. 68.

Gereklilik ilkesi hedeflenen amaca ulaşmak için başvuru sınırlamanın ölçüsü noktasında karşımıza çıkmaktadır.⁶² Sınırlama aracı amaca ulaşmada mutlak bir zorunluluk olmalıdır. Elde edilmek istenen amaç her ne olursa olsun, başvuru sınırlama zorunlu olmalı ve amaca ulaşmada en az düzeyde sınırlamaya başvurulmuş olmalıdır. Zira amacı gerçekleştirmek için daha yumuşak bir araç mümkünse bu yola başvurulmalıdır.⁶³ Bir başka tabirle, hak ve özgürlüğü sınırlandırmadan veya daha yumuşak bir sınırlama ile aynı hedefe ulaşmak mümkünse, başvuru araç gereksizdir.⁶⁴

Anayasa Mahkemesi gereklilik ilkesine ilişkin: “Özgürlükler, ancak ayrıntı durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez”⁶⁵ şeklinde karar vermiş ve kararında sınırlama ile hedeflenen amacın gereklilik unsuru çerçevesinde sınırlandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Danıştay da vermiş olduğu kararlarında gereklilik unsuruna çok defa değinmiştir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu vermiş olduğu kararında “...Demokratik bir düzende normal zamanlarda ana kural, özgürlüğün esas sınırlamanın ise istisna olmasıdır. ...Ancak özgürlükçü demokratik bir toplumda devletin varlığını ve geleceğini ciddi ve ağır biçimde tehdit eden ve tehlikeye atan kimi nedenlerin ortaya çıktığı ve devleti olağan yöntemlerle yönetmenin ve kamu düzenini sağlamanın olanaksız olduğu durumlarda, bu nedenleri ortadan kaldırmak, devleti ve toplumu esenliğe çıkarmak amacıyla kişi hak ve özgürlüklerine geçici bir süre ‘olağanüstü sınırlamalar’ getirilebileceği çağdaş Anayasaların kabul ettiği ortak bir esas olmuştur”⁶⁶ diyerek sınırlamaların

⁶² Arık, Yaptırımlarda Ölçülülük, s. 53.

⁶³ Oğurlu, Karşılaştırmalı Ölçülülük, s. 37.

⁶⁴ Yüksel Metin, Türk Anayasa Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2002, s. 285.

⁶⁵ AYMK, E.:1999/33, K.:1999/51, K.T.:29.12.1999, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/karar/content/99b1c2a3-abff-4ffa-b230-f34a5427a80e?exclude gerekce=false&wordsonly=false>, (28.07.2018).

⁶⁶ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı (DİBKK), E.: 1988/6, K.: 1989/4, K.T.:07.12.1989, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/Do kumanGosterServlet?dokumanId=6dqp1e3jnn2tqhn5hwzgd7pmp1scd0le%2brws njzcyym%2fa%2b6gu8doq%2ffbdkb2erlqnvk%2bes8lxcd5gpfmjriwrg0hy8wj kznjtdwrwv5upyveozlmmnf9r55jodtv%2bdpe5txdn738w2bicolnw%3d%3d&ar>

gerekliliğinden ve hedeflenen amacın zorunlu veya gerekli kıldığından çok olamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, kamunun yaptığı eylem veya yöntemde hem orantının dikkate alınması gerektiğini hem de gerekli olup olmadığını irdeleyerek ölçülülük denetimi yapmış; kamunun yapacağı tasarruflarda ölçülülük ilkesinin alt unsuru olan gereklilik ilkesine uygun davranmasına hükmetmiştir.

Kamu hizmetinin belirli bir düzen içinde ifasında memurların uymakla yükümlü oldukları birtakım yükümlülükler bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin belirlenen menfi ve müspet yükümlülüklere uymamalarının disiplinel birtakım sonuçları bulunmaktadır.⁶⁷ Yaptırımlar olarak karşımıza çıkan bu sonuçlar, idarenin iç düzenini sağlaması açısından elzemdir. Disiplin hukuku açısından değerlendirildiğinde idarenin/kamunun yapacağı tasarrufta başvurduğu aracın hedeflediği amaca ilişkin gerekli olması önemli bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin cezalarına ilişkin hükümlerinden yola çıktığımızda bireylerin yapmış olduğu eylemlerin ağırlığına göre bir yaptırım tatbiki, zorunlu bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Caydırıcılık, ıslah gibi unsurlar gereklilik ilkesi çerçevesinde ele alındığında, ilgili kişilere uygulanacak olan yaptırımların zorunlu olması ve mevzuata en uygun şekilde davranılması; kamu düzeninin sağlanmasında önemli bir nitelik taşımaktadır. Özetle gereklilik unsuru ile bireylerin hak ve özgürlüklerine makul ve gerekli ölçütler dâhilinde müdahale edilmelidir. Bu sayede kamu menfaati de korunmuş olacaktır.

1.4.3. Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi, alınan önlemin bireye verdiği zararlar toplumun bu tedbirle sağladığı fayda arasında uygun bir denge sağlanmasını içeren, amaçla araç arasında karşılaştırma yapan bir unsurdur.⁶⁸ Bir başka tanımla hukuka aykırı işlem ile yaptırım arasında makul bir oranın

anan=&dokumanturu=danıstaykarar, (28.07.2018).

⁶⁷ Selman Sacit Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler" (Disiplin Hukukuna Hâkim İlkeler), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, 2017, C.25, S.2, ss.15-41, s.16.

⁶⁸ Erdem, Takdir Yetkisi, s. 988.

olması,⁶⁹ ihlalin derecesine göre verilecek yaptırımın orantılı olması yani cezaların somutlaştırılması (bireyselleştirilmesi) anlamına gelmektedir.⁷⁰

Danıştay disiplin hukukuna yönelik vermiş olduğu bir kararında orantılılık ilkesini "...Kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri eylemlerin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yaratacağı olumsuzlukların ağırlığına göre disiplin cezası verilmesi; diğer bir deyişle cezanın suç ile orantılı olması gerekmektedir. Orantılılığın bir yandan kanunda suç tipi olarak belirlenmiş olan eylem ile buna karşılık verilecek ceza arasında adil bir dengenin olması, benzer hukuksal değerleri korumaya yönelik suçlar için öngörülen cezalar arasında mantıklı bir dengenin olması, diğer yandan ise hukuksal değerlerin hiyerarşik özelliğinin zorunlu bir sonucu olarak farklı hukuksal değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar arasında bir dengenin olması şeklinde sonuçları bulunmaktadır. Kamu görevlisinin işlediği disiplin suçu karşılığında niteliği itibarıyla o suç için öngörülenden daha ağır bir disiplin cezası ile cezalandırılması durumunda 'eylemin ağırlığına göre cezalandırma', diğer bir deyişle 'orantılılık' ilkesi ihlal edilecektir"⁷¹ şeklinde detaylıca açıklamıştır.

Kamu yararının gözetilmesi noktasında, yapılan eyleme ilişkin idarenin yapmış olduğu tasarruftaki oranın adalete uygun olup olmadığını, yapılan eylemin toplum üzerinde oluşturduğu etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir edilmesi bir zorunluluktur. Zira kayda değer önem arz etmeyen bir amaç için bireylere ait önemli bir menfaate zarar veriliyorsa, orantılılık ilkesine aykırı hareket edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla orantılılık ilkesinde amaç, daha hafif bir önlemlerle amaca ulaşmak mümkünse daha ağır bir önlemin değerlendirilmeme ve oransal olarak her iki yararında korunmasıdır. Buradaki oransallık bağı, hukuk devleti ve adalet anlayışının zorunlu bir gereğidir.⁷²

⁶⁹ İlgin Özkaya Özlüer, İdari Yaptırım Kuramı Açısından Çevre Kanunu'nda İdari Cezalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 37.

⁷⁰ Kurt, Güvenceler, s. 167.

⁷¹ Dan. 12. D., E.:2003/3174, K.:2006/6690, K.T.: 26.12.2006, [⁷² Karabulut, İdari Yaptırımlar, s. 157.](http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/bilgibankasiistemciweb/dokumangosterservlet?dokumanid=6dqp1e3jln2tqhn5hwzgd7pmlscd0le%2brwsnjgzcym%2fa%2b6gu8doqaq%2ffbdbk2erdcdt9lgo%2f0skdg624dsqgzhk3hho4xtvxnoknzhbxybdydesc3p%2fqtsr0io1nijpov59njzchq4876%2br6luqng%3d%3d&aranan=&dokumanturu=danistaykarar,(29.07.2018).</p>
</div>
<div data-bbox=)

Orantılılık ilkesi yönünden yapılan denetimle, kamu gücünün sahip olduğu takdir yetkisinin sınırları daha da somutlaşmaktadır. Bireylerin menfaati ile kamu yararı arasında bir dengeleme kurulurken aynı zamanda “adalet ve insan haysiyeti ilkeleri” de gerçekleştirilmektedir.⁷³ Bireylere uygulanan yükümlülük katlanılmaz boyutta ise, uygulanan tasarrufun orantısız olduğu karşımıza çıkar.

Disiplin hukuku açısından orantılılık ilkesini değerlendirdiğimizde, elverişlilik ve gereklilik ilkesinin en önemli tamamlayıcısı olduğu; Danıştay’ın disiplin cezalarına yönelik vermiş olduğu kararlarının çoğunda orantılılık alt ilkesine başvurduğu görülmektedir.⁷⁴ Danıştay’ın “adil denge”, “makul ölçü”, “nispet”, “fiil ile ceza arasında uyum”, “yapılan idari ihlal ile uygulan ceza arasında bir denge ve orantı bulunması” şeklinde verdiği kararlarıyla ölçülülük ilkesini daha da özeline ölçülülük ilkesinin orantılılık unsuru kastedilmektedir. Danıştay’ın hükümlerinden yola çıkıldığında orantılılık unsurunu, “kast edilen amaç ile kullanılan araç arasındaki denge” olarak ifade etmek mümkündür.⁷⁵ Danıştay vermiş olduğu bu kararlarında, idarenin karar vererek uyguladığı idari yaptırımın ortaya çıkardığı sonuç ile idari ihlal arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını denetlemektedir. Adil dengenin gözetilip gözetilmediği temelinde, sonucun olması gerekenden çok daha ağır öngörülmesi yapılan işlemin orantılı olmadığı sonucunu çıkarmaktadır. Örneğin, Danıştay’ın bu yöndeki kararlarında “disiplin cezalarında fiil ile uygulanan yaptırımlar arasında adil bir denge bulunması gerektiği”; yine bir başka kararında “disiplin cezası olarak verilen idari yaptırımda, işlenen fiil ile uygulanan ceza arasında bir dengenin bulunması gerektiği”; yine farklı bir kararında ise “disiplin suçu ile verilen ceza arasında bulunması gereken adil nispetin bulunmaması ve verilen cezanın nasafet ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varılması sebebiyle dava konusu kararda mevzuata uyarlık bulunmadığı” belirtilmiştir. Kararların değerlendirilmesinde, nispet, denge, adalet ifadeleriyle orantılılık değerlendirilmesi yapıldığı görülmektedir.⁷⁶

⁷³ Rumpf, Ölçülülük ve Anayasa Yargısı, s. 47.

⁷⁴ Oğurlu, Danıştay’ın Yaklaşımı, s. 147.

⁷⁵ Saygın, Ölçülülük İlkesi, s. 68-69.

⁷⁶ Oğurlu, Danıştay’ın Yaklaşımı, s. 147-148.

2. Danıştay Kararlarında Ölçülülük İlkesinin Değerlendirilmesi

Ölçülülük ilkesi ile çatışan menfaatler arasındaki dengenin ve adaletin korunması amaçlanmalı, yer ve zamana göre değişebilen ihtiyaçlar üzerine odaklanılmalıdır. Bununla birlikte kamu düzeninin ihlalinde alınacak önlemler, ihlalin ağırlığı oranınca ve eylemcilerin başvurduğu araçlarla orantılı olmalı; hak ve hürriyetleri kısıtlamaya son çare olarak başvurulmalıdır.⁷⁷

Eylem ile yaptırım arasında adil bir denge bulunması anlamına gelen ölçülülük ilkesinin yargı kararlarında geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır.⁷⁸

2001 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle anayasal bir dayanağa kavuşan ölçülülük ilkesine, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere tüm yargı makamları "anayasal denetim ölçütü" olarak başvurmaktadır. Danıştay da kolluk ve disiplin hukuku alanları başta olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve idarenin takdir yetkisine yönelik birçok kararında, etkin bir denetim mekanizması olarak ölçülülük ilkesini değerlendirmektedir.⁷⁹ Danıştay vermiş olduğu kararlarında, "eylem ile ceza arasında adil bir denge bulunması gerekeceği"⁸⁰ ve yine "fülin ağırlığı ile karşılığı cezayı saptamada idareye tanınan takdir yetkisinin makul ölçüler içinde kullanılması hukukun gerekliliklerindedir"⁸¹ diyerek ilkenin çerçevesini çizmiştir.

Kamu görevlilerinin mevzuatta belirtilen ve disiplin cezası gerektiren fiilleri işlemeleri halinde "olayın oluş biçimini, ilgilinin suç kastının bulunup bulunmadığını, irade dışı etkenlerin eylemin meydana gelmesine et-

⁷⁷ Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009, s. 61.

⁷⁸ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.1, 8.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 886.

⁷⁹ Erkut, Hukuka Uygunluk, s. 118.

⁸⁰ Dan. 5. D., E.:1969/5398, K.:1971/380, K.T.:26.01.1971, Danıştay Beşinci Daire Kararları (1970-1981), 1. Kitap, C.1, s. 271.

⁸¹ Dan. 8. D, E.:1995/3706, K.:1995/3622, K.T.:14.11.1995, [http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/bilgibankasiistemciweb/dokumangosterservlet?dokumanid=6dqp1e3jijn2tqhn5hwzgd7pmo1scd0le%2brwsnjgzcy%2fa%2b6gu8doqaq%2ffbdbk2ero27qhwvs%2fncvkhwuo%2f%2bz6ye%2fapxg%2fnxua3w2cmu0kmtksn5ml8jqxkpmrqqzlr6fkskngdy9rvtryjft2aitw%3d%3d&aranan=&dokumanturu=danistaykarar, \(06.08.2018\).](http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/bilgibankasiistemciweb/dokumangosterservlet?dokumanid=6dqp1e3jijn2tqhn5hwzgd7pmo1scd0le%2brwsnjgzcy%2fa%2b6gu8doqaq%2ffbdbk2ero27qhwvs%2fncvkhwuo%2f%2bz6ye%2fapxg%2fnxua3w2cmu0kmtksn5ml8jqxkpmrqqzlr6fkskngdy9rvtryjft2aitw%3d%3d&aranan=&dokumanturu=danistaykarar, (06.08.2018).)

kisi gibi hususların göz önünde bulundurulmasını” dikkate alınmanın adil ve dengeli bir ceza tatbikinde elzem olduğunu belirten Danıştay, eylemin varlığını tek başına yeterli görmemiştir.⁸² Davacının özürsüz ve kesintisiz olarak 4,5 gün göreve gelmediğinden bahisle 1 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin hukuka aykırılığına hükmetmiştir. Burada disiplin soruşturmalarında çoğu zaman görmezden gelinen manevi unsurun araştırılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Söz konusu karardan mevzuatta katalog olarak sıralanan fiillerin, aslında her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği de anlaşılmaktadır.

Danıştay disiplin hukukuna ilişkin yine bir başka kararında⁸³ ... *Kamu görevlilerinin gerçekleştirdikleri eylemlerin, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde yaratacağı olumsuzlukların ağırlığına göre disiplin cezası verilmesi; diğer bir deyişle cezanın suç ile orantılı olması gerekmektedir. Orantılılığın bir yandan kanunda suç tipi olarak belirlenmiş olan eylem ile buna karşılık verilecek ceza arasında adil bir dengenin olması, benzer hukuksal değerleri korumaya yönelik suçlar için öngörülen cezalar arasında mantıklı bir dengenin olması, diğer yandan ise hukuksal değerlerin hiyerarşik özelliğinin zorunlu bir sonucu olarak farklı hukuksal değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar arasında bir dengenin olması şeklinde sonuçları bulunmaktadır. Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün 8/10. maddesinin amaçladığı anlamda suç kanıtlarını yok etmek veya bilerek ve isteyerek yok olmasına neden olmak ya da saklamak, saklanmasına yardımcı olmak yahut değiştirmek fülü olduğuna yönelik değerlendirme ve bu doğrultuda disiplin cezası ile cezalandırılmış olması, kamu görevlileri için yasaklanan eylemler ile bu eylemler için öngörülen disiplin cezalarının birebir örtüşmesi gerektiğine yönelik 'orantılılık' ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu durumda, davacının adli işlem yaptırılmamasına yönelik eyleminin 'kınama' cezası ile cezalandırılmasını gerektiren bir eylem olması karşısında, bu fülün '24 ay uzun süreli durdurma' cezası ile*

⁸² Dan. 8. D., E.:1995/3680, K.:1997/3928, K.T.:11.12.1997, <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/bilgibankasiistemciweb/dokumangosterservlet?dokumanid=6dqp1e3jnn2tqhn5hwzgd7pmo1scd0le%2brwsnjgzcy%2fa%2b6gu8doqaq%2ffbdbkb2er2gncl9y7zlroud3t2m%2bfy3pgsx8gotqoulwdzjf%2f6ucygp%2b5wjix8qca1p43abx4xcp0vfyhbtpkbg%2ft9lyg%3d%3d&aranan=&dokumanturu=danistaykarar.>, (06.08.2018).

⁸³ Dan. 12. D., E.: 2003/3174, K.: 2006/6690, K.T.:26.12.2006, <http://www.idarehukuku.net/ictihat/Disiplin-fiili-sucu-ile-ceza-arasinda-orantililik-ilkesi.html>, (06.08.2018).

cezalandırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” diyerek ölçülülük denetimi yapmış, “cezanın suç ile orantılı olması” gerektiğinden hareketle orantılılık alt unsurunu da incelemiştir. Kararda “farklı hukuksal değerleri koruyan suçlar için öngörülen cezalar arasında bir dengenin olması” gerektiğini vurgulamış, ölçülülük ilkesi paralelinde alt unsurlar arasındaki denge unsurunu da gözetmiştir. Orantılılık alt unsuru dâhilinde ölçülülük ilkesini, eylemin ağırlığına göre cezalandırma prensibini dikkate alarak değerlendirmiştir.

Diğer taraftan her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin DMK. 125. maddedeki karşılıklarına ek olarak, tesis edilecek cezanın ölçülü olmasında şu iki ilke de uygulama alanı bulmaktadır:

- Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların özlük dosyasından silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır cezanın uygulanacağı,
- Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanın uygulanabileceği.

Bu konuya ilişkin verdiği bir kararda Danıştay; adil dengenin gözetilmediğine hükmederek ölçülülük denetimi yapmış;⁸⁴ “...Olayda, davacının kusurlu eylemi nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmasında hukuka aykırılık yok ise de, eylem ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunması disiplin hukukunun gereğidir. Davacıya verilen disiplin cezasının, ceza verilmesine neden olan eylemin oluş biçimi, samimi ikrar ve ifadeleri, geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmalarının olumlu olup, olmadığı ve sicilleri değerlendirilerek daha alt bir cezanın verilir verilemeyeceği hususu dikkate alınmaksızın davanın reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır” şeklinde hüküm kurarak ölçülülük denetiminde söz konusu ek kriterlerin de dikkate alınması gerekliliğini vurgulamıştır.

⁸⁴ Dan. 8. D., E.:1994/7699, K.:1996/3386, K.T.:25.11.1996, [http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/bilgibankasiistemciweb/dokumango-sterservlet?dokumanid=6dqp1e3jnn2tqhn5hwzgd7pmo1scd0le%2brwsnjgzcy%2fa%2b6gu8doqaq%2ffbdkb2erahj4fscbprj8%2for7gmnzawwo0web0bbr74kmvetkqodpnjtrfqgw1bqcx4qbfjykw19ybayvfhw5f5bkkxvnlq%3d%3d&aranan=&dokumanturu=danistaykarar,\(07.08.2018\).](http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/bilgibankasiistemciweb/dokumango-sterservlet?dokumanid=6dqp1e3jnn2tqhn5hwzgd7pmo1scd0le%2brwsnjgzcy%2fa%2b6gu8doqaq%2ffbdkb2erahj4fscbprj8%2for7gmnzawwo0web0bbr74kmvetkqodpnjtrfqgw1bqcx4qbfjykw19ybayvfhw5f5bkkxvnlq%3d%3d&aranan=&dokumanturu=danistaykarar,(07.08.2018).)

Burada karşılaşılan sorunlardan biri de kamu görevlisinin somut olayda yaptığı eylemin katalog halinde verilen hangi fiil kapsamında değerlendirileceği hususudur. Zira burada idarenin takdir yetkisinin önemi ortaya çıkmaktadır. Örneğin, uyarma cezasını gerektiren 'Kurumca belirlenen tasarruf tedbirlerine riayet etmemek', 'Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak', 'Görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak'; kınama cezasını gerektiren 'Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak', 'İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak'; aylıktan kesme cezasına yol açan 'Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak' gibi eylemler geniş ya da dar yorumlanmasına bağlı olarak verilecek disiplin cezasının ağırlığını değiştirecek ve görevlinin hak ve özgürlüklerini etkileyecektir. Bu bağlamda disiplin hukukunun kamu görevlisi üzerinde oluşturduğu hukuksal etki, çalışma özgürlüğüne sınırlanmamasıdır. Sınırlamanın nerede başlayıp bittiği belirtilmezse, amacı aşan içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış, hukuken sakıncalı bir sınırlama getirilmiş olur. Örneğin çevre sağlığının korunması hususundaki bir başarısızlık sonucu meslekten çıkarma cezası, genel sağlığı koruma amacı ile çalışma özgürlüğüne getirilen sınırlama arasında büyük bir ölçsüzlük yaratabilir. Bu durumda ise hakkın özüne dokunulmuş olacaktır.⁸⁵

Danıştay ölçülülük ilkesi temelinde verdiği farklı kararlarında, idarenin takdir yetkisinin sınırsız olmadığını vurgulamıştır. Danıştay bir kararında: "*idari ihlal ile uygulanan yaptırım arasında makul bir orantı bulunması gerektiğine...*", bir başka kararında ise "*bir yıla kadar yayın durdurulması cezasının, idareye tanınan takdir yetkisinin, mutlak ve sınırsız olmayıp, ihlalin ağırlığı ile orantılı ve hakkaniyet ilkesine uygun şekilde kullanılmasının zorunlu olduğu...*" şeklinde hüküm kurarak idarenin yetkisinin sınırlarını belirlemiştir.⁸⁶

Yine Danıştay'ın, disiplin hukukuna yönelik vermiş olduğu kararlarında ölçülülük ilkesini değerlendirilirken çoğunlukla orantılılık alt ilkesinin temel alındığı görülmektedir. Mahkemenin gerek bahsettiği-

⁸⁵ Turan Yıldırım, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Sınırlamanın Sınırı" (Sınırlamanın Sınırı), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Muammer Aksoy'a Armağan, Ankara, 1991, C.16, S.1-2, ss.465-474, s.473.

⁸⁶ Kararlar için bkz. Kurt, Güvenceler, s. 166.

miz kararlarında gerekse ölçülülük denetimine ilişkin diğer kararlarında, elverişlilik ve gereklilik ilkelerine orantılılık ilkesine göre daha az başvurduğu görülmektedir. Danıştay'ın kararlarına bakıldığında, 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde de ölçülülük denetiminin farklı kavramlarla yapıldığı görülmektedir.

Sadece kamu görevlilerinin işlemiş oldukları fiillere karşı başlatılan soruşturmalar ve ceza tatbikinde değil; idari işlem ve eylemlerin de ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. İdare olarak hukuka uygunluk karinesi ve kamu gücü ölçütüne sığınarak 'biz kararı alalım, yargıdan dönerse döner' anlayışı bu ilkenin hem özüne hem de amacına aykırıdır. İdarenin söz konusu ilke kapsamında göstereceği hassasiyet, ilkenin sadece Danıştay ya da diğer yargı makamlarınca başvuru bir araç olmasını engelleyecektir. Aksi takdirde, kamu yararının korunmasında aksaklıklar ve bireylerin menfaatlerinin zedelenmesinde artışlar ortaya çıkacaktır.

3. Disiplin Cezalarında Ölçülülük İlkesinin Önemi

Dünyada hak ve özgürlüklerin tamamen sınırsız olduğu bir ülke örneği yoktur. En gelişmiş ülkelere kadar hak ve özgürlükler yeterli/yetersiz ölçüde de olsa kendi yönetim sistemleri içerisinde bir sınırlamaya tabidir. Sınırlamaların sınırı bu sistemlerde oldukça önem arz etmektedir. Zira sınırlamalar gereğinden fazla olduğu takdirde özgürlüklerin mi yoksa sınırlamaların mı öncelikli olduğu belirlenemez hale gelir. İşte bu durumda ölçülülük ilkesinin önemi karşımıza çıkmaktadır. Çünkü ölçülülük ilkesi ile insanlara tanınan hak ve özgürlüklerin öncelikli ve temel sınırları belirlenmektedir.⁸⁷

Gerek özel hukuk uyuşmazlıkları gerekse idari yargı alanında değerlendirildiğinde, idari para cezaları, çevresel yaptırımlar, ruhsat iptalleri ve kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezaları gibi birçok yaptırımın denetiminde değişik isimlerle kullanılan ölçülülük ilkesi anayasal bir denetim mekanizmasıdır. Başta öğrenciler ve memurlar aleyhine verilen disiplin cezalarında olmak üzere, idarenin ihlal ile yaptırım arasında adil bir denge gözetip gözetmediğini denetleyen

⁸⁷ Oğurlu, Karşılaştırmalı Ölçülülük, s. 17.

idari yargı makamları, bu ilkeye başvurmakta ve idari yaptırımın sebep, konu ve amaç unsuru açısından gerekli olup olmadığını denetlemektedirler.⁸⁸

Disiplin hukuku özelinde değerlendirdiğimizde de uygulanan yaptırımlar açısından ölçülülük ilkesi önemli bir kıstastır. Zira kanuniliğin yansıması olan *'kanunsuz suç olmaz'*⁸⁹ ilkesinin istisnası olan torba hükümlerle birlikte kıyas yapılabilen ve kanunun belirlediği bazı idari ihlallere nitelik itibarıyla benzeyen ancak kanunda yer verilmemiş fiillere de yaptırım uygulanması idarenin takdirine bırakılmaktadır. Bu noktada disiplin cezalarına konu sınırlamaların, sınırının doğru belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yasama ve idarenin sınırı aşan tasarrufları, yargı makamlarınca iptal edilecektir.⁹⁰ Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 125 (Değişik: 12.5.1982 - 2670/31 md.)'de devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ve bu cezaları gerektiren disiplin suçları ayrı ayrı belirtildikten sonra⁹¹ *"yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir"* şeklinde bir genel hüküm eklenerek idareye takdir hakkı tanınmıştır. Bu durumda, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olan takdir hakkı kullanılırken ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Dolayısıyla kanunda sayılmayan bir fiili işlemek suretiyle idari düzeni ihlal eden memura uygulanacak yaptırımın, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli, amaçla orantılı ve amaç için zorunlu olması gerekmektedir. Aksi halde uygulanan yaptırım idari yargı makamlarınca ölçülülük ilkesine aykırılıktan iptal edilecektir.⁹² Bu değerlendirme ile de karşımıza çıkan husus, ilkenin disiplin hukuku açısından da önemli bir ölçüt olduğudur. Özellikle memurlara uygulanan yaptırımlar noktasında karşımıza çıkan birçok yargı kararında, ilkeye yönelik gerekli önemin verilmemesi dolayısıyla, uygun olmayan bir yaptırım uygulandığında, işlemin iptal edildiğini görmekteyiz. Örneğin Anaya-

⁸⁸ Karabulut, İdari Yaptırımlar, s. 159.

⁸⁹ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Basım Yayım Dağıtım, 8. Baskı, İstanbul, 2014, s. 45.

⁹⁰ Turan Yıldırım, Sınırlamanın Sınırı, s. 465.

⁹¹ Devlet Memurları Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, (08.08.2018).

⁹² Murat Ekinci, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Ankara, 2017, S.3, ss.19-54, s. 37.

sa Mahkemesi ölçülülük ilkesini “disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereği” olarak görmüş ve buna ilişkin⁹³ “...disiplin cezası gerektiren farklı fiiller için ayırım yapılmaksızın tek bir yaptırım benimsenmiştir. Diğer bir ifadeyle uyarma cezasını gerektirecek bir fiil karşılığında uygulanacak yaptırım ile daha ağır bir disiplin cezasını gerektirecek bir davranış aynı sonuca bağlanmıştır. Buna göre bireyin kamu hizmetinde kalmasının, disiplin cezası gerektiren eylemlerin ağırlığına uygun herhangi bir kademelendirme yapılmayarak, adil ve makul bir denge gözetilmeksizin ölçsüz bir biçimde memuriyetten çıkarılma yaptırımına tabi tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı” şeklinde hüküm kurmuştur. Anayasa Mahkemesi disiplin cezasına ilişkin bir başka kararında⁹⁴ ölçülülük ilkesini Anayasa’nın 2. maddesi yönünden incelemiş, bu yönüyle ilkenin önemini vurgulamıştır. Mahkeme Anayasa’nın 2. maddesinden hareketle Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu, ölçülülük ilkesinin de hukuk devletinin bir sonucu olduğunu belirtmiştir. İlgili Anayasa Mahkemesi Kararında itiraz yoluna başvuran Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi de ilkenin önemini, “hukuk devletinin gerçekleştirilmesinin unsurlarından biridir” şeklinde açıklamıştır.

Danıştay yapmış olduğu yargısal denetimlerde, ölçülülük ilkesine en fazla disiplin hukuku alanında başvurmuştur. Bu da ilkenin disiplin hukukundaki önemini ortaya koymaktadır. Yukarıda da bahsedildiği üzere Danıştay ve idare mahkemeleri aldıkları birçok kararda nispet, denge, oran gibi kavramlarla bu ilkeyi desteklemektedirler.

Disiplin cezalarında amaç, kamu düzeninin korunması hedefine ulaşmada yeterli ve gerekli olan cezanın takdir edilmesidir.⁹⁵ Bu denge öyle hassas bir dengedir ki; bu dengeye uyulmayarak başlatılan soruşturmalar ve sonunda alınan kararlar, kamu görevlilerinin görevlerini icrasındaki performanslarını, verimliliklerini, kurumlarına olan aidiyet duygularını, iş huzurunu, iş arkadaşları ile olan ilişkilerini

⁹³ AYMK, E.: 2013/15, K.: 2013/131, K.T.:14.11.2013, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4fc2d21d-9638-45f1-a7c4-b87c2460c0d6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (21.02.2019).

⁹⁴ AYMK, E.:2010/28, K.:2011/139, K.T.:20.10.2011, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/karar/content/2c7ff934-d21b-45d2-944a-34058ea25d35?excludegerekce=false&wordsonly=false>, (08.08.2018).

⁹⁵ İl Han Özay, *Günüşğinde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002, s. 512.

olumsuz yönde etkileyebilir. Bu noktada idarenin takdir yetkisini kullanırken **başvuracağı kıstas** olan ölçülülük ilkesinin önemi ortaya çıkmaktadır. İlke, idarenin takdir yetkisine yön vermekte ve takdir yetkisi kullanılırken dengelerin gözetilmesinde etkin rol oynamaktadır.⁹⁶

Genel olarak değerlendirildiğinde disiplin cezaları noktasında ölçülülük ilkesinin önemi gerek idarenin işlemlerinde gerekse idari yargı denetiminde oldukça önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Ölçülülük ilkesi, disiplin cezaları ile hak ve özgürlüklere müdahale eden kamu gücünün, gereklilik, elverişlilik ve en önemlisi orantılılık unsurlarına riayet etmediği takdirde, yapılan işlemin yargı yoluyla denetiminde oldukça önemli bir konum üstlenmektedir. Bu itibarla kamu görevlilerine verilen cezaların sadece mevzuata uygunluğu değil, aynı zamanda gerekli, elverişli ve orantılı olması zorunlu kılınmaktadır. İdare Hukukunda keyfiyete yol açabilecek takdir yetkisine bırakılan alanların olduğu düşünüldüğünde, ölçülülük ilkesinin önemi daha da belirgin hale gelmektedir. Yukarıda bahsedilen Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca verilecek "*disiplin cezalarındaki kıyasa ilişkin maddeler*" bunun en belirgin örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Sadece verilen cezaların denetiminde değil; aynı zamanda verilecek cezaların tespitinde de ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi, kamu yararının gözetilmesi ve kamunun etkin bir şekilde işleminde önemli bir etkidir.

4. Ölçülülük İlkesi Bağlamında Disiplin Cezalarındaki Derecelendirme

Disiplin suçu, özel bir yükümlülükle kamusal makamlara bağlı olan kişilerin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesidir.⁹⁷ Bu suç, öğrencinin kopya çekmesi, polisin görev başında uyuması şeklinde olabileceği gibi, memurun kamu düzeninin işleyişini bozması şeklinde de olabilir. Bu bağlamda konumuzun ana unsurunu oluşturan disiplin cezasının memur hukuku açısından anlamı ise, hizmete dönük kusurlu memur eylemi olmasıdır. 657 sayılı Kanun'a tâbi memurlar için ilgili kanunun 125. maddesinde; yargı mensupları, silahlı kuvvet-

⁹⁶ Oğurlu, Danıştay'ın Yaklaşımı, s. 143-145.

⁹⁷ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2017, s. 658.

ler ve üniversite mensupları gibi 657 sayılı DMK'dan ayrı personel kanunları bulunanlar için kendi personel kanunlarında disiplin suç ve cezaları belirtilmiştir.⁹⁸ Devlet Memurları Kanunu'nda kamu hizmetlerinin etkin bir şekilde yürütümünü sağlamak üzere mevzuatın emrettiği görevleri yerine getirmeyen, uyulması zorunlu olan hususlara uymayan, yasaklanan eylemleri yapan devlet memurlarının disiplin suçu işlemiş sayılacağı ve bu suçu işleyen memurlara idare tarafından durumun niteliği ve ağırlık derecesine göre "uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, devlet memurluğundan çıkarılması" şeklindeki disiplin cezalarından biri uygulanacağı düzenlenmiştir.⁹⁹

Disiplin cezaları hukuksal niteliği itibarıyla, etki ve sonuçları yalnızca muhatabı olan memura yönelik olması dolayısıyla öznel bir idari işlemdir.¹⁰⁰ Yapılan bu idari işlemle tesis edilen cezanın adil ve makul bir denge içermesi ise ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰¹ Zira Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde memurlara verilecek olan idari yaptırımlarda dereceli bir oluşturulmuş; eylemin ağırlığına göre bir ceza verilmesi hükme bağlanmıştır.¹⁰²

Disiplin suçlarında yasallık ilkesi söz konusu değilken, disiplin cezalarında yasallık ilkesi geçerlidir.¹⁰³ Yani işlenen eylemin "nitelik ve ağırlığına göre ceza verileceği" belirtilerek kıyaslama yapılması idarenin takdirine bırakılmışken, eyleme ilişkin verilecek disiplin cezasının kanunda düzenlenen beş tür cezanın dışında olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu itibarla yapılan eylemin niteliğine göre, verilecek cezaların tahdidi olarak sayılan beş türden birisi olması zorunludur. Örneğin

⁹⁸ Bahtiyar Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar" (Disiplin Hukuku), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2002, C.6, S.1-2, ss.241-262, s.245.

⁹⁹ Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara, 2005, C.38, S.2, ss.61-87, s.62.

¹⁰⁰ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.765; Odyakmaz, Kaymak ve Ercan, *İdare Hukuku*, s. 228-229.

¹⁰¹ Boz, *Disiplin Hukukuna Hâkim İlkeler*, s. 24.

¹⁰² 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, Erişim Tarihi: 03.09.2018.

¹⁰³ Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku (Cilt1)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 667.

kanunda yer almayan “memur aylığının tümünün kesilmesi”, “kamu kurumundan belirli süre uzaklaştırma”, “kademelerle ilerlemesinin iptal edilmesi” gibi cezalar verilemeyecektir.

Disiplin cezalarının verilmesinde idareye verilen bir başka takdir yetkisi de, kamu görevlisine bazı hallerde bir derece hafif olan cezanın uygulanmasına yönelik hükümdür.¹⁰⁴ Bu yetkiye ilişkin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. maddesinde¹⁰⁵ “Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir” denilmektedir. Bu itibarla kanun koyucu derecelendirmeyi yaptıktan sonra idareye verdiği takdir yetkisiyle, kişinin geçmişindeki çalışmaları ve davranışlarına göre de değerlendirilerek makul bir cezanın verilmesini öngörmüştür. Yasa koyucu bu madde ile kişinin geçmişteki başarıları, ödülleri yadsınamış; makul ve adil bir ceza verilmesinden bahisle ölçülülük ilkesine göre hareket etmiştir.

Yapılan tüm bu açıklamalar ışığında, ölçülülük ilkesi açısından disiplin cezalarındaki derecelendirme sistemi incelendiğinde, Devlet Memurları Kanunu’nda bahsedilen beş tür cezanın belirlenmeyerek, verilecek cezanın idarenin takdirine bırakılması veyahut yasada belirtilen ceza türlerinin sayısının beşten daha az olması durumunda, ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edebilecek idari işlemlerin sayısının artması kaçınılmazdır. Zira oldukça geniş bir alana yayılan disiplin suçlarında idarenin takdir yetkisi bağlamında vereceği kararların belli bir sınırlandırmaya tabii olması gerekmektedir.

İncelenen kararlardan sonra, çözüm olarak beş tür ceza yerine verilecek cezaların sayısının daha da artırılması önerilebilir. Şöyle ki; uygulamada bazı fiiller açısından ya da somut olayın cereyan ediş tarzı bakımından mevzuatta var olan cezaların hiçbirinin uygun olmadığı, birinin hafif bir ceza olarak nitelendirilmesi sonrasında bir üst ceza uygulandığında da, cezanın gerekenden ağır olabileceği kanaatleri oluşabilmektedir. Örneğin, memurluktan çıkarma cezasından bir önceki maddeye, eylemin niteliğine göre “görev yerinin/çalıştığı kurumun değiştirilmesi” veyahut “geçici olarak devlet memurluğundan uzaklaştır-

¹⁰⁴ Odyakmaz, Kaymak ve Ercan, İdare Hukuku, s. 230.

¹⁰⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, Erişim Tarihi: 03.09.2018.

ma"; işlenen eylemin belli bir maddi zarara sebep olduğu durumlarda aylıktan kesme cezasından önce, "maddi zararın karşılanması"; göreve geç gelme, mesai saatinden erken ayrılmak gibi eylemlerde ise uyarma cezasından önce belirlenen sürelerle yönelik "normal mesai bitiminde ücretsiz mesai yaptırılmasına" gibi cezalar getirilmesi kişilerin gerek iş tatmini, gerekse ölçülülük ilkesi bağlamında daha orantılı ve adil bir disiplin cezası almasına olanak sağlayacaktır. Örneğin DMK 125/E-g maddesindeki devlet memurluğundan çıkarma cezasında, "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmü oldukça yoruma açık bir maddedir. Bu maddeye dönük bir eylemin gerçekleştirilmesi halinde eylemin ağırlığına göre görev yerinin ve çalıştığı kurumun değiştirilerek farklı bir ile gönderilmesi (sürgün edilmesi) daha adil bir yaklaşım olabilecektir.

5. Disiplin Cezalarında Ölçülülük İlkesine İlişkin Uygulama Sorunları

Demokratik hukuk devletinde özgürlük asıl, sınırlama ise istisna olmalıdır. Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlüklerin en yüksek düzeyde değil, sınırlama sebebindeki amaca ulaşabilecek ölçüde sınırlanmasını, sınırlamanın en az düzeyde olmasını gerektirir. Bu bağlamda düşünüldüğünde ölçülülük ilkesinin temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi amacı yatmaktadır.¹⁰⁶ Buna paralel nitelikte Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı'nın 19. maddesinde, takdir yetkisi başlığı altında belirtilen¹⁰⁷ "İdarî makamlara tanınan takdir yetkisi, yürütülen idarî faaliyetin gerekleri ve kamu yararıyla sınırlıdır. Takdir yetkisi, konuyla ilgili inceleme, araştırma ve değerlendirmeler yapılarak, işlemin sebebi ve amacı saptanarak kullanılır. Takdir yetkisinin kullanılmasında, tercihi belirleyen hususlar ile işlemin sebebi ve güdülen amaç idarî işlem metninde açıklanır." hükmü ile de idarenin takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı vurgulanmıştır. Buna yönelik günümüz idari işlemleri incelendiğinde ölçülülük ilkesinin denetim mekanizması işlevi, idare tarafından keyfi denilebilecek nitelikte uygulamalarla yerine getirilmediğinden, kamunun işleyişinde sorunları beraberinde getirmek-

¹⁰⁶ Yüksel Metin, "Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Isparta, 2017, C. 7, S.1, ss.1-74, s.5.

¹⁰⁷ Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı, <http://www.bilgiedinmehakki.org/blog/2006/10/12/genel-idari-usul-tasarisi/>, (04.09.2018).

tedir. Özellikle disiplin cezalarının belirlenmesi ve uygulanmasında idareye geniş bir takdir yetkisi verilmesi ve ölçülülük ilkesinin idare tarafından bu aşamada değerlendirilmemesi mağduriyetlere sebebiyet vermekte; mağdur olan kişilerin yargı makamlarına başvurmasıyla da artan bürokrasi sorunları karşımıza çıkmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesine göre disiplin hukukunun genel amacı *"kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak"* tır. Buradan yola çıkıldığında disiplin cezalarının temel amacı, kurum düzeni ve devlet saygınlığını, memurlar üzerinde hukuksuz korku ve baskı oluşturmadan eğitim ve inanç merkezli olarak korumaktır.¹⁰⁸ Bu nedenle idare vereceği disiplin cezalarında ihlalin ağırlığı ile yaptırımın orantılı olmasına dikkat etmeli; idare takdir yetkisinin devreye girdiği durumlarda, disiplin cezası verilmesini gerektiren eylemin niteliğinin belirlenmesinde hataya düşmemelidir. Aksi takdirde yapılan eyleme ilişkin verilecek disiplin cezasında da hataya düşeceğinden ölçülülük ilkesi ihlal edilecektir.¹⁰⁹ Yargıtay ve Danıştay kararları bu hususlara örnek niteliktedir. Yargıtay bir kararında¹¹⁰: *"... Temel dayanak olan bu ilke gözetilmez ve kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenir; birey yararı toplum zararına kayırılırsa yargılama kilitlenebilir ve dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşer"* diyerek ölçülülük ilkesinin kamu ve birey yararı arasındaki dengeyi korumada önemli bir işlevi olduğunu belirtmiştir. Danıştay ise vermiş olduğu bir kararında davacının eylemi yönetmeliğin 7/a maddesinde belirtilen kusurlu harekete girdiğinden bu eylemin karşılığı olarak da kınama cezası verilmesi gerekirken, daha ağır bir cezanın verilmesini ölçülülük ilkesi bağlamında hukuka aykırı bulmuştur.

¹⁰⁸ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.913; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün ve Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 265; Nuri Tortop, "Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara, 1983, S.16/3, ss.89-100, s.90; Akyılmaz, Disiplin Hukuku, s. 244; Oğuz Sancakdar, Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 151-153.

¹⁰⁹ Arık, Yaptırımlarda Ölçülülük, s. 81-85.

¹¹⁰ YCGK, E.:1995/7-165, K.:1995/302, K.T.: 24.10.1995; YCGK, E.:1994/6-322, K.:1994/343, K.T.: 19.12.1994; YCGK, E.:1995/305, K.:1995/6-238, K.T.:24.10.1995; Yargıtay. 4. Ceza Dairesi Kararı, E.:1994/7114, K.:1994/7264, K.T.:26.9.1994, https://emsal.yargitay.gov.tr/bilgibankasistemci_web/yenitasarim/index.jsp (05.09.2018).

Disiplin hukukumuzun idareye tanıdığı geniş takdir yetkisi, pek çoğu hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan disiplin suçu kategorisi ve disiplin hukukuna ilişkin kıyas ilkesini getiren torba hükümler adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik etmektedir. Bu sebeple idareye, disiplin suçunun soruşturulması ve disiplin cezalarının tatbikine ilişkin Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen ilkelere uyma zorunluluğu getirilmelidir. Örneğin, Anayasal bir hak olan savunma hakkı kişilere mutlaka verilmeli, savunması istenen kamu görevlisine suçlama konusunun ve hakkındaki isnadın ne olduğu açıkça bildirilmeli, kamu görevlisine savunmasını yapabilmesi bakımından yeterli süre verilmeli ve savunma hakkının mutlaka karar veren makam önünde kullanılması zorunlu olmalıdır.¹¹¹

İdari yargı makamlarının ölçülülük ilkesine başvurduğu alanların en başında, idarenin disiplinin hukukuna yönelik işlemleri gelmektedir. Kararlarda çoğunlukla disiplin suçu ile verilen ceza arasında adil bir denge bulunmadığına, idarenin burada keyfi olarak davranıp verdiği cezanın ölçüsüz olduğuna hükmedilmekte ve idari işlem iptal edilmektedir.¹¹² Nitekim aday polis memuru iken görevi başında uyuyan polis memurunun idare tarafından memuriyetle ilişkisinin kesilmesine yönelik karar, adil denge gözetilmediğinden bahisle İdare Mahkemesi ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararıyla iptal edilmiştir.¹¹³ Bir başka Danıştay kararında ise, yine görev başında uyuyan bir başka polis memuruna verilen "*on ay kısa süreli durdurma*" disiplin cezası yerinde görülmüş ve hukuka aykırılık olmadığına hükmedilmiştir.¹¹⁴ Her iki karar incelendiğinde karşımıza çıkan sonuç, idarenin keyfi davranışlarının yargı makamlarınca ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek iptal edildiğidir. Bahse konu örneklerdeki ilk kararda "*memuriyetten ilişkisinin kesilmesi*" gibi adil denge gözetilmeksizin verilen bir disiplin cezası söz konusu olup, bu karar

¹¹¹ Akyılmaz, Disiplin Hukuku, s. 241.

¹¹² Erkut, Hukuka Uygunluk, s. 118.

¹¹³ Karabulut, İdari Yaptırımlar, s. 159.

¹¹⁴ Dan. 12. D., E.:2007/5381, K.:2009/6552, K.T.:24.11.2009,

idari yargı makamlarınca ölçsüz bulunarak iptal edilirken benzer bir başka disiplin suçuna konu yaptırımında ise (*kararın verildiği güne kadar geçmiş hizmetleri olumlu ve sicilleri iyi olan memurlara Tüzükte gösterilen cezanın bir derece aşağısının uygulanabileceği ilkesi de gözetilerek*), verilen disiplin cezasının ölçsüz olmadığına hükmedilerek onandığı görülmektedir. Benzer olaylarda verilen disiplin cezalarının birbirinden bu kadar farklı olabilmesi, memur disiplin hukukunda takdir yetkisinin oldukça geniş olduğunu göstermektedir. Bu noktada kanaatimizce idarenin tasarruflarının özellikle orantılılık alt ilkesince sınırlandırılması, tahdidi olarak sayılan disiplin suçlarında verilecek disiplin cezalarının sarıh ve anlaşılır olması; benzer disiplin suçlarına verilecek disiplin cezalarında alt ve üst sınırlar belirlenerek idareye bu alt ve üst sınırlar içerisinde sınırlı bir takdir hakkının tanınması önemli bir gerekliliktir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda veyahut diğer disiplin hukukuna konu mevzuatta, disiplin cezası tehdidi taşıyan hal ve davranışlar, disiplin cezalarının her biri için ayrı listeler halinde gösterilmiştir. Ancak kanunda sayılan bu hal ve davranışlara nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzeyen fiillere de aynı türden cezaların verileceğine dair hükümlere yer verildiğinden, disiplin suçları bakımından "tipiklik" ve "açıklık" ilkelerinden uzaklaşmıştır.¹¹⁵ Bu durum idareye oldukça geniş bir takdir yetkisi sunmakta, aynı eylem veya fiiller için somut olaylara bakılmaksızın farklı disiplin cezaları verilebilmektedir. Bu husus da, ölçülülük ilkesinin özü niteliğinde olan "adil denge" ölçütünden uzaklaşılmasına sebebiyet vermektedir.

Suç ve cezaların kanunlarda açıkça tanımlanıp belirtilmesi salt bu tanımlara uyan fiillerin cezalandırılmasına olanak tanımakta, kanuni tarife uymayan fiil ve davranışların kıyas yoluyla kanuni tarifteki fiillere benzetilerek cezalandırılmasına olanak tanımamaktadır. Aynı şekilde kıyas yoluyla cezaların artırılmasına ve kanunda öngörülmeyen bir cezanın uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere gerçekten de DMK'da bulunan, "*Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir*"

¹¹⁵ Akyılmaz, Disiplin Hukuku, s. 244.

(madde 125\4) ceza hukukunda yasaklanan kıyasa izin vermektedir.¹¹⁶ O halde idare bu hükmün uygulanması esnasında geniş yorumlar yaparak adil bir dengenin ortadan kaldırılmasına, ölçsüz bir cezanın tatbikine mahal vermemelidir.

Ölçülülük ilkesine uyulmaması bazı işlemlerde sakatlığa yol açmakta veyahut işlem ya da eylemin niteliğini değiştirecek kadar önem arz etmektedir. Bu sorunsal gidermek üzere üst yargı denetimi yapan Danıştay, kararlarının büyük bir kısmında doğrudan adından söz etmese de içerik olarak ölçülülük ilkesine başvurmuştur. Özellikle disiplin cezalarına ilişkin idari yaptırımlar konusundaki kararlarının birçoğunda ilkeye başvurduğu görülmektedir.¹¹⁷ Ancak bahse konu Danıştay kararları incelendiğinde karşımıza çıkan sorun, ölçülülük ilkesinin sınırlama aracının elverişli ve gerekli olması anlamına gelen diğer alt unsurlarına değinilmeden yalnızca orantılılık unsuru üzerinde durulmasıdır.¹¹⁸ Bu da yapılan denetimin çok daha dar bir kapsamda yapıldığını; ölçülülük ilkesinin anayasal zemine konu denetiminin eksik yapıldığı sonucunu çıkarmaktadır.

Ölçülülük ilkesi çatışan ve hukuken korunan menfaatlerin norm alanlarının somutlaştırılmasında kilit rol oynayan bir ilkedir. Karar verme sürecini sağlam bir sonuca vardırarak için ilkenin işlevi oldukça önemlidir. Gerek kamu hukuku alanında gerekse diğer hukuk alanlarında ölçülülük ilkesi, birey ile kamunun menfaatleri arasında bir dengenin kurulmasını gerekli olduğu alanlarda, anılan menfaatler arasında “*pratik uyuşumu*” kurar.¹¹⁹ Bu pratik uyuşumu kurarken karşımıza çıkan bir diğer sorun da, idarenin yaptığı tasarruflarda ölçülü-

¹¹⁶ Kaya, Memur Disiplin Suç ve Cezaları, s. 67

¹¹⁷ Dan. 8. D., E.:1988/820, K.:1990/145, K.T.:5.2.1990, *Danıştay Dergisi*, Y.:21, S.80, s.304-305; Dan. 8. D., E.:1993/1617, K.:1993/4214, K.T.:14.12.1993, *Danıştay Dergisi*, S.90, s.879. Benzer Danıştay kararları için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>. Bu konuyla ilgili bir makalede “adil denge” kavramından söz edilmekte, ancak kavramı doldururken yapılan değerlendirme ölçülülük ilkesi ile ilgili değerlendirmelerle örtüşmektedir. Turhan Tufan Yüce, “Ceza Hukuku İlkelere Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, *Danıştay Dergisi*, Ankara, 1994, Y.:24, S.:88, ss.5-13, s.10-11, https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/05_12_2018_114827.pdf, (21.02.2019).

¹¹⁸ Erdol, Ceza Hukukunda Ölçülülük, s. 50; Oğurlu, Karşılaştırmalı Ölçülülük, s. 135; Ali Ceylan, Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi (Ölçülülük İlkesi), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 67.

¹¹⁹ Rumpf, Ölçülülük ve Anayasa Yargısı, s. 45.

lük ilkesine özellikle de cezaların bireyselleştirilmesinde hakkaniyet, eşitlik, pozitif ayrımcılık gibi kavramlara gereğinden az yer vermesidir. İdare disiplin hukuku anlamında vereceği cezayı bireyselleştirirken kullandığı takdir yetkisinde sınırları aşmamalı; ortaya çıkan zarar ile tehlikenin ağırlığı ölçüsünde bir disiplin cezası vermelidir. Bu nedenle idare cezaları bireyselleştirirken, öncelikli olarak hukuka aykırı eylemin neticesinde doğan zararın veya tehlikenin ağırlığı ölçüsünde disiplin suçunun niteliğini belirlemeli, sonrasında ise kişinin ve olayın sübjektif niteliğini dikkate alarak bir karar verilmelidir. Bu şekildeki bir süreç ölçülülük ilkesi açısından daha olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Uygulama sorunlarından biri de disiplin suçu sayılan fiilin işlenip işlenmediğinin tespitinde kamu görevlisinin hak ve hürriyetlerine müdahale niteliği taşıyacak idari işlem ve eylemlere başvurulmasıdır. Eylemin yapıldığını ortaya koyan delillere ulaşma konusunda ceza hukukuna ilişkin temel ilkelerin kıyas yoluyla disiplin hukukunda da uygulanması gerekir. Hukuka aykırı delil¹²⁰ ederek soruşturma dosyasını tamamlama çabası, kamu gücünün orantısız kullanımı sonucunu doğuracaktır. Örneğin, memurun göreve sarhoş gelmesi eyleminin tespitine ilişkin 657 sayılı Kanun'da herhangi açıklayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Amir durumunda olan devlet memurlarının görev ve sorumluluklarını konu alan aynı yasanın 10/1. Maddesindeki amirlerin maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli olduklarına ilişkin düzenleme uyarınca özgürlüğünden alıkonulabileceği, hatta eylemin hukuka uygunluk sebepleri çerçevesinde hem suç oluşturmayacağı hem de tazminat sorumluluğu yaratmayacağı söylenebilirse de, AİHS 5/1 ve 5/1-b maddede hükümleri karşısında memurun göreve sarhoş gelip gelmediğini tespit için rızası hilafına alkol muayenesine tabi tutulmasının ölçülülük ilkesinin ihlali sayılabileceği ifade edilmektedir¹²¹.

Üst yargı makamlarının uygulamalarındaki eksikliklere bir göz atmak gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin '*getirilen önlem veya sınırla-*

¹²⁰ Gizli kamera yerleştirmek suretiyle yasaya aykırı şekilde elde edilmiş kayıtların tek başına delil niteliğinin olmadığı hakkında karar için bkz., Dan. 16. D., 2015\14258 E., 2015\4219 K.

¹²¹ Güven Süslü, "Disiplin Soruşturmasında Memurun Akıl Sağlığının, Alkol Alıp Almadığının Rızası Olmaksızın Tespiti", *TBB Dergisi*, 2017 (131), s. 100-102

ma hakkın kullanılmasını zorlaştırır veya kullanılamaz hale getirirse aynı zamanda ölçülülük ilkesi de ihlal edilmiş sayılır' ifadesiyle ölçülülük ilkesini, hakkın özüne dokunma yasağından önceki alanda denetimi sağlayan bir ölçüt olarak görmediği karşımıza çıkmaktadır. Bu hususta özellikle 2007 yılına kadar Anayasa Mahkemesi'nin anayasal açıdan etkin bir ölçülülük denetimi yapmadığı ancak 2007 yılından sonra verdiği kararlarda ilkeye önem verdiği görülmektedir. Danıştay'ın ise disiplin hukuku yönüyle dar bir kullanım alanı içinde bu ilkeye başvurduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile ölçülülük ilkesinin hukuk literatürümüze girmesi dolayısıyla, Danıştay'ın elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerine de başvurarak ölçülülük denetimini genişlettiği görülmektedir.¹²²

Sonuç

Disiplin cezalarının tatbikinde uygulamadaki sorunlara ilişkin açıklamalardan ortaya çıkan sonuca göre gerek idarenin gerekse soruşturmacı olarak tayin edilen kamu görevlisinin ölçülü ve adil bir ceza uygulamasının ortaya çıkmasında dikkat etmesi gereken önemli hususlar vardır.¹²³ Yukarıda ayrıntılı ifade edilen ölçütlere uyulmadığında idari işlem niteliğindeki disiplin cezaları, yargı kararlarıyla işlemin unsurları bakımından, özellikle de konu unsuru yönünden, iptal edilmektedir.

Bu bağlamda ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemesi açısından sonuç niteliğinde ortaya konacak öneriler bakımından; kamu personeline ilişkin disiplin işlerinin tümünde kanunilik ilkesi azami ölçüde gözetilerek disiplin suç ve cezalarının tanımı ve unsurlarının belirlenmesinin keyfi bir şekilde idarenin takdirine bırakılmasının önüne geçilmelidir. Belirlilik ilkesi bu aşamada önem arz etmektedir. Başka bir deyişle yoruma açık disiplin suç tanımlarına **mümkün olduğunca** yer verilmeli, DMK madde 125\4 hükmünün uygulanmasında geniş yorumlardan kaçınılmalıdır. Mevzuatta kıyasa ilişkin hükümler olmamalı; ayrıntılı kanunun hazırlanmasının zor olması hasebiyle, disiplin kanunlarının hazırlanmasında **açık ceza normu**, aralıklı ceza uygulaması gibi teknikler kullanılmalıdır. Savunma hakkının önündeki tüm

¹²² Ceylan, Ölçülülük İlkesi, s. 95.

¹²³ Akyılmaz, Disiplin Hukuku, s. 262.

engeller kaldırılarak, gerek savunmaya hazırlanma, gerek savunma alınması esnasında hukuksal destek sunma konularında dikkatli davranılmalıdır. Bu aşamada ölçülü bir cezanın tatbiki açısından en önemli hususlardan birisi de soruşturmacının hukuki yeterliliğidir. Kamu kurum ve kuruluşlarında soruşturmacının hukuki yeterlilik açısından yetersizliği, birçok ilkenin ihlalini de beraberinde getirmektedir. Diğer taraftan işlenen fiilin kanundaki hangi suç tipine uyduğunu tespit ederken korunan hukuki menfaatin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde daha yüksek bir ceza gerektiren suç kategorisine eğilim ihtimali artabilmektedir. Alınacak önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olması bakımından da bu çok önemlidir.

Kaynakça

- Akyılmaz Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar" (Disiplin Hukuku), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2002, C.6, S.1-2, ss.241-262.
- Akyılmaz Bahtiyar, Sezginer Murat ve Kaya Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Alexy Robert, "Constitutional Rights and Proportionality", *Revus* (Online), S.22, 2014, <https://journals.openedition.org/revus/pdf/2783>, (20.02.2019).
- Arık Sakine, *İdari Yaptırımlarda Ölçülülük İlkesi (Yaptırımlarda Ölçülülük)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- Arslan Zühtü, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara, 2002, C.19, ss.139-155.
- Atay Ender Ethem, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- Boz Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, 2017, C.25, S.2, ss.15-41.
- Centel Nur, Zafer Hamide ve Çakmut Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Basım Yayım Dağıtım, 8. Baskı, İstanbul, 2014.
- Ceylan Ali, *Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi (Ölçülülük İlkesi)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- Eissen Marc-Andre, "The Principle of Proportionality in the Case Law of European Court of Human Rights", *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993.
- Ekinci Murat, "Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Ankara, 2017, S.3, ss.19-54.
- Erdem Jülide Gül, "Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri" (Takdir Yetkisi), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2013, C.62, S.4, ss. 971-1005.

- Erdol Hilal, Ceza Hukuku ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi (Ceza Hukukunda Ölçülülük), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.
- Erkut Celal, Hukuka Uygunluk Bloku 'İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi' (Hukuka Uygunluk), Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.
- Gölcüklü Feyyaz, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi", (Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu) VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1990, C.4.
- Gözler Kemal, İdare Hukuku C. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.
- Gözler Kemal ve Kaplan Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2017.
- Gözübüyük A. Şeref ve Tan Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, C.1, 8.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Hakyemez Yusuf Şevki, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Armağanı C.2, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001.
- Harris David John, O'Boyle Michael ve Warbrick Colin, Law of The European Convention on Human Rights, Butterworths, London, 1995.
- Hatipoğlu Mehmet, "Çevrenin Korunmasında İdari Yaptırımların Caydırıcılık Açısından Değerlendirilmesi", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Ankara, 2016, S.1, ss. 77-118.
- İyimaya Ahmet, TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 21, C. 70, Yasama Yılı:3, Ankara, 2001, ss. 70-133.
- Karabulut Mustafa, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (İdari Yaptırımlar), Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2008.
- Kaya Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara, 2005, C.38, S.2, ss.61-87.
- Koca Mahmut, "Tutuklamada Oranlilik İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının 'Adli Kontrol' Tedbirinin Değerlendirilmesi" (Tutuklamada Orantılılık), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir, 2003, C.5, S.2, ss.109-142.
- Kurt Hayrettin, "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler" (Güvenceler), *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVIII, S.1, 2014, ss.131-178.
- Kuzmenko Oksana, Sereda Valeriy, "Principles Of Disciplinary Action", Львівського державного університету внутрішніх справ Збірник наукових праць, S.2, 2014, ss.496-501, s.498,
- http://www2.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/visnyky/nvsy/02_2014/14kooda.pdf, (20.02.2019).
- Loucaides G. Loukes, Essay on The Developing Law of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1995.
- Mathews Jud, "Proportionality Review in Administrative Law" (Proportionality), Contributions to Books 9, 2017,

- http://elibrary.law.psu.edu/book_contributions/9, (20.02.2019).
- Memiş Emin, *Anayasa Hukuku Notları (Türk Anayasa Gelişimleri Süreci)*, İstanbul, 1998.
- Metin Yüksel, “Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Isparta, 2017, C. 7, S.1, ss.1-74.
- Metin Yüksel, *Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2002.
- Metin Yüksel, *Türk Anayasa Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2002.
- Odyakmaz Zehra, Kaymak Ümit ve Ercan İsmail, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Oğurlu Yücel, “İlk Örneklerinden Günümüze Danıştay’ın Ölçülülük İlkesine Yaklaşımı” (Danıştay’ın Yaklaşımı), *Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl Sempozyumu Dergisi*, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2003, ss.133-154.
- Oğurlu Yücel, *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Ölçülülük)*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2002.
- Oğurlu Yücel, “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Turhan Tufan Yüce Armağanı*, İzmir, 2001, ss.485-522.
- Oğurlu Yücel, “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme” (İngiliz ve Türk Hukuklarında Ölçülülük), *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Erzincan, 2000, C.IV., S.1-2, ss.147-180.
- Özay İl Han, *Günüşünde Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2002.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 17. Baskı, Ankara, 2017.
- Özkaya Özlüer Ilgın, “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2015, S.1, ss. 121-186.
- Özkaya Özlüer Ilgın, *İdari Yaptırım Kuramı Açısından Çevre Kanunu’nda İdari Cezalar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- Rumpf Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği” (Ölçülülük ve Anayasa Yargısı), *Anayasa Yargısı Dergisi*, Ankara, 1993, C.10, ss.25-48.
- Sancakdar Oğuz, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Saygın Engin, “Ölçülülük İlkesine Yönelik Türk ve İngiliz İdare Hukuku Yaklaşımı Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz” (Ölçülülük İlkesi), *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara, 2017, C. 2, ss.57-88.
- Tortop Nuri, “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları”, *Amme İdaresi Dergisi*, Ankara, 1983, S.16/3, ss.89-100.
- Yayla Yıldızhan, *İdare Hukuku*, 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2009.

- Yıldırım Turan, Yasin Melikşah, Kaman Nur, Özdemir Halit Eyüp, Üstün Gül ve Okay Tekinsoy Özge, *İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.*
- Yıldırım Turan, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Sınırlamanın Sınırı" (Sınırlamanın Sınırı), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Muammer Aksoy'a Armağan, Ankara, 1991, C. 16, S. 1-2, ss.465-474.
- Yüce Turhan Tufan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", *Danıştay Dergisi*, Ankara, 1994, Y.:24, S.:88, ss.5-13, s.10-11,
- https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/05_12_2018_114827.pdf, (21.02.2019).
- Zabunoğlu Yahya Kazım, *İdare Hukuku (Cilt1), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.*

KONKORDATO PROSEDÜRÜ ÇERÇEVESİNDE SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİLERİNİN FESHİ (İİK m. 296, II)

TERMINATION OF PERPETUAL DEBT OBLIGATIONS WITHIN THE FRAMEWORK OF BANKRUPTCY ARRANGEMENT PROCEDURES (EBL Art. 296, II)

Cenk AKİL*

Özet: Sürekli borç ilişkileri borçlunun ekonomik kaynaklarının uzun süre bu ilişkiye vakfedilmesini gerektirir. Bu ise borçlunun olası konkordato başvurusunun başarıya ulaşmasını engelleyebilir. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu bazı şartlar altında konkordato mühleti almaya hak kazanmış borçluya tarafı olduğu sürekli borç ilişkisini dilediği anda feshetme yetkisi tanımıştır. Kanunen borçluya tanınan bu yetki maddi hukuk bakımından sözleşme ile bağlılık prensibine önemli bir müdahaledir. Söz konusu yetkinin kullanımı hem konkordato komiserinin feshe rıza göstermesine hem de mahkemenin onayına tâbi tutulmuştur. Böylelikle bir yandan fesih yetkisinin kötüye kullanımı önlenmeye çalışılmış; öte yandan, karşı tarafa tazminat ödeneceği hükme bağlanmıştır. Sürekli borç ilişkisinin feshinin karşı taraf bakımından doğurduğu sonuçlar dikkate alınarak hizmet sözleşmeleri fesih yetkisinin kapsamı dışında tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İcra Ve İflâs Hukuku, Konkordato, Sürekli Borç İlişkisi, İyileşme, Konkordato Komiseri

Abstract: Perpetual obligations force a debtor to concentrate economic sources on such relations. Such a situation may prevent a debtor from being successful while filing for potential bankruptcy arrangement procedures. Considering this situation, the lawmaker, under certain circumstances, allowed a debtor who has gained a right for arrangement period to terminate unilaterally perpetual obligations at any given time. This authority of debtor recognized by law is considered as an important interference in contractual relationships from the perspective of substantive law. That is why, to prevent abuse, an application of this competence was limited by requiring the consent of bankruptcy trustee and approval of court. On the other hand, requirement of compensation to a counterparty was included in the regulation. Taking into consideration outcomes of termination of perpetual obligations for a counterparty, service contracts were not included in the range of termination competence.

Keywords: Enforcement and Bankruptcy Law, Bankruptcy Arrangement Procedures, Perpetual Debt Obligations, Recovery, Trustee

* Doç. Dr., Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, akilcenk@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3662-0124, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.06.2018, Kabul Tarihi: 02.06.2018

I. GENEL OLARAK

28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun¹ ile 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda bir takım değişiklikler gerçekleştirilmiştir.² Bu meydana iflâsın ertelenmesi kurumu kaldırılmış,³ konkordato mühletinin sonuçları⁴ kapsamında borçluya sürekli⁵ borç ilişkilerini fesih yetkisi tanınmıştır.⁶ Esas itibarıyla İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 297a maddesinden iktibas edilen bu düzenleme uyarınca, konkordatoya başvuran borçlu, taraf olduğu sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla herhangi bir zamanda⁷ feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tâbi olur. Hizmet sözleşmelerinin feshine ilişkin özel hükümler saklıdır.

Aşağıda önce kısaca sürekli borç ilişkisi kavramı ve sürekli borç ilişkisinin feshi, daha sonra sürekli borç ilişkisinin konkordato prosedürü çerçevesinde feshi için gerekli koşullar ele alınacaktır.

¹ Bkz. RG 15.03.2018, S. 30361

² Yapılan değişiklikler hakkında geniş bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018; Selçuk Öztekin/Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel/Serdar Kale/Bilgehan Yeşilova, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018; Talih Uyar, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019; Orhan Eroğlu, Uygulamada Konkordato, 2. B., Ankara 2019; İbrahim Kaplan, Yeni Türk Konkordato Hukuku, Ankara 2019.

³ Bkz. 7101 sayılı Kanun m. 65

⁴ Konkordato mühletinin sonuçları hakkında etraflı bilgi için bkz. İlhan Postacıoğlu, Konkordato, 2. B., İstanbul 1965, s. 53 vd.; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, 3. B., İstanbul 1997, s. 3632 vd.; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013, s. 1508 vd.; Saim Üstündağ, İflâs Hukuku, 8. B., İstanbul 2009, s. 234 vd.; Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 1263 vd.; Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, İcra ve İflâs Hukuku, 7. B., İstanbul 2016, s. 526-528; Timuçin Muşul, İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. B., Ankara 2017, s. 833-835; Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s. 63 vd.

⁵ Buna karşılık, sürekli olmayan borç ilişkilerinin feshi bu düzenleme kapsamına girmemektedir. Bu durumda somut borç ilişkisine göre değerlendirme yapılmalıdır. Bkz. Daniel Hunkeler, Kommentar SchKG, 2. B., Basel 2014, s. 1442.

⁶ 7101 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişikliklerden önce doktrinde konkordato mühletinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere etkisinin ne olacağına düzenlenmesinin faydalı olacağı ifade edilmişti. Bkz. Süha Tanrıver, "İflâs Dışı Konkordatoya İlişkin Genel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler", Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- VIII, 9-10 Ekim 2009 Abant, Ankara 2010, s. 274.

⁷ Kanun'da geçen "herhangi bir zamanda" ibaresinin "konkordato tasdik edilmeden önce" olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018, s. 107.

II. SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMI VE SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİNİN FESHİ

“Sürekli borç ilişkisi”⁸ kavramı borcun belli bir muacceliyet anında değil de, aksine borç ilişkisi varlığını devam ettirdiği müddetçe yerine getirilmesi zorunlu olan borç ilişkileri olarak tanımlanabilir.⁹ Şu hâlde, sürekli borç ilişkisinin tipik özelliği edim ve karşı edimin bir kez ifa edilmesiyle sözleşmeden kaynaklanan borçların ifa edilmiş sayılmaması; edim değişiminin tekrarlanması ve uzun sürmesidir.¹⁰ Kira, hizmet, tüketim ödünçü, vedia gibi sözleşmeler sürekli borç ilişkisinin tipik örneklerdir.¹¹

Sürekli borç ilişkilerinin feshi olağan ve olağanüstü fesih olmak üzere ikiye ayrılır.¹² Olağan fesih belirsiz süreli bir sözleşmenin herhangi bir sebep göstermek mecburiyetinde olmaksızın tek taraflı ve geleceğe etkili olarak sona erdirilmesidir.¹³ Buna karşılık, olağanüstü fesih ise taraflardan birinin sürekli borç ilişkisini ortaya çıkan bazı sebeplere istinaden vaktinden evvel sona erdirmesidir.¹⁴ Sürekli borç ilişkisinin konkordato talebi gerekçe gösterilerek feshi de olağanüstü fesih olarak nitelendirilmektedir. Özel hukukta hakim olan ahde vefa

⁸ Bir borç ilişkisinin ne zaman “sürekli” sayılacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Özer Seliçi, *Borçlar Kanuna Göre Sözleşmelerden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul 1976, s. 7; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. B., Ankara 2017, s. 213. Diğer yandan buradaki “borç ilişkisi” tabiri bir sözleşmeden doğan ve alacağı da kapsayan ve fakat ondan daha geniş içeriğe sahip olup taraflar arasında sözleşme ile kurulan hukuki ilişkinin bütününe ifade etmektedir. Bkz. Seliçi, s. 3; Pınar Altınok Ormancı, *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi*, İstanbul 2011, s. 5.

⁹ Murat Tümerdem, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*, Ankara 2018, s. 10.

¹⁰ Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs-und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 19. B., 2016, s. 681; Franco Lorandi, “Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren”, (AJP 2004, s. 1209-1224), s. 1210. Karş. Meinrad Vetter/Roman S.Gutzwiller, “Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen,” (AJP 2010, s. 699-714), s. 700.

¹¹ Franco Lorandi, “Dauerschuldverhältnisse im neuen Sanierungsrecht”, (AJP 2014, s. 294-302), s. 295; Pekcanitez/Erdönmez, s. 105; Murat Atal, “Konkordato Kesin Mühlet ve Sonuçları”, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, İstanbul 2018, s. 101; Hakan Pekcanitez/Öğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 5. B., İstanbul 2018, s. 458.

¹² Altınok Ormancı, s. 90.

¹³ Seliçi, s. 132; Altınok Ormancı, s. 90.

¹⁴ Seliçi, s. 156; Altınok Ormancı, s. 93.

(pacta sunt servanda) ilkesinin önemli bir istisnası olarak görülen¹⁵ bu yetki, sürekli borç ilişkisinin devamının konkordato başvurusunu akamete uğratabileceği gerekçesiyle haklı görülmektedir.¹⁶

Borçlu olağanüstü fesih yetkisi kullanırken sözleşme ile kararlaştırılmış yahut kanunen belirlenmiş feshi ihbar sürelerine uymak zorunda değildir.¹⁷ Aynı şey, sözleşmede yer alan ve fesih hakkının kullanımını engelleyen kayıtlar (klozlar) bakımından da geçerlidir.¹⁸ Buna karşılık, taraflar sözleşme ile feshin (yapılma) şeklini belirlemişlerse yahut mevcut sürekli borç ilişkisinin feshi hakkında kanunî bir düzenleme var ise, buna uyulmalıdır.¹⁹ Böyle bir düzenlemenin bulunmaması durumunda ise daha sonra ispat sorunu yaşanmaması için feshin yazılı şekilde yapılması yararlı olacaktır.²⁰

Olağanüstü fesih yetkisi İİK’da düzenlenmiş olduğundan ve bahsi geçen Kanun prensip olarak taraflara sözleşme özgürlüğü tanımadığından, yani emredici nitelikte olduğuna, taraflar, sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile borçlunun elinden bu yetkiyi alamayacaklardır.²¹ Bu itibarla, söz konusu düzenleme, bir takip hukuku normunun maddî hukuka müdahalesinin örneklerinden biri olarak nitelendirilmelidir.²²

¹⁵ Ramon Mabillard, “Kündigung der Dauerschuldverhaeltnisse im ordentlichen Nachlassverfahren-Prozessuale Compensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemaess Art. 297a VE-SchKG, (BISchK 2010, s. 189-205), s. 200; Lorandi, AJP 2014, s. 298. Karş. Vetter/Meinrad, s. 700.

¹⁶ Franco Lorandi, “Vorgeschlagene Aenderungen zum Sanierungsrecht”, (BISchK 2011, s. 95-108), s. 104; Hunkeler, s. 1441. İsviçre hukukunda olağanüstü fesih yetkisinin kanunlaşması sürecinde de lehte ve aleyhte görüşler ileri sürülmüştür. Borçluya fesih yetkisinin tanınmasına taraftar olanlar bunun konkordatonun başarısı bakımından önemli bir ihtiyacı karşılayacağını ileri sürmüşler; karşı çıkanlar ise fesih yetkisinin kabul edilmesiyle mevcut sözleşme ilişkisine önemli bir müdahalede bulunulacağını ve ayrıca söz konusu yetkinin kötüye kullanılabilceğine dikkat çekmişlerdir. Yapılan değerlendirmeler neticesinde fesih yetkisinin lehinde olan görüş ağırlık kazanmış ve Gereke’de fesih yetkisi Reform Kanunu ile getirilen en önemli yenilik olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Botschaft, s. 6488.

¹⁷ Hunkeler, s. 1445. Bununla birlikte, doktrinde borçlunun sürekli borç ilişkisini önel vererek de feshedebileceği belirtilmektedir. Bkz. Mabillard, BISchK 2010, s. 200.

¹⁸ Bkz. ve karş. İİK m. 296, I.

¹⁹ Pekcanıtez/Erdönmez, s. 107.

²⁰ Pekcanıtez/Erdönmez, s. 107.

²¹ Lorandi, BISchK 2011, s. 103; Lorandi, AJP 2014, s. 295; Lorandi, EIZ 2014, s. 44; Kren Kostkiewicz, s. 682.

²² Pekcanıtez/Erdönmez, s. 105. Hükmün, ekonomik düzeni alt üst edeceği görüşü için bkz. Kaplan, s. 85.

III. KONKORDATO PROSEDERÜ ÇERÇEVESİNDE SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİLERİNİN FESHİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

1) BORÇLUYA (GEÇİCİ VEYA KESİN) MÜHLET VERİLMİŞ OLMALIDIR

Sürekli borç ilişkisinin borçlu tarafından feshedilebilmesi için öncelikle borçluya konkordato mühleti verilmiş olması gerekmektedir.²³ Mahkeme kesin mühlet kararını geçici mühlet içinde vereceğinden (İİK m. 289, I) borçlunun öncelikle geçici mühlet verilmesi için gerekli koşulları taşıması gerekmektedir. Geçici mühlet başlıklı İİK m. 287, I, uyarınca, konkordato talebi üzerine mahkeme, 286 ncı maddede belirtilen belgelerin eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit ettiğinde derhal geçici mühlet kararı verecektir.

İİK m. 296, II hükmünün lâfzı nazara alındığında kesin mühlet verilmiş olması halinde borçlunun kanundaki şartlar dairesinde olağanüstü fesih hakkını kullanabileceği aşikârdır. Buna karşılık, acaba geçici mühlet verilmesi durumunda -henüz kesin mühlet verilmeden- borçlu fesih hakkını kullanabilecek midir?

İsviçre hukukunda bu soruya müspet cevap verilmekte ve geçici mühlet verilmiş bulunan borçlunun da fesih hakkını kullanabileceği belirtilmektedir.²⁴ Nitekim İİK m. 296'ya kaynak teşkil eden İsvİİK m. 297a'nın başlığı da "*Konkordato mühleti içinde sürekli borç ilişkileri*" dir. Buna karşılık, sürekli borç ilişkilerinin feshini düzenleyen İİK m. 296'nın başlığı ise "*Kesin mühletin sözleşmeler bakımından sonuçları*" dir. Bununla birlikte, kanımızca Türk hukukunda da geçici konkordato mühleti içinde sürekli borç ilişkileri kanuni şartlar çerçevesinde feshi caizdir. Zira İİK m. 288, I uyarınca geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurur.²⁵

²³ Bununla birlikte hemen belirtelim ki, mühlet kararının borçlunun taraf olduğu sözleşmeleri kanundan dolayı derhal sona erdirici bir etkisi bulunmamaktadır (Kale, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 296, No. 5).

²⁴ Örneğin bkz. Lorandi, AJP 2014, s. 295; Hunkeler, s. 1441. Türk hukuku bakımından aynı yönde: Uyar, s. 97.

²⁵ Aynı yönde: Kale, ÖzteK-Konkordato Şerhi, m. 296, No. 5.

2) SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİNİN SÜRDÜRÜLMESİ KONKORDATONUN AMACINA ULAŞMASINI ENGELLEMELİDİR

Sürekli borç ilişkilerinin feshedilebilmesi için aranan bu koşul Kanunda “konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkileri” olarak zikredilmiştir. Zira borçlunun sürekli borç ilişkileriyle bağlı kılınması işletmenin yeni bir yöne sevkini ya da yapılandırılmasını engelleyebileceği gibi, borçlunun konkordatonun başarıya ulaşabilmesi için ihtiyaç duyacağı likiditeyi kullanamaması sonucunu doğurabilecektir.²⁶

Kanun’da geçen “engelleme” kriteri katı bulunmuş ve sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun amacına ulaşmasını önemli ölçüde güçleştirmesinin fesih bakımından yeterli görülmesi gerektiği ifade edilmiştir.²⁷ Bu koşulun aranmasının altında yatan düşünce, borçlunun fesih hakkını dürüstlük kuralına (TMK m. 2) uygun bir şekilde kullanmasını sağlamaktır.²⁸

Belirtmek gerekir ki, sürekli borç ilişkisinin sürdürülmesinin ne zaman konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyeceğinin tespiti her zaman kolay değildir. Nitekim İsviçre hukuk doktrininde bu hususun taraflar arasında ihtilaf konusu olabileceğine işaret edilmiştir.²⁹ Bununla birlikte, borçlunun fesih yetkisini kullandığı an itibarıyla, konkordato mühletinin sonunda nasıl bir sonucun ortaya çıkacağı belli değilse fesih yetkisinin kötüye kullanıldığından bahsedilmeyeceği kabul edilmektedir.³⁰

Acaba somut olayda konkordatonun başarıya ulaşması için gerekli olmadığı halde sürekli borç ilişkisi feshedilmişse bunun hukuki sonucu ne olacaktır? Bu konuda İİK’da bir hüküm bulunmadığından meselenin mevcut sürekli borç ilişkisi hakkındaki maddi hukuk normlarına göre çözülmesi doğru olacaktır. Buna karşılık, mesele, maddi hukukta da düzenlenmemişse feshin sonuçlarının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, fesih yine de etkisini göstermeli-

²⁶ Pekcanitez/Erdönmez, s. 105.

²⁷ Hunkeler, s. 1445. Karş. Pekcanitez/Erdönmez, s. 105-108; Sarisözen, s. 184.

²⁸ Hunkeler, s. 1445; Mabillard, s. 201; Lorandi, AJP 2014, s. 297; Pekcanitez/Erdönmez, s. 106; Kale, Öztekkonkordato Şerhi, m. 296, No. 11.

²⁹ Mabillard, s. 201.

³⁰ Pekcanitez/Erdönmez, s. 106.

dir.³¹ Diğer bir görüşe göre ise, şartları gerçekleşmeden yapılan fesih hukuki sonuç doğurmayacaktır.³² Kanaatimizce bir yandan borçlu ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesi, diğer yandan konkordatonun kamusal boyutu dikkate alındığında olağanüstü fesih yetkisinin ancak Kanun'da öngörülen şartların gerçekleşmesi durumunda kullanılmasına cevaz verilmelidir. Bu nedenle, şartları gerçekleşmeden yapılan feshin hukuki sonuç doğurmayacağını kabul etmek yerinde olacaktır.

3) KONKORDATO KOMİSERİ SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİNİN FESHİNE RIZA GÖSTERMİŞ OLMALIDIR

Sürekli borç ilişkisinin feshedilebilmesi için bunun konkordato komiseri tarafından uygun görülmesi gerekmektedir. Yukarıda geçici mühlet içinde de sürekli borç ilişkisinin feshedilebileceği kanaatinde olduğumuzu belirtmiştik. Geçici mühlet içinde sürekli borç ilişkisinin feshine rıza gösterecek olan ise geçici konkordato komiseri olacaktır.³³

Konkordato komiserinin rızası şekle tâbi değildir.³⁴ Komiser rızasını yazılı yahut sözlü olarak gösterebileceği gibi, zımnem dahi gösterebilir. Rıza beyanının muhatabı borçludur.³⁵ Bununla birlikte, rıza beyanından borç ilişkisinin karşı tarafının da haberdar edilmesi tavsiye edilmektedir.³⁶

Sürekli borç ilişkisinin devamı borçlunun yeniden yapılandırma çabalarını tehlikeye sokmayacak veya borçlunun iddiasının aksine, olağanüstü fesih yetkisinin kullanılması yeniden yapılandırma faaliyetinin sekteye uğramasını önlemeye yaramayacaksa komiser fesih yetkisinin kullanımına rıza göstermemelidir.³⁷

Konkordato komiserinin rızası alınmadıkça borçlunun fesih beyanı sonuç doğurmaz. Konkordato komiseri rızasını fesihten önce, fesih anında hatta fesihten sonra dahi gösterebileceği kabul edilmektedir.³⁸

³¹ Lorandi, AJP 2014, s. 297.

³² Daniel Staehelin, "Dauerschulverhältnisse in der Insolvenz", (Tagungsunterlagen zur Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen vom 4. Dezember 2013, s. 1-9), s. 7.

³³ Hunkeler, s. 1443.

³⁴ Kaplan, s. 38.

³⁵ Lorandi, AJP 2014, s. 296.

³⁶ Hunkeler, s. 1443.

³⁷ Pekcanitez/Erdönmez, s. 108; Sarısözen, s. 184.

³⁸ Lorandi, AJP 2014, s. 296.

Gerekli koşullar mevcut olduğu halde konkordato komiseri fesih için rıza göstermezse şikâyet yoluna (İİK m. 16) başvurulabilir.³⁹

Borçlunun işletmeyi yönetme yetkisi elinden alınmış ve konkordato komiserine tevdi edilmişse (İİK m. 297, I), kanımızca doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere⁴⁰, komiser de -mahkemenin onaylaması durumunda- sürekli borç ilişkisini feshedebilmelidir.⁴¹

Konkordato komiseri, kendisine haber verilmeden fesih hakkının kullanılmaması gerektiğini borçluya ihtar etmiş olmasına rağmen, borçlu fesih beyanında bulunursa, komiser, mahkemeden borçlunun tasarruf yetkisinin kaldırılmasını isteyebilir (İİK m. 297, III kıyasen).⁴²

Uygulamada daha nadir rastlanacak bir başka ihtimal ise konkordatonun amacına ulaşması için sürekli borç ilişkisinin feshi gerektiği halde borçlunun buna yanaşmamasıdır. Böyle bir durumda komiserin, borçlunun tasarruf yetkisinin kaldırılmasını mahkemeden talep etmesi ve bu talebin kabul edilmesi üzerine (İİK m. 297, III kıyasen) sürekli borç ilişkisinin bizzat komiser tarafından feshedilebilmelidir.⁴³

4) MAHKEME SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİNİN FESHİNİ ONAYLAMALIDIR

Türk hukukunda, İsviçre hukukundan farklı olarak, sürekli borç ilişkisinin feshi için mahkemenin de onayı gerekli görülmüştür (İİK m. 296, II, c. 1). İsviçre hukukunda ise süreci çok fazla bürokratikleştirileceği ve zaman kaybına yol açacağı gerekçesiyle böyle bir koşulun aranmamasının daha isabetli olduğu ifade edilmiştir.⁴⁴

Sürekli borç ilişkisinin feshedilmesinin özellikle borç ilişkisinin karşı tarafı açısından meydana getirdiği sonuçlar nazara alındığında,

³⁹ Lorandi, AJP 2014, s. 298; Pekcanitez/Erdönmez, s. 108. Aksi yönde: Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 296, No. 10.

⁴⁰ Hunkeler, s. 1443.

⁴¹ Hunkeler, s. 1443.

⁴² Hunkeler, s. 1444.

⁴³ Hunkeler, s. 1444.

⁴⁴ Begleitbericht zum Vorentwurf, Bern 2008, s. 19-20. Buna karşılık, İsviçre hukuk doktrininde mahkeme yerine alacaklılar toplanmasının onayının alınmasının daha isabetli olacağı ileri sürülmüştür (Mabillard, s. 202-203).

fesih yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesi adına mahkemenin de onayının aranması kanımızca isabetli olmuştur.

Mahkemenin borçlunun fesih yetkisini kullanmasını onaylaması için borçlunun konkordato talebini mali durumunu iyileştirme iddiasına dayandırmış olması ve mahkemenin de bunu ihtimal dahilinde görmüş olması gerekir. Buna karşılık, borçlu konkordato projesinde sadece borcun tasfiyesini hedef alan bir teklifte bulunmuşsa sürekli borç ilişkilerinden kurtulmak için fesih yetkisini kullanmasının bir anlamı olmayacaktır.⁴⁵

Mahkemenin onay makamı olarak vazifesi sürekli borç ilişkisinin feshi bakımından kanuni şartların gerçekleşmiş olup olmadığını, yani onun devamının konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyip engellemediğini ve komiserin uygun görüşte bulunup bulunmadığını tespitten ibarettir. Kanaatimizce mahkemenin bu faaliyeti sübjektif hakların yokluğu kriteri gereğince çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilebilir.⁴⁶ Dolayısıyla mahkemenin onaylama yahut onaylamama yönünde vereceği kararlar maddi anlamda kesin hüküm (HMK m. 303) teşkil etmeyecektir.

5) SÜREKLİ BORÇ İLİŞKİSİ HİZMET SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİNDE OLMAMALIDIR

Kanun, sürekli borç ilişkilerinin prensip olarak olağanüstü feshine izin vermişse de hizmet sözleşmelerini istisna tutmuştur. Başka bir deyişle, hizmet sözleşmelerinin, konkordatonun başarıya ulaşması adına -diğer sürekli borç ilişkileri gibi- feshedilmeleri mümkün değildir. Doktrinde, Kanun'da geçen "hizmet sözleşmesi" ibaresi "iş sözleşmesi" olarak anlaşılmaktadır.⁴⁷

Kanaatimizce kanun koyucunun ekonomik açıdan zayıf olan tarafı korumak adına hizmet sözleşmesini fesih yetkisinin kapsamı dışında tutması yerinde olmuştur.

⁴⁵ Pekcanitez/Erdönmez, s. 106.

⁴⁶ Çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayıran kriterler hakkında bkz. Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2018, s. 78-79.

⁴⁷ Bkz. Serdar Kale, Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato), İstanbul 2017, s. 17-18; Uyar, s. 97.

IV. FESHİN HÜKÜMLERİ

İİK m. 296, II, c. 2’de sürekli borç ilişkisinin feshedilmesi nedeniyle karşı tarafa ödenecek tazminatın konkordato projesine tâbi olduğu belirtilmekle yetinilmiş, tazminatın kapsamı hakkında ise herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Sürekli borç ilişkisinin feshi durumunda acaba hukuki ilişkinin karşı tarafı menfi zararın mı, yoksa müspet zararın mı tazmini isteyecektir? Bilindiği üzere, menfi zarar, sözleşmenin kurulamamasından yahut geçersiz olmasından; müspet zarar ise, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarardır.⁴⁸ Burada baştan itibaren geçerli olan bir borç ilişkisinin Kanun’da öngörülen şartların gerçekleşmesi üzerine sonradan feshi söz konusu olduğuna göre, doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, buradaki zararı müspet zarar olarak anlamak doğru olacaktır.⁴⁹

Tarafların tazminatın miktarı konusunda anlaşamamaları halinde tazminat talebi çekişmeli alacak haline gelecektir.⁵⁰ Alacağa itiraza uğrayan alacaklılar tasdik kararının ilânı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabileceklerdir (İİK m. 308/b, I).

Olağanüstü fesih hakkı inşai niteliktedir. Bu hakkın kullanılmasyla sürekli borç ilişkisi geleceğe etkili olarak (*ex nunc*) sona erer.⁵¹ Tazminat alacağı konkordato alacağı olduğundan⁵² sürekli borç ilişkisinin karşı tarafına da diğer alacaklılar gibi belli bir oran dahilinde ödeme yapılacaktır (İİK m. 296, II, c. 2).

Sürekli borç ilişkisinin feshi için konkordato komiserinin rızasının bulunması dahi tazminat alacağını masa alacağı haline getirmeyecektir.⁵³ Buna karşılık, borçlu, fesih hakkını derhal değil de, önel vererek

⁴⁸ Eren, s. 1078-1079.

⁴⁹ Mabillard, s. 200. Buradaki zararın müspet veya menfi olabileceği yönünde: Eroğlu, s. 109.

⁵⁰ Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 296, No. 16.

⁵¹ Kale, Öztekin-Konkordato Şerhi, m. 296, No. 14; Eroğlu, s. 109.

⁵² Pekcanitez/Erdönmez, s. 108; Sarısözen, s. 185.

⁵³ Pekcanitez/Erdönmez, s. 108; Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. B., Ankara 2018, s. 507; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkân/Özkes, s. 458; Sarısözen, s. 185. Bu durum genel kuraldan bir sapma olarak nitelendirilebilir (Lorandi, IEZ, s. 45). Zira konkordato mühleti içerisinde konkordato komiserinin rızasıyla yapılan işlemler esasen “masa borcu” sayılır. Bkz. İİK m. 308/c, IV, c.1. Aynı yönde: Atalı, s. 102.

kullanmış⁵⁴ ve bu arada karşı edimden yararlanmaya devam etmişse, karşı tarafın alacağı masa alacağı sayılacaktır.⁵⁵

Alacaklının konkordato masasından talep edeceği alacak (tazminat) hesaplanırken elde ettiği (veya edebileceği) semereler mahsup edilecektir.⁵⁶

Doktrinde fesih durumunda karşı tarafın talep edebileceği tazminatın konkordatoya tâbi olmasından hareketle alacaklı tarafın alacağını mahkemenin sözleşmenin feshine onay vermesinden itibaren on beş gün içinde komiserine bildirmesi gerektiği (İİK m. 299, c. 1) ifade edilmiştir.⁵⁷

Sürekli borç ilişkisinin feshedilmemesi, yani devam ettirilmesi durumunda ise borçlunun kendisine düşen edimi konkordato şartlarına tâbi olmaksızın ifa etmesi gerekecektir.⁵⁸

V. SONUÇ

Borçlunun ekonomik kaynaklarının uzun süre belli bir amaca vakfedilmesini gerektiren sürekli borç ilişkilerinin konkordatonun başarıya ulaşması bakımından taşıdığı önem aşikârdır. Nitekim bu hususu göz önünde bulunduran kanun koyucu, mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nu örnek almak suretiyle borçluya sürekli borç ilişkilerinin feshi imkânı tanımıştır. Ancak bu yapılırken -mehaz Kanun'dan farklı olarak- fesih yetkisinin kullanılabilmesi için konkordato komiserinin uygun görüşünün yanı sıra mahkemenin de onayı aranmıştır. Her ne kadar bu düzenleme nedeniyle feshin etkisini göstermesi daha fazla zaman alacak ise de, gerek fesih yetkisinin kötüye kullanımının engellenmesi gerekse sürekli borç ilişkisinin diğer tarafının menfaatlerinin korunması bakımından mahkemenin de onayının aranması yerinde olmuştur.

Borçlunun bahsi geçen fesih yetkisini kullanırken (şayet, var ise) sözleşme yahut maddi hukukta öngörülen şekle uyması bu konuda

⁵⁴ Karş. İİK m. 296, II, c.1

⁵⁵ İİK m. 308/c, IV, c. 2. Karş. Mabillard, s. 201.

⁵⁶ Hunkeler, s. 1446; Lorandi, AJP 2014, s. 298.

⁵⁷ Uyar, s. 97.

⁵⁸ Sümer Altay/Alı Eskiocak, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. B., İstanbul 2018, s. 316.

daha sonra ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçecektir. Buna karşılık, fesih yetkisinin kullanımı bakımından herhangi bir şeklin öngörülmemesi durumunda ise sürekli borç ilişkisinin yazılı olarak feshedilmesi ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Fesih yetkisinin kullanımı bağlamında komiserin uygun görüşü (rızası) fesihten önce, fesih anında hatta fesihten sonra dahi alınabilmelidir.

Borçlunun kanuni şartlar dairesinde sürekli borç ilişkisini feshetmesi durumunda karşı taraf ortaya çıkan müspet zararı, borçludan, konkordato alacağı olarak talep edebilecektir.

Kanun koyucunun sürekli borç ilişkilerinin feshi yetkisinin kapsamını belirlerken hizmet sözleşmelerinin istisna tutulması ekonomik açıdan zayıf olan tarafın korunması adına isabetli olmuştur.

Kaynakça

- Altay Sümer/Eskiocak Ali, Modern İflâs Hukuku Açısından Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 4. B., İstanbul 2018.
- Altınok Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 4. B., Ankara 2018.
- Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, 4. B., Ankara 2018.
- Atalı Murat, "Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları", 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, İstanbul 2018, s. 85 vd.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. B., Ankara 2017.
- Eroğlu Orhan, Uygulamada Konkordato, 2. B., Ankara 2019.
- Hunkeler Daniel, Kommentar SchKG, 2. B., Basel 2014.
- Kale Serdar, Sorularla Konkordato (İflâs Dışı ve İflâs İçi Adî Konkordato), İstanbul 2017.
- Kaplan İbrahim, Yeni Türk Konkordato Hukuku, Ankara 2019.
- Kren Kostkiewicz Jolanta, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs-und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. B., 2016.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. IV, 3. B., İstanbul 1997.
- Kuru Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. B., Ankara 2013.
- Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. B., Ankara 2018.

- Lorandi Franco, "Dauerschuldverhaeltnisse im Nachlassverfahren", (AJP 2004, s. 1209-1224), (AJP 2004).
- Lorandi Franco, "Dauerschuldverhaeltnisse im neuen Sanierungsrecht", (AJP 2014, s. 294-302), (AJP 2014).
- Lorandi Franco, "Sanierung mit Konkursaufschub oder Nachlassstundung- Alte und neue Handlungsoptionen", (EIZ 2014, s. 29-51), (EIZ 2014).
- Lorandi Franco, "Vorgeschlagene Aenderungen zum Sanierungsrecht", (BISchK 2011, s. 95-108), (BISchK 2011).
- Mabillard Ramon, "Kündigung der Dauerschuldverhaeltnisse im ordentlichen Nachlassverfahren-Prozessuale Kompensation des materiell-rechtlichen Eingriffs gemäss Art. 297a VE-SchKG", (BISchK 2011, s. 189-205).
- Muşul Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku Esasları, 6. B., Ankara 2017.
- Öztek Selçuk/Budak Ali Cem/Tunç Yücel Müjgan/Kale Serdar/Yeşilova Bilgehan, Yeni Konkordato Hukuku, Ankara 2018.
- Pekcanitez Hakan/Erdönmez Güray, 7101 sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, İstanbul 2018.
- Postacıoğlu İlhan, Konkordato, 2. B., İstanbul 1965.
- Seliçi Özer, Borçlar Kanuna Göre Sözleşmelerden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- Stahelin Daniel, Dauerschuldverhaeltnisse in der Insolvenz, Tagungsunterlagen zur Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen vom 4. Dezember 2013, s.1-9.
- Tanrıver Süha, Konkordato Komiseri, Ankara 1993.
- Tanrıver Süha, "İflâs Dışı Konkordatoya İlişkin Genel Sorunlar ve Bazı Değerlendirmeler", Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- VIII, 9-10 Ekim 2009 Abant, Ankara 2010, s. 255 vd.
- Tanrıver Süha, "İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Araştırmaları", MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim 2015 Antalya, Ankara 2017, s. 247 vd.
- Tercan Erdal, İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1999.
- Tümerdem Murat, Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları, Ankara 2018.
- Uyar Talih, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, Ankara 2019.
- Üstündağ Saim, İflâs Hukuku, 8. B., İstanbul 2009.
- Vetter Meinrad/Gutzwiller S., "Voraussetzungen und Rechtsfolgen der ausserordentlichen Beendigung von Dauerschuldverhaeltnissen", (AJP 2010, s. 699-714).
- Yıldırım Kamil/Deren Yıldırım Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. B., İstanbul 2016.
- Yılmaz Ejder, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

7099 SAYILI KANUN İLE YAPILAN LİMİTED ŞİRKETTE NAKDİ SERMAYE PAYININ ÖDENMESİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİĞİN ORTAKLARIN OY VE KÂR PAYI HAKLARI ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

THE EFFECTS OF THE AMENDMENT REGARDING THE PAYMENT
OF CASH CAPITAL SHARE IN LIMITED LIABILITY COMPANY
MADE BY LAW NO. 7099 ON THE VOTING RIGHT AND
DIVIDEND OF THE SHAREHOLDERS

Hakan BİLGEÇ*

Özet: 7099 sayılı Kanun ile limited şirketin kuruluşunda nakdi sermaye payı taahhütlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden ödenmesi koşulu kaldırılmıştır. Limited şirketlerde nakdi sermaye payları şirketin kuruluşunu takip eden yirmi dört ay içinde ödenebilecektir. Değişiklik, sadece nakdi sermaye taahhüdü ile kurulan limited şirketlerin, sermaye şirketi olma özelliği ile bağdaşmayacak şekilde, yirmi dört ay süresince sermayesiz kalabilmesine neden olmaktadır. Bu durumun, ortakların oy hakları ve kâr payı hakları üzerindeki etkileri çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Sermaye, Oy Hakkı, Kâr Payı Hakkı

Abstract: With the amendment of the law No. 7099, the condition to pay twenty five percent of cash capital before registration is revoked for Limited Liability Company. Cash capital can be paid in the first twenty four months after registration. With this amendment limited liability companies, which are established with only cash capital can exist without capital for twenty four months. This situation is against the principles of the limited liability companies. In this study we will focus on the effects of this amendment on shareholders' voting rights and dividend.

Keywords: Limited Liability Company, Capital, Voting Right, Dividend

* Dr. Öğr. Üyesi, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, hakan.bilgec@emu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7951-0756, Makalenin Gönderim Tarihi: 12.12.2018, Kabul Tarihi:13.12.2018

GİRİŞ

Torba kanun niteliğinde olan 7099 sayılı “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹’un Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmeleri sırasında eklenen 25. maddesi ile, Türk Ticaret Kanunu’nun 585. maddesinde değişiklik yapılarak, limited şirketin kuruluşunda taahhüt edilen nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulu kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu sermaye paylarının tamamı, şirketin kuruluşunu takip eden yirmi dört ay içerisinde ödenebilecektir. Değişikliği içeren hüküm, komisyon görüşmeleri aşamasında eklendiği için, 7099 sayılı Kanun’un gerekçesinde konuya ilişkin bir açıklama mevcut değildir. Kanun’un genel gerekçesinden² hareketle söz konusu değişikliğin, limited şirketin kuruluşunu kolaylaştırmak için yapıldığı izlenimi uyansa da esasında, hem limited şirket, hem ortakları hem de alacaklıları açısından bir takım sorunlara yol açması muhtemeldir.

Hükümün uygulanması ile sadece nakdi sermaye payı taahhüdü ile kurulan limited şirketlerin, kuruluşlarından itibaren yirmi dört ay süre ile sermayesiz kalması söz konusu olabilir. Bir sermaye şirketi olan limited şirketin, sermayesiz kalma ihtimali başlı başına bir sorun niteliğindedir. Böyle bir şirkette alacaklılar, teminat altına alınmadığı takdirde, alacaklarını tahsil edememe tehlikesi ile karşı karşıyadırlar.³ Ayrıca pay sahipliği hakları bakımından da yapılan değişiklik sorunlar yaratmaktadır.

Çalışma kapsamında, öncelikle limited şirkette aynı sermaye payı taahhüdü ile nakdi sermaye payı tahhüdüne ilişkin esaslara değinilecektir. Takiben 7099 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin ortakların oy hakları üzerinde etkisinin olup olmadığı tespit edilecek ve nihayet ortakların kâr paylarının durumu incelenecektir.

¹ RG., 10.03.2018, S. 30356.

² 7099 sayılı Kanun’un genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss518.pdf> - Erişim Tarihi: 07.12.2018.

³ Bu konuda bkz. Hasan Pulaşlı, “Sermayesiz Sermaye Şirketi İle Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler”, *BATİDER*, 2018, C. XXXIV, S. 2, s. 17-18.

I. AYNİ SERMAYE PAYI TAAHHÜDÜ - NAKDİ SERMAYE PAYI TAAHHÜDÜ

Limited şirketin sermayesi on bin Türk Lirası'ndan az olamaz (TTK m. 580/I). Kuruluşta sermayenin kaynağı kurucular tarafından taahhüt edilen sermaye paylarıdır. Ticaret şirketlerine sermaye payı olarak getirilebilecekler Türk Ticaret Kanunu'nun 127. maddesinde örnekseme yoluyla sayılmıştır. Ticaret şirketleri bakımından genel hüküm niteliğinde olan 127. maddede limited şirketlere ilişkin 581. maddenin birinci fıkrası saklı tutulmuştur. 581. maddedeki sınırlamalara uymak koşuluyla limited şirket ortakları şirkete ayni ve/veya nakdi sermaye getirmeyi taahhüt edebilirler (TTK m. 573/II).

Bir sermaye şirketi olan limited şirkette, şirket alacaklılarının kural olarak sadece şirket malvarlığına başvurabilmeleri nedeniyle malvarlığının korunması önemlidir. Bu nedenle, limited şirket ortaklarının getirmeyi taahhüt edebilecekleri sermaye payı unsurları şahıs şirketlerine göre daha sınırlıdır. Hizmet edimleri, kişisel emek ve ticari itibar limited şirkette sermaye payı olarak taahhüt edilemez (TTK m. 581/I).⁴

Limited şirkette, esas sermaye pay bedellerinin ödenmesi, ödeme yeri, ifa borcu, ifa etmemenin sonuçları, bedelleri tamamen ödenmemiş payların devri hususlarında anonim şirketlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanır (TTK m. 585/I).

Ortağın limited şirkete getirmeyi taahhüt edeceği sermaye payı, içerdiği değerler bakımından ayni ve nakdi sermaye payı taahhüdü olarak ikiye ayrılır.

A. Ayni Sermaye Payı Taahhüdü

Limited şirket ortakları, üzerlerinde sınırlı bir ayni hak, haciz veya tedbir bulunmayan; nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, fikri mülkiyet hakları ile sanal ortamlar ve adlar dahil malvarlığı unsurlarını ayni sermaye payı olarak getirmeyi taahhüt edebilirler. Para dışında kalan bu taahhütler ayni sermaye payı taahhüdü olarak adlandırılır.⁵ Ortağın taahhüt ettiği ayni sermaye payı bir taşınır ise şir-

⁴ Aynı düzenleme TTK m. 342 ile diğer bir sermaye şirketi modeli olan anonim şirketler için de kabul edilmiştir.

⁵ Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora Yayınları, Bursa,

ketin tescilinden önce güvenilir kişiye tevdi edilmesi; taşınmaz veya özel sicile tabi bir malvarlığı unsuru ise tapu siciline veya ilgili özel sicile şerh verilmesi gerekir (TTK m. 128/II). Taahhüt edilen sermaye payının taşınır veya paradan başka bir ekonomik değer olması halinde, limited şirket, ticaret siciline tescil ile birlikte bu değerlerin maliki olur (TTK m. 128/IV). Buna karşılık, taahhüt edilen sermaye payı taşınmaz mülkiyeti veya başka bir aynı hak ise, şirketin bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, tapu sicilinde şirket adına yapılacak tescile bağlıdır (TTK m. 128/V). Tescil talebi, “Şirketlerde Yapı Değişikliği ve Aynı Sermaye Konulmasında Siciller Arası İşbirliğine İlişkin Tebliğ⁶” hükümleri kapsamında, limited şirketin tescilini gerçekleştiren ticaret sicili tarafından re’sen ve derhal ilgili sicile yapılır.⁷ Ayrıca limited şirketin de tek taraflı olarak tescil isteminde bulunma hakkı vardır (TTK m. 128/VI).

Anılan hükümlerle aynı sermaye payının ödenmesi hakkında şirket bakımından önemli bir koruma sağlanmıştır. Limited şirkette aynı sermaye payı taahhüdünde bulunan ortağın, taahhüt ettiği sermaye payı kural olarak şirketin tescili ile birlikte yerine getirilmiş olacaktır.⁸

B. Nakdi Sermaye Taahhüdü

Limited şirkette ortaklar, sermaye payı olarak belirli bir miktar paranın getirilmesini de taahhüt edebilirler (TTK m. 127/I). Bu durumda nakdi sermaye taahhüdünden söz edilir.⁹ Sermaye paylarına ilişkin anonim şirket hükümlerinin limited şirketler hakkında kıyasen uygulanacağı kabul edilmiştir (TTK m. 585/I). Lakin, 7099 sayılı Kanun ile nakdi sermaye paylarının ödenmesi konusunda limited şirketleri, anonim şirketlerden ayrılan önemli bir yenilik söz konusu olmuştur.

2013, s. 479.

⁶ RG., 31.10.2012, S. 28453.

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Gürel, “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın “Siciller Arası İşbirliği” İle “İzne Tabi Şirketler” Tebliğlerinin Denetime İlişkin Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, *BATİDER*, 2012, C. XXVIII, S. 4, s. 247 vd.

⁸ Belirtelim ki, aynı sermaye payı taahhüdünün varlığı halinde, taşınırın güvenilir kişiye tevdi edilmemesi veya özel sicile tabi malvarlığı unsurları hakkında ilgili sicillere şerh konulmamasına rağmen limited şirketin tescili gerçekleştirilirse, aynı sermaye paylarının şirket sözleşmesinde taahhüt edildiği şekilde ifa edilmemeleri söz konusu olabilir. Anılan eksikliklere karşın şirketin tescilinin gerçekleştirilmiş olması ticaret sicili müdürünün sorumluluğunu doğurur (TTK m. 32).

⁹ Bilgili/Demirkapı, s. 479.

Anonim şirketlerde nakdi sermaye payı taahhüdünde bulunan pay sahipleri, taahhüt ettikleri paylarının itibari değerinin en az yüzde yirmi beşini, şirketin tescilinden önce, şirket adına açılacak bir banka hesabına yatırmakla yükümlüdürler. Kalan kısmın ise en geç şirketin tescilinden itibaren yirmi dört ay içerisinde ödenmesi gerekir (TTK m. 344). Türk Ticaret Kanunu'nun 585. maddesine, 7099 sayılan Kanun ile yapılan ekleme ile limited şirketlerde taahhüt edilen sermaye paylarının itibari değerinin en az yüzde yirmi beşinin şirketin tescilinden önce ödenmesine ilişkin koşulun, limited şirketler için uygulanmayacağı öngörülmüştür. 7099 sayılı Kanun'un hazırlanmasında kanun koyucunun amaçlarından biri, yatırım ortamının iyileştirilmesi adına kuruluş işlemlerindeki maliyet ve sürenin azaltılması ile şirketlerinin kurulmasını kolaylaştırmaktır.¹⁰ Fakat, limited şirkete ilişkin hükümlerin genelinde değişiklik yapılmadan sadece nakdi sermaye taahhüdünün yüzde yirmi beşlik kısmının tescilden önce ödenmesi koşulunun kaldırılması yarattığı kolaylıktan çok, tartışmalı ve çözümü zor sorunların doğmasına neden olmuştur.¹¹

Anonim şirketin sermaye payına ilişkin hükümlerinden 7099 sayılı Kanun'la eklenen cümle kapsamına girmeyenleri limited şirketler bakımından da uygulanmaya devam edilecektir. Dolayısıyla limited şirket ortakları da nakdi sermaye payı koyma taahhütlerini en geç şirketin tescilinden itibaren yirmi dört ay içinde ödemekle yükümlüdürler.

Hemen belirtelim ki, limited şirkette nakdi sermaye payı taahhütlerinin tamamının veya bir kısmının şirketin tescilinden önce ödenmesini engelleyen bir düzenleme yoktur. Ancak tescilden önce ödemenin nereye yapılacağına açıklığa kavuşturulması gerekir. Bilindiği üzere, anonim şirketlerde tescilden önce yapılacak ödemeler, şirket adına açıl-

¹⁰ Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/912) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, s. 5 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss518.pdf> - Erişim Tarihi: 07.12.2018).

¹¹ Pulaşlı, Sermayesiz Sermaye Şirketi, s. 19. Bu değişiklikte, limited şirketler bakımından, 6762 sayılı TTK'da değişiklik yapan 559 sayılı KHK'da öngörülen "ödemersiz tescil" sistemi tekrar hayata geçirilmiştir. Ödemersiz tescil sisteminin AET'nin 77/91 sayılı Yönergesi'ne aykırı olduğu konusunda bkz. Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 150.

lacak bir banka hesabına yatırılır (TTK m. 345). Anonim şirket, tüzel kişiliğini tescil ile kazanacağından, esasında burada “kişi” sıfatını taşımayan bir oluşuma banka hesabı açma olanağı tanınmıştır. Bu kapsamda Türk Ticaret Kanunu’nun 345. maddesinde yer alan düzenleme bir istisna hükmü olarak değerlendirilmelidir. Limited şirketler bakımından ise, artık tescilden önce ödeme zorunluluğu kaldırıldığından hareketle, henüz tüzel kişilik kazanılmadan banka hesabı açılabilmesine mevcut düzenlemeler karşısında tereddütte yaklaşılmalıdır. Gerçek 2012 yılından beri uygulamada oluşan anlayış, gerekse şirket ile şirket alacaklılarının menfaati göz önünde bulundurulduğunda tescilden önce limited şirket adına banka hesabı açılabilmesi uygulamasına devam edilebilmesi ve bunu sağlamaya yönelik açık bir düzenleme getirilmesi isabetli olur.

II. OY HAKKI AÇISINDAN

Limited şirkette ortakların hakları yönetsel haklar ve malî haklar olarak ikiye ayrılabilir.¹² Oy hakkı, bu ayırmada yönetsel haklar¹³ arasında yer alır. Hatta oy hakkını, ortakların¹⁴ en önemli yönetsel hakkı olarak nitelenmek de mümkündür.¹⁵ Zira ortaklar, şirkete ilişkin haklarının

¹² Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz /Peter Nobel, Schweizerischen Aktienrecht, Stampfli, Bern, 1996, s. 485.

¹³ Yönetsel haklar, katılma hakları olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Ersin Çamoğlu (Reha Poroy / Ünal Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, p. 875; Bilgili/Demirkapı, s. 495.

¹⁴ Limited şirket payı üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi halinde ise oy hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Ünal Tekinalp, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 24; Abuzer Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 30; Mustafa Çeker, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000, s. 168; Bilgili/Demirkapı, s. 499; Di-renç Akbay, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, İzmir 2009 (Yüksek Lisans Tezi), s. 141. Ayrıca pay üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi halinde taraflar anlaşarak rehin sözleşmesi ile birlikte oy hakkı da rehin alacaklısına bırakılabilir. Bilgili/Demirkapı, s. 499, dn. 1274.

¹⁵ Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2004, s. 1287; Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Temel Yayınları, İstanbul, 1988, s. 834; Akbay, s. 139. Oy hakkının genel kurula katılma, açıklamalarda bulunma, öneride bulunma gibi hakların somutlaşmış halini oluşturduğu konusunda bkz. Bilgili/Demirkapı, s. 728. Ayrıca, oy hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s. 2 vd.; Çeker, s. 5 vd.

önemli bir kısmını¹⁶ genel kurulda (TTK m. 407/I) oy hakkı aracılığıyla söz sahibi kullanmaktadırlar. Genel kurul kararları, kullanılan oyların mahsulü olup¹⁷ limited şirketin iradesi olarak nitelendirilmektedir.¹⁸

Limited şirkette ortaklarının oy hakkı “Genel Kurulun Toplanması” başlıklı kısımda yer alan Türk Ticaret Kanunu’nun 618. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Limited şirkette oy hakkı, anonim şirket düzenlemelerine atıf yapılmayan konulardandır.¹⁹ Limited şirkette ortakların oy hakkı, esas sermaye paylarının itibari değerine göre hesaplanır.²⁰ Başka bir ifade ile limited şirkette ortaklar, oy haklarını kural olarak oransallık ilkesine²¹ göre kullanırlar (TTK m. 618/I). Her ortak, en az bir oy hakkını haizdir.²² Limited şirket ortağının asgari oy hakkı, vazgeçilmez hak niteliğindedir.²³ Oy hakkının asgari sınırı aşan kısmı ise kaldırılabilir yahut sınırlandırılabilir.²⁴

Kural oy hakkının oransallık ilkesine göre kullanılması olmakla birlikte, şirket sözleşmesine konulacak bir hükümle oy hakkında imtiyaz oluşturulabilmesi mümkündür.²⁵ Örneğin, şirket sözleşmesinde payların itibari değerlerine bakılmaksızın, her paya bir oy hak-

¹⁶ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), p. 667a.

¹⁷ Ernst Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946, s. 290.

¹⁸ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 255.

¹⁹ Türk Ticaret Kanunu sisteminde limited şirket, anonim şirket ile büyük benzerlik taşımaktadır. Bu nedenle Çamoğlu, limited şirketlerin “küçük anonim şirketler” haline geldiğini belirtmektedir. Ersin Çamoğlu, “Limited Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar”, (<http://www.ticaretkanunu.net/makale-23/> - Erişim Tarihi: 06.12.2018).

²⁰ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 222.

²¹ Oransallık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Feyzan Hayal Şehirli Çelik (İsmail Kırca/Çağlar Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 118 vd.

²² Anonim şirket düzenlemeleri ile paralel olarak, limited şirkette de asgari oy hakkı paya değil; ortağa bağlanmıştır. Ortağın birden fazla payı olsa dahi bir oy hakkının varlığı halinde asgari oy hakkı koşulu sağlanmış olacaktır. Ömer Teoman, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı” *BATİDER*, 2009, C. XXV, S. 3, s. 8 vd.

²³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 506; Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 2087. Oruç Hami Şener, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 508; Bilgili/Demirkapı, s. 727; Akbay, s. 141. Oy hakkının asgari sınırı aşan kısmının ise kaldırılması yahut sınırlandırılması olanaklıdır.

²⁴ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 506.

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Akbay, s. 157 vd.

kı tanınabilir.²⁶ Bu durumda itibari değeri düşük olan paylar, itibari değeri yüksek olan paylara göre imtiyazlı hale gelecektir.²⁷ Fakat, en küçük esas sermaye payının itibarî değerinin, diğer esas sermaye paylarının itibarî değerleri toplamının onda birinden az olamayacağı belirtilerek imtiyaza kanuni bir sınır çizilmiştir (TTK m. 618/II).²⁸ Oy haklarının imtiyazlı kısımları, denetçilerin seçimi, özel denetçi seçimi ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararlarda kullanılamaz (TTK m. 618/III).

7099 sayılı Kanun ile getirilen nakdi sermaye paylarının en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce ödenmesi koşulunu kaldırılan düzenlemenin, oy hakkı bağlamında limited şirket üzerindeki etkilerinin belirlenebilmesi açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 435. maddesinin limited şirketler bakımından uygulanıp uygulanmayacağına tespiti önemlidir.²⁹ Öğretide 435. maddenin limited şirketler bakımından uygulanması gerektiğine dair görüş mevcuttur.³⁰ Bu görüşün kabulü 7099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında limited şirkette oy hakkından yoksun payların ortaya çıkması ve organsızlık nedeniyle şirketin feshinin istenebilmesi şeklinde iki önemli soruna yol açabilir.

²⁶ Anonim şirketlerde ise oy hakkında imtiyaz eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı tanımak suretiyle oluşturulabilir. Hakan Bilgeç, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 77. Limited şirkette oy hakkında imtiyaza ilişkin düzenlemelerin eleştirisi için bkz. Abuzer Kendigelen, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 529-530.

²⁷ Hülya Çoştan, "Limited Şirkette Oyda (!) İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paylar", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 4, s. 82 - 83.

²⁸ TTK m. 618/II'nin lafzının bu şekilde olmasına rağmen, onda birlik oran tespit edilirken karşılaştırılması gereken itibari değerleri farklı olan, iki farklı esas sermaye payıdır. Aksi takdirde limited şirkette oy hakkında imtiyazlı oy oluşturulması fiilen imkansız hale gelecektir. Kendigelen, s. 529. Akbay, söz konusu hükmün mehaza uygun olarak "oy hakkında imtiyaz sınırı, itibari değeri en düşük olan esas sermaye payının değerinin diğer esas sermaye paylarının onda birinden az olamayacağı" şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir. Akbay, s. 162.

²⁹ TTK m. 435: "(1) Oy hakkı, payın, kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesi ile doğar."

³⁰ Pulaşlı, Sermayesiz Sermaye Şirketi, s. 14. Yazar, nakdi sermaye taahhüdünde bulunan pay sahibinin, payına ilişkin hiçbir ödeme yapmadığı gerekçesiyle paydan doğan hiçbir hakka sahip olamayacağı yönündeki Yargıtay 11. HD. kararını görüşüne destek olarak göstermektedir. 11. HD., 09.03.2010, E: 2008/12961, K: 2010/2603 (hukukturk.com - Erişim Tarihi: 06.12.2018).

A. Oy Hakkından Yoksun Payların Ortaya Çıkması

Anonim şirketlerin aksine, Türk Ticaret Kanunu'nunda, limited şirket ortağının oy hakkının ne zaman doğacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Bilindiği üzere, anonim şirkette pay sahibinin nakdi sermaye payı taahhüdünde bulunması halinde oy hakkı, sermaye payının kanunda veya esas sözleşmede belirtilen asgari kısmını **ödenmesi ile** (TTK m. 435);³¹ pay sahibi aynı sermaye payı taahhüdünde bulunmuş ise de, Türk Ticaret Kanunu'nun 128. maddesinde yer alan düzenlemeler gereği kural olarak şirketin tescili ile birlikte doğar.³² Yukarıda değinildiği üzere anonim şirkette şirket kurulduğu anda pay sahibinin sermaye payının asgari kısmını ödeme koşulu gerçekleşmiş olacağından, pay sahibinin nakdi sermaye payı taahhüdünde bulunmuş olması durumunda da oy hakkı şirketin tescili ile doğacaktır.

7099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında limited şirketin kuruluşunda kurucu veya kurucuların tamamı, sadece nakdi sermaye taahhüdünde bulunurlarsa, şirket sözleşmesinde aksi belirtilmediği sürece bu taahhütlerini şirketin tescilini izleyen yirmi dört ay içinde yerine getirmeleri gerekecektir. Dolayısıyla yirmi dört aylık süre boyunca sermaye payı taahhütlerinin ödenmemesi kanundan doğan bir olanaktır. Bu olanağın kullanılması halinde ilk yirmi dört ay boyunca limited **şirkette** ortakların oy hakları bulunamayacak³³ ve genel kurul-

³¹ Bu düzenlemenin yararının, nakdi sermaye payı taahhüdünde pay bedelinin ödenmesinin sağlanmasında kendisini göstereceği konusunda bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 314. Belirtmek gerekir ki, anonim şirkette oy hakkı, pay bedelinin kanunda veya esas sözleşmede kararlaştırılan asgari tutarının ödenmesi ile doğmaktadır. Lakin, kâr payı hakkında farklı olarak oy hakkı, yapılan ödeme ile orantılı olarak kullanılmaz. Asgari tutarın ödenmesi oy hakkının tamamının doğması için yeterlidir. Anonim şirketin kuruluşunda nakdi sermaye payı taahhüdünün en az %25'nin tescilden önce ödenmesini emreden TTK m. 344 hükmünün varlığı karşısında, TTK m. 435'nin pay bedellerini ödenmesi konusunda nasıl bir yarar sağlayacağı tartışmaya açıktır.

³² TTK m. 435 hükmünün anonim şirkete nakdi sermaye payı taahhüdünde bulunan ortaklar bakımından uygulanabileceği, aynı sermaye payı taahhüdünde bulunan ortakların oy hakkının doğumu bakımından ise uygulanamayacağı hakkında bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 314.

³³ Bu durum limited şirkette sermaye payı taahhütleri ödenene kadar oy hakkından yoksun payların oluşmasına yol açar. Oysa limited şirkette pay sahibinin asgari oy hakkı vazgeçilmez hak niteliğinde olup, oy hakkından yoksun pay oluşturulabilmesi olanaklı değildir. Şükrü Yıldız, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 231. Ancak ortakların asgari oy hakları korunarak şirket sözleşmesi ile birden fazla paya sahip olan ortağın oy hakkı sınırlandırılabilir (TTK m. 618/I). Krş. Şirket sözleşmesine konu-

da karar alınamayacaktır.³⁴ Böylesi bir durum, her pay sahibinin en az bir oy hakkı olması ilkesi ile çelişecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 435. maddesinin limited şirketler için de uygulama alanı bulacağı görüşü doğrultusunda 7099 sayılı Kanun ile oy hakkına ilişkin ortaya çıkabilecek bu sorunun oy hakkında yoksunluğa benzer bir durum yaratıp yaratmadığı değerlendirilmelidir. Limited şirkette oy hakkından yoksunluk, üç genel kurul kararı için özel olarak düzenlenmiştir. Bunlar; herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılanların müdürlerin ibrasında oy kullanamamaları; şirketin kendi esas sermaye payını iktisabına ilişkin kararlarda, esas sermaye payını devreden ortağın oy kullanamaması ve ortağın bağlılık (sadakat) yükümüne ya da rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmasına ilişkin kararlarda o ortağın oy kullanamamasıdır (TTK m. 619).

Alman hukukunda, şirketteki tüm ortakların oy hakkından yoksunluk kapsamına girdiği durumlarda oy hakkından yoksunluk kurallarının uygulanmaması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur. Bu görüşe göre, oy hakkından yoksunluk kuralları genel kurulun karar alamayarak şirket iradesinin oluşmasına engel olmamalıdır.³⁵ Oy hakkından yoksunluk kuralları, ortakların tamamının oy hakkında yoksunluk kapsamında girdiği durumlarda değil; birden fazla ortağın bulunduğu ve ortaklardan biri/birkaçının oy hakkından yoksun olmadığı durumlarda uygulanabilir.³⁶ Türk öğretisinde tartışmalıdır. *Karayalçın*, limited şirketin ortaklarının tamamı tarafından yönetilmesi halinde ibra kararı alınması gerektiği tespiti³⁷ ile, ortakların tamamının oy hakkından yoksun durumlarda da oy hakkından yoksunluk kurallarının uygulanacağını kabul etmiştir. *Tekinalp* ve *Pulaşlı*, tek ortağın aynı zamanda müdür sıfatını taşıdığı tek ortaklı limited şirketlerde

lacak hüküm ile limited şirkette oy hakkından yoksun payların oluşturulabileceği görüşü için bkz. Abdullah Erdoğan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. XVII, S. 3, s. 51.

³⁴ Pulaşlı, *Sermayesiz Sermaye Şirketi*, s. 15.

³⁵ Günter Roth/Holger Altmepfen, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar*, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2009, § 47 Rn 78; Peter Ulmer/Mathias Habersack/Martin Winter, *GmbHG Großkommentar Bd. I - II*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, § 47 Rn 215.

³⁶ Roth/Altmepfen, § 47 Rn 78; Ulmer/Habersack/Winter, § 47 Rn 215.

³⁷ Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku*, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 364.

müdür hakkında ibra kararı alınamamasının ibra edilmediği yönünde değerlendirilmemesi gerektiğini belirterek oy hakkından yoksunluk kurallarının uygulanacağı **görüşünü** benimsemektedirler.³⁸ Akbay ve Yaşar ise, Alman hukunda ileri sürülen görüşün hukukumuzda tek ortaklı limited şirketler bakımından uygulanmasının, ortaya çıkacak karışıklıkları önlemede yardımcı olabileceği kanaatinde dirler.³⁹

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, limited şirkette kuralın her pay sahibinin oy hakkına sahip olması; oydan yoksunluğu ise istisnai olarak, belirli durumlarda ve belirli kararlar için söz getirildiği göz önünde bulundurulmalıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 619. maddesinde sayılan oy hakkından yoksunluk halleri Türk hukuk öğretisinde, Alman ve İsviçre hukuklarındaki görüş farklılıklarından⁴⁰ ari olarak, oy birliği ile sınırlı sayı ilkesi kapsamında değerlendirilmekte ve 619. madde sayılanların dışında, şirket sözleşmesi ile yeni nedenler oluşturulmayacağı kabul edilmektedir.⁴¹ Öte yandan, yukarıda değinildiği üzere söz konusu istisnai hallerde dahi, tüm ortakların oy hakkında yoksun olmaları durumunda, oy hakkından yoksunluk kurallarının uygulanmaması görüşü dahi mevcuttur. Dolayısıyla 7099 sayılı Kanun ile getirilen sistem ile nakdi sermaye payı taahhütlerini kuruluştan itibaren yirmi dört ay içerisinde hiç ifa etmeyen ortak/ortakları "oy hakkında yoksunluk" kapsamında nitelendirmek mümkün değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 435. maddesinin limited şirketler hakkında da uygulanacağı görüşünün kabulü halinde, nakden taahhüt edilen sermaye paylarının asgari tutarlarının ödenmesine kadar, bu paylara bağlanan oy haklarının akıbeti, limited şirketin iktisap ettiği kendi paylarının oy hakları ile büyük benzerlik taşır. Türk Ticaret Kanunu'nun 612. maddesine göre limited şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde bu paylara bağlanan oy hakları donar; başka bir deyişle bu pay-

³⁸ Ünal Tekinalp, Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Payscaleli Anonim Ortaklık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 164. Pulaşlı, Şerh II, s. 1342 ve s. 1972-1974.

³⁹ Akbay, bu görüşünü tek kişilik şirkette ortak ile şirket menfaatlerinin çelişmeyeceği gerekçesine dayandırmaktadır. Akbay, s. 166; Tuğçe Nimet Yaşar, Tek Ortaklı Limited Şirket, Ankara, 2012, (Yüksek Lisans Tezi), s. 184.

⁴⁰ Alman ve İsviçre hukuklarında konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. Akbay, s. 167, dn. 540; Fahriye Pelin Tokcan, Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk, İstanbul, 2015 (Yüksek Lisans Tezi), s. 19, dn. 28'de sayılan yazarlar.

⁴¹ Teoman, Yoksunluk, s. 14-17; Şener, s. 510; Çeker, s. 195; Füsün Nomer Ertan, Oydan Yoksun Paylar, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 3; Akbay, s. 167; Tokcan, s. 20.

lardan doğan oy hakları kullanılamaz. Payların devri halinde ise oy hakları yenide canlanır. Her iki durumun ayrıldığı nokta ise, limited şirketin iktisap ettiği payların iktisaptan önce oy haklarını haiz olmasıdır. Asgari tutarları ödenmeyen paylar için oy hakkı hiç doğmamış olacağından “donma” teriminin kullanılması isabetli olmayacaktır.

B. Organsızlık Nedeniyle Şirketin Feshinin İstenebilmesi

Limited şirketin iki zorunlu organı vardır. Bunlar, genel kurul ve müdür/müdürlerdir. Limited şirket tasfiye aşamasına girdiğinde müdür/müdürler yerine tasfiye memurları, tasfiyeyi yürütmekle görevli organ olarak karşımıza çıkar. Şirket devam ederken iki zorunlu organdan birinin yokluğu, organsızlık nedeniyle şirketin feshinin istenmesine neden olabilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 636. maddesinin II. fıkrasına göre, limited şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul uzun süreden beri toplanamıyorsa, ortaklardan veya şirket alacaklılarından birinin istemi üzerine şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, şirketin müdür/müdürlerini dinleyerek şirketin durumunu düzeltebilmesi için uygun bir süre verir. Süre sonunda durum düzeltilmemişse şirketin feshine karar verilir.

Genel kurul özelinde, organsızlık nedeniyle limited şirketin feshinin istenebilmesi konusunda öğretilerde iki farklı görüş mevcuttur. İlk görüş, genel kurulun her toplanamama sebebinin organsızlık nedeniyle feshe neden olmayacağını; sadece genel kurulun toplanmasının şirketin faaliyeti için zorunlu olduğu hallerde, toplantı yeter sayısının sağlanması yahut toplanıp da karar alınamamasının fesih nedeni olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir.⁴² İkinci görüş ise, genel kurulun toplanamaması ile belirli bir konu üzerinde karar alamamasının birbirinden farklı durumlar olduğundan hareketle, organsızlık nedeniyle fesih isteminin sadece genel kurulun toplanamaması nedeniyle istenebileceği noktasındadır⁴³. Türk Ticaret Kanunu'nun 636. maddesinin II. fıkrasının lafzı da ikinci görüş ile örtüşmektedir.

⁴² Halil Arslanlı, Anonim Şirketler, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, s. 192, İstanbul, 1961.

⁴³ Bkz. Fahman Tekil, Şirketler Hukuku - Anonim Şirketler, C. II, 2. Bası, Yörük Yayınları, İstanbul, 1978, s. 730; Şener, s. 630. Anonim şirkette şirket kurulduğu anda

Bu noktada genel kurula katılma hakkı ve oy hakkı arasındaki ayrıma değinmek gerekir. Genel kurula katılma hakkı, ortakların, oy hakkından bağımsız olarak sahip oldukları yönetsel bir haktır ve ortak sıfatının kazanılması ile doğar. Ortaklar, oy hakkından yoksun olsalar dahi, genel kurula katılma hakkına sahiplerdir.⁴⁴ Dolayısıyla, ortakların oy haklarının doğmamış olması genel kurul toplantısına katılma hakları olmadığı anlamına gelmez. Pay üzerinde intifa hakkı kurulması halinde de, oy hakkı intifa hakkı sahibine ait olmakla birlikte, payın malik olan ortağın da genel kurul toplantısına katılma hakkı vardır.⁴⁵

Öte yandan limited şirkette - önemli nitelikteki işlemler hariç olmak üzere- genel kurul toplantısı bakımından bir toplantı nisabı öngörülmemiştir (TTK m. 620-621). Bu doğrultuda ortakların oy haklarının doğmaması nedeniyle limited şirketin feshi talebi genel kurulun toplanamamasına değil; toplanmasına rağmen karar alamamasına dayanabilir. Zira, tüm ortakların nakdi sermaye taahhüdünde bulunduğu bir limited şirkette, kuruluştan itibaren yirmi dört ay içerisinde asgari sermaye payları ödenmez ise ortaklar genel kurula katılabilecek ve dolayısıyla genel kurul toplanabilecek; ancak oy hakları doğmadığı için genel kurul kararının alınması mümkün olamayacaktır.

Bahse konu olasılıkta, toplanan genel kurul, ortakların oy haklarının henüz doğmaması nedeniyle fiilen işlevsiz olur.⁴⁶ Genel kurulun fiilen işlevsiz olması, şirketin gerekli organlarından birinin var olmadığı şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Yalnız, şirketin feshinin istenebilmesi için karar alamama halinin uzun süredir devam etmesi gerekir. Uzun sürenin nasıl tespit edileceği konusunda ise açıklık yoktur.⁴⁷ Şirketin kuruluşundan itibaren geçecek yirmi dört aylık sürenin uzun

pay sahiplerinin oy hakları da doğmuş olacağından genel kurulun toplanmasına rağmen, pay sahiplerinin oy haklarının bulunmadığı gerekçesiyle işlevsiz kalması söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla, anonim şirkette genel kurulun eksikliği nedeniyle fesih davası açılması mümkün değildir. Ancak genel kurulun toplanamaması, anonim şirketler için organ eksikliğinden ayrı özel bir fesih nedenidir. Oğuz İmregün, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989, s. 479.

⁴⁴ Genel kurula katılma hakkının, oy hakkını kapsamak zorunda olmadığı konusunda bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, s. 215.

⁴⁵ Kendigelen, s. 326; Akbay, s. 93.

⁴⁶ Tekinalp, bu durumu organların kilitlenmesi olarak nitelemektedir. Kilitlenme halinde fesih davasının açılabileceği hakkında bkz. Tekinalp, s. 167.

⁴⁷ Tekinalp, uzun sürenin alt sınırının en az üç yıl olduğu görüşündedir. Tekinalp, s. 167.

süre koşulunu sağlaması ve yirmi dört ay süresince ortakların genel kurulda oy haklarının bulunmaması nedeniyle karar alınamamasına dayanılarak şirketin feshedilmesi olasılık dahilindedir.

Özetle, limited şirketler bakımından da uygulama alanı bulan anonim şirket hükümleri Kanun'da atıf yöntemi ile belirtilmiştir.⁴⁸ Ortakların oy hakkına ilişkin olarak 435. maddenin limited şirketler için de uygulanmasını öngören bir atıf mevcut değildir. Yukarıda belirtilen gerekçelerle, limited şirkette ortağın oy hakkının doğumu bakımından asgari sermaye payı taahhüdünün ödenmesinin aranması 7099 sayılı Kanun'la getirilen değişiklik sonrasında limited şirkette hem ortakların oy haklarının doğumu, hem de zorunlu organ olan genel kurulun işlevi bakımından sakıncalı gözükmemektedir. Bu nedenlerle limited şirkette, ortağın oy hakkının, şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmadıkça, sermaye payı taahhüdüne ilişkin ödeme yapılmamış olması halinde de doğduğu kabul edilmelidir. Bu görüş benimsendiği takdirde, 7099 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'nun 585. maddesine eklenen ifade, ortakların oy hakları üzerinde bir etki yaratmayacaktır.⁴⁹

III. KÂR PAYI AÇISINDAN

Yönetmel ve mali haklar ayırımında, mali haklar arasında yer alan ve ortakların en önemli mali hakkı olarak da nitelendirilen⁵⁰ kâr payı hakkı, ortakların şirkete getirmiş oldukları sermayenin semeresi olarak tanımlanabilir.⁵¹ Şirketler, manevi amaçlarla kurulan dernek ve vakıflardan farklı olarak, kâr elde etmek ve bu kârı ortaklar arasında paylaşmak amacıyla kurulan hukuki birliklerdir. Tüm şirketlerde olduğu gibi, limited şirkette de temel amaç şirketin kâr elde etmesi ve elde edilen kârın ortaklar arasında paylaşılmasıdır.⁵² Söz konu-

⁴⁸ TTK m. 569, 570, 578, 584, 585, 592, 609, 610, 617, 622, 629, 633, 634, 635, 636, 643, 644, 661.

⁴⁹ Krş. Pulaşlı, Sermayesiz Sermaye Şirketi, s. 13-15.

⁵⁰ Şener, s. 726.

⁵¹ Arslanlı, s. 212; Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 383; Pulaşlı, Şerh II, s. 1279; Şener, s. 726; Bilgili/Demirkapı, s. 515.

⁵² "Türk Hukukunda ticaret şirketleri ekonomik amaçla, yani kar etmek maksadıyla kurulurlar. Bu nedenle, kar eden bir ticaret şirketinin ilk görevi, kar dağıtmaktır." (11. HD., 08.04.1986, E: 1986/1195, K: 1986/2033 - Erişim Tarihi: 22.06.2019 - hukukturk.com).

su amaç, şirket sözleşmesinde belirtilmemiş olsa dahi, şirket yapısının niteliğinden ortaya çıkan ve terk edilmesi mümkün olmayan bir olgudur.⁵³

Limited şirkette ortakların kâr payı hesaplanırken, anonim şirketlerin finansal tablolar ve yedek akçelere ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 514 ila 527. maddeleri uygulama alanı bulur. (TTK m. 610). Limited şirkette kâr payı, sadece net dönem kârından veya *bu amaçla ayrılan yedek akçelerden* dağıtılabilir (TTK m. 608/I). Başka bir deyişle, şirket, sermayesini kâr payı adı altında ortaklarına dağıtamaz.⁵⁴ Böylelikle bir sermaye şirketi olan limited şirkette malvarlığının korunması ilkesine⁵⁵ uygun davranılmış olur. Net dönem kârı, bir faaliyet dönemi içinde bilanço zararı düşüldükten sonra elde edilmiş olan kârdır.⁵⁶ Net dönem kârının vergi öncesi kârı mı; vergi sonrası kârı mı ifade ettiği konusu şirketler hukuku kapsamının dışında kalır.⁵⁷ Yedek akçeler ise, şirketin net kârından ortaklara ve diğer ilgililere dağıtılmayarak, kanun, şirket sözleşmesi ya da genel kurul kararı gereğince şirkette alıkonulmuş malvarlığıdır.⁵⁸ Türk Ticaret Kanunu'nda yedek akçe kaynaklı kâr dağıtımını yapılabileceği kabul edilmekle birlikte dağıtım kaynağı oluşturacak yedek akçelerin bu amaçla ayrılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla şirketin kanunen zorunlu olarak ayırdığı yedek akçelerden kâr payı dağıtılamaz.⁵⁹

Oy hakkında olduğu gibi, ortaklar kâr payından da oransallık ilkesine göre yararlanırlar. Ortakların kâr payı, şirket sözleşmesi ile aksi öngörülmedikçe sermaye paylarının itibari değerlerine oranla hesap-

⁵³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), p. 899.

⁵⁴ Bilgili/Demirkapı, s. 723.

⁵⁵ TTK m. 509 Gerekçe. Pulaşlı, Şerh II, s. 208; Bilgili/Demirkapı, s. 723. Malvarlığının korunması ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şehirali Çelik (Kırca/Manavgat), s. 121 vd.

⁵⁶ Veliye Yanlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımını", *BATİDER*, 2014, C. XXX, S. 1, s. 11, s. 7; Aslı E. Gürbüz Usluel, Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 12-13.

⁵⁷ TTK m. 509 Gerekçe. Sermaye Piyasası Kurulu tarafından halka açık şirketler için hazırlanan "Kâr Payı Dağıtım Rehberi" nde ise net dönem kârı, vergilerin düşürülmesi suretiyle bulunan tutar olarak tanımlanmıştır. Bkz. Kâr Payı Dağıtım Rehberi, s. 4. <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=986&fn=986.pdf&submenuheader=-1> (Erişim Tarihi: 18.06.2019).

⁵⁸ Tanım için bkz. Şener, s. 727.

⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yanlı, s. 8 vd.

lanır. Şirket sözleşmesinde ortaklar için öngörülen ek ödeme yükümlülükleri, ortaklar tarafından ifa edilmiş ise; ifa edilen tutar da itibari değere eklenir (TTK m. 608/II). Dolayısıyla, limited şirkette, yalnızca ek ödeme yükümlülüklerinin kâr payı hesaplanmasında dikkate alınabilmesi için ödenmiş olmaları koşulu vardır.⁶⁰

Kâr payı dağıtımını konusunda yetkili organ genel kuruldur. Bu yetki genel kurulun devredilmez yetkileri arasındadır (TTK m. 616/I-e).⁶¹ Kâr payı dağıtımını hakkında özel nisaplar öngörülmediği için karar, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmediği sürece, genel kurulda temsil edilen oyların çoğunluğu ile alınır (TTK m. 620).

Kâr payı hakkının, hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. *Tekinalp* kâr payı hakkını vazgeçilmez hak olarak nitelendirmektedir.⁶² *Pulaşlı* ise söz konusu hakkın, limited şirket ortakları bakımından müktesep hak olduğu görüşündedir.⁶³ Buna karşılık *Canözü* ve *Gürbüz Usluel*, kâr payı hakkının ne vazgeçilmez ne de müktesep hak olduğu görüşündedirler.⁶⁴ Yazarlara göre bu hak, ancak şirket sözleşmesinde bu yönde bir hükme yer verilerek esas sözleşmesel müktesep hak haline getirilebilir. Kâr payı dağıtımının genel kurul kararına bağlı olması ve dağıtım kararının olağan nisaplarla alınabilmesi, usulüne göre iptal davası açılıp mahkeme tarafından genel kurulun kâr dağıtmama yönündeki kararı iptal edilmediği sürece kararın, karara muhalif kalan ortaklar bakımından da geçerli olmasından hareketle, biz de kâr payı hakkının vazgeçilmez hak veya müktesep hak niteliğini haiz olmadığı kanaatindeyiz.

⁶⁰ Pulaşlı, Şerh II, s. 2080.

⁶¹ "Kar payı, ancak şirketin ortaklar kurulu kararıyla muaccel olur ve istenebilir hale gelir." (11. HD., 06.06.2013, E: 2012/13386, K: 2013/11485 - Erişim Tarihi: 22.06.2019 - lexpera.com.tr). Krş. "Gerekli yasal ve mecburi yedek akçeler ile kanun ve anasözleşme hükümlerince ayrılması gerekli diğer paralar safi kardan ayrıldıktan sonra kar payı dağıtılabilir. Limited şirketlere ilişkin 6762 sayılı TTK'nın 533/1 inci maddesi "Şirket mukavelesinde aksine hüküm bulunmadıkça ortakları, sermaye koyma borçlarını yerine getirdikleri nisbette, yıllık bilançoya göre, elde edilmiş olan safi kardan pay alırlar" demek suretiyle bu hususu açık bir şekilde dile getirmiş bulunmaktadır. Bu husus şöyle de ifade edilebilir: kural, karın dağıtılmasıdır. Karın dağıtılmaması veya az dağıtılması gerektiği takdirde ancak bu yönde bir genel kurul kararına ihtiyaç vardır. Yani kuralın dışına çıkmak için genel kurul kararı gereklidir." (11. HD., 08.04.1986, E: 1986/1195, K: 1986/2033 - Erişim Tarihi: 22.06.2019 - hukukturk.com).

⁶² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), p 898, 899; Pulaşlı, Şerh II, s. 1280.

⁶³ Pulaşlı, Şerh II, s. 2080.

⁶⁴ Salih Canözü, Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Ankara 2015, s. 43; Gürbüz Usluel, s. 103-105.

7099 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, kâr payı bakımından etkisini Türk Ticaret Kanunu'nun 610. maddesindeki atıfla limited şirketler hakkında da uygulama alanı bulan 519. madde kapsamında hem kanuni yedek akçenin ayrılmasında, hem de ortaklara yapılacak birinci kâr payı dağıtımını miktarının hesaplanmasında **gösterir**.

Limited şirkette, kâr payı dağıtımını yapılabilmesi için öncelikle genel kanuni yedek akçenin ayrılması gerekir. Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçe olarak ayrılır (TTK m. 519/I). Kanunen zorunlu görülen yedek akçeler ayrılmadan ortaklara kâr payı dağıtılamaz (TTK m. 608/I-2.cümle). Limited şirket, sadece nakdi sermaye payı taahhüdü ile kurulmuş ve kuruluşun itibaren yirmi dört aylık süre boyunca sermaye payları için herhangi bir ödeme yapılmamışsa, ödenmiş sermayeden söz edilemeyecek ve Türk Ticaret Kanunu'nun 519. maddesinin I. fıkrası uyarınca yedek akçe ayrılamayacaktır. Ödenmiş sermayesi dahi bulunmayan bir şirkette kanuni yedek akçenin ayrılamaması da malvarlığının korunması ilkesi ile çelişen bir sonuç doğuracaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 519. maddesinin ikinci fıkrasında ise yedek akçe için birinci fıkrada öngörülen sınıra ulaşıldıktan sonra, genel kanuni yedek akçeye eklenecek kalemler sayılmıştır. Yedek akçeye eklenecek kalemler kapsamında, dolaylı olarak ortaklara ödenmesi gereken asgari kâr payı da belirlenmiştir⁶⁵. 519. maddenin birinci fıkrasındaki sınıra ulaşıldıktan sonra ortaklara ödenmiş⁶⁶ sermayenin yüzde beşi oranında kâr payı dağıtılması gerekir. Ortaklara yüzde beş oranında kâr payı dağıtıldıktan sonra eğer varsa kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu da yedek akçeye eklenmelidir (TTK m. 519/II-c). Lakin, sadece nakdi sermaye payı taahhüdü ile kurulup kuruluşun itibaren yirmi dört ay boyunca sermaye payları için herhangi bir ödeme yapılmayan şirkette, ödenmiş sermayeden söz edilemeyeceğinden bu 519. maddenin II. fıkrasına göre ortaklara kâr

⁶⁵ TTK m. 519/II-c: "Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu genel kanuni yedek akçeye eklenir."

⁶⁶ TTK m. 519/II-c'de yapılacak ödemenin yüzde beş tutarında olacağı belirtilmiş, ancak hangi tutarın yüzde beşi olduğundan bahsedilmemiştir. Öğretide hükmün ödenmiş sermayenin yüzde beşi olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Puşlu, Sermayesiz Sermaye Şirketi, s. 16; Yanlı, s. 11; Gürbüz Usluel, s. 23-24.

payı dağıtımını da yapılamayacak; **eğer yapılırsa** ortağın bu kâr payını şirkete iade etmesi gerekecektir (TTK m. 611/I).⁶⁷ Böylesi bir sonuç da temel amacı kâr elde etmek ve bu kârı ortaklar arasında paylaşmak olan limited şirketin varoluş amacı ile çelişecektir.

SONUÇ

Çalışmamız kapsamında, 7099 sayılı “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile limited şirketin kuruluşunda nakdi sermaye taahhütlerinin en az yüzde yirmi beşinin şirketin tescilinden önce ödenmesi koşulunun kaldırılması ile ilgili olarak şu sonuçlara varılmıştır:

1. Limited şirkete nakdi sermaye taahhüdünde bulunan ortaklar, sermaye payı taahhütlerinin tamamını kuruluştan itibaren yirmi dört ay içerisinde ödeyeceklerdir. Başka bir deyişle, kuruluştan itibaren yirmi dört ay boyunca nakdi sermaye payı taahhütleri şirkete ödenmeyebilecektir.
2. Kanun koyucu, sermaye şirketlerinin kuruluşu esnasında aynı sermaye taahhütlerinin ödenmesini güvence altına alan önemli düzenlemeler getirmiştir. Aynı sermayeye taahhütlerine ilişkin bu hükümler yürürlükte iken, değişiklik konusu “kolaylığın” hangi amaçla sadece nakdi sermaye taahhüdü için sağlandığı anlaşılamamaktadır. Öte yandan, diğer bir sermaye şirketi modeli olan anonim şirkette, pay sahiplerinin, nakdi sermaye payı taahhütlerinin en az yüzde yirmi beşini şirketin tescilinden önce ödeme zorunluluklarının devam ediyor olması, anonim şirketler ve limited şirketlerin kuruluşlarında adil bir gerekçeye dayanmayan farklılık oluşturmuştur.
3. Değişiklikle birlikte, limited şirketin tescilinden önce nakdi sermaye payı taahhütlerinin tamamını veya bir kısmını ödemek isteyen ortakların bu ödemeyi nereye yapabilecekleri konusundaki netlik de kaybolmuştur. Kanımızca, mevcut uygulamaya devam edilerek, limited şirketin tescilinden önce şirket adına banka hesabı açılabilmesi uygulamasına devam edilmeli ve bu konu Kanun’da açıklığa kavuşturulmalıdır.

⁶⁷ Pulaşlı, Sermayesiz Sermaye Şirketi, s. 16.

4. Öğretide ileri sürülen, limited şirket ortaklarının oy hakkının doğumu için asgari sermaye taahhütlerinin ödenmesi gerektiği görüşü, 7099 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile yapılan değişiklikle iki önemli soruna neden olmaktadır. Bunlardan ilki, kuruluştan itibaren yirmi dört ay boyunca, ortakların oy hakkına sahip olamamasıdır ki; söz konusu durum limited şirkette her ortağın en az bir oy hakkı olması ilkesi ile açıkça çelişmektedir. Öte yandan, tüm ortakların kuruluştan itibaren yirmi dört ay boyunca oy hakkına sahip olamaması nedeniyle genel kurulda karar alınamaması ve dolayısıyla limited şirketin organsızlık nedeniyle feshinin istenebilmesi de gündeme gelebilecek bir diğer sorundur. Bu nedenlerle limited şirket ortaklarının oy hakkının doğumu için asgari sermaye taahhütlerinin ödenmesi gerektiği yönündeki görüşe katılmamaktayız. Limited şirket ortaklarının oy hakkının doğumu için asgari sermaye taahhütlerinin ödenmesi koşulu aranmadığı takdirde 7099 sayılı Kanun ile getirilen yenilikler ortakların oy hakkı üzerinde etki doğurmayacaktır.
5. Limited şirkete nakdi sermaye taahhüdünde bulunan ortaklar bu taahhütlerini kuruluştan itibaren yirmi dört ay içerisinde şirkete ödemedikleri takdirde, şirket ayrılması gereken birinci kanuni genel yedek akçe miktarının hesaplanmasında zorluk yaşayacaktır. Ortakların tamamı nakdi sermaye tahhüdünde bulunur ve yirmi dört aylık süre içerisinde hiçbir ödeme yapmazlarsa, şirketin, o süre içerisinde kanuni yedek akçe ayıramaması dahi gündeme gelebilecektir. Zira, limited şirkette ayrılması gereken kanuni yedek akçe, ödenmiş sermaye üzerinden belirlenmektedir.
6. Genel kurulda aksine karar alınmadığı sürece, limited şirkette birinci genel kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra ortaklara ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında kâr payı dağıtılır. Benzer şekilde, ortakların tamamının nakdi sermaye taahhüdünde bulunup, yirmi dört ay boyunca ödeme yapmadıkları bir limited şirkette ödenmiş sermayeden söz edilemeyeceği ortaklara kâr payı ödemesi de yapılamayacaktır. Böylesi bir durum tüm ticaret şirketleri gibi, kâr elde etmek ve elde ettiği kârı ortakları arasında paylaşmak amacıyla kurulan limited şirketin varoluş amacıyla çelişecektir.

7. Şirketin yirmi dört ay boyunca ödenmiş sermayesinin bulunmaması, limited şirketin sorumluluk yapısı gereği, şirket alacaklıları bakımından da ciddi bir sorun teşkil edecektir. Üstelik, alacaklıların şirketin bu durumda olduğunu kolaylıkla fark edebilmeleri mümkün de değildir. Alacaklarını tahsil edemeyen alacaklıların, limited şirket hakkında iflâs takibi başlatma olasılığı “kolaylaştırılmış” şekilde kurulan limited şirketin, ömrünün kısa olmasına neden olabilecektir.

Limited şirketin temel özelliklerine uymayan, ortakların ve şirket alacaklılarının haklarına zarar veren nakdi sermaye taahhüdünde bulunan ortaklara, kuruluştan itibaren yirmi dört ay boyunca şirkete ödeme yapmama olanağı veren düzenlemenin Kanun’ndan çıkartılarak, nakdi sermaye taahhüdünün en az yüzde yirmi beşlik kısmın şirketin tescilinden önce ödenmesi sistemine dönülmesi kanımızca yatırım ortamı açısından daha güvenli bir tercih olacaktır.

Kaynakça

- Akbay Direnç, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, İzmir 2009 (Yüksek Lisans Tezi).
- Arsılanlı Halil, Anonim Şirketler, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1961.
- Bilgeç Hakan, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Bilgili Fatih/Demirkapı Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2013.
- Böckli Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2004.
- Canözü Salih, Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması, Ankara 2015.
- Çamoğlu Ersin, “Limited Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar”, (<http://www.ticaretkanunu.net/makale-23/> - Erişim Tarihi: 06.12.2018).
- Çeker Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2000.
- Çoştan Hülya, “Limited Şirkette Oyda (!) İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazlı Paylar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 4, s. 77-90.
- Domaniç Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, Temel Yayınları, İstanbul, 1988.
- Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur / Nobel Peter, Schweizerischen Aktienrecht, Stampfli, Bern, 1996.

- Erdoğan Abdullah, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. XVII, S. 3, s. 39-60.
- Gürbüz Usluel Aslı E., Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- Gürel, Murat, "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın "Siciller Arası İşbirliği" İle "İzne Tabi Şirketler" Tebliğlerinin Denetime İlişkin Hükümleri Hakkında Bir İnceleme, *BATİDER*, 2012, C. XXVIII, S. 4, s. 247-253.
- Hirsch Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1946.
- İmregün Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005 (Anılış: Kara Ticareti).
- İmregün Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayınları, İstanbul, 1989 (Anılış: Anonim Ortaklıklar).
- Karayağcın Yaşar, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- Kendigelen Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Kendigelen Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994.
- Kırca İsmail/Şehirli Çelik Feyzan Hayal / Manavgat Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- Nomer Ertan Füsün, Oydan Yoksun Paylar, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994.
- Poroy Reha/Tekinalp Ünal/Çamoğlu Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Pulaşlı Hasan, "Sermayesiz Sermaye Şirketi İle Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Bunlara Karşı Alınması Gereken Hukuki Önlemler", *BATİDER*, 2018, C. XXXIV, S. 2, s. 5-19 (Anılış: Sermayesiz Sermaye Şirketi).
- Pulaşlı Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011 (Anılış: Şerh II).
- Roth Günter/Altmeyden Holger, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 6. Auflage, C. H. Beck, München, 2009.
- Şener Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Tekil Fahiman, Şirketler Hukuku - Anonim Şirketler, C. II, 2. Bası, Yörük Yayınları, İstanbul, 1978.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Tekinalp Ünal, Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Tekinalp Ünal, Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Payscaleli Anonim Ortaklık, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

- Teoman Ömer, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkı" *BATİDER*, 2009, C. XXV, S. 3, s. 5-24 (Anılış: Oy Hakkı).
- Teoman Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983 (Anılış: Yoksunluk).
- Tokcan Fahriye Pelin, Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk, İstanbul, 2015 (Yüksek Lisans Tezi).
- Yanlı Veliye, "Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtım", *BATİDER*, 2014, C. XXX, S. 1, s. 5-32.
- Nimet Yaşar Tuğçe, Tek Ortaklı Limited Şirket, Ankara, 2012 (Yüksek Lisans Tezi).
- Ulmer Peter/Habersack Mathias/Winter Martin, GmbHG Großkommentar Bd. I - II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005.
- Yıldız Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2007.

TİCARET SİCİLİNDE GÖRÜNÜŞE GÜVENİN BAŞLANGIÇ ANINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON TRUST IN THE APPEARANCE'S STARTING TIME IN TRADE REGISTRY

Süleyman KIRAN*

Özet: Ticaret sicilinde görünüşe güven, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 37'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, görünüşe güvenin uygulanmasında ilan esas alınmıştır. Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisini düzenleyen TTK m. 36'da ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişiler hakkında ilanı izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağına yer verilmiştir. Bu çalışmada, görünüşe güvene dayanabilmek için ilanın yapılmasının yeterli mi olduğu yoksa ilanın yapılmasını izleyen iş gününün mü beklenilmesinin gerekli olduğu hususu ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Görünüşe Güven, Ticaret Sicilinin Etkisi, Tescil ve İlan

Abstract: The trust in the appearance in trade registry is regulated in Art. 37 of the Turkish Commercial Code (TCC). Application of trust in the appearance principle is based on publication in this regulation. The legal consequences of registries come into account for third parties with the consecutive business day after publication as placed in Art. 36 of TCC which regulates the effects of registration and publication to the third parties. In this study, it will be discussed whether the publication is enough to be able to trust in the appearance, or if it is necessary to wait for the following business day after the publication.

Keywords: Trust in The Appearance, Effect of Trade Registry, Registration and Publication

* Arş. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, skiran.law@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4784-6233, Makale Gönderim Tarihi: 10.01.2019, Kabul Tarihi: 10.01.2019

I. Giriş

Görünüşe güven müessesesi, ticaret hukuku mevzuatımızda özel bir hükümlerle ilk kez Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ m. 37 ile birlikte düzenlenmiştir.² Bu düzenleme, bir takım hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlardan birini de üçüncü kişilerin görünüşe güvene hangi zaman dilimden itibaren dayanabileceği hususu oluşturmaktadır.

Ticaret sicilinde görünüşe güven müessesesi, TTK m. 37’de “Tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması hâlinde, tescil edilmiş olan gerçek durumu bildikleri ispat edilmediği sürece, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenleri korunur” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, görünüşe güvenin korunması kanunda öngörülen bir takım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Ticaret sicili işlemleri bakımından oluşturulan görünüşte; tescil kayıtları değil, bu kayıtların ilanı esas alınmıştır. Bu düzenlemeyle gerçek durumdan habersiz olan üçüncü kişilerin ticaret sicili kaydına ilişkin ilanlara olan güvenleri korunmaktadır.

Diğer taraftan, “Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisi” kenar başlığı altında düzenlenen TTK m. 36/1’de ise; “Ticaret sicili kayıtları nerede bulunurlarsa bulunsunlar, **üçüncü kişiler hakkında, tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edildiği; ilanının tamamı aynı nüshada yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğurur**” hükmüne yer verilmektedir.³ Bu hüküm, müteakip hüküm olan TTK m. 37 ile birlikte değerlendirildiğinde kafa karışıklığına yol açmaktadır. Zira üçüncü kişiler için ilanı izleyen iş gününe kadar hukuki sonuçların doğmadığı kabul edilirse, bu kişilerin doğmamış bir hakka dayanması da mümkün görünmemektedir.

TTK m. 37’e göre ilan edilen duruma hangi zaman diliminden itibaren dayanabileceği önem arz etmektedir. Üçüncü kişilerin görünüşe güvene dayanabilmesi için ilanın yayımlanmasının yeterli mi olduğu

¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, RG. 14.02.2011, S. 27846.

² TTK’nın yürürlüğe girmesinden önce ticaret hukuku mevzuatımızda görünüşe güven kapsamında değerlendirilen düzenlemeler için bkz. Hüseyin Ülgen, Türk Ticaret Kanunu’nda Hukuki Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından), Ankara 1975’den Tıpkı Baskı, İstanbul 2005, s. 72-97.

³ Aynı düzenlemeye TTK m. 26’ya dayanılarak 27.01.2013 tarihinde 28541 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 30/1’de de yer verilmektedir.

yoksa ilanı izleyen iş gününün beklenilmesinin mi gerektiği bu çalışmanın konusu oluşturmaktadır.

Kanun'da ilana ilişkin birden fazla durum düzenlenmiştir. İlk durum; ilanın aynı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi nüshasında yayımlanmasıdır. Bu halde; tescilin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren üçüncü kişiler hakkında hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir (m. 37/1). İkinci durum; ilanın tamamının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nin aynı nüshasında yayımlanmamış olmasıdır. Tamamı aynı nüshada yayımlanmayan ilanlar için son kısmın yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçların doğması öngörülmüştür (m. 37/1). Üçüncü durum ise; bir hususun tescil ile beraber derhâl üçüncü kişiler hakkında hukuki sonuç doğuracağına ilişkin özel hükümlerin mevcut olmasıdır (m. 37/2).

Görünüşe güven müessesesine hangi zaman diliminden itibaren dayanılabileceğinin tespitinin pratik açıdan önemi; ilanın fiilen yapıldığı günü izleyen günün iş günü olmamasında ortaya çıkmaktadır. İş günü olarak değerlendirilemeyen günlerde, yanlış ilan edilen kişiyle hukuki işlem tesis eden üçüncü kişinin görünüşe güveninin hukuken korunup korunmayacağı bu çalışmada ele alınacaktır. Örneğin; (A) kişisi ticari temsilci olarak atanmak istenmiş ve (A) kişisi ticaret siciline tescil edilmiştir. Ancak ticari temsilci olarak hataen (B) kişisi ilan edilmiş olabilir. Bu halde, ticari temsilci olduğunu düşünerek (B) kişisi ile tatil gününde hukuki işlem tesis eden (C) kişinin güveninin korunup korunmayacağı bu değerlendirmenin sonucuna bağlıdır. Eğer üçüncü kişi olduğundan bahisle üçüncü kişilere etki bakımından (C) kişisi TTK m. 36 hükmünün kapsamına dâhil edilirse, üçüncü kişiler için etkinin henüz ortaya çıkmaması sebebiyle (C) kişinin görünüşe olan güveni hukuken korunmayacaktır. Buna karşın kanun koyucunun amacının ilanın fiilen yapılmasından itibaren görünüşe güveni korumak olduğu tespit edilirse, (C) kişinin güveni ilanın yapılması anından itibaren hukuken korunacaktır.

II. Ticaret Sicilinde Görünüş

Belgelemeye yarayan her sicil kaydının dış dünyada bir görünüşü bulunmaktadır. Bu görünüş, bazen maddi gerçeklikle uyuşmakta iken bazen de gerçeği yansıtmamaktadır. Örneğin; çeşitli sebeplerle tapu

sicilinde hak sahibi olarak görünen bir kişi gerçekte hak sahibi olmayabilir. Bu halde dış dünyada yani; işleme konu oluşturanın dışında kalan kişiler için tapu sicili kaydı gerçeği yansıtmasa bile bu sicil kaydının bir görünüşü bulunmaktadır. Ticareti ilgilendirip mevzuatın öngördüğü hususlara ilişkin ticaret sicili kaydının yapıldığı durumlarda, söz konusu kaydın da işlemin ilgilisi olmayan kişiler için oluşturduğu bir görünüş vardır.

III. Ticaret Siciline Güven

Ticaret sicilinde güven, aleniyet ile doğru orantılıdır.⁴ Bir sicil kaydı ne kadar kişi tarafından bilinirse o kadar kişi tarafından güven duyulabilir. Türkiye’de, ticaret sicilinde ülke çapında aleniyet mevcuttur. TTK’da ticaret sicilinde aleniyeti sağlamak için iki yol öngörülmektedir. Bunlardan birincisi; herkesin ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleme ve giderini ödemek şartıyla bunların onaylı suretlerini alabilme imkânıdır (TTK m. 35/2). İkincisi ise; tescil kayıtlarının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan ile herkese tescil kayıtlarından haberdar olma imkânının sağlanmasıdır (TTK m. 35/3-4). Aleniyet için iki yol öngörülmekle birlikte ikinci yola erişmek daha kolaydır. Zira ilan kayıtlarının sorgulanması için internet erişimi yeterlidir. Kanun koyucu herkesin daha kolayca erişim imkânı bulduğu tescil kayıtlarının ilanına güvenin korunmasını tercih etmiş ve ilanın görünüşüne hukuki sonuç bağlamıştır.

Gerçek durumdan haberdar olmayan üçüncü kişiler, tescil ve ilanın gerçek duruma uygun olduğunu düşünebilirler. Zira ticaret sicili, üçüncü kişiler için güven sağlamaktadır. Bu kayıtlar, Ticaret Bakanlığı’nın gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri tarafından tutulur (TTK m. 24/2). Ticaret Bakanlığı, ticaret sicili müdürlüklerinin faaliyetlerini her zaman denetlemeye ve gerekli önlemleri almaya yetkili olduğu gibi ticaret sicili müdürlükleri ile şubeleri de Ticaret Bakanlığı tarafından alınan önlemlere ve verilen talimatlara uymakla yükümlüdür (TTK m. 25/3). İşte Ticaret Bakanlığı’nın gözetim ve denetimi, her ne kadar ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri kamu kurumu olmasa da toplumun genelinde kamu kurumları-

⁴ Mehmet Emin Bilge, Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 14.

na karşı duyulan güven gibi bir güven sağlamaktadır. Kamu kurumu olmasa da ticaret sicili müdürlüğü ve şubelerinin bulunduğu ticaret ve sanayi odaları ile ticaret odaları toplumda güveni sağlamak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.⁵

Bunun yanında, ticaret sicili müdürlerinin her tescil başvurusunda tescil edilecek hususların gerçeğe uygunluğunu inceleme görevinin bulunması da üçüncü kişiler için güven kaynağıdır (TTK m. 32/3). Zira böylece gerçeğe uygun olmayan durumlar tescil öncesinde ayıklanmış olacağından ticaret sicilinde ancak gerçeğe uygun bilgiler yer alacaktır.⁶

IV. Ticaret Sicilinde Görünüşe Güven

Ticaret sicili işlemleri, tescil başvurusundan tescil kayıtlarının ilana kadar devam eden bir süreçtir. Görünüşe güven müessesesi ise, bu süreç içinde ticaret sicili kayıtlarına duyulan güveni değil, ilanın ortaya çıkarttığı güveni korumaktadır. Ticaret sicili işlemleri, dış dünyaya ilan yoluyla duyurulmaktadır. İlan gerçek duruma uygun olmasa da üçüncü kişiler üzerinde oluşturulan bir güven söz konusudur.

Görünüşe güven müessesesi; görünüşe güven teorisinin bir görünümüdür. Görünüşe güven teorisi ise; gerçekte hukuka uygun olmamasına rağmen oluşturulan dış görünüşün korunmasının haklılık kazandığı hallerde bu dış görünüşün korunmasını esas almaktadır.⁷ Ticaret hukuku mevzuatımızda bu teori, TTK m. 37'deki görünüşe güven müessesesi ile somutlaştırılmıştır.

⁵ 01.06.2004 tarihli ve 25479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yürürlüğe giren 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu m. 4'e göre "Odalar; üyelerinin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslekî disiplin, ahlâk ve dayanışmayı korumak ve bu Kanunda yazılı hizmetler ile mevzuatla odalara verilen görevleri yerine getirmek amacıyla kurulan, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır".

⁶ Bilge, s. 13.

⁷ Ahmet Battal, "Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi", *BATİDER*, 1997, C. XIX, S. 1, s. 83-101, s. 84; Bilge, s. 179; Ülgen, s. 181.

V. Mehaz Bakımından Ticaret Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anının Değerlendirilmesi

Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (eTTK)⁸ m. 38 ve 39'da düzenlenmişti. eTTK m. 38/1-2 olarak düzenlenen hususlar, TTK m. 36/1-2'de düzenlenmiştir. TTK m. 36 hükmünün gerekçesinde de ifade edildiği üzere eTTK m. 39'un kenar başlığı olan "*Sicile itimat*" ile herhangi bir ilgisi yoktu. "*Sicile itimat*" kenar başlıklı eTTK m. 39 hükmü, eTTK m. 38 gibi tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisini ilgilene ilişkin olduğundan TTK m. 36'de 3. ve 4. fıkrada yerini almıştır.

Ticaret sicili işlemlerinin bir parçasını oluşturan ilanın görünüşüne güven ise TTK m. 37'de düzenlenmiştir. Oysa eTTK'da görünüşe güven müessesesi düzenlenmemiştir. TTK m. 37'de açıkça düzenlenen bu müessesenin mehazı Alman Ticaret Kanunu (HGB)'dur. TTK m. 37 hükmünün gerekçesinde bu husus "*Madde, AET'nin 09.03.1968 tarihli ve 68/151 sayılı şirketler hukukuna ilişkin Birinci Yönergesinin 3 (6) ncı maddesinin gereği olarak ancak Yönerge hükmünü yansıtan Alm. TK'nun 15 (3) paragrafının hükmü göz önünde tutularak kaleme alınmıştır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

Alman Ticaret Kanunu §15/3 hükmü; "*Tescili gereken bir husus yanlış bir şekilde ilan edilirse, üçüncü kişi ilan edilen duruma dayanabilir. Meğerki yanlışlığı biliyor olsun*" şeklinde düzenlenmiştir.⁹ TTK m. 37 hükmünde belirtildiği üzere HGB §15/3 hükmüne; Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 09.03.1968 tarih ve 68/151 sayılı şirketler hukukuna ilişkin Birinci Yönergesi'nin gereği olarak yer verilmiştir. HGB §15/3 hükmünün düzenlemesinde, bu yönergenin m. 3/6 hükmü dikkate alınmıştır. Yönerge'nin m. 3/6 hükmünde; "*Üye devletler, basında yapılan ilanun içeriği ile dosya veya kayıtların içeriğinin aykırılığını engellemek için gerekli önlemleri almalıdır. Aykırılık durumunda, basında yapılan ilanun içeriği üçüncü kişilere karşı ileri sürülememekle birlikte üçüncü kişiler ilan edilen içeriğe dayanabilir. Meğerki şirket, üçüncü kişilerin dosyada yer alan veya tescil edilen metni bildiklerini ispatlasın*" ifadesi yer almaktadır.¹⁰

⁸ RG. 09.07.1956, S. 9353.

⁹ HGB §15/3: "*Ist eine einzutragende Tatsache unrichtig bekanntgemacht, so kann sich ein Dritter demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, auf die bekanntgemachte Tatsache berufen, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kannte.*"

¹⁰ Yönerge m. 3/6: "*Member States shall take the necessary measures to avoid any*

Her ne kadar HGB §15/3 hükmünün düzenlenmesinde anılan Yönerge m. 3/6 hükmü dikkate alınmışsa da iki düzenlemenin birbirinden ayrılan yönleri bulunmaktadır. HGB §15/3 hükmünün ifadesi, Yönerge m. 3/6 hükmünün ifadesine göre daha kapsamlıdır. Şöyle ki; Yönerge m. 3/6 hükmü şirketlere ilişkindir. Ancak HGB §15/3 hükmü düzenlemesi sadece şirketlerin tescili ile sınırlandırılmamıştır. Ayrıca Yönerge m. 3/6 hükmü, tescil ile ilan arasındaki aykırılıktan bahsederken, HGB §15/3 hükmü yanlış ilandan bahsetmektedir.

Gerek HGB §15/3 gerekse de Yönerge m. 3/6 hükmünde ilandaki yanlışlık durumundan bilgisi olduğu ispat edilmemiş olan üçüncü kişilerin ilanın içeriğine dayanabileceği belirtilmektedir. Üçüncü kişilerin hak iddiası bakımından TTK m. 36'daki gibi ilanın yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçların doğacağı veya buna benzer bir ifadeye yer verilmemektedir. İlanın yapılması tek başına yeterli görülmektedir.¹¹ Bu şekilde değerlendirildiğinde, TTK m. 37 hükmünün düzenlenişi itibariyle ilanın etkisinin ilanın yapıldığı andan daha sonraki bir günden itibaren söz konusu olacağı savunulamaz. Üçüncü kişiler, ilanın yapılması anından itibaren görünüşe güvene dayanabilir.

VI. Türk Hukuku Bakımından Ticaret Sicilinde Görünüşe Güvenin Başlangıç Anının Değerlendirilmesi

Üçüncü kişiler, görünüşe güven müessesesine TTK m. 37'de öngörülen şartların mevcudiyeti halinde başvurabilir. Bunlar; bir ticaret sicili ilanının mevcudiyeti, ilanın gerçek duruma aykırılığı, dayanacak kişinin üçüncü kişi olması ve bu kişinin tescil edilen gerçek durumu bildiğinin ispat edilmemesidir. Görünüşe güvenin uygulanabilmesi bu şartların birlikte bulunmasına bağlıdır.

discrepancy between what is disclosed by publication in the press and what appears in the register or file. However, in cases of discrepancy, the text published in the press may not be relied on as against third parties; the latter may nevertheless rely thereon, unless the company proves that they had knowledge of the texts deposited in the file or entered in the register.”

¹¹ Peter Krebs, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 1: §§ 1-104 a, 4. Auflage, München 2016, § 15 Rn. 95; Markus Gehrlein (Carsten Thomas Ebenroth/ Karlheinz Boujong/ Detlev Joost/ Lutz Strohn), Handelsgesetzbuch: HGB Band 1: §§ 1-342e, 4. Auflage, München 2014, § 15 Rn. 36.

Çalışmamızın konusunu, üçüncü kişilerin ilanın görünüşüne ne zamandan itibaren dayanabileceği sorunu oluşturduğundan bu şartların hepsi bu çalışmada ele alınmayacaktır. İlanla ilişkin şartlar olan; bir ticaret sicili ilanının mevcudiyeti ve ilanın gerçek duruma aykırılığı konumuz bakımından önem arz etmesi sebebiyle aşağıda ele alınacaktır.

A. Bir Ticaret Sicili İlanının Mevcudiyeti

Görünüşe güvenden bahsedebilmek için her şeyden önce bir ticaret sicili ilanı bulunmalıdır. Bir hususun tescil ve ilan edilebilmesi ise ilgili mevzuatta bunu öngören bir düzenlemenin bulunmasına bağlıdır.¹² Mevzuatta bir düzenleme bulunmaksızın tescil ve ilan edilen bir husus üçüncü kişiler açısından herhangi bir hüküm ifade etmemektedir.¹³ Düzenleme bulunmamasına rağmen tescil ve ilan edilen hususlarda görünüşe güven müessesine de dayanılmaz.¹⁴

¹² Aksi halde var olan gerçek dışı ilan her ne kadar üçüncü kişilerde bir güven oluşsa da bu güven korunmayacaktır. Nitekim mehz HGB §15/3'te olduğu gibi TTK m. 37 hükmünün tasarısı halinde açıkça "Tescil edilmesi gereken bir husus..." ifadesine TBMM Genel Kurulu görüşmelerinde ifadeyi düzeltmek adına yer verilmemiştir. TTK m. 37 hükmünün gerekçesinde bu hususa "...Hükümün uygulanabilme şartlarından birincisi, tescil edilen olgunun tescili gerekli bir husus olmasıdır. Tescili gerekmeyp de tescil edilmiş bir olguya yani sicilin olumlu işlevi haiz olmadığı bir hususa 37 nci madde uygulanmaz. Aynı kural tescil edilebilecek hususlar için de geçerlidir..." şeklinde yer verilmektedir. Hükümün gerekçesinde, kanun koyucunun bu ifadeyi çıkartmak gibi bir amacının bulunduğu dair bir bilgiye rastlanılmamaktadır.

¹³ Asuman Yılmaz, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicilinde Hukukî Görünüşe Güven (TTK m. 37)", *BATİDER*, 2014, C. XXX, S. 3, s. 65-91, s. 75; Hamdi Yasaman, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Ticaret Sicili İle İlgili Getirilen Yenilikler", *REGESTA*, 2011, S. 1, s. 7-12, s. 11; N. Füsün Nomer Ertan (Hüseyin Ülgen/ Mehmet Helvacı/ Abuzer Kendigelen/ Arslan Kaya/ N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul 2015, s. 360; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı*, Ankara 2016, s. 494-495; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Baskı, Ankara 2017, s. 269; Rıza Ayhan, "Ticari İş- Ticari İşletme- Tacir- Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet (m. 11-63)", *Sempozyum- Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu 12-13 Nisan 2013*, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. XVI, S. 3-4, s. 31- 53, s. 45; Yavuz Akbulak, "Ticaret Sicilinin Temel Esasları ve Görünüşe Güven İlkesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C. 88, S. 5, s. 344-355, s. 354.

¹⁴ TTK m. 37 hükmü gerekçesinde bu hususa "...Hükümün uygulanabilme şartlarından birincisi, tescil edilen olgunun tescili gerekli bir husus olmasıdır. Tescili gerekmeyp de tescil edilmiş bir olguya yani sicilin olumlu işlevi haiz olmadığı bir hususa 37 nci madde uygulanmaz. Aynı kural tescil edilebilecek hususlar için de geçerlidir." şeklinde yer verilmektedir.

Ticaret siciline tescil edilen hususlar, kanunlarda veya Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde (TSY)¹⁵ aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur (TTK m. 35/3; TSY m. 41/1). İlan, Türkiye'de tescil edilen sicil kayıtlarının ilanına özgülenen ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) tarafından Ankara'da yayımlanan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile yapılır (TTK m. 35/4; 5174 sayılı Kanun¹⁶ m. 56/m). Dolayısıyla, örneğin; İstanbul Ticaret Odası'nda tescil edilen bir husus Ankara'da bulunan TOBB tarafından Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi ile ilan edilir.

Ticaret sicili, Ticaret Bakanlığı'nın gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri tarafından tutulur (TTK m. 24/2). Ticaret sicili müdürlükleri, Ticaret Bakanlığı tarafından il merkezindeki ticaret ve sanayi odaları ile ticaret odalarında veya il merkezleri dışındaki odalar ile müdürlüklere bağlı şubelerde kurularak faaliyet gösterir (TTK m. 24/1). Tescil için başvuru, bu ticaret sicili müdürlüklerine veya şubelerine yapılır.

Yapılan tescil ve ilan, ilgililerin¹⁷ dilekçesinde belirtilen isteme uygun olmalıdır. Buna karşın, tescil veya ilan bir şekilde istemden farklılaşmış olabilir. Bu halde farklılaşma, tescilin isteme uygunluğuna karşın ilanın isteme uygun olmaması veya tescilin isteme uygun olmamasına karşın ilanın isteme uygun olması veya olmaması şeklinde gerçekleşebilir. Bu ihtimallerin yanında, ticaret siciline ilişkin herhangi bir istem bulunmaksızın hataen tescil ve ilan veya sadece ilan yapılması da ticaret sicilinde gerçekleşebilecek hatalı uygulamalar arasındadır.

B. İlanın Gerçek Duruma Aykırılığı

TTK m. 37'de "*tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunması halinde*" görünüşe güvene dayanılabileceğine yer verilmektedir. Bu ifade doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu görüşler; lafzi yoruma bağlı görüş ve amaçsal yoruma bağlı görüş şeklinde sınıflandırılabilir.

¹⁵ RG. 27.01.2013, S. 28541.

¹⁶ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu, RG. 01.06.2004, S. 25479.

¹⁷ Tescil istemi ilgililer, temsilcileri veya hukuki halefleri tarafından yetkili sicil müdürlüğüne yapılmalıdır (TTK m. 28/1). Kimlerin ilgili olarak kabul edileceği TSY m. 22'de ayrıntılı olarak sayılmıştır.

1. TTK 37. Maddenin Lafzi Yorumu

TTK m. 37'deki ifade, sadece lafzi olarak değerlendirildiğinde; bir tescil ve ilanın bulunması ve tescil ile ilan arasında mutlak olarak farklılığın bulunması şart olarak aranmalıdır.¹⁸ Bu durumda örneğin; ticari temsilci olarak (A) kişisi tescil edilmişken, ilanda ticari temsilci olarak (B) kişinin yer alması gerektiği düşünülmelidir. Ancak bu durum hatalı ticaret sicili uygulamalarından sadece bir tanesidir. Örneğin, herhangi bir istem ve tescil kaydı bulunmamasına rağmen (B) kişisi tacir (T)'nin ticari temsilci olarak ilan edilmiş ise bu kapsamda yer almaz. Zira ortada bir tescil kaydı bulunmadığından aykırılığın bulunduğundan da söz edilemez.¹⁹ Benzer şekilde tacir (T), ticari temsilci olarak (A) kişinin tescil edilmesine ilişkin istemde bulunmuş olsa da tescil ve ilan (B) kişisi adına yapılmış ise TTK m. 37 hükmü lafzi olarak değerlendirildiğinde görünüşe güven müessesesine dayanılamayacaktır. Zira bu durumda tescil ve ilan bulunmakla birlikte bunların birbirine aykırılığı söz konusu değildir.

TTK m. 37 hükmü lafzi yorumlandığında; tescil ile ilan arasında farklı yanlışlıkların bulunduğu durumlar da görünüşe güvenin uygulama alanına girmektedir.²⁰ Buna karşın tescilde yapılan yanlışlık sonucunda ilanın da aynı şekilde yanlış olduğu durumlarda görünüşe güven müessesesinin uygulama alanı dışında kalacaktır.

Tescil, gerçek duruma uygun olmamakla birlikte ilanın uygun olduğu durumlarda da tescil kaydı ile ilan edilen durum arasında aykırılık bulunur. Ancak bu halde, yanlış bir durum ilan edilmediğinden üçüncü kişilerin güveninin korunması gerekmemektedir.²¹ Bu halde söz konusu ilana dayanılarak tesis edilen hukuki işlemde ilgililer zarar görmemektedir. İlgililer ile üçüncü kişiler arasında bir menfaat çatışması bulunmamaktadır.

¹⁸ İsmail Kayar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 158; Duygu Demirel, Ticaret Sicili, Ankara 2016, s. 241, 247-248, 251; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/ Kaya/Nomer Ertan), s. 379.

¹⁹ Görünüşe güvenin kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Arkan, s. 269, dn. 2; Şener, s. 495; Ayhan, s. 45; Yılmaz, s. 79.

²⁰ Arkan, s. 269, dn. 2; Ayhan, s. 45; Şener, s. 495; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan), s. 379.

²¹ Peter-Hendrik Müther (Martin Häublein/ Roland Hoffmann-Theinert), BeckOK HGB, 21. Edition, München 2018, § 15, Rn. 37; Yılmaz, s. 79-80; Demirel, s. 249.

2. TTK 37. Maddenin Amaçsal Yorumu

Doktrinde bazı yazarlar tarafından TTK m. 37'nin uygulama alanının lafzi yorumla sınırlandırılmaması ve böylece yapılan tescil gerçek duruma uygun olsun veya olmasın ilanın oluşturduğu görünüşe güvenin korunması gerektiği ifade edilmektedir.²² Kanaatimizce de hükmün uygulama alanını tescil ile ilanın aykırılığı durumuyla sınırlandırmak kanun koyucunun bu hükmü düzenlemedeki amacı ile bağdaşmayacaktır. Mevaz HGB §15/3'te olduğu gibi tescil kaydının yanlış olması sonucunda ilanın yanlış yapıldığı durumlarda da görünüşe güvene dayanılabilmelidir.

TTK tasarısında, görünüşe güveni konu edinen m. 37 hükmünün ilk hali HGB §15/3'ün çevirisi olarak düzenlenmişti.²³ Tasarı'nın TBMM Genel Kurulu görüşmeleri esnasında verilen teklif ile hükmün son halini aldığı görülmektedir. TBMM Genel Kurulu'nda TTK m. 37 hükmü ifadesinin *"uygulanamayacak kadar karışık olduğu"* gerekçesiyle değiştirildiği göz önüne alındığında, hükmün sadece dilinin sadeleştirilmesi amacıyla değiştirildiği görülmektedir.²⁴ Bu halde kanun koyucunun amacının, hükmün uygulanması için yanlış ilanı yeterli kabul etmek olduğu söylenebilir. O halde hükmün uygulama alanı bakımından yanlış ilanın varlığı yeterli kabul edilmelidir. TMK m. 1'de

²² Yılmaz, s. 75-80; Rıza Ayhan/ Mehmet Özdamar/ Hayrettin Çağlar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 186; Necla Akdağ Güney, Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili, İstanbul 2011, s. 74-77; Arman Özdemir, "Yeni TTK Uyarınca Ticaret Sicili", *Legal Hukuk Dergisi*, 2011, S. 107, s. 4331-4340, s. 4337-4338; Fahri Özsungur, "Ticaret Sicilinde Tescil ve İlanın Etkileri Sorunu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 22, S. 2, s. 131-155, s. 152-153; Yılmaz, s. 77-78; Veliye Yanlı, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Ticaret Sicili", Sempozyum- Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler 25-26 Kasım 2011, *Kadir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, s. 89-99, s. 99.

²³ Tasarının ilk hali şu şekildeydi: "Tescili gereken bir husus yanlış ilân edilmişse, üçüncü kişi, tescil edilecek husus kendisini ilgilendiren kişiye karşı ilân edilen hususa dayanabilir; meğerki yanlışlığı biliyor olsun."

²⁴ TTK m. 37 hükmünün TBMM Genel Kurul görüşmelerindeki değişiklik gerekçesi şu şekildedir: "Madde metnindeki 'Tescili gereken bir husus yanlış ilân edilmişse, üçüncü kişi, üçüncü kişiye karşı ilân edilen hususa dayanabilir; meğerki yanlışlığı biliyor olsun.' ibaresi uygulanamayacak kadar karışık bir ifadeyi içermektedir. Maddede ifade edilmek istenen husus 'sicile güven ilkesi'dir. Bu sebeple sicile güven ilkesinin birçok kanundaki alışılmış ifadesine uyan teklif edilen metin isabetlidir".

ifade edildiği üzere; kanunun sözü özüyle birlikte değerlendirilerek hükmün uygulama alanı lafzi yorumla sınırlandırılmamalıdır.

VII. Ticaret Sicili Kayıtlarının İlanı Bakımından “İzleyen İş Günü”

A. Kavramsal Çerçeve

İlan, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’yle resmî çalışma günlerinde yayımlanır.²⁵ Bu halde cumartesi ve pazar günleri Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi yayımlanmamaktadır. Ayrıca Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun²⁶ gereğince resmî veya dinî bayram ile genel tatil günü olarak kabul edilen günlerde de yayımlanmamaktadır. Araya bayram veya resmî tatil günü tatil günlerinin girmemesi halinde ilanlar; başvurunun iki iş günü sonrasında Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde yayımlanmaktadır.²⁷ Örneğin; pazartesi günü TOBB Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Müdürlüğü’ne müracaat edilmişse başvuruya ilişkin ilan çarşamba günü, cuma günü müracaat edilmişse salı günü yayımlanmaktadır.

Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisinin tescil kaydının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilan edildiği; ilanının tamamının aynı nüshada yayımlanması halinde ise, son kısmının yayımlandığı günü **izleyen iş gününden itibaren** ortaya çıkacağı düzenlenmiştir (TTK m. 36/1; TSY m. 30/1). Bu halde “izleyen iş günü” kavramı, örneğin; ilan perşembe günü yapılmışsa cuma gününü, cuma günü yapılmışsa pazartesi gününü ifade etmektedir. Ancak bir sonraki gün, resmî veya dinî bayram ya da genel tatil gününe denk gelmekte ise tescil ve ilan üçüncü kişilere bayram veya resmî tatil gününü takip eden gün etki edecektir.

²⁵ Şener, s. 482.

²⁶ RG. 19.03.1981, S. 17284.

²⁷ www.ticaret Sicil.gov.tr/genel/ilanlarin_hazirlanmasi.php, Erişim Tarihi: 24.09.2018. Esasen 09.08.2004 tarihli ve 25548 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Yönetmeliği m. 14/1’e göre; TOBB Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Müdürlüğü’ne ilan bedelinin ilan metni ile birlikte Müdürlüğe gelişini takip eden işgününden itibaren en geç on gün içinde ilanların yayımlanması öngörülmüştür. Ancak bu süre TOBB Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi Müdürlüğü tarafından teknolojik imkânlar kullanılarak iki iş gününe düşülmüştür, <https://www.tobb.org.tr/TurkiyeTicaretSicilGazetesi/Sayfalar/SSS.php>, Erişim Tarihi: 24.09.2018.

TTK m. 36/1'de tescilin üçüncü kişilere etkisinin doğacağı zaman "iş günü" olarak ifade edilmiştir. Bu hükümde, üçüncü kişilere etkinin başlangıç anı saat olarak ifade edilmemiştir. Kanaatimizce "iş günü" olarak ifade edilen zaman dilimi iş saatleri olarak anlaşılmalıdır. Zira üçüncü kişilere hizmet ancak bu saatler içinde sunulmaktadır. Böylece TOBB Türkiye Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün mesai saatinin başlangıcı, üçüncü kişilere etkinin ortaya çıkma anı olarak kabul edilmelidir.

B. Üçüncü Kişilere Etki Bakımından Tanınan Sürenin Değerlendirilmesi

Kanun tarafından herkese ticaret sicilinin içeriğini ve ticaret sicili müdürlüklerinde veya şubelerinde²⁸ saklanan tüm belgeleri inceleme ve giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini alma hakkı tanınmaktadır (TTK m. 35/2). İşte bu sebeple tescil ve ilan edilen bir husus ticaret sicili müdürlüklerinin ve şubelerinin mesai günü olan "iş günü"ne kadar üçüncü kişilere karşı ileri sürülemezdir.

Tüm senet ve belgelere olmasa da üçüncü kişilerin ilan edilen hususlara internet üzerinden erişim imkânı bulunmaktadır.²⁹ Ancak kanun koyucu, üçüncü kişilere karşı ticaret sicili kayıt ve ilanlarının ileri sürülmesi için bu erişimi yeterli görmemiş olmalı ki; üçüncü kişilere karşı etkinin başlangıcı olarak ilanın yayımlandığı günü izleyen ilk iş gününün beklenilmesi gerektiğini düzenlemiştir. İlan, üçüncü kişilerin haberdar edilmesi bakımından gerekli olsa da tüm belgelerin mevcut olduğu ticaret sicili kayıtları üçüncü kişiler için temel başvuru kaynağıdır.³⁰ Dolayısıyla kanun koyucu tarafından tescil işlemine

²⁸ 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile "Ticaret sicili, Bakanlığın gözetim ve denetiminde ticaret sicili müdürlükleri ve şubeleri tarafından tutulur" hükmü m. 24/2 olarak TTK'ya eklenmiştir. Buna karşın TTK m. 35/2'deki "Herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir. Bir hususun sicilde kayıtlı olup olmadığına dair onaylı belge de istenebilir" hükmünde herhangi bir değişiklik yapılmamışsa da müdürlüklerin yanı sıra şubelerden de istemde bulunulmasına bir engel bulunmamaktadır.

²⁹ Herkes ilgili sicil müdürlüğü ile birlikte ticaret unvanı veya sicil numarasını girerek www.ticaretsicil.gov.tr veya www.ticaretsicilgazetesi.net web sayfalarından Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yer alan bilgileri iş gününü beklemeksizin sorgulayabilmektedir.

³⁰ Gül Okutan, "Ticaret Sicili", 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 8-18, s. 10.

dayanak oluşturan tüm belgelerin incelenmesini mümkün kılan ana kadar etkinin ortaya çıkmaması istenmiştir. Bu haliyle kanun koyucunun amacının üçüncü kişilere süre tanıyarak bu kişilerin gerekli araştırmayı yapmasına imkân tanımak olduğu söylenebilir.

TTK'da üçüncü kişilere etkinin başlangıcı olarak öngörülen süre, gerçekte ticaret sicili müdürlüklerinde veya şubelerinde saklanan tüm belgeleri incelemeye elverişli olmayabilir. İlgili sicil bölgesinde bulunmayan ve bu sicil bölgesine mesafe itibariyle uzak olan kişiler için durum böyledir. Örneğin; Iğdır'da bulunan bir kişinin, salı günü ilanı yapılan bir ticaret sicili kaydı için çarşamba günü Çanakkale Ticaret ve Sanayi Odası'nda bulunan ticaret sicili kayıtlarını inceleme imkânının olması zordur. Bu sebeple üçüncü kişilere karşı etkinin ortaya çıkması için öngörülen sürenin işlevsel olmadığı söylenebilir.³¹ Üçüncü kişilere etkiyi ilanı izleyen iş gününden itibaren başlatmak kanuni bir zorunluluk olmakla birlikte, bu durum pratik sonucu itibariyle üçüncü kişilere etkinin ilanın fiilen yapıldığı gün başlatılmasından çok da farklılık arz etmemektedir.

Çoğu zaman işlevsel olmayan kanunda öngörülen sürenin görünüşe güveni bakımından başlangıç anı olarak kabul edilmesinde üçüncü kişiler bakımından bir yarar olmayacaktır. Düzenleme amacı itibariyle üçüncü kişileri korumak olan bu sürenin görünüşe güven bakımından da uygulanması bu kişilerin lehine değil, aleyhine sonuçlar ortaya çıkaracaktır.³² Zira bu çalışmanın giriş kısmında belirtildiği üzere; hataen ilanda adı ticari temsilci olarak görünen kişi ile tatil gününde hukuki işlem tesis eden üçüncü kişinin görünüşe güveni böyle bir kabul halinde korunmayacaktır. Öyleyse, TTK m. 36 hükmünün düzenleme amacıyla bağdaşmayan bu duruma yol açan bir yorum yapılmamalıdır.

³¹ Ünal, HGB § 15/2'de öngörüldüğü üzere üçüncü kişilere karşı etkinin başlangıcı için ilandan itibaren 15 günlük, hatta Türkiye'nin coğrafi şartları göz önüne alınarak daha fazla bir sürenin TTK'da öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir, Akın Ünal, "Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları", *Legal Hukuk Dergisi*, 2006, S. 41, s. 1395-1410, s. 1406-1407.

³² Görünüşe güven, yanlış ilandan haberdar olmayan üçüncü kişiler lehine sonuç doğurup bu kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir, Krebs, § 15 Rn. 95; Yanlı, s. 99.

VIII. TTK 36. Madde Kapsamında “Hukuki Sonuç” Kavramının Değerlendirilmesi

Tescil ve ilanın üçüncü kişilere etkisini düzenleyen TTK m. 36’da, ilan yayımlandığı günü izleyen iş gününden itibaren “*hukuki sonuçlarını doğurur*” ifadesine yer verilmektedir. Hukuki sonuç; hukuk düzeni tarafından daha önce tanınan bir olay veya fiilin meydana gelmesiyle ya da işlemin yapılmasıyla hukukun ilgi alanına girmesi olarak tanımlanabilir.³³ Bu anlamda hak ve yükümlülük olarak değerlendirilen her şey bu kapsamda yer almaktadır. Buna karşın, TTK m. 36’deki ifadenin anlamsal olarak hem haklara hem de yükümlülüklerle denk geldiği şüphelidir.

TTK m. 36 hükmünün anlamsal sınırlarını ortaya koyabilmek için hükmün mehzının incelenmesi gerekir. Hükmün mehzının tespiti için hükmün gerekçesine bakıldığında mehaza ilişkin bir bilgiye rastlanılamamaktadır. Buna karşın, TTK m. 36’ya denk gelen eTTK m. 38 ve 39 hükümleri için 29.06.1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu Lâyihası ve Adliye Encümeni Mazbatasına³⁴ bakıldığında bu hükümlerin düzenlenmesinde İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 932 ve 933’den esinlendiği görülmektedir.

eTTK m. 38/1-2’de yer verilen “*hüküm ifade etme*” ifadesine TTK m. 36/1-2’de “*hukuki sonuç doğurma*” şeklinde yer verilmiştir. TTK m. 36 hükmünün gerekçesinde; bu değişikliğin sebebine yer verilmemiştir. Sadece TTK m. 36/1-2’nin eTTK m. 38/1-2’nin aynen tekrarı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. eTTK m. 38/1-2’nin mehzası olan OR m. 932/2’ye bakıldığında ise; “*etkili olma (wirksam)*” kavramının kullanıldığı görülmektedir.³⁵

³³ M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medenî Hukuk- Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, 20. Baskı, İstanbul 2014, s. 169-172; Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 8. Baskı, İstanbul 2013, s. 195-199.

³⁴ TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: X, Cilt: 12, İçtima: 2, m. 15/d, s. 18.

³⁵ OR m. 932/2: “Gegenüber Dritten wird eine Eintragung im Handelsregister erst an dem nächsten Werktag wirksam, der auf den aufgedruckten Ausgabetag derjenigen Nummer des Schweizerischen Handelsamtsblattes folgt, in der die Eintragung veröffentlicht ist. Dieser Werktag ist auch der massgebende Tag für den Lauf einer Frist, die mit der Veröffentlichung der Eintragung beginnt.”.

TTK m. 36 hükmünün kenar başlığı da “Tescil ve ilanun hukuki sonuçları” değil, “Tescil ve ilanun üçüncü kişilere etkisi” olarak düzenlenmiştir. Gerek mehzaz OR m. 932 gerekse de hüküm kenar başlığı dikkate alındığında TTK m. 36’daki “hukuki sonuç” ifadesinden üçüncü kişilere karşı etkinin anlaşılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu halde TTK m. 36 hükmü, üçüncü kişilerin ilgililere karşı hak iddiasını kapsamamakta, sadece ilgililerin üçüncü kişilere karşı hak iddiasını düzenlemektedir.

IX. Ticaret Sicili İşlemlerinde Hakkın Doğduğu An

Ticaret sicilinde tescil kayıtlarının ilanı, bu kayıtların üçüncü kişilere duyurulmasını sağlamaktadır. Ticaret sicili işlemlerinde, hakkın doğumu bakımından ilana değil, tescile hukuki sonuç bağlanmıştır. Tescilin bir hakkın doğmasını sağlayıp sağlamamasına göre tescil ya kurucu ya da açıklayıcı (bildirici) nitelikte kabul edilmektedir.³⁶ Tescil, bir hakkın doğumunu sağlıyorsa tescilin kurucu etkisi, daha önce var olan bir hakkın doğmuş olduğunu bildiriyorsa tescilin açıklayıcı etkisi söz konusudur. Tescil kural olarak açıklayıcı niteliktedir.³⁷ Örneğin; tacir sıfatı, TTK m. 18/1 hükmü gereğince ticaret siciline tescil edilmelidir. Ancak bu sıfat tescil ile birlikte değil, bir kişinin bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işletmesi ile ortaya çıkmaktadır (TTK m. 12/1). Buna karşın şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi tescil ile geçerlilik kazandığı için bu hallerde tescil kurucu niteliktedir (TTK m. 153/1, 179/4, 189/2).

³⁶ Hukuki işlemin aksaklığını giderdiği durumlarda ise; tescilin düzeltici etkisi söz konusudur. Örneğin; TTK m. 353’e göre tescil ve ilanından itibaren 3 aylık hak düşürücü süre içinde dava açılmadığı hallerde anonim şirketin butlanına ve yokluğuna karar verilememekte tescil hukuki sakatlığı düzeltmektedir. Tescilin kurucu, açıklayıcı ve düzeltici etkileri tescilin ilgililer bakımından etkileri olduğundan “tescilin iç etkileri” olarak değerlendirilir, Demirel, s. 221, 224-229; Yaşar Karayalçın, “Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri”, *BATİDER*, 1975, C. VIII, S. 2, s. 1-29, s. 7-14; Bilge, s. 157; Mehmet Emin Bilge, “İlanın Ticaret Sicilinin Sahip Olduğu Hukuki Etkiler Üzerindeki Rolü”, *AÜEHFD*, 1999, C. 3, S.1, s. 263-273, s. 263; Ünal, s. 1395.

³⁷ Kayar, s. 157; Demirel, s. 225; Arkan, s. 266; Bilge, s. 158; Akdağ Güney, s. 69; Karayalçın, s. 7; Ömer Bağcı, “Ticari İşletmenin Devri İşleminin Ticaret Siciline Tescilinin Kurucu veya Açıklayıcı Olup Olmadığı Hususunda Düşünceler”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2016, C. 5, S. 17, s. 133-140, s. 136; Şener, s. 483; Ayşe Sumer, *Ticaret Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2015, s. 43.

X. TTK 36. Maddenin Üçüncü Kişiler Bakımından Değerlendirilmesi

Her ne kadar TTK m. 36'da kural olarak ilandan daha sonraki bir tarih için "*hukuki sonuç doğurma*" ifadesine yer verilse de esas itibarıyla tescilin gerçekleştiği durumlarda hak ya tescilden önce doğmuştur (tescil açıklayıcıdır) ya da tescil ile birlikte doğmaktadır (tescil kuru-cudur). Hak öncesinden doğmuş olduğundan ilan bu anlamda bir hukuki sonuç doğuramaz. Tescil, yapıldığı günden itibaren üçüncü kişi olarak değerlendirilemeyen ilgililer açısından hüküm ifade eder.³⁸ Bu sebeple TTK m. 36'daki "*üçüncü kişiler hakkında... hukuki sonuçlarını doğurur*" ifadesi; hak iddiasının üçüncü kişilere ileri sürülebileceği anlamını taşımaktadır. Zira hak, tescilden önce veya tescil ile birlikte doğmuştur. Ancak hak, henüz üçüncü kişilerden talep edilebilir nitelikte değildir.

TTK m. 36/3'te de "*kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan*" ve TTK m. 36/4'te "*üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir*" ifadelerine yer verilerek üçüncü kişi aleyhine olan sonuçların ileri sürülmesinden, yani; hakkın üçüncü kişilerden talep edilebilirliğinden bahsedilmektedir. TTK m. 36'da üçüncü kişilerin ilgililere karşı hak iddiasına ilişkin herhangi bir düzenlemeye de rastlanılmamaktadır. O halde TTK m. 36'nın doğmuş olan bir hakkın üçüncü kişilerden talep edilebilirliğini düzenlediği, buna karşın üçüncü kişilerin hak talebini düzenlemediği sonucuna varılmalıdır.

Görünüşe güven müessesini düzenleyen TTK m. 37 hükmü; ilana ilişkin güvenin korunmasını sağlamaktadır. Üçüncü kişiler, bu hükme dayanarak hak iddiasında bulunabilirler. Ancak bu hüküm, üçüncü kişilere görünüşe güvene dayanma yükümlülüğü getirmemektedir.³⁹ Bu sebeple TTK m. 37 hükmü; durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilerin aleyhine değil, lehine olan bir düzenlemedir. TTK m. 36

³⁸ Hayri Domaniç, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 176; Hayri Domaniç, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Baskı, İstanbul 1988, s. 226.

³⁹ TTK m. 36'da öngörülen şartların bulunması halinde, üçüncü kişiler görünüşe güvene dayanmak zorunda değildir. Bu halde üçüncü kişiler, seçimlik bir hakka sahiptir. İsterlerse görünüşe dayanabilecekleri gibi isterlerse gerçek duruma da dayanabilirler, Nicola Preuß, Oetker Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München 2017, § 15 Rn. 72; Yılmaz, s. 84-84; Bilge, s. 204-205; Yanlı, 99. Bu halde ilgililerin zararları varsa Devletten ve ilgili odadan tazminat talebinde bulunabilirler (TTK m. 25/2).

hükmünde her ne kadar “*hukuki sonuç*” ifadesi kullanılsa da bu ifade üçüncü kişiler bakımından hak iddiasını düzenlemediğinden TTK m. 36 ile 37 hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin (lex specialis derogat legi generali) bulunduğu söylenemez.

XI. İlanın Tamamının Aynı Nüshada Yayımlanmamış Olması

İlanın tamamı aynı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi nüshasında yayımlanmamış ise, son kısmının yayımlandığı günü izleyen iş gününden üçüncü kişilere karşı etkileri ortaya çıkacaktır (TTK m. 36/1). Bu halde, son ilanın yayımlanmasını izleyen iş gününden itibaren mi, yoksa ilk veya son ilanın yapılmasıyla birlikte mi görünüşe güvene dayanılabileceği değerlendirilmelidir.

İlanın tamamının aynı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi nüshasında yayımlanmamasına örnek olarak alacaklılara çağrı ilanı gösterilebilir.⁴⁰ TTK m. 157/2, 174/1, 474/1, 664/1, 762/1 hükümlerinde yer alan ilanların Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde üç defa yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere; TTK m. 36 hükmü, sadece üçüncü kişilere karşı etkileri düzenlemiş olup üçüncü kişiler için hak iddiasını düzenlememektedir. Bu sebeple görünüşe güvenin korunması amacıyla sadece TTK m. 37 hükmü dikkate alınmalıdır. Bu hükmünde, üçüncü kişilerin ilan edilen duruma güvenlerinin korunacağı belirtilmektedir. Birden fazla ilanın yapılması durumunda ise; hangi ilana güvenin korunacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun’da ilanın yapılmış olması tek başına görünüşün oluşması için yeterli görülmiştir (TTK m. 37). İlk ilanda dahi üçüncü kişiler nezdinde bir görünüş mevcuttur. Kanun hükmünde birden fazla ilana ilişkin bir düzenleme bulunmaması sebebiyle her bir ilanın oluşturduğu görünüşe dayanılabileceği düşünülebilir.

Diğer taraftan, ilandan kaynaklanan bir görünüşün bulunması güvenin korunmasını sağlamak için tek başına yeterli değildir. Bir görünüşün bulunmasının yanında; ilanın gerçek duruma aykırılığı da bulunmalıdır. Ayrıca gerçek durum hakkında bilgi sahibi olmayan üçüncü kişiler, ilanın gerçeği yansıtmayan görünüşüne dayanarak görünüşüne dayanarak bir hukuki işlem tesis edilmelidir. Örnekte yer

⁴⁰ Özsungur, s. 138, dn. 10.

verilen alacaklılara çağrı ilanına dayanarak bir hukuki işlem tesis edilmediğinden bahsedilemez. Bu halde her ne kadar ilanın oluşturduğu bir görünüş bulursa ve bu görünüş ilk ilandan itibaren oluşsa da görünüşe dayanılarak bir hukuki işlem tesis edilemediğinden bu görünüşün pratik açıdan bir önemi yoktur. Zira ortada korunmayı gerektiren bir görünüşe güven bulunmamaktadır.

XII. Tescil Kayıtlarının Üçüncü Kişiler Hakkında Derhal Uygulanması

Tescil kaydının üçüncü kişilere karşı, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan yayımlanmasını izleyen iş gününden itibaren etki etmesi kuraldır (TTK m. 36/1). Kanunda aksinin belirtildiği durumlarda ise; artık üçüncü kişilere karşı etki ilan yayımlanmasını izleyen iş gününden itibaren doğmamaktır (TTK m. 36/2). Örneğin; anonim şirket esas sözleşmesi için belirtilenlerin dışında yazılan hususlar için TTK m. 36/1 hükmü uygulanmayacaktır (TTK m. 354/1).⁴¹ Yine ticaret şirketlerinin tescille tüzel kişilik kazanmasında olduğu gibi tescil ile birlikte üçüncü kişilere karşı derhal hüküm ifade edecek hususlar için TTK m. 36/1 hükmü uygulanmamaktadır.

Tescil kayıtlarının üçüncü kişilere tescil ile beraber derhal etki ettiği belirtilen durumlarda da aksi belirtilmedikçe ilan yapılır (TTK m. 35/3). Bu halde de ilan, üçüncü kişiler üzerinde bir görünüş oluşturmaktadır. Ancak ilan yapılması zorunlu olmakla birlikte ilandan kaçınılmış olunabilir. Bu halde dahi tescilin yapılmış olunması sebebiyle tescil üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir.

İlan yapılmadıkça üçüncü kişiler üzerinde bir görünüş oluşturulduğundan bahsedilemez. Kanun'da görünüşün kaynağı ilan olarak belirtildiğinden ilan yapılmadıkça görünüş de oluşmamaktadır (TTK m. 37). Dolayısıyla olmayan bir görünüşün korunması da söz konusu değildir.

Tescil kayıtlarının üçüncü kişilere karşı doğrudan etki ettiği durumlarda, aksi belirtilmedikçe ilan yapılması gerektiği gerekçesiyle

⁴¹ Bu halde, amacın her hususa şirket sözleşmesinde yer vererek çoğu zaman üçüncü kişileri ilgilendirmeyecek konularda üçüncü kişilerin aleyhine ispat yükünü yüklemek olduğuna ilişkin görüş için bkz. Özsungur, s. 139.

ilan yapılmış olabilir. Bu halde bir ilan mevcut olduğundan üçüncü kişiler için bir görünüşü de bulunmaktadır. Ancak bu durumda tescil değil yine ilandan itibaren oluşan görünüşe dayanılabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; ilanın yanlışlığı hakkından haberdar olmayan üçüncü kişiler, ilan ile oluşturulan görünüşe dayanılarak gerçek hukuki işlem tesis etmemiş iseler, bu halde hukuken korunan bir görünüşe güvenin korunmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir.

XIII. Tescilin Olumlu Etkisi ve Görünüşe Güven

Tacir olsun veya olmasın⁴² üçüncü kişiler, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan ticaret sicili kayıtlarını bilmediklerini ileri sürmezler (TTK m. 36/3; TSY m. 30/3). Zira usulüne uygun tutulan ticaret sicili kayıtlarını üçüncü kişilerin bildiği karine olarak kabul edilir. Buna tescilin olumlu etkisi denir. Bu kabulün başlangıç anı; hukuki etkilerin ortaya çıkması anıdır. Bu an ise; tescil kaydına ilişkin ilan yayımlandığı günü izleyen iş gününün gelmesidir.

Üçüncü kişilerin aleyhine olan ticaret sicili kayıtlarını bilme karinesi, ilan fiilen yapılması anından hemen sonra değil, daha sonraki bir an olan ilan fiilen yapıldığı günü izleyen iş gününden itibaren başlatılmaktadır (TTK m. 36/1). Bu halde, üçüncü kişilere karşı ilanın akabindeki iş günü olarak değerlendirilemeyen günlerde henüz böyle bir karineye dayanılamayacaktır.⁴³ Örneğin; cuma günü Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan yapılmış bir husus, eğer bayram veya resmî tatil günü değil ise pazartesi gününden itibaren üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. Bir husus perşembe günü Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlansa da ilanın tamamı perşembe günü değil, yayımlanan ilanın tamamı örneğin cuma günü yayımlanmışsa, bu durumda yine bayram veya resmî tatil günü olmamak şartıyla pazartesi gününden itibaren üçüncü kişilere karşı etkili olacaktır. Pazartesi gününün bayram veya resmî tatil günü olması durumunda ise; bayram veya resmî tatil gününü takip eden iş gününden itibaren üçüncü kişilere karşı hukuki etkileri ileri sürülebilecektir.

eTTK'nın yürürlüğü döneminde, tescilin olumlu etkisinin ortaya çıkması için tescil kaydının ve ilanın gerçek duruma uygun olması gerektiğine ilişkin bir görüş mevcuttu.⁴⁴ Ancak gerek tescilin olumlu

⁴² Demirel, s. 231; Akdağ Güney, s. 60.

⁴³ Ünal, s. 1397.

⁴⁴ Ünal, s. 1400; Bilge, s. 174-175.

etkisini düzenleyen eTTK m. 39/1 hükmünden gerekse TTK m. 36/3 hükmünden böyle bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir. Zira kanunda ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişiler hakkında etkili olması, ilanı izleyen iş gününün gelmesi şartına bağlanmıştır.⁴⁵ Kanun, bunun dışında tescil kaydının ve ilanın gerçek duruma uygun olması gibi bir şartı aramamıştır. Eğer tescil kayıtları yanlış ise, kayıtların düzeltilmesi talep edilebilir. Gerçeğe uygun olmayan tescil kayıtlarından dolayı zarara uğranılmışsa zararların tazmini talep edebilirler (TTK m. 38).

Doktrinde bazı yazarlar tarafından, tescilin olumlu etkisinin söz konusu olduğu hallerde tescil kayıtları ile ilanın gerçek hukuki duruma uygun olduğundan bahisle görünüşe güven müessesine başvurmanın gerekmediği ifade edilmektedir.⁴⁶ Oysa tescilin olumlu etkisi ile görünüşe güven müessesesinin bu anlamda bir ilgisi yoktur. Tescilin olumlu etkisi, tescil kayıtlarının üçüncü kişilerin bildiği karinesinden hareketle, bu kayıtların ilgililer tarafından üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ile ilgilidir. Düzeltmedikleri sürece bu kayıtlar, yanlış bile olsa üçüncü kişilerin aleyhine hüküm doğurur.⁴⁷ Zira ticaret sicili, resmî sicillerdendir.⁴⁸ Resmî siciller, doğru olmadıkları ispat edildikçe belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur (Türk Medeni Kanunu⁴⁹ m. 7).

Üçüncü kişilerin görünüşe güven müessesesine başvurabilmesi için aleyhe olan hukuki etkilerin ortaya çıkıp çıkmadığının bir önemi yoktur. Üçüncü kişiler, TTK m. 37'de öngörülen şartlar mevcutsa, ilan ile oluşturulan görünüşe dayanarak hak iddiasında bulunabilirler. Görünüşe güven müessesesinde her ne kadar tescil kayıtları yanlış olsa da bu halde kanun koyucu üçüncü kişilerin menfaatini ilgililerin menfaatinden üstün tutmuştur.⁵⁰

⁴⁵ Demirel, üçüncü kişilere etkinin ortaya çıkması için temel şartın kayıtların ilan edilmesi olduğunu ifade etmektedir, Demirel, s. 222. İlan, gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Aynı zamanda aksini düzenleyen bir mevzuat hükmü bulunmadıkça ilanı izleyen iş gününün de gelmesi gerekmektedir.

⁴⁶ Bilge, s. 177-178; Akdağ Güney, s. 62, 78. Oysa yazar, çalışmanın 75. sayfasında görünüşe güvenin tescilin hem olumlu etkisi hem de olumsuz etkisi bakımından bulunduğunu belirtmektedir, Akdağ Güney, s. 75.

⁴⁷ Özsungur, s. 151.

⁴⁸ Arkan, s. 265; Bilge, s. 10; Battal, s. 86; Bağcı, s. 134; Şener, s. 482; Ülgen, s. 146.

⁴⁹ 4721 sayılı Kanun, RG. 08.12.2001, S. 24607.

⁵⁰ Okutan, s. 16.

XIV. Tescilin Olumsuz Etkisi ve Görünüşe Güven

Tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip ilan olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TTK m. 36/3; TSY m. 30/3). Bu ise; tescilin olumsuz etkisidir.

Görünüşe güven müessesesine dayanabilmek için ilgililerin istemine bir aykırılığın mevcut olması gerekmez. İlanın üçüncü kişiler için oluşturduğu bir görünüşün varlığı yeterlidir.⁵¹ Örneğin; ticari temsilci olan kişi azledilmiş ancak bu durumun tescili ve ilanı yapılmamışsa halen durumdan habersiz olan üçüncü kişinin güveni korunur. Zira üçüncü kişiler en son yapılan ilana güvenmekte haklıdır.⁵² Tescilin olumsuz etkisi gereğince tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilan olunmamış bir husus, bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir (TTK m. 36/4).⁵³ Böyle bir sonuca katlanmak istemeyen ilgililer, yeni durumu tescil ve ilan ettirmelidirler.⁵⁴ Aksi halde, üçüncü kişiler önceki tescil kaydının oluşturduğu güvene dayanabilirler.⁵⁵ TTK m. 37'ye göre bu güvenleri hukuken korunur.

Tescili zorunlu olan bir hususu ilgilendiren herhangi bir tescil kaydı ve tabii ki buna binaen daha herhangi bir ilan bulunmuyorsa; olmayan ilanın oluşturduğu güvenden de bahsedilemeyecektir. Böyle bir durumda olumsuz etki söz konusu olsa da üçüncü kişilere karşı bir görünüş oluşturulmamıştır. Olmayan bir görünüşün korunması ise mümkün değildir.⁵⁶ Aynı sonuç tescili zorunlu olmakla birlikte tescil edilip ilan olunmamış durumlar için de geçerlidir. Zira TTK m. 36/4'te tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilip de ilan olunmamış bir hususlar da tescilin olumsuz etkisinin kapsamında yer aldığı belirtilmektedir. Ancak tescil edilmemekle birlikte sadece ilan edilmiş bir husus bakımından üçüncü kişiler üzerinde görünüş oluşturulmuştur.

⁵¹ Akdağ Güney, s. 63.

⁵² Ülgen, s. 173; Özdemir, s. 4339.

⁵³ Ayrıca olumsuz etkinin özel bir hali olarak; temsil yetkisinin sona erdiği ticaret siciline tescil ve ilan edilmediği sürece, bu yetki iyiniyetli üçüncü kişiler için geçerliliğini koruyacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 550/2).

⁵⁴ Akdağ Güney, s. 63.

⁵⁵ Bilge, s. 188.

⁵⁶ Bilge, s. 206-207.

Belirtmek gerekir ki; bu halde bir ilan ve bu ilanı izleyen iş gününden itibaren üçüncü kişiler bakımından hukuki etkisi mevcut olduğundan tescilin olumsuz etkisi değil, olumlu etkisi söz konusudur.

Sonuç

Belgelemeye yarayan her sicil kaydı gibi ticaret sicilinin de doğru olmasa bile oluşturduğu bir görünüş bulunmaktadır. Bu görünüşün gerçeğe uygun olması gerekmele birlikte bir şekilde bu görünüş gerçek durumdan farklılaşmış olabilir. Gerçek duruma uygun olmayan kayıtlar üçüncü kişilerde doğru olduğu yönünde bir kabule yol açmaktadır. Ticaret sicili bakımından bu durumun korunması ise TTK m. 37’de öngörülen şartların sağlanmasına bağlanmıştır. Bu şartlar; bir ticaret sicili ilanının mevcudiyeti, ilanın gerçek duruma aykırılığı, dayanacak kişinin üçüncü kişi olması ve bu kişinin tescil edilen gerçek durumu bildiğinin ispat edilmemesidir.

Ticaret sicili kayıtları ve ilanı üçüncü kişiler için güven kaynağıdır. Zira Ticaret Bakanlığı, ticaret sicili müdürlüklerinin faaliyetlerini her zaman denetlemeye ve gerekli önlemleri almaya yetkili olduğu gibi ticaret sicili müdürlükleri ile şubeleri de Ticaret Bakanlığı tarafından alınan önlemlere ve verilen talimatlara uymakla yükümlüdür. Kamu kurumu olmasa da ticaret sicili müdürlüğü ve şubelerinin bulunduğu ticaret ve sanayi odaları ile ticaret odaları toplumda güveni sağlamak üzere kurulan tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Ayrıca ticaret sicili müdürlerinin her tescil başvurusunda tescil edilecek hususların gerçeğe uygunluğunu inceleme görevinin bulunması ticaret sicilinde ortaya çıkabilecek gerçeğe aykırılıkların önlenmesini sağlamaktadır.

Ticaret sicilinde güven, aleniyetin sağlanmasına bağlıdır. Türkiye’de aleniyet ülke çapında sağlanmıştır. TTK’da aleniyetin sağlanmasına ilişkin iki husus öngörülmektedir. Aleniyeti sağlayan faktörlerden ilki; herkesin ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleme ve giderini ödemek şartıyla bunların onaylı suretlerini alabilme imkânıdır. Diğeri ise; tescil kayıtlarının Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde ilanı ile herkesin tescil kayıtlarından haberdar olma imkânıdır.

Ticaret sicili işlemleri, tescil başvurusundan tescil kayıtlarının ilana kadar devam eden bir süreçtir. Ticaret sicilinde, tescilin görünüşüne değil ilanın görünüşüne duyulan güvene dayanılabilir.

TTK m. 37'de düzenlenen ticaret sicilinde görünüşe güvenin me hazı HGB § 15/3 hükmüdür. HGB § 15/3 hükmü ise; Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 68/151 sayılı şirketler hukukuna ilişkin Birinci Yönergesi m. 3/6 hükmü dikkate alınarak düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de ilanın fiilen yapılması yeterli görülmüştür. Görünüşe güvene dayanılabilmesi için ilanı izleyen iş günü bir sürenin beklenilmesi gerekmemektedir. Me haz dikkate alındığında TTK m. 37 hükmünün uygulanması için ilanın fiilen yapılması yeterli kabul edilmelidir.

İlan, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'yle resmî çalışma günlerinde yayımlanmaktadır. TTK m. 36'de tescil kayıtlarının ilanı izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağı belirtilmiştir. İlanın yayımlandığı günü izleyen gün; resmî veya dinî bayram ya da genel tatil gününe denk gelmekte ise tescil ve ilan üçüncü kişilere bayram veya resmî tatil gününü takip eden günden itibaren etki etmektedir. TTK m. 36'da "iş günü" olarak ifade edilen zaman dilimi TOBB Türkiye Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün mesai saatleri olarak anlaşılmalıdır. TOBB Türkiye Ticaret Sicili Müdürlüğü'nün mesai saatlerinin mesai saatlerinin başlangıcı, üçüncü kişilere etkinin ortaya çıkma anı olarak kabul edilmelidir.

TTK m. 36'da öngörülen sürenin düzenleme amacı üçüncü kişileri korumaktır. Bu sürenin görünüşe güven bakımından da uygulanması bu kişilerin lehine değil, aleyhine sonuçlar ortaya çıkaracaktır. TTK m. 36 hükmünün düzenleme amacıyla bağdaşmayan bu duruma yol açacak şekilde yorum yapılmamalı, ticaret sicilinde görünüşe güvene dayanabilmek için bu süre beklenilmemelidir.

eTTK m. 38'deki "*hüküm ifade etme*" ifadesine, hükmün dilini sadeleştirilirken TTK m. 36'da "*hukuki sonuç doğurma*" şeklinde yer verilmiştir. eTTK m. 38 ve dolayısıyla TTK m. 36'nın me hazı olan OR m. 932/2'ye ve TTK m. 36 kenar başlığına bakıldığında TTK m. 36'daki "*hukuki sonuç*" ifadesinden üçüncü kişilere karşı etki anlaşılmalıdır.

Ticaret sicilinde hak tescilden önce veya tescil ile birlikte doğmuş olduğundan ilan ile bir hukuki sonuç doğmamaktadır. TTK m. 36 hük-

mü, doğmuş olan bir hakkın üçüncü kişilerden talep edilebilirliğini düzenlemekte iken, TTK m. 37 hükmü üçüncü kişilerin ilgililerden hak talebini düzenlemektedir. Bu anlamda bir özel hüküm-genel hüküm ilişkisi söz konusu olmadığından üçüncü kişilerin görünüşe güvene dayanabilmesi için TTK m. 36'daki izleyen iş gününün gelmesini beklemeleri gerekmemektedir. Üçüncü kişiler, ilan ile birlikte ticaret sicilinde görünüşe dayanılabilirler.

Kaynakça

- Akbulak Yavuz, "Ticaret Sicilinin Temel Esasları ve Görünüşe Güven İlkesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C. 88, S. 5, s. 344-355.
- Arkan Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Baskı, Ankara 2017.
- Ayhan Rıza, "Ticari İş- Ticari İşletme- Tacir- Ticaret Sicili- Ticaret Unvanı- Haksız Rekabet (m. 11-63)", *Sempozyum- Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu 12-13 Nisan 2013, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. XVI, S. 3-4, s. 31- 53.
- Ayhan Rıza/ Özdamar Mehmet/ Çağlar Hayrettin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 6. Baskı, Ankara 2013.
- Bağcı Ömer, "Ticari İşletmenin Devri İşleminin Ticaret Siciline Tescilinin Kurucu veya Açıklayıcı Olup Olmadığı Hususunda Düşünceler", *Banka ve Finans Hukuku Dergisi*, 2016, C. 5, S. 17, s. 133-140.
- Battal Ahmet, "Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi", *BATİDER*, 1997, C. XIX, S. 1, s. 83-101.
- Bilge Mehmet Emin, "İlanın Ticaret Sicilinin Sahip Olduğu Hukuki Etkiler Üzerindeki Rolü", *AÜEHFD*, 1999, C. 3, S.1, s. 263-273.
- Bilge Mehmet Emin, *Ticaret Sicili*, İstanbul 1999.
- Demirel Duygu, *Ticaret Sicili*, Ankara 2016.
- Domaniç Hayri, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 4. Baskı, İstanbul 1988.
- Domaniç Hayri, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. I, İstanbul 1988.
- Dural Mustafa/Sarı Suat, *Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 8. Baskı, İstanbul 2013.
- Ebenroth Carsten Thomas/Boujong Karlheinz/Joost Detlev/Strohn Lutz, *Handelsgesetzbuch: HGB Band 1: §§ 1-342e*, 4. Auflage, München 2014.
- Güney Akdağ Necla, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Avrupa Birliği Mevzuatı Çerçevesinde Ticaret Sicili*, İstanbul 2011.
- Häublein Martin/Hoffmann-Theinert Roland, *BeckOK HGB*, 21. Edition, München 2018.
- Karayalçın Yaşar, "Türk Hukukunda Ticaret Siciline Tescilin Etkileri", *BATİDER*, 1975, C. VIII, S. 2, s. 1-29.

- Kayar İsmail, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Krebs Peter, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB Band 1: §§ 1-104 a, 4. Auflage, München 2016.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk- Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 20. Baskı, İstanbul 2014.
- Okutan Gül, "Ticaret Sicili", 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 8-18.
- Özdemir Arman, "Yeni TTK Uyarınca Ticaret Sicili", *Legal Hukuk Dergisi*, 2011, S. 107, s. 4331-4340.
- Özşungur Fahri, "Ticaret Sicilinde Tescil ve İlanın Etkileri Sorunu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 22, S. 2, s. 131- 155.
- Preuß Nicola, Oetker Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, München 2017.
- Sumer Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.
- Şener Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2016.
- Ülgen Hüseyin, Türk Ticaret Kanunu'nda Hukuku Görünüş Nazariyesi (Ticari İşletme Bakımından), Ankara 1975'den Tıpkı Baskı, İstanbul 2005.
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/ Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan/Nomer Ertan N. Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2015.
- Ünal Akın, "Üçüncü Kişilere Etkileri Açısından Ticaret Sicilinin Fonksiyonları", *Legal Hukuk Dergisi*, 2006, S. 41, s. 1395-1410.
- Yanlı Veliye, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Ticaret Sicili", Sempozyum- Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler 25-26 Kasım 2011, *Kadir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, s. 89-99.
- Yasaman Hamdi, "Yeni Türk Ticaret Kanununda Ticaret Sicili İle İlgili Getirilen Yenilikler", *REGESTA*, 2011, S. 1, s. 7-12.
- Yılmaz Asuman, "Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Sicilinde Hukukî Görünüşe Güven (TTK m. 37)", *BATİDER*, 2014, C. XXX, S. 3, s. 65-91.

4708 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE YAPI DENETİM KURULUŞUNUN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ SORUMLULUĞU

OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY RESPONSIBILITY OF BUILDING INSPECTION AUTHORITY WITHIN THE LAW NO.4708

Bariş DUMAN*

Özet: İşyerinde işin yürütümü nedeniyle meydana gelip, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli duruma getiren olayların önlenmesinde yapı denetim kuruluşunun sorumluluğu ikincil nitelikte olup; bu kuruluşlar, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakta veya risklerini önlemekte birinci derecede rol almazlar. Bu kuruluşlar sadece inşaat işyerinde mevzuatın öngördüğü önlemlerin alınıp alınmadığını kontrol edecekler, bir aykırılık gördüklerinde yükleniciyi uyaracaklar, bu uyarı etkili olmadığında ise durumu ilgili Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildireceklerdir. Bu çalışmada yapı denetim kuruluşlarının söz konusu yükümlülüğünün mahiyeti üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: İş Kazası, İş Sağlığı ve Güvenliği, Yapı Denetimi

Abstract: The responsibility of the building inspection authority in the prevention of incidents caused by the execution of the work in the workplace, causing death or causing the body to be mentally or physically disabled is secondary, and providing occupational health and safety or preventing related risks are not the primary tasks of these authorities. These authorities only inspect whether legal precautions are taken or not in a construction site, but if they see a contradiction, they will warn contractor, and if this warning is not effective then they will report the current situation to provincial directorates of labour and employment agency. In this study, the nature of the mentioned obligation of the building inspection authority is emphasized.

Keywords: Work Accident, Occupational Health and Safety, Building Inspection

* Dr., İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, barisduman@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-4343-2191, Makalenin Gönderim Tarihi: 26.04.2019, Kabul Tarihi: 26.04.2019

Giriş

Çalışanlar, iş yaşamlarında iş kazası ve meslek hastalığı riskleriyle her an karşı karşıyadır. Meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı sadece çalışanın hayatını etkilememekte, aile fertleri ve toplum için de sosyal ve ekonomik açıdan telafisi güç olumsuz sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Hal böyle olunca, iş kazası ve meslek hastalığının gerçekleşmesi sonrasında ortaya çıkan zararın tazmini yoluna gidilmesinden önce; iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesini önleyici mahiyette tedbirlerin alınması, bu çerçevede iş sağlığı ve güvenliği prensiplerinin yasal olarak belirlenip, işveren ve çalışanlar tarafından içselleştirilerek, çalışma hayatında uygulanması büyük önem arz etmektedir.

İş kazası ve meslek hastalıklarıyla zarar verici sonuçlarının yaşanmaması gayesiyle, devletin, iş sağlığı ve güvenliği konusunda mevzuat çalışması yaparak, işyeri faaliyetlerinin düzenlemelere uygunluğunu denetleme yükümlülüğünü ifa etmesi, işverenin iş sağlığı ve güvenliği prensiplerince belirlenen yasal görevlerini usul ve esas hükümleriyle yerine getirmesi, çalışanların da işverenin talimatlarına uygun hareket ederek, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ödevlerini yapması gerekir.

İnşaat sektörü, bir yandan kendisine bağlı iki yüzden fazla alt sektörle ürettiği mal ve hizmetin ülke ekonomisine sunduğu katkı ve yarattığı istihdam hacmiyle toplumsal hayatta olumlu etki doğururken; diğer yandan telafisi güç sonuçların ortaya çıkmasına neden olan iş kazalarının diğer işkollarına nazaran çok daha fazla yaşanmasıyla, çalışma hayatında olumsuz etki göstermektedir.

Çalışmamızda, inşaat sektöründeki yapı denetimi kavramı ve ilgili kuruluşun temel fonksiyonlarına genel olarak temas edilecek olup; esas itibarıyla 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleriyle, ilgili Yönetmelik düzenlemeleri çerçevesinde, yapı denetim kuruluşlarının inşaat sektöründeki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüğü, öğretici görüşleri ve yargı kararlarıyla birlikte ele alınacaktır.

I. Yapı Denetimi

A. Kavram

Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği hükmünce yapı, karada ve suda, daimî veya geçici, yeraltı ve yerüstü inşaatları ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve hareketli tesisleri ifade etmektedir (md. 3/1.k).¹

Kazı, yarma, doldurma, hafriyat, inşa, montaj, tadilat, söküm, boya, restorasyon, tamir, yıkım gibi çeşitli inşaat ve mühendislik işlerinin yürütüldüğü işler, yapı işleri; bu işlerin yürütüldüğü alanlar da yapı alanı olarak ifade edilmektedir.²

Yapı denetimi, her yapının kendine özgü özellikleri dikkate alınarak, zemin, malzeme temini, imalat ve tamamlanma süreçlerinde yapının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde belirlenen standartlara, ruhsat, proje, şartname ve talimatnamelere uygunluğunu teknik ve idari olarak denetleyerek, sonuçlarını rapor halinde ilgili idareye teslim etme faaliyetidir.³

Yapı denetimi, mevzuatta yerini almış olan çağdaş norm ve standartlara uygun, güvenli, sağlıklı ve kaliteli yapı üretimini sağlayarak, can ve mal güvenliği tehlikesini en aza indirme ve çarpık yapılaşmayı önleme amacını taşıyan faaliyet sürecidir.⁴

¹ RG 05.02.2008, 26778.

² Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, md. 4/1-h,1, RG 05.10.2013, 28786.

³ Recep Kural/Osman Ünal, "İnşaat Sektöründe Yapı Denetimi ve Afyonkarahisar İlindeki Uygulamaların Araştırılması", *AKÜ Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Y. 2015, C. 15, S. 3, s. 1; Elçin, Karaoğlu, 4708 sayılı Kanununun Denetimdeki Verimliliği, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 8, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> 08.04.2019); Halil Yılmaz, "Yapı Denetimi Kuruluşlarının İş Kazalarından Doğan Tazminat Sorumluluğu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2013, S. Y. 8, S. 29, s. 82.

⁴ Resul Karabatak, "Yapı Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar", *Türk İdare Dergisi*, Y. 2007, S. 454, s. 197; Mustafa Yılmaz/Serkan Yıldız/Adem Bakış/Recep Kanıt, "Bir bütün olarak iş sağlığı ve güvenliği ve yapı denetim mevzuatı: Yapı denetim görevlilerinin kamu inşaatlarında iş sağlığı ve güvenliği denetimine etkileri", *Dicle Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Mühendislik Dergisi*, Temmuz 2017, C. 8, S. 3, s. 343; Elif Yavuz, Yapı Denetim Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, s. 39, (Erişim:

Yapı denetim sisteminin özünü, proje edilen binalarla, yapılan arasında fen, sanat ve sağlık kuralları yönüyle önleyici mahiyette, uygunluk karşılaştırması yapılması oluşturmaktadır.⁵

B. Ülkemizde Yapı Denetimi

Sanayileşme sürecine bağlı olarak çalışanların iş ortamlarında karşılaştıkları risklerdeki artış, iş kazaları ve buna bağlı olumsuz sosyo-ekonomik sonuçları da yoğun olarak beraberinde getirmiştir.⁶

2018 yılı itibariyle ülkemizde inşaat sektöründe iki milyon çalışan istihdam edilmekte olup, bu rakamın tarım dışı istihdam içindeki payı %8.9 a karşılık gelmektedir.⁷

Sosyal Güvenlik Kurumu verilerine göre 2016 yılı sonu itibariyle Türkiye’de yaşanan 286.068 iş kazasında, 1405 çalışan yaşamını kaybederken; bu kazaların 44552 si inşaat sektöründe gerçekleşmiş olup, sektörde çalışan 496 işçi meydana gelen iş kazalarına bağlı olarak vefat etmiştir.⁸ İnşaatlarda meydana gelen iş kazalarına bağlı ölüm olaylarında, kaza türüne göre düşme neticesi ölüm oranları sonrasında, çalışanın üzerine malzeme düşmesi, elektrik çarpması, yapı makinesi kazaları, çökme ve göçüğe bağlı ölüm, şantiye içi trafik kazaları ile patlayıcı madde kullanımına bağlı ölüm şeklinde dağılım görülmektedir.⁹

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tarama.jsp> 12.04.2019); Ferhat Sakallı, Yapı Denetim Sisteminde Yaşanan Sorunlar, 4708 sayılı Yapı Denetim Hakkında Kanundaki Eksiklikler ve Çözüm Önerileri, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 12, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> 08.04.2019); Rifat Akbıyıklı/Gülhan Opçin/Merve Akdemir/Emre Gündüz, Türkiye’de Yapı Denetimi Kavramı, Amacı, Yasal dayanağı ve Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme, Uluslararası Katılımlı 7. İnşaat Yönetimi Kongresi, 6-7 Ekim 2017 Samsun, Bildiriler Kitabı, s. 217, (Erişim: <http://samsun.imo.org.tr/> 15/04/2019).

⁵ Sakallı, s. 4.

⁶ Mehmet Öçal/Özal Çiçek, “Türkiye ve Avrupa Birliği’nde İş Kazası Verilerinin Karşılaştırmalı Analizi”, *Emek ve Toplum Dergisi*, 2017/3, C. 6, Y. 6, S. 16, s. 628.

⁷ İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, İnşaat Sektörü Raporu, Eylül 2018, s. 11, (Erişim: <https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2018/11/SEKTÖR-RAPORU.pdf> 08.04.2019).

⁸ Sosyal Güvenlik Kurumu, “İş Kazası ve Meslek Hastalıkları İstatistikleri”, (Erişim: http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/sgk_istatistik_yilliklari 08.04.2019)

⁹ Ali Çavuş/Ertuğrul Taçgın, “Türkiye’de İnşaat Sektöründeki İş Kazalarının Sınıflandırılarak Nedenlerinin İncelenmesi”, *Akademik Platform Mühendislik ve Fen Bilimleri Dergisi*, Y. 2016, S. IV-II, s. 16; İsmail Özen, İnşaat Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları Üzerine Bir Alan Araştırması”, (Yayınlanmamış) Yüksek

İş kazalarındaki işçi ölümlerinin sayısı ve kendi içindeki oranı diğer sektörlere nazaran inşaat sektöründe çok daha fazla yaşanmaktadır. Bu nedenle farklı birçok iş kaleminin bir arada bulunmasına bağlı olarak inşaat sahasında ortaya çıkacak risk faktörünün yoğunluğu ve malzeme hareketliliğinin yanı sıra, çalışanların yaş, eğitim düzeyi, tecrübe ve güvenlik bilinci gibi hususlar da gözetildiğinde, tehlikeli işler grubunda yer alan inşaat sektöründe iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması büyük önem arz etmektedir.¹⁰

Ölümlü iş kazalarının yoğun olarak yaşandığı inşaat sektöründe oluşturulan yapı denetim sistemi, bir taraftan yapı inşasının mevzuata uygunluğuna aracı olurken, diğer yandan yapı faaliyeti esnasında iş sağlığı ve güvenliği konusunda tespit edilecek eksikliklerin giderilmesini temin bakımından bir takım ödevleri beraberinde getirecektir.

1930'lu yıllardan itibaren bağımsız bir düzenleme konusu olmaktan ziyade, belediyeçilik ve imar konusunda yürürlükte bulunan Kanunlarda, yapıların inşaat projelerinin denetimi görevi yerel yönetimlere verilmişken, yapım faaliyetlerinin projesine, fen ve sağlık kurallarına, ilgili ruhsat ve standartlar ile deprem ve imar yönetmeliklerine uygunluğunun denetimi ve eksikliklerinin idareye bildirim ödevi ise herhangi bir yaptırım yetkisi bulunmayan fenni mesul sıfatıyla serbest çalışan mühendis ve mimarlara verilmişti.¹¹ Öte taraftan 1973-1977 yıllarını

Lisans Tezi, Üsküdar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 57, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> 08.04.2019); Uğur Müngen, "İnşaat Sektörümüzdeki Başlıca İş Kazası Tipleri", (Erişim:http://www.imo.org.tr/yayinlar/dergi_goster.php?kodu=250&dergi=13 15.04.2019).

¹⁰ Ahmet Temügan/Fatih Kaya, "Türkiye İnşaat Sektöründe İşçi Sağlığı ve Güvenliği", Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 282; Süleyman Enes Hacıbektaşoğlu, İnşaat Sektöründe Yaşanan İş Kazalarının Analizi ve Bu Kazalara Neden Olan Etkenlerin İncelenmesi, *Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 2, S. 3, Y. 2018, s. 163; Özge Akboğa/Selim Baradan, "İnşaat Sektöründeki Ölüm İş Kazalarının Karakteristiklerinin İncelenmesi: İzmir Alan Çalışması", 5. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, İzmir 5-6 Kasım 2015, Bildiriler Kitabı, s. 216, (Erişim: http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/17611_42_57.pdf 07/04/2019); Ayşegül Ercan, "Türkiye'de Yapı Sektöründe İşçi Sağlığı ve Güvenliğinin Değerlendirilmesi", *Politeknik Dergisi*, Y. 2010, C. 13, S. 1, s. 51; Ercan Duman/Nilay Etiler, "İnşaat Sektörü ve İşçi Sağlığı", *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Nisan-Mayıs-Haziran 2013, s. 30; Hüseyin Ceylan, "Türkiye'de İnşaat Sektöründe Meydana Gelen İş Kazalarının Analizi", *Uluslararası Mühendislik Araştırma ve Geliştirme Dergisi*, C. 6, S. 1, Ocak 2014, s. 2.

¹¹ Turan Başak, Depreme Dayanıklı Yapı İmalatında, 4708 sayılı Yapı Denetim Kanununun Rolü, Uygulamadaki Etkisinin Belirlenmesi, Kalite ve Verimliliğinin

kapsayan üçüncü beş yıllık kalkınma planından başlayarak, 1996-2000 yılları arasındaki yedinci kalkınma planına kadar ki süreçte, yapılarıdaki denetim sisteminin etkin bir şekilde geliştirileceği hedefi ortaya konulmuş ise de, bu konuda yeterli sonuç alındığından söz edilemez.¹²

1999 yılında merkez üssü Kocaeli ve Düzce şehirleri olup, birçok ilde hissedilen depremlere bağlı yaşanan can ve mal kayıplarının ortaya çıkardığı son derece üzücü ağır neticeler, inşaatlardaki yapı denetimi konusundaki eksiklerin görülmesini ve yeniden değerlendirilmesini sağlamıştır.

2000 yılında 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin kabul edilmesiyle, yürürlüğe giren ilgili Yönetmelik hükümleriyle beraber, 27 pilot ilde yapı denetim sistemi uygulanmaya başlanmıştır.¹³ Kararname'nin Anayasa Mahkemesi tarafından 24 Mayıs 2001 tarihinde iptal edilmesi üzerine; 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun hukuk dünyamızda yerini almıştır.¹⁴

Yapı denetimine ilişkin usul ve esas hükümleriyle, yapı denetim kuruluşlarının görev ve sorumluluklarını düzenleyen 4708 sayılı Kanun, yapı denetim kuruluşlarına sadece yapı işlerindeki kalitenin sağlanması amacıyla değil; yapılardaki çalışmalarda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin de görev vermiştir. Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği¹⁵ ile Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği, 4708 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin esaslı hükümleri içermektedir.

II. Yapı Denetim Kuruluşunun Görevleri

A. Genel Olarak

4708 sayılı Kanun çerçevesinde yapı denetim hizmetleri, Çevre ve Şehircilik Bakanlığından alınan izinle çalışan, münhasıran yapı denetimi işiyle uğraşan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan, denetçi mimar ve mühendisler ile yardımcı kontrol elemanla-

Arttırılması, (Yayınlanmamı) Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul 2017, s. 7; Karoğlu, s. 12.

¹² Kalkınma Planları için bkz. <http://www.sbb.gov.tr/kalkinma-planlari/> (Erişim Tarihi:20.04.2019)

¹³ RG 10.04.2000, 24016.

¹⁴ RG 13.07.2001, 24461.

¹⁵ Değişen hükümler, RG 29.12.2018, 30640.

rından teşekkül eden, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip yapı denetim kuruluşları tarafından yerine getirilir (md. 2).

Hangi yerlerde yapılacak yapıların denetim kuruluşlarının denetimine tabi olacağı, bir başka ifadeyle Kanun kapsamında kabul edilecek yapıların özellikleri, Kanun'un birinci maddesinde ifade edilmiştir.¹⁶

Yapı denetim hizmeti, yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi veya vekili arasında akdedilen sözleşme hükümlerine göre yürütülür. 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Yapı Denetim Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik hükmüne, 4708 sayılı Kanun kapsamına giren yapıların sahipleri, yapının uygulama projeleri bitirildikten sonra Bakanlıkça elektronik ortamda belirlenen bir yapı denetim kuruluşu ile Yönetmelik ekindeki forma uygun bir hizmet sözleşmesi akdederek, bir suretini ruhsat işlemlerini başlatmak üzere ilgili idareye sunacaktır (md. 17). Düzenlemede yapı denetimi işine ilişkin hizmet sözleşmesi ifadesi kullanılmış ise de, bu ifade, denetim ödevinin kamusal bir faaliyet olarak kabulüyle, idarenin de sürecin içinde olduğu, Kanundan kaynaklı iş görme borcunun şekillendiği bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği öğretide ifade edilmiştir¹⁷

Yapı denetim kuruluşlarının görevleri 4708 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, "proje inceleme/kontrol etme/uygunluk görüşünü bil-

¹⁶ 4708 sayılı Kanununun 1. maddesinde, "Bu Kanun; a) 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 26 ncı maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27 nci maddesinde belirtilen ruhsata tabi olmayan yapılar, b) Bodrum katı dışında en çok iki katlı ve yapı inşaat alanı toplam 200 metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar, c) Entegre tesis niteliğinde olmayan tarım ve hayvancılık amaçlı yapı ve tesisler, d) Köy yerleşik alanlarında, belediye ve mücavir alan sınırları içinde olmayan iskân dışı alanlarda ve nüfusu 5000'in altında olan belediyelerin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bodrum katı ve çatı arası dışında en çok iki katlı ve yalnızca bir bodrum katın inşaat alanı hesaba katılmaksızın toplam inşaat alanı 500 metrekareyi geçmeyen konut yapıları ile bunların kömürlük, otopark, depo gibi müştemilatı, hariç olmak üzere, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimini kapsar. Ruhsata tabi olup, bu Kanun hükümlerine tabi olmayan yapılarda denetime yönelik fennî mesuliyet 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 26 ncı ve 28 inci maddelerine göre mimar ve mühendislerce üstlenilir. Birden fazla müstakil yapının bulunduğu parsellerde, bütün yapıların toplam yapı inşaat alanının 200 metrekareyi geçmesi hâlinde de bu Kanun uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

¹⁷ Yavuz, s. 94; Halil Yılmaz, Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 85, (Kısaltma: Hukuki Sorumluluk)

dirmek”, “yapı denetimini üstlendiğine ilişkin taahhütte bulunmak”, “yapının ruhsat ve eklerine uygun yapılmasını denetlemek”, “teknik şartname ve standartlara uygunluğu kontrol etmek/malzeme ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak”, “idareye rapor vermek”, “aykırılıkları idareye bildirmek”, “yapının bitirildiğini idareye rapor etmek”, “zemin, malzeme ve imalata ilişkin deneyleri, şartname ve standartlara uygun olarak laboratuvarlarda yaptırmak” şeklinde sıralanmıştır.

Yapı denetimi kuruluşu asli olarak, yapının esas imalatlarının standartlara uygunluğunu denetleyerek, olası can ve mal kaybına neden olabilecek mevzuata aykırı, kusurlu yapısal faaliyetin önüne geçmek amacıyla hareket eder.

Yapı denetim kuruluşu, asıl ve ilave işlerin proje aşamasından başlayarak, yapı ruhsatı alınması safhası ve yapım sürecinde Kanundan kaynaklanan denetim ödevlerini yerine getirirken; yapının kısmen veya tamamen bitirilmesinde ve kullanma izni verilmesinden sonra da Yapım Denetimi Uygulama Yönetmeliğine göre tanzimi gereken belgeleri idareye sunmakla yükümlüdür.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda, “Yapı denetim kuruluşunun borcu ne bir inşaat yapmak, ne inşaatda değişiklik yapmak, ne de ilave yapmak, onarmak ve yıkım gerçekleştirmektir. Kuruluşun borcu yapının, imar planlarına, projeye, fen, sanat ve sağlık kurallarına, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun yapılmasını sağlamaktır. Yapı denetim kuruluşları, yapının inşa edileceği arsanın zemin ve temin tutanaklarıyla uygulama projelerini ilgili yasalara göre incelemek, uygulama proje ve hesaplarını denetleyerek ilgili yönetimlere “uygunluk” görüşü bildirmekle görevlidirler. Buna ek olarak, yapının yapı iznine ve eklerine uygun olarak yapılmasını, yapımda kullanılan yapı gereçlerini ve bunların projelere, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu denetlemek de bu kuruluşun görevlerindedir. 4708 sayılı Kanun, yapı denetim kuruluşlarını yapının izin belgesine, eklerine uygun biçimde bitirilmiş olduğuna ilişkin bir tutanağı ilgili yönetime sunmak görevini yüklemiştir...” şeklinde hüküm kurarak, yapı denetim kuruluşunun görevlerini ortaya koymuştur.¹⁸

Yapı denetim sözleşmelerinde, yapı denetim kuruluşunun yükümlülükleri, Kanun ve Yönetmelikte belirtilen zorunlu asgari hükümlerin

¹⁸ Yargıtay 21. HD, 11.11.2013 tarih ve 2013/15519 K, 2013/20232 K sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 09.04.2019)

ötesinde, yapı denetiminin sağlanmasına yönelik usul ve esaslar çerçevesinde, karşılıklı olarak taraflar için borç doğurucu başkaca yeni düzenlemeleri de içerebilir.¹⁹

B. Yapı Denetim Kuruluşunun İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Görevleri

1. Genel Olarak

İnşaat işlerinde risklerin ve bu risklere karşı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenip uygulanmasından müteahhit sorumlu iken; iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınıp alınmadığını kontrol, yapı denetim kuruluşuna yasal olarak yüklenen bir ödevdir.²⁰

4708 sayılı Kanun uyarınca yapı denetim kuruluşunun temel ödevi mevzuat ve yapı sahibiyle yaptığı sözleşme çerçevesinde yapının denetimini yapmak olsa da; Kanun'un 2. maddesinin (f) fıkrasında, inceleme konumuz olduğu üzere, yapı denetim kuruluşuna iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin olarak, *"İşyerinde, çalışmaların, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına göre düzenlenmesi gereken sağlık güvenlik planına uygun olarak yapıldığını kontrol etmek ve gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyarmak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili Çalışma ve İş Kurumu il müdürlüğüne bildirmek"* şeklinde görev verilmiştir.

Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği hükümlerince yapı denetim kuruluşlarının, yapım aşamasında inşaat alanındaki işçi sağlığı ve iş güvenliği ile çevre sağlığı ve güvenliğinin korunması için gereken tedbirlerin alınıp alınmadığını kontrol ödevi bulunmaktadır (md. 5/4. 1)

Yapı denetim kuruluşunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin görev tanımı içinde yer alan ve yapacağı karşılaştırmanın temelini oluşturan sağlık güvenlik planı, Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde, *"Muhtemel risklerin değerlendirilip yapı işi süreci boyunca sağlık ve güvenlik ile ilgili alınacak tedbirlerin, organizasyon yapısının, çalışma yöntemlerinin ve bunlara ilişkin işlerin ne zaman ve kim tarafından yapılması gerektiğinin belirlendiği, aynı yapı sahasında faaliyet gösterecek farklı*

¹⁹ Yavuz, s. 145.

²⁰ Gülşen Işık, "Yapı Denetiminde İş Sağlığı ve Güvenliği (İş Yasası, İSG Yasası ve Yapı Denetim Yasası Açısından İnceleme)", 5. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, 5-6 Kasım 2015, İzmir, Bildiriler Kitabı, s. 87.

işverenler, alt işverenler, kendi nam ve hesabına çalışan kişiler ve farklı çalışma ekipleri arasında sağlık ve güvenliğe dair hususların koordinasyonunun sağlanması amacıyla yapı alanının tamamından sorumlu işveren veya proje sorumlusu tarafından hazırlanan veya hazırlanması sağlanan plan” şeklinde tanımlanmıştır (md. 4/1.ğ).

Avrupa Birliği'nin 24.06.1992 tarih ve 92/57/EEC sayılı Konsey Direktifi çerçevesinde hazırlanan Yönetmelik hükümlerine riayetle işveren veya proje sorumlusu, yapı işine başlamadan önce projenin hazırlık aşamasında, sağlık ve güvenlik planını hazırlar veya hazırlanmasını sağlar. Aynı yapı alanında birden fazla işveren veya alt işverenin bulunması durumunda, işveren veya proje sorumlusu, sağlık ve güvenlik konularında bir veya daha fazla sağlık ve güvenlik koordinatörü görevlendirir. Bu durumda ise, sağlık ve güvenlik planını hazırlama ve uygulanmasını koordine etme ödevi, görevlendirilen koordinatöre ait olacaktır. Projenin uygulama aşamasında ise, yapı işindeki ilerleme, oluşan yeni riskler ve çevre koşullarıyla çalışma yöntemi, işçi sayısı, araç ve gereç gibi unsurlarda yaşanabilecek değişikliklere göre güncelleme yapılmasını gerekli kılar.²¹

Temel olarak iş kazası ve meslek hastalığına uğrama riskini en aza indirmek amacıyla mevzuat hükümleri çerçevesinde hazırlanıp, çalışanlarla da paylaşılması gereken ve de mahiyeti itibarıyla yazılı olan sağlık ve güvenlik planı; iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli tedbirlerin eksiksiz alınacağı taahhüdüyle, inşaat proje bilgileri, iş ve işyerinin mahiyetine göre hazırlanacak olan çalışanların görev ve sorumluluk tanımlamaları, iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine ilişkin programlama, risk değerlendirilmesi ve güvenli çalışma metodları, çalışma ortamı ve çevresinin güvenlik organizasyonu, kişisel koruyucu donanım kullanım talimatları, yaşanacak kazaların bildirim, çalışanlar tarafından uyulması gereken kurallar, tıbbi yardım gerekliliği ve acil durumlardaki tahliye sürecine ilişkin birden çok bileşeni kapsamlı ve sistematik olarak ortaya koymaktadır.²²

²¹ Mehmet Kayhan Topaloğlu, Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Planı Hazırlanması, (yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Konya 2011, s. 24 (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> 10.04.2019)

²² Topaloğlu, s. 25; Mülkicihan Arslan/ Mehmet Ünsal, “Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Planının Kaza Riskini Azaltmaya Pozitif Etkisi”, 5. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, İzmir 5-6 Kasım 2015, Bildiriler Kitabı, s. 14,

Yapı müteahhidi, iş organizasyonunu sağlama ve üretim verimliliğini arttırma konusunda önemli yere sahip olan sağlık ve güvenlik planının hazırlanarak, uygulanması ve yapı sürecinde teori ve pratikte gerektiğinde güncellenmesiyle, yapı inşasında iş sağlığı ve güvenliğine özen göstermesi ödevinin yerine getirilip getirilmediği ya da eksik getirilmesi halinde, eksikliklerinin neler olduğunun yapılacak denetimle tespit edilmesi, yapı denetim kuruluşunun öncelikli görevidir. İş güvenliği uzmanı çalıştırma zorunluluğu bulunmasa da yapı denetim kuruluşu, iş sağlığı ve güvenliği konusunda uygulama ve mevzuata hakim personeli aracılığında bu denetimi inşa sahasında gerçekleştirmesi gerekir.²³

Kanun ve Yönetmelik hükmünden yola çıkarak, öncelikle belirtmek gerekir ki, yapı denetim kuruluşunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ödevi, yapı sahibinin, yapı ruhsatını aldığı tarih ile yapı kullanma iznini aldığı tarih arasındaki dönemle sınırlıdır.

Yapı denetim kuruluşunun, iş sağlığı ve güvenliği konusundaki kontrol görevi yapısal inşa faaliyetine ilişkin konularla sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle, yapı denetim kuruluşunun yapı sahibinin her faaliyetine ilişkin bir uyarı ödevi bulunmayıp, sadece inşaat faaliyetlerine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine ilişkin ödevi bulunmaktadır. Örneğin, yapılmakta olan inşaattaki elektrik kablolarının açıkta bırakılması, çalışanlar için elektrik çarpması gibi zarar verici bir sonuç doğurabilir. Böylesi bir neticenin önlenmesi bakımından, sağlık ve güvenlik planında olması gereken çalışma ortamının düzeni ve uyulması gereken kurallar kapsamında, elektrik işi faaliyetinin ne şekilde yapılacağı ya da sahada bu konuda yapılacak uyarıların neler olduğu gibi konular iş sağlığı ve güvenliği prensipleri de gözetilerek yapı denetim kuruluşu temsilcilerince denetlenecektir. Yine benzer şekilde, asansör boşluklarının düşmeye bağlı kazalara karşı korkulukla kapatılması, işe uygun ölçü ve nitelikteki malzemeye iskele yapılması, çalışan işçilerin kişisel koruyucu malzemeleri kullanması, şantiyelerde bulunması gereken uyarı levhalarının anlaşılır biçimde uygun yerlerde asılı bulundurulması yapı müteahhidi için iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri alma ödevi

(Erişim: http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/17590_35_17.pdf 10.04.2019).

²³ Yılmaz, Hukuki Sorumluluk, s. 107.

kapsamında ifade edilebilirken; yapı denetim kuruluşu da bu tedbirlerin alınıp alınmadığını denetleyecektir.²⁴

Ancak, inşa faaliyeti kapsamında olmasa da çalışma ilişkisi içerisinde yer alan ve ayrı iş sağlığı ve güvenliği prensiplerini barındıran, işçinin işyerine servisle taşınması faaliyetinde ya da işveren tarafından çalışanlarına verilmesi gereken eğitimlerin yapılıp yapılmadığı noktasında yapı denetim kuruluşunun bir ödevi bulunmamaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda, yapı denetim kuruluşuna iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uyarı yapma ödevi verilmesinin amacını, “...teknik ve standartlara uygun kaliteli yapı yapılmasının sağlanması, yapının asli imalatlarının kusurlu yapılması nedeniyle cana ve mala zarar verilmesinin önlenmesi...” olarak ifade etmiştir.²⁵ Belirtmek gerekir ki, yapım sürecindeki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin denetlenmesi, yapı denetim kuruluşu için bir nevi kamusal faaliyet özelliği göstermektedir.²⁶

Yapı denetim kuruluşuna verilen bu yasal yükümlülük, yapının denetlenmesi sürecinde iş sağlığı ve güvenliği konusunda görülen eksikliklere dair bizzat bir yaptırım uygulama yetkisi vermeyip, sadece uyarı ödevi ve idareye bildirim sorumluluğu getirdiğinden, tali, alt ya da ikincil görev olarak nitelenebilir.²⁷

Yapı denetim kuruluşunun bu ikincil görevi, hiç kuşkusuz, denetim sözleşmesi tarafı yapı müteahhidinin inşaat faaliyetindeki iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmesine, daha genel bir ifadeyle işverenin özen ödevine uygun hareket etmesine katkı sunacaktır.

2. Uyarıda Bulunmak

Yapı denetim kuruluşunun yapacağı sağlık ve güvenlik planına uygunluk denetimi, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin etkin biçimde hayata geçirilmesine; işverenin özen ödevine uygun hareket ederek 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’ndan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesine, aracılık eder.²⁸

²⁴ Sakallı, s. 28 vd.

²⁵ Y. 21. HD, 11.03.2013 tarih ve 2012/18732 E, 2013/4319 K sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 09.04.2019).

²⁶ Yılmaz/ Yıldız/ Bakış/ Kanıt, s. 437.

²⁷ Yılmaz, s. 183.

²⁸ Levent Akın, “İş Kazalarında Yapı Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu”,

Yapı denetim kuruluşu, yapı inşaat faaliyetinde yaptığı denetim sonrası Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde tespit ettiği iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin eksikliklerin giderilmesi için yazılı olarak yapı müteahhidini uyaracaktır. Bu uyarı metni, bir yandan tespit edilen eksikliğin bildirimini, diğer yandan bu eksikliğin giderilmesi konusunda iş sağlığı ve güvenliği prensiplerince yapılması gerekenleri açıklayıcı mahiyet taşımaktadır.²⁹ Genel ve soyut ifadelerden kaçınılması gerekir.

Uyarının yazılı yapılması, yapı denetim kuruluşunun tanzim edeceği tespit tutanağını işverene elden tebliğ etmesi şeklinde yapılabileceği gibi işverenin söz konusu bildirimini kabul etmemesi, ileride bir şekilde belgenin yitirilmesi ya da imza inkârı gibi gerekçelerle hukuki ihtilaf konusu olabileceği düşüncesiyle noter kanalıyla tebliği de mümkündür. Uyarı ödevinin yapıp yapılmadığı hususu sözlü delille ispat edilemez.

Bu noktada ispat araçlarından biri de Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin 3/n madde ve fıkrasında tanımlanan "yapı denetleme defteri" dir. Yapı denetim kuruluşunun yetkili teknik çalışanı tarafından, şantiyede yapılan denetim sonuçları işlenen ve şantiye şefince şantiyede muhafaza edilen bu defterin her sayfası, yapı müteahhidi veya onun adına şantiye şefi ile yapı denetim kuruluşu yetkilisi tarafından tarih atılarak imzalanır. İnşaatta yapılacak denetimlerde, yasa ve ilgili yönetmelikte belirtilen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlere aykırılıklar, yapı denetleme defterine yazılarak, şantiye şefinin ve yapı müteahhidinin uyarılması sağlanabilir.³⁰ Bu noktada yapı denetim defteri taraflar açısından çıkan uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlayacaktır. Bu defterin istenmesi halinde, şantiye şefi yapı denetim kuruluşunun yetkili elemanlarına göstermek ve hazır etmek zorundadır.

Bu yükümlülük esas itibarıyla, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin, inşaatlarda yaşanması muhtemel iş kazası ve meslek hastalığı risklerine karşı önleyici özellik göstermesinin bir yansımasıdır. Bu noktada uyarı yapma ödevinin, denetim firmasına talimat verme yetkisi ver-

(Erişim: <http://www.ankaraarabuluculukmerkezi.com.tr/is-kazalarinda-yapi-denetim-kuruluslarinin-sorumlulugu> 17.04.2019)

²⁹ Yılmaz, s. 184.

³⁰ Yılmaz, Hukuki Sorumluluk, s. 107.

mediği gerekçesiyle ya da tespit edilecek eksikliklere ilişkin uyarı ödevinin bir şekilde yapılmamış olması bahanesiyle; işveren ya da işçinin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınması söz konusu olamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş kazası ve meslek hastalıkları öncesinde tedbirlerin alınması ya da bu noktada uyarıda bulunulması esas ise de, iş kazası ve meslek hastalığı meydana geldikten sonra da yapı denetim kuruluşu, tespit edeceği eksiklikleri rapor halinde yapı sahibine bildirmekle yükümlüdür.

Proje hazırlık aşamasından sonra inşaat faaliyeti aşamasında değişen şartlara göre sağlık ve güvenlik planlarının güncellenecek olması karşısında, yapı denetim kuruluşu da değişen çalışma koşullarına göre iş sağlığı ve güvenliği konusundaki tedbirlerin denetimini devamlılık arz edecek biçimde yaparak, yapı kullanma izin belgesi alınması tarihine kadar, gerekli gördüğünde uyarı yapma yükümlülüğünü yerine getirecektir.

Yapı denetim kuruluşunun uyarı yapma yükümlülüğü, yapı sahibinin yerine geçerek, tespit edilecek iş sağlığı ve güvenliği eksikliklerinin giderilmesi sorumluluğunu doğurmaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, usulünce yapılan uyarı sonrası, yapı denetim kuruluşu için, yapı müteahhidine bildirilen iş sağlığı ve güvenliği eksikliklerini gidermediğinden bahisle, aynı konuda yeniden uyarı yapma ödevi bulunmayıp; bu aşamada artık idareye bildirim yükümlülüğünden söz edilebilecektir.

Özellikle büyük ölçekli inşaatlarda, denetim kuruluşunun iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin tespit edeceği eksikliklerde, kişi bazlı sorumluluk dağılımı yapması beklenmeyecektir. Mevzuatta bu konuda yapı denetim kuruluşuna herhangi bir ödev yüklenmemiştir. Esas olan objektif ve somut olarak tespitlerin ortaya konularak, yapı müteahhidine uyarının yapılmasıdır.

3. Çalışma ve İş Kurumuna Bildirim

Yapı denetim kuruluşu, işyerinde çalışmaların iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına göre düzenlenmesi gereken sağlık güvenlik planına uygun olarak yapıldığını kontrol edip, gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyarmakla birlikte, uyarıya uyulmıyorsa, durumu ilgili Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirecektir.

Denetim sonrası belirlenen eksikliğin giderilmesi amacıyla yapılacak uyarı sonrasında, işin mahiyetine göre uygun olan sürede, yapı müteahhidi gereken tedbirleri almadığında, yapı denetim kuruluşu bu durumu tanzim etmiş olduğu tespit ve bildirim tutanaklarıyla beraber Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne yazılı olarak rapor edecektir.

Kanun ve ilgili yönetmelikte yapı denetim kuruluşunun bildirim sonrasındaki sürece ilişkin herhangi bir süre koşulu düzenlenmese de, yapı müteahhidi, yapı denetim kuruluşu tarafından iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri bakımından dikkat çekilen hususları kayda alarak, eksikliğin mahiyetine göre mümkün olan en kısa sürede yerine getirmelidir.

Yasal düzenleme uyarınca yapı denetim kuruluşunun yapacağı bildirim, kuruluş için yükümlülüğün yerine getirilmemesinin doğuracağı hukuki ve cezai sorumluluğun ortadan kaldırılmasını sağlarken; ilgili yönetim için kurucu ve bağlayıcı sonuç doğurmayıp, sadece görüş bildirici özellik arz eder.

Yapı denetim kuruluşunun bildirim, ilgili yönetime karşı ihbar mahiyeti taşıyıp, tespit edilen ve uyarıya rağmen giderilmeyen eksikliklere göre yapı tatil tutanağı düzenlenmesi, gerekiyorsa idari para cezası iş ve işlemlerini yerine getirmesi ya da mevzuattan doğan yetkilerine bağlı olarak başkaca bir işlem yapılması ilgili yönetimin takdir ve sorumluluğundadır.

C. Yapı Denetim Kuruluşunun Kontrol, Uyarı ve Bildirim Ödevini Yerine Getirmemesi

1. Genel Olarak

Yapı denetim kuruluşu, inşaat işyerinde işçi, yapı sahibi ya da müteahhit olmayıp, yapım işini kamu ve yapı sahibi adına, yapacağı sözleşmeye bağlı olarak denetleyen özel hukuk tüzel kişisi konumundadır.

Yapı denetim kuruluşunun, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına göre düzenlenmesi gereken sağlık ve güvenlik planı çerçevesinde yapacağı denetimin usule uygun olduğunun kabulü için, bilimsel, teknik ve sağlık konularındaki genel kuralların yanı sıra, inşaat sürecine ilişkin Kanun ve ilgili Yönetmeliklerde yer verilen tüm tedbirlere hâkim olması gerekir.

4708 sayılı Kanun'da, yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumlu olacağı düzenlenmiştir (md.3/ 2). 4708 sayılı Kanun, yapı güvenliğini sağlamak amacıyla, bireysel tazmin ilişkisinin ötesinde kamu hukuku özelliği göstermekle, bağımsız yapı denetim kuruluşlarının görevlerini mevzuata uygun yerine getirme bilinciyle hareket etmelerini sağlayıcı bir unsur olarak yapı hasarlarında kusur sorumluluğu kabul edilmiştir.³¹

Öte taraftan inceleme konumuzu çerçevesinde, yapı denetim kuruluşunun, yapı inşa sürecindeki iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine ilişkin denetim yapma, tespit ettiği eksiklikler noktasında müteahhidi uyarma ve de uyarının sonuçsuz kalması üzerine gereği için idareye bildirim ödevlerini mevzuat hükümlerine uygun biçimde yerine getirmemesi ya da eksik yerine getirmesi hallerinde, meydana gelecek iş kazası ve meslek hastalıklarında hukuki sorumluluğunun doğmasından söz edilebilir.

Yapı denetim kuruluşunun, yapı sahibine karşı sorumluluğu, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanmakla birlikte, meydana gelecek iş kazası ve meslek hastalığına bağlı sorumluluğu, kanundan kaynaklı özen borcu çerçevesinde, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüklerini eksik ya da hiç yerine getirmemesine bağlı bir kusur sorumluluğudur. Bir başka ifadeyle, iş sağlığı ve güvenliği noktasında gereken denetim, uyarı ve bildirim ödevlerinin objektif olarak, usulünce yerine getirilmesi halinde, yapı denetim kuruluşunun meydana gelecek zarar verici olaydan ötürü sorumluluğu olmayacaktır.³²

Yapı denetim kuruluşunun özen ve aydınlatma ödevini ortadan kaldıran ya da sınırlayan, bu çerçevede iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülüklerini ve buna bağlı olarak sorumluluğunu bertaraf edici sözleşme hükümleri geçersizdir.³³

³¹ Ekrem Kurt, "Yapı Malikinin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 14, S. S. 4, Y. 2008, s. 190.

³² Serkan Engin/ Hilal Meydanlı, "Yapı Denetim Kuruluşlarının İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Açısından Sorumlulukları", 3. Yapı Denetimi Sempozyumu, 5-6 Ekim 2013, Diyarbakır, (Erişim: https://www.researchgate.net/publication/290448422_12.04.2018).

³³ Yılmaz, Hukuki Sorumluluk, s. 198; İlker Hasan Duman, 100 Sorunda Yapı

2. Hukuki Sorumluluk ve Nedensellik Bağı

Gerek 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, gerekse 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri karşısında, iş kazası ve meslek hastalığı kabul edilen zarar verici olaylardan, yapı denetim kuruluşlarının her halükarda hukuki sorumluluğundan söz edilemez. Yapı denetim kuruluşunun uyarıda bulunmaması ya da eksik bulunmasıyla, meydana gelen zarar verici olay arasında nedensellik bağı bulunması gerekir.

Yüksek mahkeme tarafından verilen bir kararda, “...Yapının ya da yapı kısımlarının bizzat kendisi tehlike oluşturmadığı sürece, işyerinde işçilerin kaza geçirmesinden ya da hastalanmasından yapı denetim elemanlarının sorumlu tutulması mümkün değildir. Yapı denetim elemanlarına yasa ile verilmiş görev, yapılarda standartlara uygun kalite ve miktarda malzeme kullanıldığını ve kaliteli yapı üretimi yapıldığını onaylamak, tersi durumları tespit ederek yükleniciden bunların düzeltilmesini istemek ve düzeltilmediği takdirde ilgili makamlara bildirmekten ibarettir...Davalı yapı denetim firmasının sorumluluğu bulunmadığı halde, bilirkişi raporu doğrultusunda %10 kusurlu kabul edilerek hüküm kurulması hatalı olmuştur...” görüşü ortaya konulmuş ise de; kararın karşı oy yazısında nedensellik bağı, “...Kazanın meydana gelmesine yol açan iş güvenliği önlemlerinin işverence alınmamasında, yapı denetim kuruluşunun uyarımamasının etkisinin bulunması gerekir. Dolayısıyla, yapı denetim kuruluşunun işvereni uyarmaması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasına sebep olmalı ya da sebepleri tetiklemelidir” şeklinde açıklanarak, yapı denetim firmasının sorumlu olmadığı gerekçesine, iş ve sosyal güvenlik hukuku prensiplerince, haklı olarak katılmamıştır.³⁴

İş kazasına bağlı olarak sigortalı ya da ölümü halinde hak sahiplerinin açacağı maddi ve manevi tazminat talepli davalarda, yapı müteahhidinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamasında, yapı denetim kuruluşunun uyarı ödevini yapmamasının da etkisinin bulunduğu; bir başka anlatımla yapı inşasında meydana gelen kazayla yapı denetim kuruluşunun yerine getirmediği ya da eksik getirdiği

³⁴ Denetimi, Seçkin yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 217.
Y. 21. HD., 11.03.2013 tarih ve 2012/18732 E, 2013/4319 K sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 09/04/2019).

yükümlülük arasında uygun nedensellik bağının bulunduğu iddiasının sahibi davacı tarafından delillendirilmesi gerekir. Olağanüstü durumlar ve mücbir sebep hali, somut olayın özelliklerine göre denetim ödevinin yapılmaması ya da noksan yapılmasıyla, zarar verici olayın meydana gelmesi arasındaki nedensellik bağına ortadan kaldırıcı özellik arz edebilir.³⁵

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümlerince, iş kazası ve meslek hastalığı, sigortalı ve işveren dışındaki üçüncü kişinin kusuruyla meydana gelmiş ise, Sosyal Güvenlik Kurumu'nca sigortalıya veya hak sahiplerine yapılacak ödemeler, kanunda belirli miktarla sınırlı olmak üzere, zarar verici olay tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresine tabi olarak, kamu hukuku karakterli rücu davası konusu yapılabilecektir.³⁶ Üçüncü kişi, iş kazasına uğrayan sigortalı ve sosyal sigorta ilişkisi içinde bulunduğu işveren dışında kalan tüm kişileri ifade etmektedir.³⁷ Bu noktada üçüncü kişi konumunda kabul edilmesi gereken yapı denetim kuruluşu ve görevli saha denetim çalışanı, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülüğündeki özen borcunu ihlaliyle yapı inşasında meydana gelen zarar verici

³⁵ Yılmaz, Hukuki Sorumluluk, s. 197; Duman, s. 216.

³⁶ Rücu davalarında üçüncü kişinin sorumluluğuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/ Nurşen Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2018, s. 425; Yılmaz, s. 186; Yusuf Alper, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora Yayınevi, 9. Baskı, Bursa, 2018, s. 300; Fehim Üçışık, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ötüken Yayınevi, İstanbul 2016, s. 202; Müjdat Şakar, Sosyal Sigorta Uygulaması, Beta Yayınevi, 12. Baskı, İstanbul 2017, s. 218; 5510 sayılı Kanununun 21. maddesinin birinci ve dördüncü fıkra hükümlerine göre işverenle üçüncü kişiye yönelik birlikte açılan rücu davasındaki müteselsil sorumluluk esasları için bkz. Şükran Ertürk, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Seminer Ankara, 01-02 Aralık 2017, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 876; Ercan Turan, "5510 sayılı Yasa Kapsamında Rücu Tazminat Davaları", *Sicil Hukuk Dergisi*, Eylül 2009, Y. 4, S. 15, s. 197; Rücu başvurusunun hukuki niteliğinin halefiyet kuralına dayalı olup olmadığına ilişkin bkz. Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 492.

³⁷ Can Tuncay/Ömer Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2017, s. 432; Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitapevi, Ankara, 2015, s. 342; Sami Narter, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluklar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 369; Orhan Ersun Civan, "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 64, Sayı. 3, Y. 2015, s. 577.

olay arasında illiyet bağının olması durumunda kusuru nispetinde, Kurumun rücu talebiyle karşı karşıya kalacaktır.

Birden fazla kişiye yönelik açılacak rücu davasında, her bir davalının iş sağlığı ve güvenliği konusundaki kusur oranı, tek bir tespit yerine, uzman bilirkişi heyetinden alınacak raporla zarar verici olayla illiyet bağı da ortaya konularak, ayrı ayrı belirlenecek olup; bu oran üzerinden, müteselsil sorumluluk prensiplerince, sosyal güvenlik kurumu açacağı rücu davası neticesine bağlı olarak, zararının giderimi yoluna gidecektir.³⁸

Sorumluluğun belirlenmesinin yanı sıra, tespit edilecek kusur oranı, hükmedilecek tazminat miktarı için de önemlidir.³⁹

3. Cezai Sorumluluk

Yapı denetim kuruluşu ortak, yönetici ve çalışanları, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a aykırı iş ve işlemleri neticesi Türk Ceza Kanunu hükümlerince görevi kötüye kullanma ve evrakta sahtecilik suçlarının faili olabilirken; iş sağlığı ve güvenliği borcuna aykırı, kusurlu tutumları neticesi meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıklarında, işçinin ölüm ya da yaralanma olayına bağlı olarak, taksirle ölüme neden olma veya taksirle yaralanmaya neden olma suçlarıyla soruşturma konusu olabilirler.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinde bireysel ceza sorumluluk türlerinden biri olarak taksir, "Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesini öngörülmeyle gerçekleştirilmesi" olarak tanımlanmış olup; taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek cezanın failin kusuruna göre belirleneceği, birden fazla kişinin işlediği suçlarda ise, her failin kusuru nispetinde ayrı sorumlulukla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

³⁸ Gaye Baycık, "Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bir Bakış", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Mayıs 2017, C. 7, S. 1, s. 62; Ali Nazım Sözer, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014*, Seminer Ankara, 20-21 Kasım 2015, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 481.

³⁹ Civan, s. 582.

Yapı inşa faaliyeti esnasında meydana gelen ölümlü ve ya yaralı iş kazasının yapı müteahhidi tarafından kolluk güçlerine bildirilmesi; iş kazasının yaşandığı ya da meslek hastalığına yakalandığının işçi tarafından adli makamlara başvuru konusu yapılması; Kurum, hastane, kolluk gibi birimlerin suç teşkil eden eylemleri öğrenerek Cumhuriyet Başsavcılıklarına ihbarda bulunmaları sonrası, ölümlü olaylarda Türk ceza hukuku prensiplerince, kendiliğinden, yaralanmayla neticelenen olaylarda ise şikâyete ve uzlaşmaya bağlı olarak, soruşturma süreci ilerleyecektir.

Ceza hukukundaki delil serbestliği prensibince, iş hukuku yargılamasında kusura ilişkin yapılan tespitler, ceza soruşturması ve yargılaması için bağlayıcı olmamakla beraber yazılı delil özelliği gösterecektir. Öte taraftan, ceza mahkemesinde verilen mahkûmiyet hükmündeki maddi olgular hukuk davasında bağlayıcı olmakla beraber, davalının kusur oranı yargılama aşamasında bilirkişi aracılığıyla ayrıca tespit edilecektir.⁴⁰

4. İdari Yaptırım

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 8 inci maddesi uyarınca, yapı denetim kuruluşları ile bu kuruluşlarda görevli mimar ve mühendisler hakkında tesis edilecek olan idari müeyyidelerin uygulanması, idari para cezalarının tahsili ve izin belgesi iptali işlemleriyle yapı denetimi kuruluşlarının işlem ve faaliyetlerinin denetlenmesinin usûl ve esasları, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından yayınlanan tebliğle belirlenmiştir.⁴¹

Yapı denetim kuruluşlarının faaliyetleri, ihbar veya şikâyet üzerine veyahut re'sen incelenir.

İnceleme neticesinde, 4708 sayılı Kanun'da ve Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği ile ilgili mevzuatta öngörülen esaslara göre denetim görevini yerine getirmediği veya herhangi bir şekilde 4708 sayılı Kanun'a aykırı davrandığı anlaşılan yapı denetimi kuruluşları ve bu kuruluşlarda görevli mimar ve mühendisler ile diğer teknik personel

⁴⁰ Civan, s. 584.

⁴¹ RG 28.02.2016, 29638.

hakkında, Valilik bünyesindeki Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne tanzim inceleme raporu tanzim edilecektir (Tebliğ md. 4/1).

İnceleme raporlarının, yapıdaki aykırılıkların ve yapı denetim kuruluşları ile mimar, mühendis ve diğer teknik personelinin 4708 sayılı Kanun'a aykırı fiillerinin ve hâllerinin objektif delillere dayandırılması, aykırılıklara sebebiyetten dolayı sorumluluğu bulunan mimar ve mühendisler ile diğer teknik personelin açıkça tespit edilmesi şarttır.

Denetim görevinin 4708 sayılı Kanun'da, Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliğinde ve ilgili diğer mevzuatta öngörülen esaslara uygun olarak yerine getirilmemesi ile alakalı olarak, yapı denetim kuruluşunu temsile yetkili olanların ve yapıdaki aykırılıklarda sorumluluğu bulunan mimar ve mühendisler ile diğer teknik personelin yazılı olarak savunması alınır ve savunma belgeleri de inceleme raporunun ekine konulur. İnceleme raporları İl Yapı Denetim Komisyonu'nca değerlendirilir.

Yapılacak değerlendirme sonrasında her bir iş ayrı ayrı olmak üzere ilgisine göre İl ve/veya Merkez Yapı Denetim Komisyonu Kararı alınarak Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'nce ve/veya Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nca 4708 sayılı Kanun'un 8 inci maddesindeki esaslar doğrultusunda idari yaptırımlar tesis edilir (Tebliğ md. 5).

4708 sayılı Kanun uyarınca, denetim kuruluşunun yapıdaki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin denetim, uyarı ve bildirim ödevine aykırılığı, yapı denetimi hizmet sözleşmesinin %10 u kadarlık idari para cezası müeyyidesine bağlanmıştır (md. 8).

İdarece yazılı olarak tebliğ edilmesi sonrası, bir ay içinde ödemesi gereken idari para cezasına on beş gün içerisinde yetkili idare mahkemesi nezdinde itiraz edilebilir.

4708 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle ilgili Tebliğin 8 ve 9. maddelerinde, yapı denetim kuruluşuna bir yıl içerisinde üç defa idari para cezası uygulanması halinde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca yeni iş almaktan men cezası ve faaliyetine son verme yaptırımı uygulanmasının esasları hüküm altına alınmıştır.

Sonuç

Yapı işlerinde kaliteli üretimin temininde önemli bir etkende, inşaa aşamasında tüm tarafların işbirliğiyle sağlanacak olan güvenli çalışma ortamının varlığıdır.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin devletin mevzuat yapma ve çalışma hayatında mevzuat gereğince hareket edilip edilmediğini denetleme ödevi, işveren ve çalışanlar içinse mevzuattan kaynaklanan çeşitli yükümlülükleri yerine getirme borcu bulunmaktadır.

Bu noktada yapı denetim kuruluşları da, ölümlü iş kazası oranının diğer çalışma ilişkilerine göre oldukça fazla olduğu inşaat çalışma sahasındaki denetimleriyle, önleyici yaklaşım modelinin bir unsuru olarak, 4708 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin yerinde alınıp alınmadığını, eksiklik var ise neler olduğunu tespit ederek yapı müteahhidini uyarma, uyarıya rağmen gereğine tevessül edilmemesi halinde idareye bildirim yükümlülüğü altındadır.

Gerek yapı denetimi, gerekse iş sağlığı ve güvenlik hizmetleri kamusal yönü ağır basan faaliyetlerdir. İnşaat sektöründe iş sağlığı ve güvenliği, inşaat yüklenicilerinin büyük çoğunluğu tarafından algılandığı şekliyle uyarı levhası, baret ve emniyet kemeri gibi yalnızca kişisel koruma tedbirleri almak değil, ötesinde, uygun yapım standartlarını ve yöntemlerini etkin biçimde uygulamakla sağlanacaktır.

Yapı denetim kuruluşlarının asli sorumluluğu, yapının, proje, teknik standart, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmasını denetlemekken; inşaat alanındaki yapım faaliyetine ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınıp alınmadığına ilişkin yapacağı yerinde denetimi ikincil nitelikte bir sorumluluk doğurur. Denetim kuruluşu, yapacağı tespit sonrası, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasından asli olarak sorumlu yapı müteahhidini uyarması ve giderilmeyen eksiklikleri idareye bildirmesiyle doğabilecek idari, hukuki ve cezai sorumluluktan kurtulacaktır.

Kanaatimizce, yapı denetim kuruluşunun yapı müteahhidine yapacağı uyarının etkinliğini sağlama noktasında, giderilmeyen eksikliği idareye bildirirken, Kanunda çerçevesi çizilmek kaydıyla, eksiklikler giderilinceye kadar işin durdurulması istemli bildirimde bulunma

imkânının getirilmesi uygun olandır. Aksi takdirde, her hangi bir iş kazası ve meslek hastalığı yaşanmadığı sürece, yapı müteahhidi tarafından maliyet hesabı yapılarak göz ardı edilebilen iş sağlığı ve güvenliği önlemleri, hiç uyarı konusu yapılmaması ya da sözlü uyarıyla geçirilmesi şeklinde kendini gösterebilir. İdari para cezaları da bu noktada yeterli sonucu vermeyecektir.

Benzer şekilde, yapı denetim kuruluşlarının faaliyetlerinin denetlenmesi suretiyle, yapılardaki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin denetim ödevini savsadığının belirlenmesi durumunda, uygulanacak olan idari para cezası miktarı ya da diğer idari yaptırımlar caydırıcı özellik göstermelidir. Hal böyle olunca, uygulamanın sağlıklı işlemesi bakımından, idari birimlerin saha denetimi yapmaya yeterli sayıda ve nitelikte personele sahip olması son derece önemlidir.

Yapı denetim kuruluşunun iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yapacağı tespit ve müteahhidi uyarı ödevinin, Kanunda şekli kurallara bağlanmamış olması, bu konuda doğabilecek hukuki ihtilaflarda ispat zorluğuyla karşılaşılmasına neden olabilir. Elden yazılı tebliğ ve ya şantiye defterine ihtarat yazılmasının ötesinde, noter kanalıyla resmi bildirim yapılması, ispat vasıtası olmasının yanı sıra, kuruluş için de yapı müteahhidi için de durumun daha ciddiyetle ele alınmasına aracılık edecektir.

Yapı denetim kuruluşları, iş sağlığı ve güvenliği denetimlerini de çoğunlukla mühendis, mimar ve ya teknik yardımcı personel aracılığıyla yerine getirmektedir. Oysaki bu konuda denetim elemanı olarak iş sağlığı ve güvenliği bilincine sahip, inşaat faaliyet alanında teknik olarak yetkin iş güvenliği uzmanı çalıştırma zorunluluğu getirilmesi, sürecin daha titiz ve nitelikli olarak sürdürülmesine katkı sunacaktır.

Yapı denetim kuruluşu ortak ve çalışanları da, işveren ve işçiden beklendiği şekliyle güvenlik kültürüne sahip olmalıdır. Güvenlik kültürü kazanımı esas itibarıyla bu noktada verilecek eğitimlerin de önemli bir hedefi kabul edilmelidir. Lisans seviyesindeki eğitim öğretim faaliyetinde, mühendislik ve mimarlık fakülteleriyle ilgili meslek yükseköğretim kurumlarında iş sağlığı ve güvenliği derslerinin temel derslerden biri olarak kabul edilmesi; çalışma hayatına geçildiğinde de yapı denetim kuruluşu ortak ve çalışanlarının, iş sağlığı ve güvenliği konusunda meslek odaları aracılığıyla zorunlu, nitelikli ve sürekli eğitime

tabi tutulmaları güvenlik kültürünün yerleşmesine aracılık edecektir. Güvenlik kültürü konusunda ulaşılabilecek bilinç, yapı denetim kuruluşunun iş sağlığı ve güvenliği prensiplerini asli ödev olarak kabul etmesine ve netice olarak kusurlu davranışlarıyla, iş kazası ve meslek hastalıklarındaki sorumluluğunun en aza indirilmesine katkı sunacaktır.

Kaynakça

- Alper Yusuf, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora Yayınevi, 9. Baskı, Bursa, 2018.
- Arslan Mülkicihan/Ünsal Mehmet, "Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Planının Kaza Riskini Azaltmaya Pozitif Etkisi", 5. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, İzmir 5-6 Kasım 2015, Bildiriler Kitabı, (Erişim: http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/17590_35_17.pdf 10/04/2019).
- Akbıyıklı Rifat/Opçin Gülhan/Akdemir Merve/Gündüz Emre, Türkiye'de Yapı Denetimi Kavramı, Amacı, Yasal dayanağı ve Uygulamaları Üzerine Bir İnceleme, Uluslararası Katılımlı 7. İnşaat Yönetimi Kongresi, 6-7 Ekim 2017 Samsun, Bildiriler Kitabı, (Erişim: <http://samsun.imo.org.tr/> 15.04.2019).
- Akboğa Özge/Baradan Selim, "İnşaat Sektöründeki Ölüm İş Kazalarının Karakteristiklerinin İncelenmesi: İzmir Alan Çalışması", 5. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, İzmir 5-6 Kasım 2015, Bildiriler Kitabı. (Erişim: http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/17611_42_57.pdf 0./04.2019).
- Akın Levent, "İş Kazalarında Yapı Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu", (Erişim: <http://www.ankaraarabuluculukmerkezi.com.tr/is-kazalarinda-yapi-denetim-kuruluslarinin-sorumlulugu> 17.04.2019).
- Başak Turan, Depreme Dayanıklı Yapı İmalatında, 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu'nun Rolü, Uygulamadaki Etkisinin Belirlenmesi, Kalite ve Verimliliğinin Arttırılması, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, İstanbul 2017.
- Başbuğ Aydın/Bodur Mehtap Yücel, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- Baycık Gaye, "Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bir Bakış", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Mayıs 2017, C. 7, S. 1.
- Ceylan Hüseyin, "Türkiye'de İnşaat Sektöründe Meydana Gelen İş Kazalarının Analizi", *Uluslararası Mühendislik Araştırma ve Geliştirme Dergisi*, C. 6, S. 1, Ocak 2014.
- Civan Orhan Ersun, "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Hakkının Hukuki Niteliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Koşulları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 64, Sayı. 3, Y. 2015.
- Çavuş Ali/Taçgın Ertuğrul, "Türkiye'de İnşaat Sektöründeki İş Kazalarının Sınıflandırılarak Nedenlerinin İncelenmesi", *Akademik Platform Mühendislik ve Fen Bilimleri Dergisi*, Y. 2016, S. IV-II.

- Duman Ercan/Nilay Etiler, "İnşaat Sektörü ve İşçi Sağlığı", *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, Nisan-Mayıs-Haziran 2013.
- Duman İlker Hasan, 100 Sorunda Yapı Denetimi, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul 2018.
- Ercan Ayşegül, "Türkiye'de Yapı Sektöründe İşçi Sağlığı ve Güvenliğinin Değerlendirilmesi", *Politeknik Dergisi*, Y. 2010, C. 13, S. 1.
- Engin Serkan/Meydanlı Hilal, "Yapı Denetim Kuruluşlarının İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Açısından Sorumlulukları", 3. Yapı Denetimi Sempozyumu, 5-6 Ekim 2013, Diyarbakır, (Erişim: https://www.researchgate.net/publication/290448422_12/04/2018).
- Ertürk Şükran, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, Seminer Ankara, 01-02 Aralık 2017, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Güzel Ali/Rıza Okur Ali Rıza/Caniklioğlu Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul 2018.
- Hacıbektasoğlu Süleyman Enes, İnşaat Sektöründe Yaşanan İş Kazalarının Analizi ve Bu Kazalara Neden Olan Etkenlerin İncelenmesi, *Stratejik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 2, S. 3, Y. 2018.
- Işık Gülşen, "Yapı Denetiminde İş Sağlığı ve Güvenliği (İş Yasası, İSG Yasası ve Yapı Denetim Yasası Açısından İnceleme", 5. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Sempozyumu, 5-6 Kasım 2015, İzmir, Bildiriler Kitabı, (http://www.imo.org.tr/resimler/ekutuphane/pdf/17597_37_44.pdf 21.04.2019).
- İNTEŞ Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, İnşaat Sektörü Raporu, Eylül 2018, (Erişim:<https://intes.org.tr/wp-content/uploads/2018/11/SEKTÖR-RAPO-RU.pdf> 08.04.2019).
- Karabatak Resul, "Yapı Denetimine İlişkin Usul ve Esaslar", *Türk İdare Dergisi*, Y. 2007, S. 454.
- Karaoğlu Elçin, 4708 sayılı Kanun'un Denetimdeki Verimliliği, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2011, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> 08.04.2019).
- Kural Recep/Ünal Osman, "İnşaat Sektöründe Yapı Denetimi ve Afyonkarahisar İlindeki Uygulamaların Araştırılması", *AKÜ Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi*, Y. 2015, C. 15, S. 3.
- Kurt Ekrem, "Yapı Malikinin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 14, S. S. 4, Y. 2008.
- Müngen Uğur, "İnşaat Sektörümüzdeki Başlıca İş Kazası Tipleri", (Erişim:http://www.imo.org.tr/yayinlar/dergi_goster.php?kodu=250&dergi=13 15.04.2019).
- Narter Sami, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluklar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Öçal Mehmet/Çiçek Özal, "Türkiye ve Avrupa Birliği'nde İş Kazası Verilerinin Karşılaştırmalı Analizi", *Emek ve Toplum Dergisi*, 2017/3, C. 6, Y. 6, S. 16.
- Özen İsmail, İnşaat Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları Üzerine Bir Alan Araştırması", (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Üsküdar Üniversitesi

- Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul 2016 (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/Ulusal-TezMerkezi/> 08.04.2019).
- Sakallı Ferhat, Yapı Denetim Sisteminde Yaşanan Sorunlar, 4708 sayılı Yapı Denetim Hakkında Kanundaki Eksiklikler ve Çözüm Önerileri, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İstanbul, 2008, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> 08.04.2019).
- Şakar Müjdat, Sosyal Sigorta Uygulaması, Beta Yayınevi, 12. Baskı, İstanbul 2017.
- Temügan Ahmet/Kaya Fatih, "Türkiye İnşaat Sektöründe İşçi Sağlığı ve Güvenliği", Hukuki ve Sosyal Boyutlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Yazıları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- Topaloğlu Mehmet Kayhan, Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Planı Hazırlanması, (Yayınlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Konya 2011, s. 24 (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> 10.04.2019).
- Tuncay Can/Ekmekçi Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. Bası, İstanbul, 2017, s. 432; Kadir Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.
- Turan Ercan, "5510 sayılı Yasa Kapsamında Rücuan Tazminat Davaları", *Sicil Hukuk Dergisi*, Eylül 2009, Y. 4, S. 15.
- Üçışık Fehim, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ötüken Yayınevi, İstanbul 2016.
- Yavuz Elif, Yapı Denetim Sözleşmeleri, (Yayınlanmamış) Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, (Erişim: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tarama.jsp> 12.04.2019).
- Yılmaz Halil, "Yapı Denetimi Kuruluşlarının İş Kazalarından Doğan Tazminat Sorumluluğu", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Mart 2013, S. Y. 8, S. 29.
- Yılmaz Halil, Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 107.
- Yılmaz Mustafa/Yıldız Serkan/Adem Bakış/Recep Kanıt, "Bir bütün olarak iş sağlığı ve güvenliği ve yapı denetim mevzuatı: Yapı denetim görevlilerinin kamu inşaatlarında iş sağlığı ve güvenliği denetimine etkileri", *Dicle Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Mühendislik Dergisi*, Temmuz 2017, C. 8, S. 3.

ÖZEL HUKUK KİŞİLERİNİN FAALİYETLERİNDEN DOLAYI DEVLETLERİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU: BİR HUKUK JİMNASTİĞİ

INTERNATIONAL RESPONSABILITIES OF STATES FOR CONDUCT OF PRIVATE PERSONS: A LEGAL STORMING

Merve ERDEM*

Özet: Çalışmamız, bir gazete haberinden yola çıkarak oluşturduğumuz kurgusal olaya ilişkin farklı olasılıklar dâhilinde yaptığımız değerlendirmelerden ibarettir. İşbu nedenle, çalışmaya hukuk jimnastiği niteliği verilmiştir. Çalışmaya konu olan olay, 9 Mayıs 2018 tarihinde The NewYork Times'ta çıkan bir haberde ayrıntılı olarak anlatılmaktadır. Habere göre ülkemizde de faaliyet gösteren Katar menşeli beIN kanalının bütün içeriğinin beoutQ kanalı tarafından on saniye gecikmeyle yayınlandığı fark edilmiştir. BeIN şirketi tarafından yapılan araştırma ve takip sonucunda, beIN yayınının söz konusu kanal tarafından bilgisayar korsancılığı kapsamında çalındığı (hacklendiği) sonucuna varılmıştır. Ayrıca beoutQ kanalının yayın sinyalini, Suudi Arabistan devletinin en büyük yatırımcısı olduğu Arapsat şirkettinden aldığı tespit edilmiştir. BeIN şirketi, iki şirkete karşı Suudi Arabistan mahkemelerinde dava açamamış; Arapsat şirketinden sinyal hırsızlığını sona erdirmesini talep etmiş, ancak herhangi bir sonuca ulaşamamıştır.

Söz konusu olay sadece bir habere dayandığı için, çalışmayı kurgusal olay ekseninde şekillendirmek tercih edilmiştir. Kurgusal olayda A devleti menşeli X şirketinin yayınının B devleti menşeli Y şirketi tarafından çalınması ve yayının yine B devletinde bulunan Z şirketi tarafından sağlanan uydu frekansı ile yapıldığı tespit edilmiştir. Tespit üzerine X şirketi mevcut hırsızlıkla ilgili B devleti iç hukuk düzeninde hiçbir adım atamamış, Z şirketinden B şirketine frekans sağlamayı durdurmasını talep etse de bu girişim de işe yaramamıştır.

Kurgusal olayda, siber faaliyetler, uzay faaliyetleri ve devletlerin işbu faaliyetlerle ilgili yükümlülükleri ekseninde uluslararası sorumluluğu ve bu faaliyetlerin devlete atfedilmesi hususu incelenmiş; özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden dolayı devletin uluslararası sorumluluğu tartışılmıştır. Daha sonra, X şirketinin zararını kendi imkanlarıyla tazmin edememesi durumunda A devletinin diplomatik

* Ar. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, erdemmm@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6085-5308, Makalenin Gönderim Tarihi: 21.12.2018, Kabul Tarihi: 21.12.2018

koruma hakkı mercek altına alınmıştır. Nihayetinde belli şartların gerçekleşmesi halinde devletlerin özel hukuk kişilerinin özel hukuk faaliyetleri nedeniyle uluslararası sorumluluğunun doğabileceği, mağdur özel hukuk kişinin, tabiiyeti altında olduğu devletin diplomatik korumasından yararlanabileceği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Siber Faaliyetlerin Hukuki Rejimi, Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi, Devletlerin Uluslararası Sorumluluğu, Özel Hukuk Kişilerinin Faaliyetlerinin Devlete Atfedilmesi, Diplomatik Koruma

Abstract: Our work is made up of the examination on a fictional case got by upon an article of a newspaper. For this reason, we named the work as law storming. The case which is the base of the work is explained in an article which was published on the 9th of May, 2018 in The NewYork Times. According to the news, all of the content of the BeIN company which also conduct activities in our country has been being broadcasted by a channel named beoutQ with the 10 minutes delay. As a result of the examination and operation conducted by the BeIN channel, it was designated that the content of the BeIN Channel has been being hacked by the mentioned Channel. Furthermore, the frequency of beoutQ is supplied by Arabsat of which Saudi Arabia is the main investor. For all of these breaches, BeIN company were not able to submit a legal case to both companies. They demanded from Arabsat to end the frequency service beoutQ channel, however they could not receive a result.

It was preferred to shape the work by focusing on the fictional case since the case is only based on a news. In the fictional case, it was detected that the broadcasting of the X company located in state A has been being hacked by the company named Y located in state B, and Y's frequency has been being supplied by the company named Z which is also located in state B. After the detection of the hacking, the company X could not take a step against both countries in the domestic legal order of B. At the same time the company X sent a legal notice to the company Z and requested to end the frequency service of Y, however this request was rejected by the company Z.

In the fictional case, firstly the legal regimen of cyber activities, space activities, and the obligations and responsibilities of states regarding these activities are examined, then international responsibility of states because of the activities of the private persons is discussed. Secondly, because of X company could not claim compensation for its losses with its own initiative, the right of diplomatic protection of A is examined. In the end, it was concluded that international responsibility of state could emanate from the private activities of a private persons in the event of the existence of some conditions, and the victim could enjoy the right of diplomatic protection of his/her state.

Keywords: Legal Regime of Cyber Activities, Legal Regime of Space Activities, International Responsibility of States, Attribution of Conduct of Private Persons to State, Diplomatic Protection

Giriş

Devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğması için temel kural, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Devletin Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metin'in 1. maddesinde öngörüldüğü üzere, devletlere verilen bir uluslararası yükümlülüğün ihlal edilmesi ve uluslararası sorumluluğa yol açan fiilin devlete atfedilmesidir.¹ Özel hukuk kişilerinin faaliyetleri ile devlet faaliyetlerinin birbirinden farklı nitelikte olması sebebiyle (devletin özel hukuk kişisi gibi davrandığı durumlar hariç), atfedilebilirlik bakımından özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden dolayı bir devletin uluslararası sorumluluğu tartışmalıdır.

Taslak Metin hangi kişi/birim ve kuruluşların faaliyetlerinin devlete atfedilebileceğini düzenlemiş, ancak özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini (hükümet-dışı bağımsızlık mücadelesi veren grupların faaliyetleri hariç) kapsam dışı bırakmıştır. Bu noktada ilk olarak özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin devlete atfedilebilmesi sorunuyla karşılaşmaktayız.

İkinci bir nokta da özel hukuk kişilerinin faaliyetleri dolayısıyla hangi uluslararası yükümlüğün ihlal edileceğidir. Dolayısıyla özel hukuk kişilerinin faaliyetleri nedeniyle devletlerin uluslararası yükümlükleri ihlal etmesi işbu çalışmada çözülmesi gereken bir diğer problematik konudur.

Çalışmamız, devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin tespit ettiğimiz problematik noktaları çözümlenme çabamızı gösteren bir hukuk jimnastiğidir. Söz konusu jimnastiğin başlangıç noktasını, gerçek bir haberden yola çıkarak hazırladığımız kurgusal olay oluşturmaktadır. Kurgusal olayı çözümlenme sistematığımız, kurgusal olayın okuyucuya aktarılmasıyla başlamaktadır. Olayın çözümlenmesinde, kurgusal olayın aktörleri olan özel hukuk kişilerinin faaliyetinin hangi uluslararası yükümlülüğü ihlal ettiği ve tabii oldukları devlete, ilgili faaliyetlerin

¹ Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 yılında gerçekleştirilen 52. oturumunda kabul edilen metin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda da kabul edilerek 56/83 sayılı ve 12 Aralık 2001 tarihli kararın Ek 'inde yer almıştır. Türkçe çevirisi için ayrıca bkz. <http://hakkihakankerkiner.blogcu.com/uluslararasi-sorumluluk-icin-bm-uluslararsi-hukuk-komisyonu-madd/9995547> (et. 05.06.2018). Bundan sonra Taslak Metin olarak anılacaktır.

atfedilmesi incelenecektir. Devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin incelemelerden sonra, mağdur özel hukuk kişinin zararının onarımı ve zararın onarımında tabii olduğu devletin olası rolü de ele alınacak son meseledir.

Sonuç olarak çalışmamızda, kullandığımız uluslararası hukuk araçlarıyla özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden dolayı devletlerin uluslararası sorumluluğunun nasıl doğabileceği işlenecektir.

A. Hukuk Jimnastiği Bakımından Ele Alınacak Kurgusal Olay

9 Mayıs 2018 tarihinde The New York Times'ta çıkan bir habere göre olay, Ortadoğu'da geniş bir coğrafyada yayın yapan ve Fransa, İspanya ve Türkiye futbol liglerinin yayın haklarını elinde bulunduran Katar menşeli beIN kanalının bütün içeriğinin hacklenerek başka bir kanal tarafından yayınlanmasıyla ortaya çıkmıştır. BeIN şirketinin yaptığı teknik takipler sonucunda yayını çalan kanal ile kanalın yayını kullanıcılarına ulaştırmak için hizmet aldığı uydu operatörü şirketi tespit edilmiştir. Ancak beIN şirketi, yaptığı girişimlerde ne ilgili kanala ne de uydu operatörüne faaliyet gösterdikleri devlette dava açabilmiştir. BeIN şirketinin, uydu operatörü şirkete iletmediği, içerik hırsızlığı yapan kanalın yayınına son verme talebi de sonuç vermemiştir.² İşbu mesele tek bir habere dayandığı ve taraflar arasında henüz somut bir hukuki uyuşmazlık meydana gelmediği için, haberden yola çıkarak kurgusal bir olay formüle etmeyi ve kurguladığımız olaya ilişkin olarak hukuk jimnastiği yapmayı daha uygun bulmaktayız.

Kurgusal olayımızda A devleti menşeli X şirketinin yayın içeriği, B devleti menşeli Y şirketi tarafından çalınmakta ve çalınan yayının B devletinde devlet teşebbüsü olarak kurulan uydu operatörü Z şirketi tarafından sağlanan iletişim uydusu frekansı ile kullanıcılara ulaşmaktadır. X şirketi, Y ve Z şirketine karşı B devletinde dava açma hamlesinde bulunsa da sonuç alamamış, X şirketi tarafında Z şirketine iletilen Y şirketinin yayınına son verilmesi talebi, Z şirketi tarafından olumlu karşılanmamıştır. Halbuki X şirketi bilgisayar korsanlığının izini sürmek için oldukça yüklü meblağda para harcamış, aynı zaman-

² Tariq Panja, "The Brazen Bootlegging of a Multibillion-Dollar Sports Network", The New York Times, 9 May 2018, bkz. <https://www.nytimes.com/2018/05/09/sports/bein-sports-qatar-beoutq.html> (et: 01.01.2018).

da Z şirketinin çalıntı yayınlı aynı sektörde faaliyet göstermesi sebebiyle kazanç kaybı yaşamıştır.

Sonuç olarak ilgili olayda inceleyeceğimiz temel mesele, Y ve Z şirketlerinin faaliyetlerinin hangi uluslararası yükümlülüğü ihlal ettiği ve işbu faaliyetleri dolayısıyla B devletinin sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Daha sonra da zarar gören X şirketinin zararının onarımı ve X şirketinin zararının onarımında A devletinin rolü ele alınacaktır.

B. Uluslararası Hukukta Devletin Uluslararası Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Uluslararası sorumluluğa ilişkin kuralların temel kaynağı yargı kararlarıyla da tespit edildiği üzere uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarıdır. Yıllar içinde devlet uygulamalarıyla şekillenen ilgili uluslararası örf ve âdet hukuku kuralları günümüzde, bir bütün halinde Uluslararası Haksız Fiillerden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Taslak Metin’de toplanmıştır.

Taslak Metin’in 1. maddesine yansıdığı üzere, uluslararası sorumluluğa ilişkin en temel kural; bir devletin uluslararası nitelik taşıyan her haksız fiilinin o devletin sorumluluğunu doğurmasıdır. Nitekim bu husus, Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) gerek uyuşmazlık çözümleri gerek danışma görüşü fonksiyonlarını icra ettiği kararlarında da yer bulmuştur.³

Uluslararası haksız fiilin ifası neticesinde devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi iki şarta bağlıdır: Bir uluslararası yükümlülüğün ihlali ve yükümlülüğü ihlal eden fiilin devlete atfedilmesi. Aksi durumlarda sorumluluğun doğması söz konusu olamayacaktır.⁴

Görüldüğü üzere, haksız fiile sebep olan fiilin devlete atfedilmesi hususu birinci şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletin gerek ülkesindeki gerek uluslararası alandaki işlemleri, gerçek ve tüzel kişi-

³ Corfu Channel Case Judgment of December 15th, 1949: I.C.J. Reports 1949, s. 446, para. 1078; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, ss. 142 - 149; Gabcikovo - Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997, s. 38; Reparation for Individuals Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, s. 184.

⁴ Taslak Metin 2. madde.

lerin faaliyetleri eliyle vuku bulduğu için, işbu kişilerin uluslararası yükümlüğü ihlal eden fiillerinin, tabii oldukları devlete atfedilebilmesi önem arz eder hale gelmektedir. Dolayısıyla Taslak Metin’de devletle ilişkisi olan gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetlerinden ve devlet-dışı grupların faaliyetlerinden dolayı, ilgili devletin sorumluluğu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Taslak Metin, öncelikle devlet organlarının faaliyetlerini öngörmüştür. Buna göre yasama, yürütme ve yargı işlevi olması ve devlet idari örgütlenmesi içindeki yeri fark etmeksizin, bütün devlet organlarının faaliyetleri, devletin faaliyeti olarak nitelendirilir.⁵ Devlet organı olmadığı halde, kamu gücü kullanmak için yetkilendirilmiş kişi ya da birimlerin, kamu gücü kullanarak gerçekleştirdiği faaliyetler de yine devlete atfedilebilecektir.⁶ Bir devletin organı başka bir devletin emrine verilmiş ve kamu gücü kullanma yetkisiyle donatılmışsa, o devletin emir ve komutasındaki her davranışı da o devletin faaliyeti olarak kabul edilecektir.⁷ Ayrıca devlet organı, kamu gücü kullanmak üzere yetkilendirilmiş kişi ve birimlerin yetkilerini aşan ya da talimat almaksızın gerçekleştirdikleri fiiller, yine devletin faaliyetleri statüsünü alacaktır.⁸

Devlet organı, kamu gücüyle yetkilendirilmiş kişi ve birimlerin dışındaki kişi/kişilerin devletin emir, talimat ve denetim mekanizması içinde gerçekleştirdiği faaliyetler de yine ilgili devletin faaliyeti olarak nitelendirilecektir.⁹ Ayrıca resmi otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliğinde, kişi/kişilerin şartların gerektirmesi sebebiyle kamu gücü kullanarak gerçekleştirdiği faaliyetler; bir isyan hareketinin faaliyetleri, söz konusu grubun yeni hükümet haline gelmesi ya da kontrol sağladığı bölgede devlet kurması halinde, ilgili devlete atfedilebilecektir.

Son olarak Taslak Metin’in 11. maddesi uyarınca, her ne kadar bir faaliyet, faaliyeti gerçekleştiren süjenin görevi ve yetkileri sebebiyle devlete atfedilemese bile, devletin ilgili faaliyeti kendi iradesiyle kabul etmesi ve benimsemesi halinde, faaliyetin devlet faaliyeti haline gelmesi mümkün olacaktır.

⁵ Taslak Metin 4. madde.

⁶ Taslak Metin 5. madde.

⁷ Taslak Metin 6. madde.

⁸ Taslak Metin 7. madde.

⁹ Taslak Metin 8. madde.

Taslak Metin’de yer alan maddelerde görüldüğü üzere, devlet-dışı kişi ve grupların faaliyetlerinin devlete atfedilmesi bakımından sınırlı düzenlemeler getirilmiş ve doğal olarak özel şirketlere ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu noktada kurgusal olayımız ilk adımda çözümlenmiş gibi görünse de olayı siber uzay ve uzay faaliyetleri özelinde özel şirket-devlet faaliyetleri ilişkisi bakımından incelemek gerekmektedir. Dolayısıyla hukuk jimnastiğinin ikinci adımı, siber ve uzay faaliyetleri bakımından aktörlere verilen uluslararası yükümlülükleri ve özel hukuk kişilerinin siber uzay ve uzay faaliyetlerinin devlete atfedilebilmesini tayin etmek; daha sonra da devletin uluslararası sorumluluğunu değerlendirmek olacaktır.

2. Kurgusal Olay Bakımından Uluslararası Sorumluluk

a. Y Şirketinin Faaliyeti Bakımından

Kurgusal olayımızda Y şirketi, X şirketinin yayını, yayının kullanıcılarına ulaştığı safhada çalınmakta; çalınan yayını Z uydu operatörü şirketi aracılığıyla kendi kullanıcılarına ulaştırmaktadır. Bu noktada Y şirketinin bilgisayar korsancılığı faaliyeti siber uzayda gerçekleşen bir siber suçtur.

Siber uzay, internet, telekomünikasyon, bilgisayar sistemleri, intranet, hücreli teknolojiler, kablo ve uydu iletişim servisleri gibi unsurlardan oluşan geniş bir alanı ifade etmektedir.¹⁰ Siber uzay, her ne kadar tüm insanlığın ortak hafızası olarak nitelendirilse de devletler, kendi ülkesinde bulunan siber altyapı ve siber faaliyetleri kontrol altına alarak ve siber güvenliğe ilişkin gerekli hukuki düzenlemeler oluşturarak siber uzayda bir nevi egemenlik hakkı kullanmaktadır.¹¹

¹⁰ “Defense Department Cyber Efforts: Definitions, Focal Point and Methodology Needed for DOD to Develop Full-Spectrum Cyberspace Budget Estimates, US Department of Defense, Memo CM-0477-08” 2011, bkz. <http://www.gao.gov/assets/100/97674.pdf> (e.t. 01.04.2018); Joseph S. Nye, “The Regime Complex for Managing Global Cyber Activities”, The Centre for International Governance; Global Commission on Internet Governance: Paper Series No. 1, 2014, s. 2; Kriangsak Kitichaisaree, *Public International Law of Cyberspace*, Springer, Switzerland, 2017; Katharina Ziolkowski, “General Principles of International Law as Applicable in Cyberspace”, in *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace International Law, International Relations and Diplomacy NATO CCD COE Publication*, Tallinn, 2013, s. 155; Rolf H. Weber, “Elements of a Legal Framework for Cyber Space”, *Swiss Review of International and European Law*, Vol. 26, No. 2, 2016, s. 196.

¹¹ Catherine Lotrionte, “State Sovereignty and Self Defence in Cyberspace: A Nor-

Siber saldırılar neticesinde doğan siber suçlar, sınır aşan nitelikleri nedeniyle uluslararası toplumu yakından ilgilendirmektedir.¹² Dolayısıyla da devletlerin siber suçlarla mücadelede oynayacakları rol önem arz etmekte, uluslararası toplumda devletler arasında iş birliği kurulması, iç hukuk düzenlerinde siber suçların düzenlenmesinin teşvik edilmesi ve mevcut iç hukuk düzenlerinin ise yeknesak hale getirilmesi yönünde somut adımlar atılmaktadır. Gerek Birleşmiş Milletler gerek diğer örgütler nezdinde yapılan çalışmalarda, kaleme alınan bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan metinlerde işbu gerekliliklerin altı çizilmektedir.¹³

Siber suçlar bakımından uluslararası antlaşmalar yaygın olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, siber uzayı ve siber uzayda gerçekleştirilen faaliyetleri ayrıntılı olarak düzenleyen bir rejim henüz kurulamamıştır. Ancak siber suçlarla mücadele dışında siber uzayı ve faaliyetlerini özel olarak düzenleyen bir uluslararası rejim kurulamamış olsa bile siber uzay bakımından hukuki bir boşluk olduğu sonucuna

native Framework for Balancing Legal Rights”, *Emory International Law Review*, Vol. 26, 2012, s. 829; Elinor Ostrom vd., *Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges*, Science, 1999, s. 278; Harold Hongju Koh, “International Law in Cyberspace”, *Faculty Scholarship Series. Paper 4854*, Vol. 54, 2012, s. 6; Mark Raymond, “Puncturing the Myth of the Internet as a Commons”, *Georgetown Journal of Internet Affairs*, Special Issue, 2013, ss. 5- 15, 58; Nye, s. 3.

¹² Siber saldırıların farklı nitelikleri bulunmaktadır. Bilgisayar sistemlerine, verilere saldırıda bulunan, bu sistemlerde kalan, verileri çalan, elinde tutan, bu faaliyetler yoluyla dolandırıcılık, sahtecilik yapan kişi ve gruplar, işbu saldırılarla siber suç işlemiş olmaktadır. Veriler için ve ayrıntılı bilgi için bkz. Kittichaisaree, ss. 263-270.

¹³ Uluslararası arenada hâlihazırda seksen iki devlet, siber suçlarla mücadele için akdedilen bir uluslararası/bölgesel antlaşmanın tarafıdır. İşbu metinler arasında Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Ek Protokolü; Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Suiistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi; Avrupa Birliği elektronik ticaret, nakdi olmayan ödemelerde dolandırıcılık ve sahtekârlık, kişisel veri, bilgi sistemlerine karşı saldırı ve çocuk pornografisi hakkında direktif ve düzenlemeler; Bağımsız Devletler Topluluğu Bilgisayar Verisine Karşı Saldırıyla Mücadele Hakkında İşbirliği Sözleşmesi; Şangay İşbirliği Örgütü Uluslararası Bilgi Güvenliği Alanında İşbirliği Anlaşması; Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu Siber Suçla Mücadele Direktifi Taslağı; Afrika’da Siber Güvenliği Sağlamak Maksatlı Hukuki Çerçevenin Oluşturulmasına İlişkin Afrika Birliği Sözleşmesi Taslağı; Arap Devletleri Ligi Bilgi Teknolojilerine Karşı Saldırılarla Mücadele Anlaşması; Çocuk Hakları Sözleşmesi Çocukların Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Çocuk Pornografisi Hakkında Ek Protokol yer almaktadır. Bkz. *Comprehensive Study on Cyber Crime, Draft*, United Nations, February 2013, s. xvii, 64. Metin için bkz. https://www.unodc.org/documents/organizedcrime/UNODCCCPCJ_EG.4_2013/CYBER_CRIME_STUDY_210213.pdf (e.t. 30.05.2018).

varmak kanımızca mümkün değildir. Çünkü uluslararası hukuktaki mevcut kuralların siber uzaya ve siber faaliyetlere, uygun oldukları ölçüde uygulanabilmesi her zaman mümkündür.¹⁴

Siber uzaya ilişkin özel düzenlemelerin yokluğunda devreye giren NATO Ortak Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi, uzmanlar heyeti oluşturmuş ve heyet tarafından mevcut uluslararası hukuk kaynaklarının siber uzaya ve siber faaliyetlere nasıl uygulanabileceğini tespit eden bir metin hazırlanmıştır. Bu manada iki versiyon halinde hazırlanan Tallinn El Kitabı ve Tallinn El Kitabı 2.0, çeşitli kurallar muhteva etmekte ve işbu bu kuralların gerekçelerine yer vermektedir.¹⁵

Kurgusal olayımızla ilgili olarak, Tallinn El Kitabı 2.0'ın 14. kuralı uyarınca, uluslararası haksız siber faaliyetlerin devlete atfedilebilmesi halinde, devletin uluslararası sorumluluğunun doğacağı düzenlenmiştir. Söz konusu El Kitabı'nın 14. maddesinin gerekçesinde, haksız siber faaliyet neticesinde fiziksel bir zararın oluşmasının şart olmadığı, siber uzayla ilgili devletlere getirilen bir yükümlülük için gerekli yasal ve sair prosedürlerin yerine getirilmemesinin dahi siber uzay bakımından devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracağı ifade edilmiştir. Nitekim gerek devletler tarafından gerek doktrinde, devletin ülkesinin siber suç ya da daha ağır sonuç doğurabilecek siber saldırılar için kullandırılmaması; devletin kendi ülkesindeki hukuka aykırı siber faaliyetlerden haberdar olması halinde, işbu faaliyetleri engelleme, soruşturma ve kovuşturmakla yükümlü olduğu, aksi durumun devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacağı savunulmaktadır.¹⁶

¹⁴ Koh, s. 3. Ayrıca ayrıntılı tartışma için bkz. Marco Roscini, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, the UK, 2014, ss. 20 - 30.

¹⁵ Bkz. <https://ccdcoe.org/tallinn-manual.html> (e.t. 07.07.2018). Roscini'ye göre Tallinn El kitabı, siber uzayın ve faaliyetlerinin uluslararası hukuk uyarınca değerlendirilmesi bakımından bir hareket noktası niteliğindedir. Nitekim kitabında yer alan değerlendirmelerinde sıkça Tallinn El Kitabı'na atıf yaptığı görülmektedir. Her ne kadar bağlayıcı bir metin olmasa da devletlerin faaliyetlerini yönlendirmesi bakımından Denizde Silahlı Çatışmalara İlişkin San Remo Kuralları gibi etkili olup olmayacağı zamanla ortaya çıkacak bir husustur. Roscini, s. 32.

¹⁶ David Graham, "Cyber Threats and The Law of the War", *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 4, 2010, ss. 88 - 96; Koh, s. 6; Matthew J. Sklerow, "Solving the Dilemma of State Response to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Who Neglect Their Duty to Prevent", *Military Law Review*, Vol. 201, 2009, s. 49; Roscini, s. 40. Nitekim devletin özen yükümlülüğü Korfu Kanalı Davasında UAD tarafından ele alınmıştır. *Corfu Channel Case*, s 22.

İlgili kurala ek olarak, Tallinn El Kitabı 2.0'ın 6. kuralında yer verilen gerekli özen yükümlülüğünün de kurgusal olayımızla ilgili olarak göz önüne alınması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, 6. kural uyarınca devletlerin, kendi ülkesinin ve ülkelerindeki siber altyapının başka devletin haklarını etkilemeyecek ve ciddi derecede olumsuz sonuçlara yol açmayacak biçimde kullanılması için gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu yükümlülükte üç taraf bulunmaktadır. Birinci taraf, siber faaliyetin hedefi olan devlet; ikinci taraf, söz konusu kuralın muhatabı olan ülke devleti ve üçüncü taraf da siber faaliyeti gerçekleştiren üçüncü kişidir. Anlaşılacağı üzere, devletin özen yükümlülüğü sadece siber faaliyetin bizzat devlet tarafından gerçekleşmesi hali için söz konusu olmayacaktır.¹⁷

Özen yükümlülüğü bakımından bir diğer husus da mağdur devlet bakımındandır. Bir devletin ülkesinde gerçekleştirilen bir siber saldırı, devlete ya da özel hukuk kişilerine ait bir siber altyapıyı etkilemiş olabilecektir.¹⁸ Dolayısıyla mağdur tarafın devlet ya da o devletin ülke sınırları içinde siber faaliyet gösteren özel bir kişi olması fark etmeksizin, her devletin kendi ülkesinin ve siber altyapısının, mağdur kişiye ciddi derece zarar verecek şekilde kullanılmasını önlemek için gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğunu söylemek mümkündür. Gerekli özen yükümlülüğünün ihlali, devletin uluslararası sorumluluğuna yol açacaktır.

Özel şirketlerin siber faaliyetlerinin devletlere atfedilebilmesi hali bakımından, kurgusal olayı değerlendirmek gerekmektedir. Taslak Metin'de, devlet dışı grupların faaliyetlerinden dolayı devletin uluslararası sorumluluğu düzenlenmiş olsa bile, ilgili madde gerçek ve tüzel kişilerin özel hukuk faaliyetlerini içermemektedir. Dolayısıyla ticari faaliyette bulunan özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden dolayı kural olarak devletin uluslararası sorumluluğunu ileri sürmek mümkün değildir. Nitekim bu husus öncelikli olarak Tallinn El Kitabı 2.0'ın 17. kuralında da belirtilmiştir.¹⁹ Ancak kuralın gerekçesinde siber faaliyet göstermek üzere devlet teşebbüsü olarak kurulan özel şirketlerin, dev-

¹⁷ Tallinn El Kitabı 2.0 6. Kural, para. 7.

¹⁸ Tallinn El Kitabı 2.0 6. Kural, para. 36.

¹⁹ Tallinn El Kitabı 2.0 Kural 17, para. 1. Ayrıca bkz. Gyula Gal, "State Responsibility, Jurisdiction and Private Space Activities", Proc. on L. Outer Space, Vol.44, 2001, s. 61.

let organı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Buna göre, bir özel şirketin sadece devlet sermayesiyle kurulması, devlet organı olarak nitelendirilmesi için yeterli görülmemiştir. Fakat gerekçede kurala istisna olabilecek hususlara da yer verilmiştir. Buna göre, siber faaliyette bulunmak amacıyla kurulan özel devlet teşebbüslerinin faaliyetlerinin, devletin talimatları altında ya da devletin etkili kontrolü altında gerçekleştirilmesi şartıyla, devlete atfedilebilmesi mümkündür.²⁰ Böylelikle, Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metin'in sorumluluğa ilişkin genel kuralı düzenleyen 1. maddesi ile devlet-dışı grupların faaliyetleri dolayısıyla devletin sorumluluğuna ilişkin 8. maddesinin, kanımızca, siber faaliyetlere ilişkin devletin sorumluluğu bakımından, geniş yorumlandığı görülmektedir.²¹

İşbu El Kitabı rehberliğinde Y şirketinin hukuka aykırı faaliyetinden dolayı B devletinin sorumluluğunu değerlendirecek olursak, sorumluluğun tespitinde ikili bir ayırım yapmamız gerekecektir. Öncelikle siber suçların ve siber suç seviyesini aşan siber saldırıların niteliğine değinecek olursak, saldırıların boyutu, etkisi ve sınır aşan niteliği nedeniyle küresel ve uluslararası barış ve güvenliği etkileyecek bir mesele olduğu aşikardır. Dolayısıyla B devletinin siber suçlar ve siber saldırıları önlemek, soruşturmak, kovuşturmak ve cezalandırmak bakımından gerekli düzenlemeleri yapması ve işbu suçlarla mücadele için uluslararası toplumla iş birliği içinde hareket etmesi gerekmektedir. İşbu yükümlüğün ihlali, Taslak Metin'in 1. maddesinin siber faaliyetler bakımından daha geniş yorumu uyarınca, uluslararası bir yükümlülüğün ihlaline vücut verecektir. Dolayısıyla B devletinin, Y şirketinin bilgisayar korsancılığı faaliyetlerinden haberdar olması ve Y şirketinin hukuka aykırı faaliyetlerine karşı harekete geçmemesi halinde B devletinin uluslararası sorumluluğu kanımızca doğacaktır.

Tartışabileceğimiz bir diğer husus da Y şirketinin uluslararası hukuka aykırı faaliyetlerinin B devlete atfedilmesi suretiyle, B devletinin uluslararası sorumluluğunun doğması meselesidir. Yukarıda da yer verdiğimiz üzere, Y şirketinin siber faaliyetlerinin B devlete is-

²⁰ Tallinn El Kitabı 2.0 Kural 17, para. 10.

²¹ Söz konu El Kitabı, her ne kadar bağlayıcı bir metin olmasa da mevcut uluslararası hukuk kurallarının siber uzaya ve siber faaliyetlere uygulanmasına ilişkin bir rehber niteliğinde olması ve NATO bünyesinde hazırlanması, kanımızca metnin etkinliğini arttıracaktır.

nat edilebilmesi, ancak ve ancak Y şirketinin B devleti tarafından kurulması, B devletinin talimatları altında faaliyette bulunması ya da B devletinin etkili kontrolünde olması halinde mümkün olabilecektir. İlgili şartların karşılanması halinde B devletinin siber faaliyetler bakımından uluslararası bir yükümlüğü ihlal ettiği gerekçesiyle de uluslararası sorumluluğunun doğduğunu ifade etmek kanımızca hukuka uygundur.

b. Z Şirketinin Faaliyeti Bakımından

Z şirketinin uydu operatörü olması dolayısıyla, söz konusu faaliyeti uzay hukuku bakımından değerlendirilmelidir. Nitekim uydu iletişim, uydu navigasyon, uzaktan algılama ve araştırma faaliyetleri, uzay faaliyetleri kapsamına girmektedir.²² Dolayısıyla uzayı ve uzay faaliyetlerinin temel rejimini ortaya koyan 1967 Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Araştırılması ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma'nın somut olay bakımından incelenmesi gerekmektedir.²³

1967 Uzay Antlaşması, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 1963 yılında alınan tavsiye kararı vesilesiyle akdedilmiş; akdedilme süreci 1966 yılında tamamlanabilmiş ve 1967 yılında imzaya açılıp aynı yıl yürürlüğe girmiştir.²⁴ Antlaşma'nın 1. maddesi uyarınca; uzayın araştırılması ve kullanımı, Ay ve diğer gök cisimleri de dahil olmak üzere, ekonomik ya da bilimsel kalkınmalarına bakılmaksızın bütün devletlerin menfaat ve yararına gerçekleştirilmelidir. Uzay, Ay ve diğer gök cisimleri de dahil olmak üzere bütün insanlığa tahsis edilmiş olup bütün devletlerin kullanımına ve araştırmasına açıktır, uzayda seyrüsefer serbestisi vardır. Devletler ayrıca hiçbir surette, uzay, Ay ve diğer gökcisimleri üzerinde egemenlik iddia edemeyecektir.²⁵ Böylelikle uzay ve gök cisimleri, hukuki rejim bakımından *res communis* olarak tanımlanmıştır.

²² Christian Brünner – Alexander Soucek (ed.), *Outer Space in Society, Politics and Law*, Springer Verlag, Germany, 2011, ss. 110 – 157.

²³ Bundan sonra 1967 Uzay Antlaşması olarak anılacaktır.

²⁴ 1967 Uzay Antlaşması'nın akdedilme süreciyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Merve Erdem, *Uzay ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi*, Savaş Yayınları, Ankara, 2014, ss. 24 – 29.

²⁵ 1967 Uzay Antlaşması, 2. madde.

Ayrıca 1967 Uzay Antlaşması'na göre, her bir uzay aktörünün, uzay, Ay ve diğer gök cisimlerindeki her türlü faaliyetinin (araştırma ve kullanım) karşılıklı iş birliği, yardımlaşma içinde ve Antlaşma'ya taraf diğer devletlerin çıkarlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁶

Yukarıda yer verdiğimiz düzenlemeler dışında 1967 Uzay Antlaşması'nda, uzayın, Ay'ın ve diğer gök cisimlerinin barışçıl amaçlarla kullanımı, astronotların kurtarılması ve uzay araçlarının iadesi, uzayda ve dünyada uzay araçları dolayısıyla vuku bulan zarardan sorumluluk, uzay araçlarının tescili ve dünya-çevresinin korunması ve dünyanın uzaydan kirlenmesinin önlenmesine ilişkin yükümlülükler öngörülmüştür.²⁷

Her ne kadar Antlaşma'nın lafzı, hak ve yükümlülükler sahip olmak bakımından, taraf devletleri adres gösterse de Antlaşma'nın 6. maddesinde, devletlerin resmî kurumlarının ve hükümet-dışı tüzel kişilerin uzay faaliyetlerinin de Antlaşma'ya uygun olarak gerçekleştirilmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Maddede adı geçen kurum ve tüzel kişilerin uzay faaliyetlerinin de araştırma, kullanma ve ulaşım serbestileri karşısında, tüm insanlığın ortak yararına, başka aktörlerin çıkarlarına aykırılık teşkil etmeyecek biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İşbu sebeple devletin resmi kuruluşlarının ve hükümet-dışı kişilerin uzay faaliyetlerinin, ilgili devletin izni ve gözetimi altında gerçekleştirilmesi gerekliliği öngörülmüştür. İlgili maddede ayrıca, uzay faaliyetleri dolayısıyla devletlerin uluslararası sorumluluğu kaleme alınmıştır. Buna göre; Antlaşma'ya taraf devletler, Ay ve diğer gök cisimleri de dahil olmak üzere, uzayda gerçekleştirilen ulusal faaliyetlerden sorumludurlar. İşbu madde uyarınca devletin sorumluluğunun doğması için faaliyetlerin münhasıran devlet tarafından gerçekleştirilmesi şart değildir. Faaliyetin devletin resmi kurumu ya da hükümet-dışı tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilmesi de devletin uluslararası sorumluluğuna vücut verecektir. Dolayısıyla uzayda devlet, gerçek ya da tüzel kişilerin, hükümet dışı kuruluşların (araştırma merkezi ya da üniversiteler gibi) uzay faaliyetleri ulusal faaliyet olarak nitelendiril-

²⁶ 1967 Uzay Antlaşması, 9. madde.

²⁷ 1967 Uzay Antlaşması, 6, 7, 8. ve 9. maddeleri.

lecektir.²⁸ Bu nedenle hükümet dışı tüzel kişilerin bir devletin hukuk düzeni altında gerçekleştirdiği faaliyetleri, uluslararası sorumluluk kapsamında ilgili devlete atfedilebilecektir.²⁹

Yukarıdaki maddede görüldüğü üzere 1967 Uzay Antlaşması ile devletlere bir fiil özel tüzel kişilerin uzay faaliyetlerinin garantörü statüsü verilmiş ve Taslak Metin’de özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin devlete isnat edilebilmesine ilişkin şartlar hafifletilmiştir. Ayrıca özel hukuk kişilerinin özel hukuk faaliyetleri dolayısıyla devletin sorumlu olamayacağına ilişkin genel ilkenin istisnası olarak Antlaşma, devletler nezdinde bir çeşit özen yükümlülüğü de öngörmüştür. İlgili durumda, hukukta problem çözme yöntemi olarak karşımıza çıkan *lex specialis* ilkesi gereği, 1967 Uzay Antlaşması’nın uluslararası sorumluluğa ilişkin VI. maddesinin, uyumsuzluk bakımından öncelikle uygulanması gerekmektedir.³⁰

Söz konusu olayda, Y şirketine uydu frekansı sağlayan Z uydu operatörü şirketi, Y şirketinin, X şirketi yayınına hacklediği konusunda bilgilendirilmiş ve şirketten Y şirketine uydu frekansı sağlanmasının durdurulması talep edilmiştir. Ancak uydu operatörü şirketi Z, söz konusu talebi yerine getirmemiştir. Dolayısıyla olayda 1967 Uzay Antlaşması’nın getirdiği uluslararası iş birliği, uzayın ve gök cisimlerinin tüm insanlığın ortak yararına kullanılması ve faaliyetlerin diğer uzay aktörlerinin çıkarlarına aykırı olmayacak biçimde gerçekleştirilmesi yükümlülüklerine aykırı davranılmıştır. Bu nedenle ortada uzay hukuku kaynaklı bir uluslararası yükümlülüğün ihlali söz konusudur.

²⁸ Kofi Henaku, “Private Enterprises in Space Related Activities: Questions of Responsibility and Liability”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 3, 1990, s. 49.

²⁹ Ayrıntılı tartışma için bkz. Stephan Hobe, Bernhardt Schmidt Tedd, Kai-Uwe Schrogl (ed.), *Cologne Commentary on Space Law Outer Space Treaty*, Vol. 1, Carl Heymanns Verlag, 2009, ss. 111 - 114;

Bazı yazarlar 1967 Uzay Antlaşması’nın uluslararası sorumluluğa (international responsibility) ilişkin 6. maddesinin, uzay araçlarının verdiği fiziksel zarardan dolayı sorumluluğu düzenleyen 7. maddesi (liability) ile karıştırılmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Zarardan sorumlulukta zararın varlığı şarttır ve sorumluluk zararı gerçekleştiren uzayın aracını fırlatan devlete atfedilir. Henaku, ss. 49 - 54; Hobe, Schmidt-Tedd, Schrogl, s. 104.

Zarardan sorumluluk meselesi ayrıca 1972 Uzay Cisimlerinin Verdiği Zararlardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Hakkında Sözleşme ile daha ayrıntılı düzenlenmiştir.

³⁰ Gal, ss. 61 - 62.

Ayrıca B devletinde faaliyet gösteren Z şirketinin 1967 Uzay Antlaşması'na aykırı faaliyeti, devlet teşebbüsü olup olmamasından bağımsız olarak, yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar uyarınca, B devletine atfedilebilecektir. Dolayısıyla, Z şirketinin işbu faaliyeti nedeniyle B devletinin uluslararası sorumluluğunun doğduğu sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır.

B. Uluslararası Sorumlulukta Zarar Tazmin Yöntemleri

1. Genel Olarak

Uluslararası yükümlülüğü ihlal eden devletin uluslararası sorumluluğunun doğması ertesinde, söz konusu sorumlu devletin ihlale vücut veren fiile son vermek; koşulların gerektirmesi halinde, ihlalin tekrar etmeyeceğine dair güvence sunmak gibi öncelikli ödevleri bulunmaktadır.³¹ Söz konusu ödevlerden sonra da bir diğer ödev olarak onarım yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Taslak Metin'in 31. maddesinde düzenlenen onarım yükümlülüğü, haksız fiil neticesinde meydana gelen bütün maddi ve manevi zararı kapsamaktadır. Uluslararası sorumluluğu bulunan devletin onarım yükümlülüğünün hangi şekillerde gerçekleştirilebileceği ise Taslak Metin'in 34. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; zararın tamamının onarımı için eski hale iade, tazminat ve tarziye, onarım biçimleri olarak öngörülmektedir.

Eski hale iade, ihlal edilmeden önceki halin yeniden kurulması olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak eski hale iade maddi olarak mümkün değilse ve orantılılık ilkesine göre de tazminata nazaran bir fayda sağlamıyorsa, bir onarım biçimi olarak uygulanmayacaktır.³² Eski hale iadenin onarım için yetersiz kalması halinde gündeme gelecek onarım biçimi, tazminat olacaktır. Tazminat mali olarak hesaplanabilecek tüm zararı içermenin yanında, tespit edilebilmesi halinde mahrum kalınan kazançları da içerecektir.³³ Bir onarım biçimi olarak tazminatın da yetersiz kalması halinde bu kez devreye tarziye girecektir. Tarziye, ihlalin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmi özür gibi farklı biçimlerde olabilecektir; ancak zararlar orantısız olmamalı ve zarardan sorumlu devleti küçük düşürmemelidir.³⁴

³¹ Taslak Metin 31. madde

³² Taslak Metin 35. madde.

³³ Taslak Metin 36. madde.

³⁴ Taslak Metin 37. madde.

Somut olayımızda B devletinin uluslararası sorumluluğunun doğduğu kanaatine varmamız sonucunda, X şirketinin uğradığı zararın eski hale iadesi mümkünse de bu önlem kanımızca zararla orantılı olmayacaktır. Çünkü X şirketi, Y şirketinin çalıntı yayın içeriğiyle haksız kazanç elde etmesi nedeniyle kazanç kaybına uğramış, ayrıca söz konusu hırsızlığı tespit edebilmek için yüklü bir miktarda para harcamak durumunda kalmıştır. Dolayısıyla somut olay bakımından eski hale iade etme, yani Y şirketinin yayın içeriğinin çalınmasına son verilmesi ve Z şirketinin Y şirketine yayın frekansı sağlamayı durdurması, onarım için yeterli olmayacaktır. X şirketinin uğradığı zarar, yani söz konusu hırsızlığı tespit için yapılan ekstra harcamalar ve olası kazanç kaybı, kanımızca tazmin edilmelidir.

2. Kurgusal Olay Bakımından Zararının Onarımı ve Diplomatik Koruma

Y ve Z devletinin haksız fiilleri sonucu doğan özel hukuk sorumluluğu dolayısıyla, doğan zararın tazmini için, öncelikle B devleti iç hukuk düzenine başvurulması gerekecektir. İç hukuk mekanizmaları tüketilmesine rağmen zararın onarımı mümkün olmadıysa ancak işbu durumda, uluslararası sorumluluğa ilişkin hükümler uyarınca, X şirketinin zararının tazmin edilmesi mümkün olabilecektir.

Ancak burada ele almamız gereken iki durum bulunmaktadır: Taslak Metin'in uluslararası yükümlülüğün doğmasını düzenleyen 1. maddesinde, mağdurun devlet ya da özel hukuk kişisi olması ayrımı yapılmamıştır. Ancak zararın onarımını talebe ilişkin maddelerde, mağdur olarak salt devlete atf yapılmıştır. Başka bir ifade ile Taslak Metin'de devletin sorumluluğuna başvurulması olarak düzenlenen bapta, yalnızca mağdur devletin başvurusu ve bildirim düzenlenmiştir.³⁵ İşbu durumda, zararın tazmini için özel hukuk kişinin tek başına, bir devletin sorumluluğunu ileri sürmesi söz konusu olamayacaktır.

Uluslararası haksız fiilin mağduru özel hukuk kişinin, uluslararası hukuk düzeni içinde sorumlu devlete direkt başvuramaması, başka bir mekanizmanın kullanılmasını gerektirecektir. Diplomatik koruma adı verilen mekanizma, zarar gören özel hukuk kişilerinin

³⁵ Taslak Metin 42 - 48. madde.

(gerçek/tüzel) haklarının, uluslararası hukuk düzeni içinde korunmasını sağlayacaktır.³⁶ Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 58. oturumunda kabul ettiği Diplomatik Korumaya İlişkin Taslak Maddeler metninin 1. maddesinde de öngörüldüğü üzere, diplomatik koruma, bir devletin tabiiyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişinin, başka bir devletin uluslararası haksız fiilinden zarar görmesi halinde, zarar veren devletin uluslararası sorumluluğuna başvurulması amacını taşımaktadır.³⁷

Diplomatik koruma, devletlere verilen bir hak olup devletin bu hakkı kullanması için iki şart gereklidir: Birinci şart, devlet ile diplomatik koruma hakkıyla korunacak özel hukuk kişileri arasında kural olarak bir tabiiyet ilişkisi bulunmasıdır. İşbu kurala getirilen istisna ile klasik diplomatik koruma hakkından farklı olarak devletlerin, kendi ülkesinde ikamet eden vatansızlar ve mülteci statüsü verdiği kişiler için de diplomatik koruma hakkını kullanabilmesi mümkün hale getirilmiştir.³⁸

Gerçek kişilerin vatandaşlık, vatansızlık ve mültecilik statülerinin tespitinin daha kolay olması karşısında, şirketlerin günümüzde kuruldukları devletlerin sınırlarını aşan bir coğrafyada faaliyet göstermeleri nedeniyle, diplomatik koruma hakkını kullanacak devlet ile mağdur tüzel kişi arasındaki tabiiyet ilişkisinin tespiti önem arz etmektedir. İşbu sebeple Taslak Maddeler metninde öngörülen 9. ve 10. maddede, şirketlerin tabiiyeti ile ilgili özel düzenleme getirilmiştir. 9. maddede uyarınca bir şirketin diplomatik korumadan yararlanabilmesi için, diplomatik koruma hakkını kullanacak devletin iç hukuk kuralları uyarınca kurulmuş olması gerekmektedir. Her ne kadar şirket başka devlet vatandaşları tarafından yönetilip kurulduğu devlette önemli bir faaliyet göstermiyor olsa ve şirketin hem kurumsal hem de finansal yönetimi başka bir devlette bulunsa da özel hukuk tüzel kişisi resmi olarak kurulduğu devletin tabiiyetine sahip olacaktır.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. David Leys, "Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach", *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 57, 2015, ss. 1 - 14.

³⁷ Draft Articles on Diplomatic Protection 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10). Bundan sonra Taslak Maddeler olarak anılacaktır.

³⁸ Taslak Maddeler, 3. madde.

Tabiiyet ilişkisinin kurulmasının yanında, devamlılığının da diplomatik koruma hakkı bakımından önemi bulunmaktadır. Buna göre, özel hukuk tüzel kişinin devletle olan tabiiyet ilişkisinin, zararın meydana geldiği tarih ile zararın onarımı için resmi başvurunun yapıldığı tarih aralığında devam ediyor olması gerekmektedir.³⁹ Zarar gören şirketin, resmi başvuru yapıldıktan sonra, zarar veren devletin tabiiyetine geçmesi halinde ise ilk devletin diplomatik koruma hakkı ortadan kalkacaktır.⁴⁰ Bir şirketin, uğradığı zarar nedeniyle tüzel kişiliğinin son bulması halinde dahi zararın meydana geldiği anda tabiiyetinde bulunduğu devletin diplomatik korumasından yararlanması mümkündür.⁴¹

Devletlerin diplomatik koruma hakkını kullanabilmelerinin bir diğer şartı da diplomatik koruma altına alınacak vatandaş, özel hukuk tüzel kişisi, vatansız kişi ve mülteci statüsüne sahip kişi tarafından zararının onarımı için zarar veren devletin iç hukuk mekanizmalarının tüketilmesi şartıdır.⁴² Taslak Maddeler söz konusu şartı düzenlemekle yetinmemiş, aynı zamanda iç hukuk mekanizmalarından ne anlamak gerektiğine de yer vermiştir. 8. maddenin ikinci fıkrası uyarınca; iç hukuk mekanizmaları, zarar gören kişinin zarar veren devlet nezdinde başvurabileceği olağan ya da özel yetkili adli ve idari mahkemeler ya da organları ifade etmektedir. Devam eden üçüncü fıkradaysa, kural olarak, uluslararası sorumluluğa ilişkin bir talebin ya da tespit davasının, vatandaşın, özel hukuk tüzel kişinin, vatansız kişinin ve mülteci statüsünü haiz kişinin gördüğü zararlarla güçlü bir bağlantısı olması halinde, iç hukuk mekanizmalarının tüketilmesi zorunlu tutulmuştur.

İşbu zorunluluk yanında iç hukuk mekanizmalarının tüketilmesi zorunluluğuna getirilen istisnalarla, mekanizmalarından zararın onarımı bakımından bir sonuç alınamayacağından baştan belli olması hallerinde, mağdurun vakit kaybetmeden diplomatik koruma altına alınması mümkün kılınmıştır. 15. madde uyarınca; başvurulacak etkili bir iç hukuk mekanizması olmaması ya da iç hukuk mekanizmaları yoluyla zararın onarılması olasılığının olmaması, sorumluluğu olan devletin iç hukuk mekanizmalarındaki yargılama süreçlerinin olduk-

³⁹ Taslak Maddeler, 10/I. madde.

⁴⁰ Taslak Maddeler, 10/II. madde.

⁴¹ Taslak Maddeler 10/III. madde.

⁴² Taslak Maddeler 14. madde.

ça ağır ilerlemesi, zararın gerçekleştiği tarihte, zarar gören kişiyle sorumluluk atfedilmek istenen devlet arasında belirgin bir bağ olmaması, iç hukuk mekanizmalarına başvurulmasına açıkça engel olunması, sorumlu devletin iç hukuk mekanizmalarının tüketilmesi zorunluluğundan feragat etmesi halleri, iç hukuk mekanizmalarının tüketilmesi kuralının istisnaları olarak öngörülmüştür.⁴³

Yukarıdaki şartlar altında, ilgili devlet, Devletin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metin uyarınca, tabiiyeti altında bulunan gerçek ve tüzel kişiye zarar veren devletin uluslararası sorumluluğuna başvurabilecek, Devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Metin’de yer alan bildirim ve onarım mekanizmalarını işletmeye başlayabilecektir.

Kurgusal olayımız bakımından A devletinin tabiiyeti altında bulunan X şirketinin gördüğü zararı doğuran faaliyet ve zarardan sorumluluk, yukarıda da ayrıntılı açıkladığımız üzere B devlete atfedilebilir. Bu durumda, B devleti iç hukuk mekanizmalarından bir netice alınması baştan mümkün olmadığı için A devleti, X şirketinin uğradığı zarar için, diplomatik koruma hakkını kullanabilecek; Taslak Metin’de öngörülen zararın onarımı mekanizmaları işletilmeye başlanabilecektir.

⁴³ İlgili maddede yer alan özellikle iç hukuk mekanizmalarına açıkça engel olunması ve sonuç alınmamasının baştan belli olması istisnasına dikkat çekmek gerekmektedir. Uluslararası hukuk uyarınca devletlerin yabancı kişilerin de bir başka devlet iç hukuk düzeninde vatandaş gibi muamele görmesi yükümlülüğü bulunmaktadır. Nitekim iç hukuk mekanizmalarının tüketilmesi bakımından Birleşmiş Milletler Sivil ve Politik Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 14. maddesine göre, yabancı ya da vatandaş ayrımı olmaksızın, herkesin iç hukuk mahkemelerinde eşit muamele görmesi gerekmektedir. Yabancıların, başka bir devlet nezdinde doğan zararının giderilmesini talep hakkı, kısıtlanamaz. International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171.

Aynı hak Birleşmiş Milletler Yaşadıkları Devletin Vatandaşı Olmayan Şahısların İnsan Hakları Hakkında Bildiri’nin 5. maddesinin I/c bendinde de yer almaktadır. İşbu Bildiri uyarınca, vatandaş olmayan şahısların da yaşadıkları devletin mahkeme ve yargısal faaliyet gösteren ve sair organları önünde vatandaşlarla eşit muamele görmesi şarttır. Söz konusu hüküm doğrultusunda, kanımızca vatandaşların dava açma ve zararını talep hakkının olduğu her durumda, yabancıların da dava açma ve zararını talep etme hakkının temin edilmesi gerekmektedir. Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live, G.A. res. 40/144, annex, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) at 252, U.N. Doc. A/40/53 (1985).

Sonuç Olarak

Teknolojinin ilerlemesiyle hem teknolojik faaliyetlerin teknik ve ekonomik boyutları gelişmekte hem de ilgili alanlarda yeni haksız fiil ve suç tipleri çıkmakta, mağdur kişilerin sayısı ve uğranılan zarar meblağları artmaktadır. Siber faaliyetler ile uzay faaliyetleri hem olumlu hem de olumsuz yönleriyle tam sözünü ettiğimiz nitelikteki teknolojik gelişmelere işaret eder. Ulusal, uluslararası ve hatta evrensel çapta, devlet faaliyetleri ile özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinin gerçekleştirildiği, bütün aktörlerin kullanımına açık, sırf bu nedenle de her türlü saldırıya gebe farklı bir dünya söz konusudur artık. İşbu sebeple, ilgili faaliyetleri düzenleme, denetleme ve diğer devletlerle iş birliği kurma oldukça önem arz eden hususlardır. Düzenleme, denetleme ve iş birliği yükümlülüklerini ihlal eden devletlerin, sınırlı da olsa özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden sorumlu tutulabilmesi kanımızca mümkündür.

Ancak devletlerin sorumluluğunun varlığı, tek başına yeterli olmayıp mağdur kişinin bir şekilde zararının onarılması şarttır. Zarar gören devlet olunca, uluslararası alanda zararın onarımı mekanizmalarının işletilmesi olasılık dahilindedir. Uluslararası haksız fiil dolayısıyla zarar gören kişilerin gerçek veya tüzel kişi olması halinde, bu kişilerin zararlarının tazmini için öncelikle iç hukuk düzeninde sonuç almaya çalışması beklenir. Sonuç alınmadığı noktada, yaptığımız hukuk jimnastiği neticesinde, uluslararası hukukun başka bir mekanizması, diplomatik koruma devreye girerek, zarar gören gerçek ya da tüzel kişilerin zararının, uluslararası sorumluluğa ilişkin kurallar uyarınca, giderilmesi kanımızca söz konusu olabilecektir. Sonuç olarak hukuk jimnastiğimizde kurgusal olayımızdan yola çıkarak yaptığımız tartışma ve çözümlenelerde, bazı hallerde özel hukuk kişilerinin faaliyetleri dolayısıyla devletlerin de uluslararası sorumluluğunun doğabileceği sonucuna ulaşmak mümkün hale gelmektedir.

Kaynakça

“Defense Department Cyber Efforts: Definitions, Focal Point and Methodology Needed for DOD to Develop Full-Spectrum Cyberspace Budget Estimates”, US Department of Defense, Memo CM-0477-08” 2011, bkz. <http://www.gao.gov/assets/100/97674.pdf> (e.t. 01.04.2018);

Brünner Christian – Soucek Alexander (ed.), *Outer Space in Society, Politics and Law*, Springer Verlag, Germany, 2011.

- Comprehensive Study on Cyber Crime, Draft, United Nations, February 2013, s. xvii, 64. Metin için bkz. https://www.unodc.org/documents/organizedcrime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBER_CRIME_STUDY_210213.pdf (e.t. 30.05.2018).
- Corfu Channel Case Judgment of December 15th, 1949: I.C.J. Reports 1949,
- Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in which They Live, G.A. res. 40/144, annex, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) at 252, U.N. Doc. A/40/53 (1985).
- Draft Articles on Diplomatic Protection 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).
- Erdem Merve, Uzay ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi, Savaş Yayınları, Ankara, 2014.
- Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgement, I.C.J. Reports 1997.
- Gal Gyula, "State Responsibility, Jurisdiction and Private Space Activities", Proc. on L. Outer Space, Vol. 44, 2001, 61 - 64.
- Graham David, "Cyber Threats and The Law of the War", *Journal of National Security Law & Policy*, Vol. 4, 2010, 87 - 102.
- Henaku Kofi, "Private Enterprises in Space Related Activities: Questions of Responsibility and Liability", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 3, 1990, 45 - 56.
- Hobe Stephan, Schmidt-Tedd Bernhardt, Schrogl Kai-Uwe (ed.), Cologne Commentary on Space Law Outer Space Treaty, Vol. 1, Carl Heymanns Verlag, 2009.
- <http://hakkihakankerkiner.blogcu.com/uluslararasi-sorumluluk-icin-bm-uluslarsihukuk-komisyonu-madd/9995547> (e.t. 05.06.2018).
- <https://ccdcoe.org/tallinn-manual.html> (e.t. 07.07.2018).
- International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171.
- Kittichaisaree Kriangsak, Public International Law of Cyberspace, Springer, Switzerland, 2017.
- Koh Harold Hongju, "International Law in Cyberspace", Faculty Scholarship Series. Paper 4854, Vol. 54, 2012, 1 - 12.
- Leys David, "Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach", *Harvard International Law Journal Online*, Vol. 57, 2015, 1 - 14.
- Lotrionte Catherine, "State Sovereignty and Self Defence in Cyberspace: A Normative Framework for Balancing Legal Rights", *Emory International Law Review*, Vol. 26, 2012, 825 - 919.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, s. 142 - 149.
- Nye Joseph S., "The Regime Complex for Managing Global Cyber Activities", the Centre for International Governance; Global Commission on Internet Governance: Paper Series No. 1, 2014, 5 - 15.
- Ostrom Elinor vd., Revisiting the Commons: Local Lessons, Global Challenges, Science, 1999.

- Panja Tariq, "The Brazen Bootlegging of a Multibillion-Dollar Sports Network", *The New York Times*, 9 May 2018, Bkz. <https://www.nytimes.com/2018/05/09/sports/bein-sports-qatar-beoutq.html> (e.t. 01.01.2018).
- Raymond Mark, "Puncturing the Myth of the Internet as a Commons", *Georgetown Journal of Internet Affairs*, Special Issue, 2013, 5 - 16.
- Reparation for Individuals Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949.
- Roccini Marco, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, the UK, 2014.
- Sklerow Matthew J., "Solving the Dilemma of State Response to Cyberattacks: A Justification for the Use of Active Defenses Against States Who Neglect Their Duty to Prevent", *Military Law Review*, Vol. 201, 2009, 1 - 103.
- UN Doc. A/RES/56/83, 12 December 2001.
- Weber Rolf H., "Elements of a Legal Framework for Cyber Space", *Swiss Review of International and European Law*, Vol. 26, No. 2, 2016, 195 - 215.
- Ziolkowski Katharina, "General Principles of International Law as Applicable in Cyberspace", in *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace International Law, International Relations and Diplomacy NATO CCD COE Publication*, Tallinn, 2013, 135 - 188.

**YABANCI MAHKEME KARARLARININ
TENFİZİNİN MÜTEKABİLİYET ŞARTINA
BAĞLANMASI İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN
BAZI HAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ**
THE RELATIONSHIP BETWEEN THE RECIPROCITY AS
A CONDITION FOR THE ENFORCEMENT OF
FOREIGN JUDGMENTS AND THE CERTAIN RIGHTS
IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

İlyas ARSLAN*

Özet: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.54 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için karşılanması gereken şartlardan biri olarak kabul edilen mütekabiliyet, objektif olarak tenfiz yargılamasının taraflarının menfaatlerini gözetmediği gibi, böyle bir şartın aranmasında tenfiz devletin ne tür menfaatinin olduğu tam olarak anlaşılammamaktadır. Devletin tamamen manevi/psikolojik bir saikle öngörmüş olduğu bir şart olan mütekabiliyet, tenfiz yargılamasının tarafları arasında davalının lehine olacak şekilde bir eşitsizliğe yol açmaktadır. Zira MÖHUK m.54'te yer alan diğer tenfiz şartları ile birlikte ele alındığında, diğer tenfiz şartları vasıtasıyla menfaatleri yeterince korunabilecek olan davalıya, böyle bir şart ile davacı karşısında tenfiz yargılamasının akıbetini ciddi bir şekilde etkileyen ve gereği olmayan bir koruma sağlanmaktadır. Bu nedenle, salt tenfize konu kararın menşei esas alan böyle bir şartın tatbiki, insan hakları hukuku açısından da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir. Özellikle davacının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) yer alan hakları dikkate alındığında, söz konusu şartın tatbiki, yabancı kararla ortaya çıkan özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davacının temel haklarının ihlal edilmesine neden olabilir. Bu çalışmada, söz konusu tenfiz şartının tatbikinin AİHS'deki çeşitli hakları gerçekten ihlal edip etmeyeceği veya hangi hallerde böyle bir ihlalin söz konusu olabileceği incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, başta davacının olmak üzere, mütekabiliyetin tatbiki suretiyle tarafların AİHS'de güvence altına alınan AİHS m.6(1), AİHS m.8 ve P-1 m.1 gibi haklarının ihlal edildiği iddialarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği AİHM içtihatları ışığında analiz edilmeye çalışılmıştır. Zira MÖHUK

* Arş. Gör. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ilyas.arслан243@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1567-2630, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.01.2018, Kabul Tarihi: 10.01.2018

m.54(a)'da düzenlenen mütakabiliyet ile AİHS arasındaki ilişkinin ortaya konması, AİHS'nin Türk mahkemelerince ihlal edilmesinin önlenmesi bakımından yararlı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mütakabiliyet, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Adil Yargılanma Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Aile Hayatına Saygı Hakkı

Abstract: The reciprocity is accepted as one of the conditions that must be met for the enforcement of foreign judgments pursuant to Art.54 of Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure numbered 5718 (CPIL). The reciprocity does not objectively take into account the interests of the parties to the enforcement proceedings, nor is it completely uncertain about what kind of interest the enforcing state has in seeking such a condition for a foreign judgment to be enforced. The reciprocity, which can be regarded as a condition prescribed by the state with a purely psychological motive, leads to an inequality in favour of defendant between the parties to the enforcement proceedings. Because, when taken together with other conditions for enforcement under Art.54 of CPIL, the defendant, whose interests can be adequately protected via other conditions, is provided with unnecessary protection which seriously affect the outcome of enforcement proceedings. For this reason, it has been questioned whether it is appropriate to seek reciprocity as a condition to enforce a foreign judgment in Turkish private international law doctrine for years. The application of such a condition to enforce a foreign judgment, which is purely based on the origin of judgment in question, may also cause serious problems in terms of human rights. Especially considering the claimant's rights contained in the European Convention on Human Rights (ECHR), the application of this condition may cause a violation of a related Conventional right of the claimant, who wants to enjoy a private right based on foreign judgments in the enforcing state. In this study, it has been examined whether the application of reciprocity as a condition to enforce a foreign judgment could indeed violate the Conventional rights, or in which cases such a violation may occur. In this context, it has been tried to be analyzed how the European Court of Human Rights (ECtHR) assess whether a right contained in the ECHR such as Art. 6(1) of the ECHR, Art.8 of the ECHR and Art.1 of First Protocol of the ECHR was actually violated by the Turkish courts via application of reciprocity in the light of case law of the ECtHR. Thus, introducing the relationship between the reciprocity prescribed by the Art. 54/a of the CPIL and the ECHR would be helpful in order to prevent possible violations of some of the rights, in particular the claimant's rights contained in the ECHR by Turkish courts. Moreover, that would be helpful to prevent Turkey's possible conviction before the ECtHR due to application of reciprocity in a manner incompatible with ECHR as well.

Keywords: Reciprocity, Enforcement of Foreign Judgments, European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial, Right of Property, Right to Respect for Family Life

GİRİŞ

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi rejimi tanzim etmek suretiyle yabancı kararın kendi hukuk düzeninde çeşitli hukuki sonuçlar doğurmasını kabul eden devletler, bunu tanıma-tenfiz şartları (engelleri) olarak ifade edilen, birtakım soyut ve genel nitelikli kurallarda vücut bulan şartlara tabi kılmaktadır. Türk hukukunda da 5718 sayılı MÖHUK¹ m.50 uyarınca hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve verildiği devletin kanunlarına göre kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için karşılanması gereken asgari şartlar, MÖHUK m.54'te açıkça öngörülmüştür. Buna göre, tenfize konu kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlet ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin akdi, kanuni veya fiili mütekalibiyetin varlığı, yabancı kararı veren mahkemenin yetkisinin Türk tanıma-tenfiz hukukunca benimsenen yetkiye ilişkin kriterleri (aşırı yetki-münhasır yetki denetimi) karşılaması, yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmaması, yabancı mahkemede davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması şartlarına tabi tutulacaktır (MÖHUK m.54).

Karşılaştırmalı hukukta da kısmen veya tamamen benimsenen bu şartlar, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiz edilmesiyle ortaya çıkabilecek sonuçlara karşı, devletin kendi hukuk düzeninin temelini teşkil eden birtakım temel adalet ilkelerini ve temel değerlerini, bu kapsamda bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak gayesiyle tanzim edilmiştir. Başka bir deyişle, yabancı kararların kendi hukuk düzenlerinde çeşitli hukuki veya icrai sonuçlar doğurmasına izin veren devletler, mahkemelerinin davalının temel hak ve özgürlükleriyle bağdaşmayan bir yabancı kararı tanımak veya tenfiz etmek suretiyle olası bir hak ihlalini yerel seviyede engelleme yoluna gitmiş ve buna özgü tanıma-tenfiz engelleri tanzim etmiştir.² En azından, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören kamu düzeni müdahalesi (MÖHUK m.54(c)) ile davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması (MÖHUK m.54(ç)) gibi kimi şartların bu amaca yönelik

¹ RG: 12.12.2007-26728.

² J.J. Fawcett, *The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.56, 2007, s.24; Louwrens R. Kiestra, *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, Maastricht, 2014, s.271.

olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur.³ Bu bakımdan, söz konusu şartların kendisine karşı bir tanım-tenfiz davası ikame edilen tarafın haklarını ve/veya davalı şahsında bir bütün olarak genel kamu düzenini korumak suretiyle ülkede bulunan bireylerin (toplumun) menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Diğer yandan, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için aranan kimi şartların ise, genellikle bireylerin haklarını veya genel olarak toplumun menfaatlerini gözetmekten ziyade, tamamen devletin menfaatini gözetmek veya sahip olduğu egemenliğini muhafaza etmek ya da milletlerarası toplumda varlığını yansıtmak gayesiyle tanzim edildiği söylenebilir. Doğal olarak, bu konuda akla ilk olarak, 2675 sayılı MÖHUK'un⁴ yürürlüğe girmesinden beri Türk tanıma-tenfiz hukukunda normatif bir tenfiz şartı olarak varlığını muhafaza eden mütakabiliyet gelmektedir. Milletlerarası ilişkilerin geldiği nokta itibarıyla ve bireylerin haklarına uluslararası alanda da saygı gösterilmesi gerektiği düşüncelerinin giderek yaygınlaştığı günümüzde, devletlerin diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak kullanılan mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının yerindeliği geçmişten beri fazlasıyla sorgulanmaktadır. Mütakabiliyetin davaya iştirak etmiş şahısların menfaatlerini hiçbir şekilde dikkate almayan, politik maksatlara hizmet etmek üzere konulmuş bir şart olduğu yaygın olarak kabul görmektedir.⁵ Nitekim bu anlayışın bir yansıması olarak, mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli

³ James J. Fawcett-Máire Ní Shúilleabháin-Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016 s.375; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s.643.

⁴ RG: 9.11.1982-17863.

⁵ Atâ Sakmar, *Yabancı İhlâmların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.88 vd.; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 22.Bası, Beta, İstanbul 2017, s.520; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin*, Ankara, 2001, s.49; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta, İstanbul, 2013, s.174; Patrick Kinsch, "Enforcement as a Fundamental Right" *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol.32/4, 2014, s.543, dn.30; Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.475-477; Uğur Tütüncübaşı, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet, Ankara, 2014, s.195-196; Özüm Demirkol, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu*, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.39, 50.

olarak aranmasının Türkiye'nin de tarafı olduğu⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve eki protokollerde yer alan kimi temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etme potansiyeline sahip olduğu giderek artan bir şekilde dile getirilmektedir.⁷

Gerçekten, doktrinde ileri sürülen mütekabiliyet şartının tatbiki-nin bireylerin AİHS'de güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerine aykırı nitelik arz ettiği anlayışında haklılık payı bulunmaktadır. Bu, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sadece mütekabiliyet şartının nite-liğinden kaynaklanmamakta, aynı zamanda Türkiye'nin tarafı oldu-ğu AİHS'nin kapsamına giren temel hak ve özgürlüklerin korunma-sı bakımından öngördüğü denetim sisteminden kaynaklanmaktadır. AİHS m.1 hükmü, taraf devletlere kendi yargı alanlarına giren birey-lerin AİHS'nde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerine riayet etme, söz konusu hakları yerine getirme ve bireylerin söz konusu haklarını üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruma yükümlülüğü yükle-mektedir. Bu konuda klasik uluslararası anlaşmalardan farklı olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) vasıtasıyla yargısal bir de-netim mekanizması öngören AİHS, aynı zamanda taraf devletleri bün-yesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda vatandaş-yabancı ayrımı yapmaksızın, mütekabiliyet şar-tına dayanmayan, objektif bir yükümlülük altına sokmaktadır.⁸ Başka bir deyişle, Türkiye'nin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerini ye-rine getirmesi, başka bir taraf devletin Sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmesine bağlı değildir. Bu nedenle, Türkiye'nin tıpkı kendi mahkemelerinde açılan özel hukuk davalarında olduğu gibi, yaban-cı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarını, tarafların AİHS'de güvence altına alınan temel haklarına, bu kapsamda başta söz konusu hakların korunmasına hizmet eden AİHS m.6(1) hükmüne uygun bir şekilde yürütmesi gerekmektedir.⁹ Buna göre, Türk mah-kemelerinin, yabancı kararın tanınması veya tenfizine karar verirken, gerek tanıma-tenfiz talebinde bulunan tarafın gerekse karşı tarafın eşit

⁶ RG: 19.3.1954 - 8662.

⁷ Sakmar s.89; Patrick Kinsch, "Droits l'homme, droits fondamentaux et droit in-ternational privé", Recueil Des Cours-Collected Courses, Vol.318, 2005, s.105-106; Kinsch Enforcement, s.543, dn.40; Sarıöz Büyükalp, s.477; Arslan, s.760 vd.

⁸ Arslan, s.25.

⁹ Arslan, s.634.

bir şekilde sahip olduğu AİHS m.6(1)'deki hakları arasında bir denge kurarak yargılamayı yürütmesi ve karara bağlaması gerekmektedir.

Diğer taraftan, yabancı mahkeme kararın tanınması veya tenfizi davaları, normal bir özel hukuk davasından farklı olarak, yabancı mahkeme kararıyla tevsik edilen ve yabancı ülke hukukunca kabul edilen özel hukuka ilişkin bir hakkın Türk hukukunca da kabul edilmesi (tanıma) veya -gerektiğinde yerine getirilmesi (tenfiz) amacıyla açılmaktadır. Bu nedenle, tanıma-tenfiz talebinin kabul veya reddedilmesi, yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak -sırasıyla- davalının veya davacının AİHS'nin koruması altına giren ilgili temel hakkına müdahale edilmesi anlamına gelecektir. Örneğin, yabancı bir alacak veya tazminat kararının tenfizi talebinin reddedilmesi, davacının AİHS ek 1 no'lu protokol m.1'de (P-1 m.1) güvence altına alınan mülkiyet hakkından Türkiye'de istifade edemesine yol açabilecektir. Yabancı velayet kararının tenfizine hükmedilmesi, davalı ebeveynin çocuğuyla birlikte bir aile ilişkisi içerisinde yaşamasını engellemesi itibarıyla AİHS m.8'de korunan aile hayatına saygı hakkına müdahale etmektedir¹⁰. Şüphesiz, yukarıdaki haklara yönelik böyle bir müdahalenin meşru olup olmadığı, yani AİHM nezdinde ihlal olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, tanımaya-tenfize ilişkin kararın -ihlal edildiği iddia olunan- ilgili maddelerde yer alan sınırlama koşullarına uygun (meşru amaca sahip, kanuni ve ölçülü) olup olmadığına bağlı olarak değişebilecektir.

Bu bakımdan, kural olarak Türk mahkemelerinin, hangi amaçlarla ve ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, tanıma-tenfiz şartlarının her birinin karşılanıp karşılanmadığını (ve hangi gerekçeyle karşılan(ma)

¹⁰ Çocuk ile anne-baba arasındaki aile hayatından kaynaklanan hakların başında gelen velayet hakkı ve velayeti kendisine verilmeyen ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurma ve onunla görüşme hakkı AİHS m.8'in koruması altındadır. Bkz. Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul 2011, s.272-273. Dolayısıyla, devletin AİHS m.8'den kaynaklanan bu tür hakları yerine getirmekten kaçınması, sadece ebeveynlerin değil çocuğun da AİHS m.8'de güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkına müdahale ve ihlal teşkil edebilecektir. Velayet veya kişisel ilişki kurma haklarını tevsik eden yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davasını AİHS m.8(2)'de yer alan koşullara aykırı bir şekilde karara bağlaması AİHS m.8'e aykırı bir sonuca yol açabilir. Zira AİHM'nin aşağıda inceleyeceğimiz içtihatları, AİHS m.8'in bireylere sağlamış olduğu korumanın bu tür davalarda da varlığını muhafaza ettiğini ortaya koymaktadır.

dığını) gerek davacının gerekse davalının AİHS’de güvence altına alınan haklarıyla bağdaşır bir şekilde tespit etmesi, dolayısıyla tanıma-tenfiz talebinin kabul veya reddetmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, devletin AİHS’den kaynaklanan yükümlülükleri, söz konusu tanıma-tenfiz şartlarının somut bir davada mevcut olup olmadığını, dolayısıyla kararın tanımayana-tenfize ehil olup olmadığını denetlerken hem davalının hem davacının korunması gereken haklarını gözetmeyi gerektirmektedir. Bu da, doğal olarak tanıma-tenfiz yargılamasının taraflarının birbiriyle çatışan Sözleşmesel hakları, dolayısıyla devletin birbiriyle çatışan yükümlülükleri arasında, davanın özelliklerini de dikkate alarak ve söz konusu şartları bu kapsamda değerlendirerek bir denge kurmayı gerektirmektedir.¹¹

Bu noktada, AİHM’nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kimi içtihatları, doğal olarak Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda yol gösterici olacaktır. Söz konusu içtihatlar, karşılanıp karşılanmadığı tartışma konusu olan bir tanıma-tenfiz şartının anlamı, içeriği ve kapsamının AİHS’de yer alan temel hak ve özgürlüklerle bağdaşacak bir şekilde yorumlanması veya değerlendirilmesi gerektiğini, böyle bir yaklaşım tarzıyla mahkemelerin birbiriyle çatışan hakları arasında nasıl bir denge gözetebileceğini dolaylı olarak ortaya koymaktadır.¹² Bununla beraber, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için aranan mütekabiliyet şartı, o kadar net ve objektif bir tenfiz engelidir ki Türk mahkemelerine tarafların AİHS’nin koruması altında olan birbiriyle çatışan hakları arasında bir denge kurabilmelerine objektif olarak imkân tanımamaktadır. Zira Türk mahkemelerinin bir kere mütekabiliyetin karşılanmadığını tespit ettiklerinde artık yabancı kararın tenfizi talebini reddetmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, diğer tenfiz şartlarının varlığına rağmen, salt tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında MÖHUK m.54(a) anlamında bir mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle davacının yabancı kararla tevşik edilen özel hukuka ilişkin bir haktan Türkiye’de yararlanması en-

¹¹ Arslan, s.644 vd.

¹² Örneğin bkz. Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005; Urbica v. Hırvatistan, no.32540/05, 1 Nisan 2010; Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009; Negropontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011. Gerek bu dipnotta gerekse çalışmanın bundan sonraki kısmında yer alan AİHM içtihatlarına <https://hudoc.echr.coe.int> adlı internet sitesi üzerinden ulaşılmıştır.

gellenmektedir. Böylece, davalı yabancı mahkeme önünde gayri adil bir yargılamaya veya temel haklarına aykırı bir karara maruz kalmasa dahi, böyle bir şart sayesinde kendisine yöneltilen dava tehdidinden kurtulmaktadır. Dolayısıyla, salt tenfize konu kararın veren mahkemenin menşei esas alan mütakabiliyet, davalıya davanın akıbetini etkileyen esaslı bir avantaj sunmakta, davacının AİHS'nin koruması altında olan çeşitli haklarından yararlanmasını doğrudan engellemektedir. Bu nedenle, mütakabiliyet şartının bizatihi kendisinin, temel haklar konusunda taraf devletlere karşılıklılığa bakılmaksızın objektif yükümlülük yükleyen AİHS sistemiyle bağdaşmadığı teorik olarak söylenebilir. Diğer yandan, aşağıda görüleceği üzere, mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının tenfiz devletinin menfaatine olup olmadığı da belirsizdir. Bu bakımdan, yabancı mahkeme kararı ile özel hukuka ilişkin bir hak elde eden ve bu haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davacıya, salt tenfize konu kararı veren mahkemenin menşei esas alan böyle bir şartın tatbiki, insan hakları hukuku açısından da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir.

Bu nedenle, Türk hukukunda bir tenfiz şartı olarak düzenlenen mütakabiliyetin tatbikinin AİHS'neki çeşitli hakları gerçekten ihlal edip etmeyeceği, olası bir ihlalin hangi hallerde ve ne şekilde ortaya çıkabileceğinin incelenmesi gerekmektedir. Böyle bir çalışma, bireylerin AİHS'de yer alan bazı haklarının Türk mahkemelerince ihlalinin önlenmesi ve Türkiye'nin AİHM nezdinde olası bir mahkûmiyetinin de engellenmesi bakımından yararlı olacaktır. Bu kapsamda, MÖHUK m.54(a)'da düzenlenen mütakabiliyet şartının tatbiki ile başta davacının olmak üzere, tarafların AİHS m.6(1)'de güvence altına alınan hakları arasındaki ilişkiyi ortaya koyacağız. Ayrıca, yabancı kararın tenfizi talebinin kabul veya reddedilmesi, mülkiyet hakkını güvence altına alan P-1 m.1'in veya aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan AİHS m.8'in kapsamına giren özel hukuka ilişkin bir haktan Türkiye'de yararlanılamamasına neden olabilecektir. Dolayısıyla, mütakabiliyet şartının tatbiki suretiyle AİHS m.8 ve P-1 m.1'deki hakların ihlal edildiği iddialarının, AİHM tarafından nasıl bir denetim ve değerlendirilmeye tabi tutulabileceğini ele alacağız. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM'nin henüz salt mütakabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırılığı iddiasını değerlendirdiği bir içtihadı bulunma-

maktadır. Ancak, AİHM'nin gerek mütekabiliyet şartının arandığı bir diğer alan olan yabancılar hukukuna ilişkin, gerekse yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin diğer içtihatları, çalışmamızın şekillenmesinde fazlasıyla rol oynamıştır. Dolayısıyla, mütekabiliyet şartı, daha doğrusu söz konusu şartın tatbiki ile AİHS arasındaki ilişkiyi AİHM'nin söz konusu içtihatları ışığında analiz edeceğiz. Ancak öncesinde, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta mütekabiliyet şartının ne şekilde tanzim edildiğini ve uygulandığını genel olarak ele almak yararlı olacaktır. Sonrasında, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hukuku açısından mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının yerindeliliğini inceleyeceğiz.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA BİR TENFİZ ŞARTI OLARAK MÜTEKABİLİYETİN DÜZENLENİŞİ VE UYGULANIŞI

Genellikle yabancılar hukukunda uygulama alanı bulan¹³ mütekabiliyet (karşılıklılık) esası, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde de uygulama alanı bulmaktadır. Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizine karar verilebilmesi için tenfize konu kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir uluslararası anlaşmanın veya o devlette Türk mahkemelerince verilmiş kararların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün ya da fiili uygulamanın bulunması gereklidir (MÖHUK m.54(a)). Buna göre, bu şartın karşılanması için, benzer bir konudaki Türk mahkemesi kararının tenfize konu kararın verildiği devlette de tenfiz edilebileceğini gösteren bir uluslararası anlaşmanın veya fiili bir uygulamanın ya da söz konusu devlet hukukunda -aynı veya benzer şartlar altında- buna imkân tanıyan bir yasal düzenlemenin varlığının tespiti yeterlidir.

Türk milletlerarası usul hukukunda normatif olarak ilk kez mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta kabul edilmiş olan mütekabiliyetin, pek çok devletin ulusal tanıma-tenfiz rejiminde öngörülen bir şart olmaktan çıktığı görülmektedir.¹⁴ Diğer yandan, mütekabiliyet karşılaştırmalı

¹³ Aysel Çelikel-Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 23.Bası, İstanbul, 2017, s.70 vd.; Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003, s.20; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, 2.Bası, Ankara 2017, s.38-39; Bülent Çiçekli, *Yabancılar Hukuku*, 4.Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s.48.

¹⁴ İsviçre, Belçika, Litvanya, Bulgaristan, Makedonya, Polonya, Karadağ, İspanya,

hukukta bir tanıma-tenfiz şartı olarak varlığını genel olarak ve büyük oranda muhafaza etmektedir. Örneğin, kimi ülke hukuklarında karşılıklı yasal bir tanıma-tenfiz şartı olarak kabul edilmişken,¹⁵ kimi ülke hukuklarında mevcut mütakabiliyet şartı mahkeme tatbikatıyla yumuşatılmış ve tenfize konu kararın verildiği devlette tenfiz devleti mahkemesince verilen kararın tenfizinin mümkün/muhtemel olması yeterli kabul edilmiştir.¹⁶ Pek çok ülke hukukunda ise, mütakabiliyetin varlığı yabancı kararların tenfizi için bir gereklilik olup, mütakabiliyet resmi olarak bir anlaşmayla veya devletin bu yöndeki bir beyanıyla tesis edilmekte, tek başına fiili mütakabiliyetin varlığı veya varlığı ihtimali tek başına yeterli olmamaktadır.¹⁷ Buna rağmen, Rusya örneğinde olduğu gibi, kimi devletlerde bu tür katı bir mütakabiliyet anlayışı içtihatlar yoluyla yumuşatılmış veya mütakabiliyet şartının etkisi yasal değişikliklerle yumuşatılmıştır. Örneğin Ukrayna hukukunda, tenfize konu kararı veren devlette Ukrayna mahkeme kararlarının tenfiz edilmediği ispat edilmedikçe, mütakabiliyetin olduğu varsayılmaktadır.¹⁸ Ayrıca, kimi devletlerde, bu konudaki yasal düzenlemelerin sınırlayıcı ifadelerine rağmen, bazı hallerde tenfiz kararına konu olması gereken yabancı kararların kesin hüküm etkisinden söz konusu kararların tanınması suretiyle yararlanılabileceği öngörülmektedir. Örneğin, Hollanda hukukunda tenfize ilişkin bir uluslararası anlaşmanın yokluğu nedeniyle tenfiz edilemeyen bir kararın tenfizi amacıyla yeni bir dava açılarak (pseudo-enforcement proceedings, sözde bir tenfiz davası) yabancı kararın tanınmasının talep edilebileceği ve bu tanıma kararının Hollanda mahkemelerince verilecek yeni kararda esas alınabileceği ifade edilmektedir.¹⁹ Yine, Hollanda, İsveç ve Norveç hukuklarında tenfize konu kararın münhasır nitelikteki bir yetki anlaşmasına istinaden yetkili kılınan bir mahkemece verildiği hallerde söz konusu kararın

Venezuela gibi ülkelerde mütakabiliyet şartının bir tanıma-tenfiz şartı olarak terkedildiği belirtilmektedir. Bkz. Belight Elbalti, "Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much bite", *Journal of Private International Law*, Vol.13(1), 2017, s.187.

¹⁵ Örneğin bkz. Slovenya, Çekya, Romanya, Tunus, Panama, (Elbalti, s.188-189).

¹⁶ Örneğin bkz. Almanya, İsrail, Japonya, (Elbalti, s.194-195).

¹⁷ Örneğin bkz. Hollanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, Avusturya, Rusya, Belarus, Ermenistan, Özbekistan, Çin, Kuzey Kore, Ukrayna, Vietnam, (Elbalti, s.196-198).

¹⁸ Elbalti, s.196-200.

¹⁹ Bkz. Elbalti, s.211, dn.139.

etkisinin içtihaden veya kanunen kabul edildiği belirtilmektedir.²⁰ Bununla beraber, diğer ülke hukuklarına nazaran mütakabiliyetin mümkün olan her halinin benimsenmiş olması karşısında, prensip olarak Türk hukukunun karşılaştırmalı hukukta benimsenen mütakabiliyet anlayışına nazaran daha geniş kapsamlı ve yabancı kararın tenfizini daha da mümkün kılacak mahiyette olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda, MÖHUK m.54(a)'nın lafzından anlaşıldığı kadarıyla, akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetten herhangi birinin mevcudiyeti, esasen mütakabiliyet şartının karşılandığının tespiti bakımından yeterlidir.²¹ Bu bakımdan, tenfiz mahkemesince resen araştırılması gereken bir şart olarak, hukuki veya fiili mütakabiliyetin var olup olmadığı araştırılmaksızın, sadece iki devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir anlaşmanın bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi yerinde olmayacaktır.²² Yine, ilamların tenfizi konusunda akdi veya fiili bir mütakabiliyetin olmadığı durumlarda, mahkemelerin kanuni mütakabiliyetin var olup olmadığını araştırmaları gerekmektedir.²³ Burada kanuni mütakabiliyet ile tenfize konu kararın verildiği ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının bu konudaki bir kanun hükmüne istinaden tenfizinin mümkün olması kastedilmektedir.²⁴ Nitekim uygulamada, tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türk hukukunda yer alan tanıma-tenfiz şartları arasında bir denkliğin veya benzerliğin varlığı halinde mütakabiliyetin var olduğu kabul edilmiştir.²⁵ Şüphesiz, akdi veya kanuni mütakabiliye-

²⁰ Elbalti, s.212, dn.144-145.

²¹ Nomer, s.518-519; Demir Gökyayla, s.48.

²² Bkz. Yargıtay 2.HD, E.1984/9493, K.1984/9667, T. 22.11.1984, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 28 Haziran 2018).

²³ Bkz. Yargıtay 2.HD, E.1996/2955, K.1996/5085, T.14.5.1996 (Ekşi, s.162, dn.247).

²⁴ Aysel Çelikel-B.Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 15.Bası, İstanbul, Beta, 2017 s.705-706; Nomer, s.520; Ekşi, s.170; Şeref Ertaş, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayiter'e Armağan'dan Ayrı Bası), s.392-393; Cemal Şanlı-Emre Esen- İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Bası, Vedat, İstanbul 2018, s.526.

²⁵ Örneğin, Yargıtay tarafından Türkiye ile tenfize konu kararın verildiği İsviçre (Yargıtay 11.HD E.1985/6511, K.6766, T.6.12.1985 tarihli kararı ile onanan İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.1983/367, K.1983/773 ve 14.11.1984 tarihli kararı. Bkz. Aysel Çelikel- Ergin Nomer- F.Kerem Giray-Emre Esen, Milletlerarası Özel Hukuk-Pratik Çalışma Kitabı, 14.Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s.497), Almanya (Yargıtay HGK, E.1990/13-3, K.1990/347, T.13.6.1990. Bkz. Çelikel-Nomer-Giray-Esen, s.532 vd.), İngiltere (Yargıtay 11.HD E.2011/76, K.2012/6825, T.25.4.2012. Bkz. Ekşi, s.172.) ve Bulgaristan (Yargıtay 2.HD, E.2007/11442, K.2007/1293,

tin yokluğuna rağmen, benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine karar verildiğinin tespiti halinde mütakabiliyet koşulu gerçekleşmiş sayılacaktır.²⁶ Diğer taraftan, Türk mahkeme tatbikatında²⁷ ve doktrininde,²⁸ bu üç mütakabiliyet türünden fiili mütakabiliyetin, akdi veya kanuni mütakabiliyete rağmen etkin olduğu, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığına rağmen tenfize konu kararın verildiği devlet mahkemelerince Türk mahkeme kararlarının fiilen tenfiz edilmiyor olması halinde, mütakabiliyet şartının gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada, yabancı ülkede benzer nitelikteki herhangi bir Türk mahkeme kararının tenfizine yönelik bir talep olmadığından henüz bir uygulamaya rastlanmamış olması²⁹ veya Türk mahkemesince verilen kararın tenfizi talebinin haklı bir nedenle reddedilmesi halinde olumsuz bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir.³⁰ Buna karşın, fiili mütakabiliyeti akdi veya kanuni mütakabiliyete üstün kabul eden bu yaklaşımın yerinde olmadığı, her birinin birbirine alternatif teşkil edecek şekilde düzenlenmiş olduğu da ileri sürülmektedir³¹ ki maddenin lafzına bakıldığında bu görüşte haklılık payı vardır.

T.6.2.2007. Bkz. Ekşi, s.162, dn.247) arasında kanuni mütakabiliyetin varlığı kabul edilmiştir.

- ²⁶ Çelikel-Erdem, s.709. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2005/14315, K.2007/1989 ve 12.2.2007 tarihli kararında, Türk mahkemelerince verilen kararların İsrail mahkemelerince fiilen tenfiz edildiğine dair İsrail Adalet Bakanlığınca gösterilen yazıdan hareketle, tenfiz için fiili uygulamanın yeterli olduğunu gözetmeyen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Karar için bkz. Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s.352-353.
- ²⁷ Örneğin, E.2008/1284, K.2009/980 ve 30.1.2009 tarihli kararında, Suriye Medeni Usul Kanununa göre, kanuni mütakabiliyetin var olduğu sonucuna ulaşan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, akdi veya kanuni mütakabiliyet olmasına rağmen, yabancı ülke mahkemeleri Türk mahkeme kararlarını fiilen tenfiz etmiyor ise, mütakabiliyetin gerçekleşmeyeceğini, olumsuz yöndeki fiili mütakabiliyetin akdi veya kanuni mütakabiliyete karşı etkin olduğunu belirtmiştir. Buna göre, Türk mahkeme kararının yabancı ülkede kanuni hükümlere istinaden tenfizi mümkün olmasına rağmen, tenfizin fiilen reddedildiğinin ispatı halinde, mütakabiliyet şartı karşılanmamış olacaktır. Karar için bkz. Ruhi, s.334-336.
- ²⁸ Çelikel-Erdem, s.710; Nomer, s.519; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4.Bası, Savaş, Ankara, 2016, s.114; Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.526 dn.371; Cemal Şanlı, "Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl.16, S.1-2, 1996, s.75.
- ²⁹ Nomer, s.519; Doğan, MÖH, s.114; Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.534.
- ³⁰ Yargıtay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (Ruhi, s.336).
- ³¹ Ekşi, s.161.

Yukarıda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için gerekli olan mütekabiliyetin kapsamı ve türleri ile bunların ne şekilde tatbik edildiğine genel hatlarıyla değindik. Mevcut hukuki durum bir yana bırakılırsa, söz konusu şartın bir tenfiz şartı olarak benimsenmiş olması, tanıma-tenfiz hukuku açısından yerindeliği ve gerekliliği geçmişten beri tartışılabilen bir konu olup güncelliğini halen muhafaza etmektedir. Bu konudaki eleştirilerin temelinde, bu şartın tarafların menfaatlerini ilgilendirmemesi, tamamen tenfiz devletinin menfaatlerini gözetmek gayesiyle tanzim edilmiş siyasi nitelikte bir şart olması yatmaktadır.³² Dolayısıyla bu hususun ele alınması, Türk mahkemelerinin mütekabiliyetin varlığı nedeniyle tenfiz talebinin reddi kararlarının, özellikle hukuki veya fiili mütekabiliyetin var olup olmadığına yönelik değerlendirmelerinin, başta davacının olmak üzere, yargılamanın taraflarının AİHS’de güvence altına alınan haklarına uygun olup olmadığını veya hangi hallerde uygun olabileceğini değerlendirmek bakımından yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Böyle bir inceleme, AİHS’nin olası bir ihlalini engellemek adına Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiğini veya olası bir şikâyet başvurusunda AİHM’nin nasıl hareket edebileceğini değerlendirmek bakımından yol gösterici olacaktır.

II. MÜTEKABİLİYETİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ ŞARTI OLARAK ARANMASININ YERİNDE OLMADIĞI

Milletlerarası özel hukuk doktrininde, yabancı ilamların tenfiz edilebilmesi için mütekabiliyetin aranmasının gerekliliği ve yerindeliği haklı olarak sorgulanmaktadır. Bir devletin, tenfizi talep edilen yabancı kararın taraflarının menfaatlerinin ikinci plana atılmasını haklı gösterecek ne tür bir menfaatinin olduğu veya bu konuda bir menfaatinin olup olmadığı bu sorgulamanın temelini oluşturmaktadır.

Genellikle yabancılar hukuku alanında uygulama alanı bulan mütekabiliyet, esasen siyasi, hukuki veya ekonomik bir fedakârlığa katlanan devletlerin, diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak nitelendirilmektedir.³³ Mütekabiliyet, kişi-

³² Nomer, s.519-520; Demir Gökyayla, s.49; Sakmar, s.90; Tütüncübaşı, s.195-196; Demirkol, s.39.

³³ Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.336.

lerin vatandaşı oldukları devletin belirli davranışlarının sonuçlarına katlanmak durumunda olduğu fikrine dayanmakta ve hukuki olmakta çok siyasi bir mukabele tedbiri teşkil etmektedir.³⁴ Bu açıdan bakıldığında, bu şartın temel gayesinin Türk mahkemelerinden verilen kararların yurt dışında tenfizini sağlamak olduğu söylenebilir.³⁵ Buna karşın, tenfizde bu şartın varlığının yabancı devletlerin davranışlarına herhangi bir etkisinin olup olmadığı da belirsizdir. Oldukça uzun bir geçmişe sahip olmasına, hatta yabancı kararlarının tenfizi sisteminin teorik temelini teşkil ettiği belirtilmesine³⁶ rağmen, söz konusu şartın devletlerin yabancı kararların tenfizi konusundaki politikalarını değiştirmeye sevk ettiği kolaylıkla söylenemez.³⁷ Diğer taraftan, mahkemelerince verilen kararların başka bir devlette tenfiz edilmesinde herhangi bir menfaati olmayan bir devletin, sahip olduğu egemenliğin bir sonucu olarak, yabancı kararların tenfizine imkân tanımayan herhangi bir devlete ait mahkeme kararlarına ülkesinde icrai etkiler tanıyıp tanımamakta tamamen serbest olduğu da bir gerçektir.

Bu bakımdan, tamamen tenfiz devletinin tercihine kalmış olan mütakabiliyetin yabancı kararın taraflarına değil, tenfize konu kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlete yönelik bir şart olması itibarıyla, bir devletin böyle bir şartı tanıma-tenfiz rejiminin bir parçası olarak öngörmesi, psikolojik/manevi bir gereksinimin varlığıyla izah edilebilir. Örneğin, devletin itibarının ve onurunun korunması, ulusal egemenliğini yabancı yargısal otoritelerin müdahalelerine karşı korunması veya egemen devletlerarasındaki eşitliğin korunması amacıyla bu kuralın varlığının muhafaza edildiği söylenebilir. Nitekim doktrinde de, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen bir devletin mahkeme kararlarına Türk mahkemelerinde etki tanınmasının herhangi haklı nedeni olmadığı, bunun devletin sahip olduğu yargı yetkisinden fedakârlık anlamına geleceği, bu nedenle bu fedakârlığın

³⁴ Sakmar, s.89.

³⁵ Tuğrul Arat, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.21, S.1-4, 1964, s.503.

³⁶ Arat, s.503; Pelin Güven, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, Yetkin, 2013, s.91; İhsan Saracoğlu, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.49, S.9-10, 1975, s.817; Mehmet Tezgel, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.153.

³⁷ Elbalti, s.214; Sakmar, s.89.

karşılığının beklenmesinin normal olduğu ifade edilmektedir.³⁸ Ayrıca, tenfiz mahkemesinin yabancı yargı sisteminin bağımsızlığı veya tarafsızlığı gibi hassas meselelerin yargılama esnasında tartışılmasından kaçınmasına imkân tanınması itibariyle yararlı olarak dahi görülebilir. Bu açıdan bakıldığında, devletlerin yabancı kararların kendi ülkelerindeki etkinliğine izin verip vermemek bakımından sahip oldukları yetkiyi/kozu her zaman ellerinde bulundurma ihtiyacı hissettikleri söylenebilir.³⁹

Bununla beraber, aynı zamanda verildiği devletin egemenliğinin bir tezahürü olan bir mahkeme kararına koşulsuz olarak etkinlik tanınmadığı da unutulmamalıdır. Yabancı bir mahkeme kararı ülkede icra edilebilirlik vasfını, tenfiz devleti mahkemelerince yürütülen bir prosedür sonucunda verilen ve yabancı kararın kendi hukukuna uygunluğunu kabul eden bir mahkeme kararından almaktadır.⁴⁰ Haliyle, mütekabiliyet şartının aranmaması, pratikte tenfiz devletin yargısal bir kapitülasyona maruz kalacağı ve egemenliğinin zedeleneceği anlamına gelmemekte, bilakis tenfiz devletin de yargısal egemenliğe sahip olduğunu dolaylı olarak göstermektedir. Dolayısıyla, bu tür psikolojik ve soyut gerekçeler bir tarafa bırakılırsa, -tenfiz devleti açısından- mütekabiliyet şartının aranmasını haklı gösteren herhangi bir neden veya bir devlet menfaati bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, yabancı kararların tenfizini hukuken kabul eden bir devletin, bunu akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyet esaslarına istinaden belirli devletlere ait mahkeme kararlarıyla sınırlamak bakımından da tamamen bir serbestiye sahip olduğu, dolayısıyla bunun bir tercih sorunu olduğu da gerçektir. Zira belirli devletlere ait mahkeme kararlarını tenfiz edeceğini öngörmek, prensip olarak yargı yetkisine sahip devletin uluslararası hukuk açısından herhangi bir sorumluluğuna yol açmayacaktır, meğerki mahkemelerinin tenfiz talebini söz konusu şart nedeniyle reddettiği ilgili tarafa kendi mahkemelerine erişim imkânı tanımamış olsun.

³⁸ Demirkol, s.50 dn.180'deki yazarlar.

³⁹ Demir Gökyayla, s.49; Elbalti, s.216.

⁴⁰ Bu husus doktrinde yabancı ilamların tenfizi bakımından şu şekilde ifade edilmiştir: "...icra kabiliyeti yabancı ilama değil, Türk mahkemesinin kararına bağlanmakta ve icra organı sonuç itibariyle Türk milleti adına verilen karara uyarak işlem yapmış olmaktadır." Bkz. Sakmar, s.144.

Meseleye yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarının amacı ve bireylerin bu konudaki menfaatleri açısından bakacak olursak, tenfizde bu şartın aranmasının yerindeliği ve gerekliliği daha somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, tenfizde aranan mütakabiliyet, yabancılar hukukunda veya yabancıların teminat yatırma yükümlülüğünde öngörülen mütakabiliyetten farklı olarak, yabancı devletin vatandaşlarına yönelik bir tedbir mahiyetinde değildir. Şöyle ki, tenfiz talebinde bulunan kişi her zaman kararın verildiği devlet vatandaşı olmayabileceği gibi, tenfiz devleti vatandaşı da olabilir. Yine, kararın verildiği devlet vatandaşı olmayan, ancak belki de söz konusu devlet mahkemesine başvurmak veya o ülkede aleyhine açılan bir davayı savunmak zorunda kalan bireyler de söz konusu olabilir. Bu durumda, mütakabiliyet şartının aranmasıyla, ister vatandaş isterse yabancı olsun, salt üçüncü devletler ile –belki de henüz olmayan- siyasi ilişkilere dayanarak bireylerin yabancı ülkede elde etmiş oldukları özel hukuka ilişkin haklarından istifade etmeleri kısıtlanmış olmaktadır.⁴¹ Ayrıca, yabancılar hukukunda benimsenen mütakabiliyetin temelinde, Türk vatandaşlarının yabancıların vatandaşı olduğu ülkede aynı veya benzer haklardan yararlanmasını temin etme düşüncesi yatmaktadır.⁴² Yabancılar hukukunda teorik mahiyette de olsa Türk vatandaşlarının menfaatlerine hizmet eden mütakabiliyet, tenfizde ise bireylerin menfaatleri bir yana, duruma göre lehine bir karar elde eden Türk vatandaşlarının zarara uğramasının göze alınması anlamına gelmektedir.⁴³ Bu bakımdan, mütakabiliyetin bulunmadığı hallerde, tenfize konu kararı veren devlet değil, doğrudan yabancı mahkemece tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde yararlanmak isteyen taraf cezalandırılmaktadır.⁴⁴ Dolayısıyla, bu örnek dahi mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının teorik olarak herhangi bir amaca hizmet etmediğini ve hiçbir yarar sağlamadığını tek başına göstermektedir.

⁴¹ Sakmar, s.89-90.

⁴² Çelikel-Gelgel, s.66-67; Doğan, Yabancılar, s.38; Günseli Öztekin Gelgel, “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C.23, S.1-2, 2003, s.407; Fügen Sargın, Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmaları, Yetkin, Ankara, 1997, s.61.

⁴³ Nomer, s.520; Rona Aybay- Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.301.

⁴⁴ Ekşi, s.177.

İkinci olarak, yabancı mahkeme kararın tenfizi davası, bireyler tarafından yabancı ülkede elde edilen özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde yararlanmak gayesiyle açılmaktadır. Yabancı kararların tanınması-tenfizinin dünya üzerinde bu denli kabule mazhar olmasında, milletlerarası karakterli özel hukuk ilişkilerin yaygınlaşması nedeniyle bu tür ilişkiler çerçevesinde elde edilen kararların tenfiz ettirilmesine duyulan ihtiyacın artması etkili olmuştur.⁴⁵ Önceleri teorik olarak mütekabiliyet şartına yer verilmesi, milletlerarası nezaket ve iyiniyet ilkelerine dayandırılmaktaydı. Günümüzde yabancı kararın tenfiz edilmesinin sebebi, yabancı devletlere karşı bir nezaket veya iyi niyet göstermek değil, milletlerarası ilişkilerin özel hukuk alanında düzenli bir şekilde yürütülebilmesini sağlamaktır.⁴⁶ Bu nedendir ki devletler geçmişe nazaran giderek artan bir şekilde gerek ulusal gerekse uluslararası tanıma-tenfiz rejimlerinde yabancı kararlarının tanınması-tenfizini mümkün merteye kolaylaştıracak normatif düzenlemeler tanzim etme yoluna gitmektedir. Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak kaldırılmasında veya kanun koyucular tarafından benimsenen bu şartın içtihatlar yoluyla yumuşatılmasında bu düşüncenin etkili olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.⁴⁷ Bu nedenle, bir taraftan yabancı kararların tenfizini mümkün merteye kolaylaştıran birtakım asgari şartlar öngören devletin, diğer taraftan bunu mütekabiliyet gibi ne devletin ne de bireylerin menfaatlerini korumaya hizmet eden bir koşula bağlamaları, hatta mahkemelerinin tenfizini engellenmesi zımında söz konusu şartı daraltıcı bir şekilde yorumlamamaları günümüz ihtiyaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Üçüncü ve daha önemlisi, yabancı ülkede tamamen dürüst ve adil bir yargılama sonucunda verilen ve tenfize ilişkin tüm şartları karşılayan bir yabancı kararın salt mütekabiliyet nedeniyle tenfiz edilmemesi, özel hukuk kişilerinin -esasen yine aynı devlet tarafından korunması gereken- menfaatlerinin devletin aslında olmayan bir menfaatine kurban edilmesi manasına gelmektedir. Oysa iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığının, çeşitli nedenlerle kendi mahkemelerinden önce yabancı bir mahkemece karara bağlanmış olmasında tenfiz dev-

⁴⁵ Benzer yönde bkz. Demirkol, s.51-52.

⁴⁶ Sakmar, s.89.

⁴⁷ Karşılaştırmalı hukukta bu yöndeki mahkeme tatbikatı hakkında bkz. Elbalti, s.190-200.

letin menfaatlerini haleldar edecek bir hal bulunmamaktadır. Siyasi anlaşmazlık halinde olunan bir devlet mahkemesinden sadır olduğu hallerde dahi, devletin ekonomik veya mali menfaatlerini ya da egemenliğini zedeleyebileceği düşünülen söz konusu karara karşı kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulması tek başına yeterlidir.⁴⁸ Söz konusu yabancı kararın davalının haklarını haleldar edebileceği iddialarına karşı kamu düzeni müdahalesi, gerek davalının gerekse davalının şahsında toplumun menfaatlerinin yeterince korunmasını temin edebilecek mahiyette bir tenfiz şartıdır.

Bu noktada, davacının yabancı ülkede dava açmadan evvel Türk hukukunda yer alan mütakabiliyet şartını göz önünde bulundurması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, yabancı ülkede davanın açıldığı an itibariyle, davacının mütakabiliyetin var olup olmadığını önceden araştırması gerekemeyebileceği gibi, her iki tarafın bunu önceden öngörebilecekleri de her zaman söylenemez. Zira yabancı mahkemede taraflar, söz konusu mahkemece verilen kararın başka bir ülkede tenfiz davasına konu olabileceğini her zaman öngöremeyebilir. Ayrıca, fiili mütakabiliyetin diğer mütakabiliyet türlerine üstün tutulduğu Türk hukukunda, kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında mütakabiliyetin her an değişmesi ihtimali bulunmaktadır. Tüm bu açıklamalar bir yana, hangi devlet mahkemesince verilirse verilsin, yabancı karar bir yönüyle verildiği devletin egemenliğini yansıtsa da, diğer yönüyle iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığını çözüme kavuşturmakta, bir taraf lehine ortaya çıkan adli bir hakikati ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, lehine bir karar elde eden tarafa, bir taraftan tenfiz davası açabilme imkânı tanırken, diğer taraftan somut bir davada devletin hangi menfaatini koruduğu veya hangi amaca hizmet ettiği tam olarak anlaşılabilen mütakabiliyet şartının dayatılmasının hakkaniyetle bağdaştığı kolayca söylenemez.

Yukarıda doktrindeki görüşlerden hareketle yaptığımız açıklamaları özetleyecek olursak, mütakabiliyet şartının ne kararın verildiği devlete ne tenfiz devletine ne de davacıya herhangi bir faydası bulunmaktadır. Zira öncelikle tenfize konu kararı veren yabancı mahkeme, önüne gelen özel hukuka ilişkin hak uyuşmazlığını karara bağlayarak kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmiştir. Diğer yandan,

⁴⁸ Benzer yönde bkz. Demirkol, s.52.

yabancı ülkede adalete muvafık bir şekilde verilen yabancı karara salt bu şart nedeniyle etki tanımayan bir devletin, ilgili tarafa hakkını elde edebilmesi için aynı uyumsuzluğu yeniden dava konusu yapabilmesi imkânı tanınması gerekecektir. Bu durumda, yabancı karara konu uyumsuzluğun tarafları ve konusuna bağlı olarak yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması ihtimali bulunmaktadır.⁴⁹ Ayrıca, kendi mahkemelerine erişim imkânı sağlaması halinde, prensip olarak tenfiz devletinin insan haklarından sorumluluğu gündeme gelmese dahi, devletin böyle bir şart öngörmesi mahkemelerine diğer tenfiz şartlarını karşılayan yabancı kararın tenfizine hükmetmek yerine aynı davayı esastan görüp karara bağlama külfeti yüklemekten başka bir mana ifade etmemektedir.

Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranması, doğal olarak asıl etkisini yabancı kararın/tenfiz yargılamasının tarafları üzerinde göstermektedir. Şöyle ki, mütekabiliyet nedeniyle açmış olduğu tenfiz davası reddedilen taraf, aynı davayı davalıya karşı yeniden açmak zorunda kalacak, belki de davalıya karşı –yetkili bir mahkeme yokluğundan- tenfiz devletinde söz konusu davayı açma imkânından mahrum kalacaktır. Yabancı ülkede dava açmayı tercih eden davacının kendisinin bu duruma yol açtığı ileri sürülebilirse de, bu her zaman ve otomatikman davacıya yüklenebilecek bir husus olarak görülemeyecektir.⁵⁰ Bu bakımdan, mütekabiliyet şartının, tenfiz davasının süljelerinden sadece davalının yararına olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Zira davalı, diğer tenfiz şartlarının varlığına rağmen, böyle bir şart sayesinde kendisine yöneltilen bu tür bir dava tehdidinden kurtulmuş olacaktır. Oysa doktrinde de ifade edildiği üzere, Türk hukukunda yer alan diğer tenfiz engelleri, yabancı ülkede gayri adil bir yargılamaya/karara maruz kaldığını düşünen davalıları, bu tür bir kararın tenfizine karşı yeterince koruyacak mahiyettedir ve doğrudan muhtemel davalıların korunmasına matuftur.⁵¹ Dolayısıyla, tenfiz devletinin elle tutulur bir menfaatine hizmet etmeyen mütekabiliyet, tenfiz devletince

⁴⁹ Sarıöz Büyükalp, s.476.

⁵⁰ Örneğin, davacı tarafı olduğu münhasır yetki anlaşması nedeniyle, tenfiz devleti mahkemesinde değil anlaşmayla yetkili kılınmış olan yabancı mahkemede bir dava açmış ve lehine bir karar elde etmiş olabilir. Yine, yabancı mahkemede lehine bir karar elde ederek tenfiz talebinde bulunan taraf, yabancı ülkede dava açan taraf değil, aleyhine bir dava açılan taraf olabilir.

⁵¹ Nomer, s.519.

davaliya bahşedilen, gerçekte davacıya karşı davaliya hiç gereği olmayan, ekstra bir koruma sağlamaktan başka bir şey ifade etmemektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu şart özelinde davacının tenfiz davası açmaktaki menfaatine nazaran davalının yabancı kararın tenfiz edilmesini gerektiren herhangi bir korunmaya değer menfaati yoktur. Bu bakımdan, objektif olarak bakıldığında, mütakabiliyet şartı, yabancı kararın tenfizi konusunda taraflar arasındaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle bağdaşmayan bir tenfiz engeli niteliğindedir. Sonuç olarak, bu açıklamalarımız mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının ve mütakabiliyetin karşılanmadığı gerekçeyle tenfiz taleplerinin reddedilmesinin yerinde olmadığını fazlasıyla ortaya koymaktadır.

III. MÜTEKABİLİYET ŞARTININ TATBİKİ SURETİYLE VERİLEN TENFİZE İLİŞKİN KARARLARIN AİHS'NE UYGUNLUĞU

A. Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kurumunun amacı göz önüne alındığında, genel ve soyut olarak mütakabiliyet şartının yabancı karara müstenit bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen tarafın bu konudaki menfaatini hiç dikkate almadığı, daha doğrusu davaliya esaslı bir avantaj sağladığı bir gerçektir. Bu nedenle bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin temel haklarla, hususen AİHS'yle bağdaşmadığı,⁵² mütakabiliyetin karşılanmaması nedeniyle ortaya çıkan sonucun, yani yabancı kararın tenfizi talebinin reddinin adil yargılanma hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği ve hakkın özüne zarar verdiği⁵³ iddialarında haklılık payı olduğu da bir gerçektir.

Diğer taraftan, yukarıda sıkça ifade ettiğimiz üzere, bir devletin başka bir devlete karşı olan/olmayan tutumu, kendi yargı alanında olan bireylerin -ki bu bireyler başka bir devletin vatandaşı olabileceği gibi o devletin vatandaşı da olabilir- AİHS'de yer alan kimi haklarından yararlanmasını engellemektedir. Bu açıdan, mütakabiliyet şartının

⁵² Sakmar, s.89; Kinsch, Droits l'homme, s.105-106.

⁵³ Sarıöz Büyükalp, s.477. Yazar, bu şartın karşılanmaması halinde ortaya çıkan sonucun AİHS m.6(1)'e, yani adil yargılanma hakkına aykırılığı AİHS m.6(1)'in bir unsuru olan "kararın icrası hakkı"na dayandırmaktadır.

bizatihi kendisinin AİHS'nin öngörmüş olduğu insan haklarını koruma sistemiyle bağdaşmadığı söylenebilir. Nitekim AİHM, mütekabiliyet şartının tatbikinin P-1 m.1'e aykırılığının tartışma konusu yapıldığı bazı kararlarında, AİHS'nin klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak insan haklarını kolektif güvenceye alan ve taraf devletlere objektif yükümlülükler yükleyen bir belge olduğuna vurgu yapmıştır. Devletlerin AİHS'ne taraf olmasındaki amacın kendi çıkarlarını korumak olmadığını, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü gibi ortak değerleri korumak amacıyla ortak bir kamu düzeni yaratmak olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴ Her ne kadar AİHM, aşağıda kısmen değineceğimiz kararlarda mütekabiliyet şartının AİHS açısından yerindeliğini değil, söz konusu şartın tatbikinin başvuru haklarına olan etkilerini ele almış gibi görünse de, soruna yaklaşımı, taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklerden istifade edilmesinde mütekabiliyet şartını aramasının AİHS'ne aykırı olduğu düşüncesinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır.⁵⁵

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM'nin henüz salt mütekabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırı olup olmadığını ele aldığı herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM'nin mütekabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak aranması nedeniyle yapılacak olası bir şikâyet başvurusunda da, incelemesine yukarıdaki kararlara atfen benzer bir vurgu yaparak başlaması ve benzer bir izlenimin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Diğer taraftan, yukarıda mütekabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak aranmasının yerindeliği bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar da göz önüne alındığında, mütekabiliyet şartının temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında tatbikinin yerinde olmadığı da bir gerçektir. Bu bakımdan, mütekabiliyet esasının kategorik olarak insan haklarına uygun olmadığı görüşüne⁵⁶ katılmamanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

⁵⁴ Bkz. Apostolodi v. Türkiye, no.45628/99, 27 Mart 2007, para.71; Nacaryan ve Der-yan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008, para.49.

⁵⁵ H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, İstanbul, 2009, s.459, dn.1420; Ayşe Yasemin Aydoğmuş, AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi, On İki Levha, İstanbul 2016, s.454.

⁵⁶ Gemalmaz, s.459, dn.1420; Aydoğmuş, s.454. Türk yabancılar hukuku doktrininde de, özellikle bireylerin AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının mütekabiliyet şartına bağlanmadığından hareketle, yabancıların temel haklardan yararlanmasının bu şarta bağlanmasının yerinde olmadığı dolaylı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Doğan, Yabancılar, s.39; Çiçekli, s.47-48.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, henüz salt mütakabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırılığının ileri sürüldüğü bir AİHM içtihadı bulunmamaktadır. Haliyle, milletlerarası özel hukuk doktrininde ileri sürülen söz konusu şartın (tatbikinin) ilgili tarafın AİHS'de güvence altına alınan bir hakkıyla bağdaşmadığı iddiaları -henüz- teorik niteliktedir ve AİHM'nin olası bir şikâyet başvurusunda meseleye nasıl bakacağı ele alınmamış görünmektedir. Bu nedenle, AİHM'nin konuyu ne şekilde değerlendireceğini ele almanın, mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak tatbikinin AİHS'ne uygun olup olmadığının anlaşılması bakımından daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda akla ilk olarak, mütakabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığını resen araştırmak zorunda olan bir Türk mahkemesinin söz konusu şartın yokluğunu *doğru bir şekilde tespit ederek yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi ihtimalinde, AİHM'nin nasıl bir değerlendirme yapacağı sorusu gelmektedir. Başka bir ifadeyle, niteliği itibarıyla AİHS'yle bağdaşmadığı ileri sürülen mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak mevcut olup olmadığını doğru bir şekilde araştırarak ve sonucunda mütakabiliyetin bulunmadığına karar vererek davacının AİHS'de yer alan haklardan kendi hukuk düzeninde yararlanmasına izin vermeyen bir ulusal mahkemenin söz konusu tasarrufu AİHS'de yer alan haklarla bağdaşmakta mıdır?*

İkinci olarak, bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini resen araştırmakla yükümlü olan bir Türk mahkemesinin, mütakabiliyetin varlığını ve kapsamını *eksik veya hatalı bir şekilde araştırmaması ve/veya tespit etmesi* söz konusu olabilir ki bunun duruma göre davacının veya davalının Sözleşmesel haklarına aykırı bir sonuca yol açtığı ileri sürülebilir. Böyle bir durum, esasen birbiriyle irtibatlı olan iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında benzer nitelikteki ilamların tenfizine dair akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetin var olup olmadığı konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olmaksızın söz konusu şartın karşılan(ma)dığına kanaat getirmesi, ilgili tarafın AİHS m.6(1)'de korunan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı olarak nitelendirilebilir. İkincisi, MÖHUK m.54(a)'da mütakabiliyet şartının, yabancı kararın tenfizini engelleyecek surette dar bir şekilde yorumlanması AİHS m.6(1)'in ve AİHS'ne ek 1 no'lu Protokol m.1'de (P-1 m.1) güvence altına alı-

nan mülkiyet hakkının veya AİHS m.8’de yer alan aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açabilir. Bu bakımdan, yukarıdaki iki farklı ihtimalden hareketle mütekabiliyet şartının tatbiki suretiyle gerçekleşen, özellikle davacının AİHS m.6(1) ve/veya P-1 m.1’deki haklarına yönelik müdahalenin meşru olup olmadığı konusunda AİHM’nin nasıl bir değerlendirme yapabileceğini tahmin etmeye çalışacağız. Bu noktada, olası bir başvuruda, AİHM’nin tarafımızca yapılmış olan mütekabiliyetin karşılanıp karşılanmadığının doğru/yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmesi gibi bu tür bir ayırımdan hareket etmeyeceğini belirtmek gerekir. Zira AİHM, ulusal mevzuatın doğru veya yanlış bir şekilde tatbik edilip edilmediği ile ilgilenmemekte, söz konusu kuralların tatbiki suretiyle ortaya çıkan durumun başvuru sahiplerinin ilgili Sözleşmesel hakkını ihlal edilip edilmediğini incelemektedir. Dolayısıyla, böyle bir ayırımın, AİHM’nin izlemiş olduğu ilgili Sözleşme hakkına yönelik müdahalenin meşru olup olmadığına yönelik denetim sisteminden değil, mütekabiliyet şartının kategorik olarak AİHS’yle bağdaşmadığı anlayışından ilham alınarak yapıldığını belirtmeliyiz.

B. AİHS m.6(1) Açısından

1. Genel Olarak

Yabancı mahkemece verilen kararın tenfizinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmediğini ve diğer tenfiz koşullarının gerçekleştiğini tespit eden bir Türk mahkemesinin mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle yabancı kararın tenfiz talebini reddetmesi, doğal olarak davacının adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edecektir. Benzer şekilde, mütekabiliyetin varlığına kanaat getirmesi halinde ise, yabancı kararın tenfizine karar verecektir ki bu da davalının adil yargılanma hakkına müdahale anlamına gelecektir. AİHS m.6(1)’e yönelik böyle bir müdahalenin hangi hallerde meşru sayılacağına tespiti için, öncelikle bu şartın tatbikinin AİHS m.6(1)’in kapsamına giren hangi hakla ilişkili olduğunun tespiti gerekmektedir.

Burada, davacının açmış olduğu yabancı mahkeme kararının tenfizi davası, yetkili mahkemenin yokluğu veya hukuki yarar şartının karşılanmaması gibi tanıma-tenfiz usulüne ilişkin bir kuraldan ziyade, yabancı kararın tenfizi için karşılanması gereken bir tenfiz şartının yorumu ve tatbiki suretiyle reddedilmiş olacaktır. Dolayısıyla, AİHM’nin

böyle bir şikâyeti AİHS m.6(1)'in temel unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edeceğini söylemek mümkündür. Zira tanıma-tenfiz talebinin tanıma-tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddinin şikâyete konu yapıldığı başvurularda, AİHM'nin taraf devlet mahkemelerince verilen böyle bir kararı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa ettiği görülmekte ve söz konusu hakka müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir.⁵⁷

Gerçi bu noktada, AİHM'nin *McDonald v. Fransa* kararının, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi taleplerinin herhangi bir tanıma-tenfiz şartının yorumu ve tatbiki suretiyle reddedildiği veya

⁵⁷ Bkz. *McDonald v. Fransa*, no.18648/04, 29 Nisan 2008, En Droit, B. Söz konusu kararda, Fransa'da yaşamış ve bir Fransız vatandaşı ile evli olan ABD vatandaşı bir diplomat olan başvuru, Fransız mahkemelerinde karısına karşı boşanma davası açmış, ancak boşanma talebinin reddedilmesi üzerine aynı davayı Florida mahkemelerinde açmıştır. Davalının yetki itirazına rağmen başvuru Florida'da ikamet ettiği gerekçesiyle yetkili olduğuna karar veren Florida mahkemeleri, boşanmaya hükmetmiştir. ABD mahkemesince verilen boşanma kararının tanınması talebi, Fransız mahkemelerince davalı kadının Fransız vatandaşlığından dolayı MK m.15 hükmünün Fransız mahkemelerine münhasır yetki bahsettiği, davanın özellikleri dikkate alındığında ABD mahkemelerinin yetkisinin aşırı nitelikte olduğu ve Fransa'nın dava bakımından doğal forum mahiyetinde olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Ayrıca, Fransız mahkemeleri başvuru Fransız mahkemelerince reddedilen boşanma davasının kendisine yüklemiş olduğu boşanma kararını tanıtmak istediği, dolayısıyla hileli davrandığını tespit etmiştir. Bkz. *McDonald v. Fransa*, En Fait A. AİHS m.6(1)'in yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davaları bakımından da uygulama alanı bulacağını tespit ederek incelemesine başlayan AİHM, öncelikle "ABD mahkeme kararının tanınmasının reddedilmesinin başvuru hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale teşkil ettiğini (La Cour reconnaît que le refus d'accorder l'exequatur des jugements du tribunal américain a représenté une ingérence dans le droit au procès équitable du requérant..)" kabul etmiştir. Ardından, başvuru usuli davranışlarından yola çıkarak, Fransız mahkemelerince verilen boşanma talebinin reddine ilişkin karara karşı temyize gitmek yerine davalı Fransız vatandaşına karşı ABD mahkemelerinde dava açmayı tercih eden, yetkiye ve kesin hükmüne ilişkin Fransız usul kurallarını dolanmayı amaçlayan davacının tanıma talebini reddeden Fransız mahkemelerinin bu nedenlerle eleştirilemeyeceğini belirtmiştir. AİHM, hiç kimsenin kendi eylemleri/hareketsizliği nedeniyle ortaya çıkmasında katkısının/yardımanın olduğu bir durumdan yakınamayacağını belirterek AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bkz. *McDonald v. Fransa*, En Droit, B. AİHM'nin benzer bir yaklaşımı, yabancı evlat edinme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyete konu yapıldığı başka bir kararda da sergilediğini söylemek mümkündür. Bkz. *Negrepointis-Giannis v. Yunanistan*, no.56759/08, 3 Mayıs 2011, para.85 vd.

kabul edildiği hallerde, böyle bir karara istinaden yapılan şikâyet başvurularında AİHS m.6(1)'de yer alan hangi hakka istinat edilmesi gerektiği konusunda teorik tartışmalara yol açtığı görülmektedir. Esasen Fransızca olan kararın metninde “*le droit au procès équitable (right to a fair trial)*” ifadesinin böyle bir tartışmaya yol açtığı söylenebilir. Zira AİHM'nin bu ifadeyle (genel olarak) *adil yargılanma hakkına* mı atıf yaptığı yoksa AİHS m.6(1)'de yer alan haklardan biri olan *hakkaniyete uygun yargılanma hakkına (right to a fair hearing)* yönelik bir müdahaleden mi bahsettiği tereddüdü hâsıl olabilmektedir.⁵⁸ Bazı yazarlar AİHM'nin burada hakkaniyete uygun yargılanma hakkına (*right to a fair hearing*) değindiğini ifade etmekte,⁵⁹ bazı yazarlar ise AİHM'nin söz konusu kararına ilişkin değerlendirmelerini, genel olarak adil yargılanma hakkı kapsamında mütalaa etmektedir.⁶⁰ Kimi yazarların ise, yabancı kararların tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesiyle gerçekleşen böyle bir müdahaleyi, AİHM tarafından AİHS m.6(1) kapsamında mütalaa edilen “*kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının icrası hakkı*” kapsamında değerlendirdiği⁶¹ görülmektedir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM konuya ilişkin daha sonraki içtihatlarında böyle bir ifadeye yer vermemiştir. Ancak, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesi, pek çok hak ve ilkeyi içeren genel bir madde olup, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı

⁵⁸ Çünkü AİHS m.6'nın Fransızca metnindeki başlığı “*le droit au procès équitable*” iken, İngilizce metni ise “*right to a fair trial*” şeklinde başlıklandırılmıştır. Madenin içeriğinde geçen “*équitablement*” ve “*fair*” kelimeleri ise Türkiye’de “adil”, “hakkaniyete uygun”, “dürüst” olarak tercüme edilmektedir. Dolayısıyla, çeşitli yazarlarca “*fair trial/procès équitable*” teriminin Türkçeye “adil yargılanma”, “doğru yargılanma”, “düzgün yargı”, “dürüst yargılanma”, “hakkaniyetle yargılanma” ve “hakkaniyete uygun yargılanma” şeklinde tercüme edildiği görülmektedir. AİHS m.6'nın Fransızca ve İngiliz metninde yer alan söz konusu kavramlar ile bunların Türk hukukunda hangi kavramlara tekabül ettiği hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler ile kavramlar arasındaki terminolojik benzerlikler-farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s.2-4; Sarıöz Büyükalp, s.13-16.

⁵⁹ Dean Spielmann, “Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview”, *Cyprus Human Rights Law Review*, Vol.1(1), 2012, s.16; Fawcett-Shúilleabháin-Shah, s.176.

⁶⁰ Kiestra, s.203-204; Fügen Sargın, “Yabancı Mahkeme İlamlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak “Zamanaşımı””, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl.2017, C.6 S.2, s.332.

⁶¹ Sarıöz Büyükalp, s.439, 477.

(*right to a fair hearing*), 6. maddedeki haklardan sadece biri olarak kabul görmektedir.⁶² Ayrıca, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, AİHS m.6(1)'in İngilizce metnindeki "*fair hearing*" ifadesi karşısında, "*fair trial*" kavramının 6. maddenin bütününe işaret eden genel ve üst bir kavram olarak adil yargılanma kavramının karşılığı olduğu, "*fair hearing*" kavramının ise, "hakkaniyete uygun yargılama" anlamına geldiği ve adil yargılanma kavramının bir alt unsuru olduğu, dolayısıyla iki kavramın birbiriyle karıştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁶³ Diğer yandan, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, AİHS m.6'daki belirli bir hak ihlal edilmemiş olsa dahi, yargılama faaliyetinin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle adil bir yargılama yapıp yapılmadığını değerlendirme fırsatı sunması itibarıyla, söz konusu maddedeki diğer hakların kapsamına girmeyen ihlal iddiaları bakımından uygulanabilir, açık uçlu bir hak olarak nitelendirilmektedir.⁶⁴ Bu nedenle, AİHM'nin yukarıda özetini vermiş olduğumuz kararda, hakkaniyete uygun yargılama hakkını istihdaf ettiği ve bu yönde değerlendirmede bulunduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, *Vrbica v. Hırvatistan* kararında AİHM çoğunluğundan farklı olarak, iki Yargıçın AİHS m.6(1)'in ihlalinin mahkemeye erişim hakkı yerine hakkaniyete uygun yargılanma hakkına dayandırmaları da bu görüşü destekler niteliktedir.⁶⁵

Gerçekten, yabancı kararın tanınması veya tenfizinin, tanıma-tenfiz şartlarından birinin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, söz konusu şarta dayanılarak verilen red kararının AİHS m.6(1)'e uygunluğu, AİHM tarafından hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu görüşe, yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin yabancı kararla ortaya çıkan hukuki veya icrai etkilerin tanıma-tenfiz devletinde de kabul edilmesine yönelik olduğu gerekçesiyle karşı çıkılabilir. Böyle bir talebin bir tanıma-tenfiz şartı nedeniyle reddedilmesinin, yabancı kararın -ulusal mahkeme kararı gibi- uygulanmasını engellediği ileri sürülebilir. Bu kapsamda, tıpkı hukuki yararın yokluğu gibi usuli bir

⁶² Inceoğlu, s.2-3.

⁶³ Inceoğlu, s.3.

⁶⁴ David Harris-Michael O'Boyle-Colin Warbrick, *Law on The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s.246.

⁶⁵ *Vrbica v. Hırvatistan*, no.32540/05, 1 Nisan 2010, Concurring Opinion of Judge Spielmann, para.2; Concurring Opinion of Judge Malinverni, para.14-15.

kural nedeniyle reddedilmesinde olduğu gibi, böyle bir nedenle red kararı verilmesi de mahkemeye erişim hakkıyla ilişkilendirilebilir. Dolayısıyla, herhangi bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçeyle verilen red kararının, davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale ettiği ileri sürülebilir. Ancak, burada mahkemeye erişim hakkı-tenfiz davalarında da- bireylere erişilen mahkemeden mutlaka kendi lehlerine bir karar elde etme hakkını güvence altına almadığı gibi, tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışma imkânı bulan bir davacının mahkemeye erişim hakkından yararlanmadığını iddia etmek pek mantıklı gelmemektedir. Ayrıca, burada bir özel hukuk davası sonucunda verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararının uygulanması söz konusu olmadığı gibi, açılan tanıma-tenfiz davası böyle bir davanın açılmasını engelleyen herhangi bir usuli kuralın varlığı nedeniyle de reddedilmemektedir. Bilakis, davacı tanıma-tenfiz devletin öngördüğü usuli kurallara istinaden tanıma-tenfiz davası açarak mahkemeye erişim hakkından yararlanmıştır. Artık bu noktadan sonra, tıpkı dava şartlarının varlığına kanaat getirerek esastan incelemeye geçen bir mahkeme gibi, tanıma-tenfiz mahkemesi de ilgili tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmektedir. Ayrıca, ulusal mahkemelerin, ilgili tanıma-tenfiz şartının hangi gerekçeyle karşılanmadığını da gerekçeli olarak açıklamak zorunda olması⁶⁶ dahi, tanıma-tenfiz davalarının bir tenfiz şartının yokluğu nedeniyle reddedilmesini hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilişkilendirmek için yeterlidir. Bu nedenle, AİHM'nin mütekabiliyet şartının AİHS m.6(1)'e uygunluğunu, mahkemeye erişim hakkı veya kararın icrası hakkı kapsamında değil, kendisine yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirme imkânı sunan bu hak kapsamında değerlendireceğini söylemek mümkündür.

2. Mütekabiliyetin Sağlanmadığının Doğru Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi Halinde

Mütekabiliyet esasının niteliği itibarıyla AİHS'yle bağdaşmadığına yönelik görüşler dikkate alındığında, bir tenfiz mahkemesinin mütekabiliyetin karşılanıp karşılanmadığını *doğru bir şekilde araştırıp tespit ederek yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi/kabul etmesi*

⁶⁶ Arslan, s.716 vd.

halinde, ilgili tarafın böyle bir kararın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmesi mümkündür. Böyle bir durumda, davacının mütakabiliyet şartının ne kendisinin ne de davalının haklarının korunmasına hizmet etmeyen bir şart olduğunu, daha yargılamanın başında böyle bir şartın yabancı kararın tenfiz edilip edilmemesi konusunda taraflar arasında bir eşitsizliğe yol açtığını ileri sürmesi kuvvetle muhtemeldir.

Gerçekten, yabancı kararın tenfizinin davalı devletin hukuk düzeni açısından herhangi bir mahzuru olmamasına rağmen, salt başka bir devletin yargı organınca tespit edildiğinden bahisle özel hukuka ilişkin bir hakka/yükümlülüğe kendi hukuk düzeninde icrai etki tanımamak yerinde değildir. Bir devletin, diğer bir devletle olan, belki de olmayan ilişkilerini/rekabetini mütakabiliyet esası üzerinden yürütmeleri, vatandaşlarının veya vatandaş olmayan bireylerin özel hukuka yönelik adalet taleplerinin reddedilmesine yol açmaktadır.⁶⁷ Hatta aynı hakkın yabancı ülkede hakemlerce tespit/tevsik edildiği düşünüldüğünde, söz konusu şartın AİHS m.6(1) açısından yerinde olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Ancak, yukarıdaki hususlara rağmen, AİHM'nin aşağıdaki nedenlerden dolayı aksi yönde bir kanaati varması kuvvetle muhtemeldir.

Öncelikle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi kurumu, yargı yetkisine sahip egemen devletlerin kabul ettiği veya bu kuruma izin verdiği ölçüde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin bir devletin yabancı kararların kendi hukuk düzenindeki etkilerini kabul edip etmeme veya yabancı kararın konusuna ve menşesine bağlı olarak kısmen kabul etme konusunda tamamen bir serbestiye sahip olduğunu, bunun söz konusu taraf devletin tercihinde olduğunu dikkate alabileceğini belirtmek gerekir.⁶⁸ Bu kapsamda, yabancı kararların tenfizi konusunda sahip olduğu yargı yetkisini belirli devletlere ait mahkeme kararları bakımından kullanmak istemediğini mütakabiliyet şartını öngörerek beyan eden bir devletin, bu konuda sahip olduğu yargı yetkisine saygı gösterilmesi gerektiği söylenebilir. Bu nedenle, AİHM büyük ihtimalle mütakabiliyet şartının tatbikinin, devletin devletler hukukunca sahip olduğu yetkiye saygı gösterilmesi meşru amacına hizmet ettiği sonucuna varacaktır.

⁶⁷ Benzer yönde bkz. Kinsch, s.543, dn.30.

⁶⁸ Arslan, s.628-631.

Burada esasen, yabancı kararın tenfizinin mütekabiliyet şartına istinaden reddedilmesinin davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik meşru ve ölçülü bir müdahale olup olmadığı belirleyici olacaktır. Burada söz konusu tenfiz şartının karşılanmadığının tenfiz mahkemesince yanlış veya eksik bir şekilde tespiti⁶⁹ değil, bu şartın kendisinin bir tenfiz davasında (doğru bir şekilde de olsa) tatbikinin AİHS m.6(1)'e uygunluğu dahi tek başına AİHM nezdinde şikâyete konu yapılabilir. Zira bu şart o kadar net ve objektiftir ki, davacı silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinden istifade ederek mütekabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini tenfiz mahkemesi huzurunda tartışma imkânı bulsa da, bir kere mütekabiliyetin gerçekleşmediği tespit edildiğinde ulusal mahkeme tenfizin reddine karar verecektir. Bu bakımdan muhtemel bir şikâyet başvurusunda AİHM'nin söz konusu şartın tatbiki suretiyle gerçekleşen müdahalenin davanın tüm koşullarını dikkate alarak bir değerlendirme yapacağı söylenebilir. Bu kapsamda, aşağıdaki nedenlerle mütekabiliyet şartının tatbikinin AİHS m.6(1)'e aykırı olarak nitelendirilmeyeceği düşüncesindeyiz:

Öncelikle AİHM, pek çok kararında yaptığı gibi, ilgili hakka yönelik müdahalenin/sınırlamanın meşru olup olmadığını tespit ederken bir karşılaştırmalı hukuk analizi yapabilir. Böyle bir analiz, davalı devletin mütekabiliyet şartının bir tenfiz engeli/sınırlamada kullanılan araç olarak seçilmesinde ne kadar geniş bir takdir marjına sahip olduğunun, dolayısıyla AİHS m.6(1)'e yönelik müdahalenin ölçülülüğünün tespitinde belirleyici olacaktır. Yukarıda incelediğimiz üzere, Avrupa Konseyi (AK) üyesi olan yaklaşık on beş devlette mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak kabul edildiği görülmektedir.⁷⁰ Dolayısıyla, bir sınırlama aracı olarak mütekabiliyet şartı konusunda AK üyesi devletlerde yeknesak bir anlayış söz konusu olmadığından, AİHM'nin davalı devletin, örneğin Türkiye'nin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğuna kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir.

⁶⁹ Nasıl ki Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan kararında, Yunan mahkemelerinin bir tanıma-tenfiz engeli olarak kamu düzeni müdahalesini, davacının AİHS'de güvence altına alınan haklarıyla bağdaşmayacak şekilde yanlış ve eksik bir şekilde değerlendirmeleri AİHS m.8, AİHS m.6(1) ve P-1 m.1'in ihlaline yol açmışsa, ulusal tenfiz rejiminin bir parçasını teşkil eden mütekabiliyet şartının tenfiz mahkemelerince AİHS'yle bağdaşmayacak şekilde yanlış veya eksik değerlendirilmesi de söz konusu olabilir. Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan kararının özeti ve ayrıntılı analizi için bkz. Arslan, s.211.

⁷⁰ Bkz. Yukarıda, I, dn.14-17.

AİHM'nin üzerinde durabileceği ikinci ve en önemli husus, tenfiz talebi mütakabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedilen başvurucuya tenfiz devletinde hakkını elde edebilmek için başvurabileceği alternatif bir imkânın davalı devletçe sunulup sunulmadığıdır. Örneğin, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin kararlarında AİHM, uluslararası örgüte karşı devlet mahkemeleri dışında başvurulabilecek uygun ve yeterli bir alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun bulunması halinde, yargı bağımsızlığı gerekçesiyle verilen yetkisizlik kararını AİHS m.6(1)'e uygun olarak nitelendirilmektedir.⁷¹ AİHM'nin benzer bir gerekçeye burada da istinat etmesi mümkündür. Ayrıca, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizinin hukuken öngörülmüş olması, her yabancı kararın mutlaka tanınacağı-tenfiz edileceği anlamına gelmediği gibi, bireylere sunulan bu imkâna rağmen devletlerin yargı yetkilerinin kapsamına giren bireylerin adalet taleplerini dikkate alma ve yerine getirme yükümlülüğü varlığını yine de muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, yargı yetkisine giren davacıya sunmuş olduğu tanıma-tenfiz talebinde bulunma hakkından yararlanmasını çeşitli amaçlarla engelleyen bir devletin, davacıya yabancı ülkede elde ettikleri hakkı tenfiz devletinde de elde edebilmesi için kendi mahkemelelerinde dava açabilme imkânı tanınmalıdır. AİHM, yabancı karara konu uyuşmazlık bakımından davacının tenfiz devletinde başvurabileceği bir yetkili mahkeme bulunmakta ise, AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Aksi halde, devletin büyük ölçüde aynı zamanda kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlık bakımından mahkemelerini davacıya kullandırmaması, ilgili bireyin hak arama özgürlüğünün ölçsüz bir şekilde kısıtlanması anlamına gelecektir.⁷²

⁷¹ Waite ve Kennedy v. Almanya, no.26083/94, 18 Şubat 1999, para.68-73; Beer ve Reegan v. Almanya, no.28934/95, 18 Şubat 1999, para.58-63. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, s.313-320.

⁷² Haliyle, bu noktada yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi ile milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişki gündeme gelmektedir. Burada, hem tenfize konu kararın verildiği devletin hem de tenfiz devletinin yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlığın (örneğin bir alacak hakkı iddiasının) varlığı halinde, davacı tercihini yabancı devletin yargı organlarından yana kullanabilir. Böyle bir durumda, yabancı kararın tenfizi talebinin mütakabiliyet gibi ne davacının ne davalının haklarının korunmasına hizmet etmeyen bir şart nedeniyle reddedilmesi halinde, başvurucu hakkını elde edebilmek için ya aynı uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisine sahip olan tenfiz devletinin mahkemelerine veya milletlerarası yetkiye sahip olan üçüncü bir devlet(ler)in mahkemesine başvurmak durumunda kalacaktır. Şüphesiz, ilk ihtimalde böyle bir başvurunun yapılabilmesi için,

Üçüncü olarak, aralarında mütekabiliyetin de bulunduğu yasal tanıma-tenfiz şartları, genellikle ulusal mahkemelerin uygulamalarına bağlı olarak zaman içerisinde değişebilecek kurallardan değildir. Dolayısıyla, özel hukuka ilişkin bir hak iddiasında olan tarafın, gerek davasını açacağı mahkemeyi belirlerken, gerekse lehine elde ettiği yabancı kararın tenfizi davası açarken, ileride bir tenfiz davası açma zaruretinin hâsıl olup olmayacağını, tenfiz devletinin tanıma-tenfiz rejiminde ne tür tenfiz şartlarının bulunduğunu da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Şüphesiz ki bu, uyuşmazlığın taraflarının bu konuda sahip olduğu bilince, davanın konusuna ve talep edilen hakkın niteliğine bağlıdır. Özellikle, ticari şirketlerin veya gerçek kişilerce yapılsa bile ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü neticesinde verilen alacak kararlarının tenfizi taleplerinin mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, bireylerin böyle bir sonucu önceden öngörebilecek ve buna göre hareket edebilecek basirete sahip olması gerektiği söylenebilir. Buna mukabil, aile hukuku ilişkilerinden doğan davalarda, bireylerin yabancı kararının tenfize konu yapılabileceğini ve yabancı ülkede bir tenfiz davası açabileceklerini öngörecekle basirete sahip olabilecekleri her zaman ve kolaylıkla söylenemez. Dolayısıyla AİHM, bu mülahazadan hareketle yapacağı meşruluk/ölçülülük değerlendirmesinde, daha önce başka bir tenfiz şartı bakımından benimsemiş olduğu *“bir kimsenin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir durumdan şikâyetçi olamayacağı”* içtihadına⁷³

tenfiz devletinin ülke içindeki mahkemelerinin yetkisini tayin etmek üzere, ülke için bir yetki düzenlemesinde bulunması gerekmektedir. Söz konusu yetki düzenlemesinin, aynı zamanda yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin kurullarla entegre olacak şekilde geniş bir biçimde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu devletin yabancı kararı tenfiz etmediği gerekçesiyle AİHS m.6(1)'i ihlal etmediğinden söz edilemezse de, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiaları gündem gelebilecektir. Bunu örnekle açıklayabiliriz: Sözleşmeden kaynaklanan bir alacak/tazminat davasında, davalının Türkiye ile olan irtibatının sadece uyuşmazlık konusu olmayan malvarlığı değerlerinin (örneğin banka hesaplarındaki paranın) ülkede bulunmasıyla sınırlı olduğunu ve lehine bir alacak kararı elde eden davacının mütekabiliyet şartı nedeniyle yabancı kararı tenfiz ettiremediğini varsayalım. Bu durumda, davalının yetki itirazında bulunması halinde, ne HMK m.9 ne de diğer yer itibarıyla yetki kurallarına istinaden milletlerarası yetkili bir mahkeme bulunmayacaktır. Dolayısıyla, yabancı kararı tenfiz ettiremeyen davacı, salt uyuşmazlık konusu malvarlığı unsuru Türkiye’de olmadığından hak arama imkânından mahrum kalabilecektir.

⁷³ Bkz. Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005, En Droit, 5; McDonald v. Fransa, En Droit, B; Avontis v. Letonya, (GC), no.17502/07, 23 Mayıs 2016, para.124.

istinat etmesi de mümkündür.⁷⁴ Doğal olarak, devletin sınırlama aracı vazifesi gören mütakabiliyet şartı bakımından sahip olduğu geniş takdir marjı kapsamında mütalaa edilebilecek bir husus olduğundan, bu durum davalı devlet lehine yorumlanabilecektir.

3. Mütakabiliyetin Eksik veya Hatalı Bir Şekilde Araştırılması ve/veya Tespit Edilmesi Halinde

AİHS m.6(1)'in, daha doğrusu hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, bununla bağlantılı olarak kapsamına girdiği ölçüde P-1 m.1'in veya AİHS m.8'in ihlali, esasen mütakabiliyet şartının *eksik veya hatalı bir şekilde araştırılması ve/veya tespiti* halinde ortaya çıkabilir. Yine, mütakabiliyet şartının varlığını araştırmaksızın yabancı kararın tenfizine karar verilmesi halinde de, benzer bir sonuç, bu sefer davalının söz konusu haklarına müdahale/ihlal anlamına gelecektir. Burada, mütakabiliyet şartının hiç araştırılmamasıyla söz konusu şartın eksik veya hatalı bir şekilde araştırılması ve tespiti arasında AİHS'ne olan etkileri bakımından herhangi bir farklılık olmayıp, sadece hakların süjesi bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Dolayısıyla, aşağıda davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ekseninde yapacağımız değerlendirmelerimiz, uygun düştüğü ölçüde, davalının ileri sürebileceği AİHS m.6(1)'in ihlali iddiaları bakımından da geçerli olacaktır.

Türk hukukunda, prensip olarak tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir.⁷⁵ Dolayısıyla, kararın verildiği ülke ile tenfiz devleti arasında mütakabiliyetin var olup olmadığını resen araştırmak zorunda olan bir devlet mahkemesinin, mütakabiliyetin varlığı konusunda yeterli ve gerekli bir araştırma yapmaksızın söz konusu şartın karşılanmadığına kanaat getirmesi, davacının AİHS m.6(1) ve diğer haklarıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Burada, yukarıdaki ihtimalden farklı olarak, AİHS'nin olası bir ihlaline, muhtemelen mütakabiliyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin resen araştırmakla yükümlü olan tenfiz mahkemesinin söz konusu araştırmayı yaparken gerekli özeni göstermemesi neden olacaktır.

⁷⁴ Diğer yandan, davalı devletin mahkemelerince de ileri sürülebilecek bu gerekçe karşısında davacının, yabancı kararın bir takdiri delilden başka bir anlam ifade etmediğini ve aynı davayı ikinci kez ikame etmenin kendisine çeşitli mali külfet yüklediği iddiasıyla böyle bir gerekçenin yerinde olmadığını ileri sürebilir.

⁷⁵ Nomer, s.537; Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.511.

Bu kapsamda, Türk mahkemeleri her üç mütekabiliyet türü açısından doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayanabileceği gibi, özellikle fiili ve hukuki mütekabiliyetin tespiti hususunda çeşitli vasıtalarla başvurabilecek, hatta başvurusu gerekecektir.⁷⁶ Doğal olarak, tıpkı yabancı hukukun temininde olduğu gibi, tenfiz yargılamasının tarafları da, fiili veya kanuni mütekabiliyetin varlığı/yokluğunu ispat etmek amacıyla kararın verildiği devlet mahkemelerine ait karar örneklerini veya yasal metinleri mahkemeye ibraz edebilecektir. Yalnız, tarafların bu şartın tespiti bakımından herhangi bir iddia veya ispat faaliyeti içerisine girişmemiş olmaları, AİHM'nin yapacağı denetim açısından onların sorumluluğuna yol açmayabileceği gibi, bu konudaki yükümlülük her halde tenfiz mahkemesinin üzerindedir. Dolayısıyla, ister doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayansın, isterse bu konudaki bir veya birkaç vasıtaya başvurarak bilgi edinsin, mütekabiliyetin varlığını/yokluğunu araştırmak ulusal mahkemenin sorumluluğundadır.

Bu noktada, akdi mütekabiliyete nazaran kanuni mütekabiliyetin tespitinde mahkemelerin hataya düşmesi daha olasıdır. Şüphesiz, tenfiz mahkemesinin akdi mütekabiliyetin varlığına (yokluğuna) rağmen, yokluğuna (varlığına) karar verme ihtimali her zaman bulunmaktadır. Bununla beraber, günümüzde pek çok devletin, büyük ölçüde belirli şartları taşıyan yabancı kararların tanınmasına-tenfiz edilmesine yasal olarak izin verdiği görülmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla, tenfiz davalarının pek çoğunda kanuni mütekabiliyetin gerçekleşeceği söylenebilirse de, tenfiz mahkemesinin kararın niteliği ve türüne bağlı olarak, kararın verildiği ülke hukukundaki tenfiz şartları ile MÖHUK'taki tenfiz şartları arasında bir denkleğin var olup olmadığını somut olarak değerlendir-

⁷⁶ Bu kapsamda, mahkemenin yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesi amacıyla başvurabileceği vasıtalarla mütekabiliyet şartının varlığının tespiti bakımından da başvurabileceğini belirtmek gerekir. Uygulamada yerel mahkemelerin sıkça Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne başvurdukları, hatta Yargıtay'ın da bu konuda söz konusu kuruma başvurulması gerektiğini ifade ettiği pek çok kararda görülmektedir. Söz konusu kararlar ve kararların analizi için bkz. Ekşi, s.159-173. Bunun yanı sıra doktrinde, hukuki ve fiili mütekabiliyetin tespiti amacıyla Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Sözleşme (RG: 26.8.1975-15338) uyarınca kararın verildiği devletin yetkili makamlarına, kararın verildiği devletin Türkiye'deki dış temsilciliklerine, hukuk fakültelerinin mukayeseli hukuk ve milletlerarası özel hukuk anabilim dallarına veya enstitülere, bilirkişi atanmak suretiyle konu hakkındaki uzman hukukçuların görüşüne başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Şanlı-Esen-Ataman Figanmeşe, s.534.

⁷⁷ Ekşi, s.174.

mesi gerekmektedir.⁷⁸ Zira kararın verildiği ülkede yabancı kararların tenfizinin hukuken kabul edilmiş olması, duruma göre kanuni mütakabiliyetin tespiti açısından tek başına yeterli olmayabilir.⁷⁹

Bu bakımdan, tıpkı tenfizin ön şartları gibi öncelikle incelenmesi gereken bir şart olan mütakabiliyetin var olup olmadığının tespitinde, mahkemelerin gerekli özeni göstererek ve titiz bir şekilde araştırma yapmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, mütakabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olunmaksızın verilen karar, AİHS m.6(1)'in ihlaline, aşağıda göreceğimiz üzere dolaylı olarak başka bir temel hakkın da ihlaline neden olabilir. Bu noktada, nasıl ki yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de bulunan taşınmazları iktisap edebilmeleri için getirilen bir sınırlama olan mütakabiliyetin tespitinde yaşanan sorunlar, P-1 m.1'in ihlali nedeniyle Türkiye'nin AİHM nezdinde mahkûmiyetine neden olmuşsa, benzer bir sonuçla karşılaşmamak adına Türk mahkemelerinin mütakabiliyet şartının varlığını dikkatli bir şekilde araştırmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, AİHM'nin söz konusu içtihatlarına kısaca değinmenin, konunun anlaşılması açısından yararlı olacağı kanaatindeyiz:

Türk hukukunda 19.7.2003 tarihindeki değişiklikten evvel, 2644 sayılı Tapu Kanunu⁸⁰ m.35 hükmü uyarınca yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz edinmeleri, "*kanuni sınırlamalara uyulması*" ve "*mütakabiliyet*" olmak üzere iki sınırlamaya tabi tutulmuştu.⁸¹ Bu dönemde, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de bulunan

⁷⁸ Çelikel-Erdem, s.706-707; Nomer, s.520; Şanlı-Esen-Ataman Figanmeşe, s.526-527; Şanlı, s.74-75.

⁷⁹ Kimi ülke hukuklarında yabancı kararların tenfizi için Türk hukukuna nispetle daha hafif şartlar öngörülebileceği gibi daha ağır tenfiz şartları da öngörülebilir. Örneğin, kararın verildiği devlette mütakabiliyet gibi tenfizi mutlak bir şekilde engelleyici mahiyetteki bir şart öngörülmemiş olabilir. Ancak daha ağır bir şart olarak, tenfize konu kararın kendi hukukuna uygunluğunu (revizyon sistemi) tetkik koşulu benimsenmiş olabilir.

⁸⁰ RG: 29.12.1934 - 2892.

⁸¹ Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35-36 hükümleri, ilk olarak 3.7.2003 tarih ve 4916 sayılı kanunla (RG: 19.7.2003 - 25173) esaslı değişikliklere uğramıştır. Ardından 3.5.2012 tarihli ve 6302 sayılı kanunun (RG: 18.5.2012 - 28296) yürürlüğe girişine kadar pek çok değişikliğe uğrayan Tapu Kanunu m.35-36 hükümlerine göre yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin güncel ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel-Öztekin Gelgel, s.321 vd.; Aydoğmuş, s.9 vd.; Nuray Eksi, Yaban-

taşınmaz tereke üzerinde miras hakkına sahip olabilmeleri⁸² için mütekebbiliyet şartının gerekli olduğuna kanaat getiren Türk mahkemeleri, hepsi Yunan vatandaşı olan kanuni mirasçılar bakımından Yunanistan ile Türkiye arasında bu şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle mirasçılık belgelerinin ve tapu kütüğüne yapılmış tescilin iptaline karar vermiştir.

AİHM ise, diğer hususların yanı sıra, Türk mahkemelerinin Türk vatandaşlarının Yunanistan’da miras yoluyla taşınmaz edinmesi bakımından yasal bir engel olmadığına dair Adalet Bakanlığının raporlarını

cuların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s.55 vd.; Ömür Karaağaç, Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri, Lykeion, Ankara, 2017, s.100 vd.

⁸² Yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri konusunda temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35’te 19.7.2003 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikten evvel, yabancı gerçek kişilerin gerek sağlararası gerekse miras yoluyla Türkiye’de taşınmaz edinmesi “kanuni sınırlamalara uygun olmak” ve “mütekebbiliyet” şartlarının karşılanmasına bağlıydı. Dolayısıyla, bu tarihe kadar gerçekleşen ölüm olayları sonucunda yabancı bir gerçek kişinin murisin terekesinde bulunan Türkiye’deki taşınmazı kanuni mirasçı sıfatına istinaden iktisap edebilmesi, yani tapuya tescil ettirebilmesi için yukarıdaki iki şartın karşılanması gerekmektedir. Ancak, söz konusu dönemde, Tapu Kanunu m.35 hükmüyle yabancıların Türkiye’deki taşınmazları miras yoluyla iktisap edebilmelerini değil, taşınmazlar üzerindeki miras haklarının yukarıdaki şartlarla sınırlandırıldığı doktrinde yaygın olarak kabul edilmiş, bu görüş Türk mahkeme tatbikatına yansımıştı. Dolayısıyla, Türk mahkemelerince Türk miras hukukuna ilişkin temel düzenleme olan MK hükümleri uyarınca kanuni mirasçı olarak gözüken yabancı gerçek kişilerin, murisin Türkiye’de bulunan taşınmazları üzerinde kanuni mirasçı olabilmeleri/mirasçılık ehliyetine sahip olabilmeleri, mütekebbiliyet şartına bağlanmıştı. Tapu Kanunu m.35’te yer alan koşulların taşınmazın miras yoluyla iktisabına değil de, miras hakkına yönelik sınırlama olarak mütalaa edilmesinin kaçınılmaz sonucu olarak, Türk mahkemelerince mütekebbiliyet ve diğer koşulların belirlenmesinde murisin ölüm tarihi esas alınmıştır. Dolayısıyla, 19.7.2003 tarihinden önce gerçekleşen bir ölüm olayında, murisin Türkiye’de bulunan taşınmaz terekesi üzerinde yabancı gerçek kişilerin miras hakkına sahip olabilmesi için vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında –murisin ölüm tarihi itibariyle- mütekebbiliyetin varlığı aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğmuş, s.269 vd.; Emre Esen, “Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler”, *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. İlhan Ulsan’a Armağan, C.15, S.2, 2016, s.676-681. Burada, meselenin AİHM önüne kadar gitmesine neden olan temel problem Tapu Kanunu m.35’te yer alan sınırlamaların Türk mahkemelerince yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de bulunan bir taşınmazı kanuni mirasçı sıfatıyla iktisap edebilmelerini engelleyen bir şart olarak değil, söz konusu taşınmaz üzerine kanuni miras hakkını engelleyen/mirasçılık ehliyetine ilişkin bir şart olarak kabul edilmiş olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğmuş, s.443 vd.

dikkate almaksızın ve bu konuda fiili engellerin (fiili mütakabiliyetin) olup olmadığını yeterince araştırmaksızın mütakabiliyetin sağlanmadığı gerekçesiyle mirasçılık ehliyetlerine sahip olamayacaklarına karar verdiklerini tespit etmiştir.⁸³ Başka bir ifadeyle, Türk mahkemeleri Yunanistan ile mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığı konusundaki değerlendirmelerinde hataya düşmüştür. Mütakabiliyetin sağlanmış ve Yunanistan aleyhine misilleme tedbirinin kaldırılmış olması karşısında, kimi kararlarında başvuruçuların miras yoluyla taşınmazı iktisap ettiklerini, kimisinde ise edinebileceklerine yönelik meşru beklentiye sahip olmalarının makul olduğunu belirten AİHM, mütakabiliyet şartının Türk mahkemelerince uygulanmasının yeterince öngörülebilir olmadığına, dolayısıyla P-1 m.1'e yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁸⁴ AİHM, bu kararların hiçbirinde, soyut olarak mütakabiliyet şartının aranmasının/uygulanmasının AİHS açısından yerindeliliğine ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmamış, somut olayda mütakabiliyetin uygulanış şeklinin AİHS'yle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir.⁸⁵ Bu bakımdan, yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz edinebilmeleri için artık gerekli olmayan mütakabiliyet şartının belirlenmesine yönelik AİHM'nin bu değerlendirmelerinin, yabancı kararların tenfizinde aranan mütakabiliyet şartının tespiti bakımından da emsal teşkil edebileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde mahkemelere atfedilen bu tür eksiklik veya hatalar, mütakabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığının tespitiyle doğrudan ilgili veya belirleyici olduğu ölçüde, duruma göre, davacının veya davalının hak kaniyete uygun yargılanma hakkına, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bununla bağlantılı olarak P-1 m.1'in ihlaline yol açabilecektir.

⁸³ Bkz. Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008, para.46-57; Fokas v. Türkiye, no.31206/02, 29 Eylül 2009, para.38-40. AİHM, yukarıdaki kararlardan farklı olarak konuya ilişkin ilk kararı olan Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye başvurusunda, yabancıların taşınmazlar üzerindeki miras hakkı ve bu hakkın bir meşru beklenti olarak koruma görüp görmeyeceğine dair bir inceleme yapmamıştır. Bkz. Aydoğmuş, s.451.

⁸⁴ Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye, para.73-78; Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, para.58-60; Fokas v. Türkiye, para.41-45; Ağnidis v. Türkiye, no.21668/02, 23 Şubat 2010, para.39-43, özellikle para.41. Söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi ve analiz için bkz. Aydoğmuş, s.442-468.

⁸⁵ Gemalmaz, s.459; Esen, s.689; Aydoğmuş, s.467.

4. Mütakabiliyete İlişkin Yasa Hükümünün Yabancı Kararın Tenfizini Haksız Yere Engelleyecek Derecede Dar Bir Şekilde Yorumlanması

Mütakabiliyet şartının düzenlendiğini yasa metninin, yani MÖHUK m.54(a) hükmünün yabancı kararın tenfizini haksız yere engelleyecek derecede dar bir şekilde yorumlanması, başka bir ifadeyle mahkemece mütakabiliyetin kapsamının yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmiş olması, mütakabiliyetin karşılanıp karşılanmadığına ilişkin kararı da etkileyebilecektir. Dolayısıyla, böyle bir yorum tarzı, davanın koşullarına göre, ilgili tarafın açmış olduğu tenfiz davasının reddedilmesine, bu da sadece AİHS m.6(1)'in değil, davacının temel haklarına aykırı bir sonuca yol açabilir. MÖHUK m.54(a) hükmü, böyle bir ihlal potansiyeline fazlasıyla sahiptir. Somutlaştıralım:

MÖHUK m.54(a)'nın lafzından bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin her üç türünün, yani akdi, kanuni ve fiili mütakabiliyetin basamaklı veya birbirine üstün olarak değil, eşit derecede ve birbirine alternatif olacak şekilde tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetin araştırılarak bunlardan birinin varlığının tespit edilmesi yeterli kabul edilecektir.⁸⁶ Böyle bir yorum tarzıyla, hem MÖHUK m.54(a) hükmü lafzına uygun bir şekilde tatbik edilmiş olacak, hem de mütakabiliyet şartının muhtemel davacılar açısından yaratabileceği olumsuz sonuç bertaraf edilmiş olacaktır. Bununla beraber, Türk hukukunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2009 tarihli kararıyla birlikte, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığına rağmen, fiili mütakabiliyetin belirleyici olduğu, yabancı ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine yönelik olumsuz bir uygulamanın varlığı halinde mütakabiliyetin gerçekleşmemiş sayılması gerektiği anlayışı kabul edilmektedir.⁸⁷ Yukarıda sıkça değindiğimiz üzere, yabancı kararın mütakabiliyet şartına istinaden reddedilmesi, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen yabancı devletlere karşı bir yaptırım olmaktan çıkmakta, lehine karar elde eden tarafı mağdur eden bir uygulamadan başka bir anlama gelmemektedir. En azından MÖHUK m.54(a)'da yer alan üç mütakabiliyet türünden birinin varlığının -söz konusu hükümde olduğu üzere- tenfiz mahkemesince resen

⁸⁶ Ekşi, s.161.

⁸⁷ Bkz. Yargıtay 11.HD, E. E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (Ruhi, s.334-336).

tespit veya davacı tarafça ispat edilmesinin yeterli görülmesi, objektif olarak ne devletin ne de tarafların menfaatiyle ilgili olmayan bu şartın davacı açısından yaratabileceği mahzurların bertaraf edilmesini sağlayacaktır. Böylece, tenfiz mahkemesince tespiti veya davacı tarafça ispatı daha kolay olan akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığı halinde, olumlu-olumsuz yönde bir fiili mütakabiliyetin var olup olmadığına yönelik zahmetli ve belki de gereksiz bir araştırmaya girişilmeyecektir. Şüphesiz ki, bu sefer de davalının tenfize konu kararın verildiği yabancı ülke hukukunda Türk mahkeme kararlarının tenfiz edilmediğine dair bir uygulamanın varlığını ortaya koyması gerekecektir.

Bu bakımdan, bir tenfiz şartı olarak vazgeçilmesi gerektiği ileri sürülen mütakabiliyetin -Yargıtay 11. Hukuk Dairesi gibi- dar bir şekilde yorumlanması, Türk mahkemelerini öncelikle ve her zaman fiili mütakabiliyetin varlığını araştırmaya sevk edecek, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığının mahkemece gerek resen gerekse davacının ispatı üzerine tespit edilmesi yeterli olmayacaktır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, zaten tenfiz talebinde bulunan şahsı fazlasıyla mağdur etme potansiyeline sahip olan mütakabiliyet şartının bu şekilde dar bir şekilde yorumlanması, MÖHUK m.54(a) hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yabancı kararların tanınacağı-tenfiz edileceği yönündeki genel eğilimle bağdaşmayacaktır.⁸⁸ Dahası, böyle bir yaklaşım, mahkemeleri tenfizin mümkün merteye engellenmesi gerektiği şeklinde yanlış bir düşünceye sevk etme tehlikesini de beraberinde taşımaktadır. Ayrıca, yabancı ülkelerdeki tatbikatın her an değişmesi ihtimali karşısında, tenfiz mahkemesinin fiili mütakabiliyetin varlığına/yokluğuna ilişkin değerlendirmeleri her zaman sağlıklı olmayabilecektir. Bu nedenle, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesine karşısında, fiili mütakabiliyetin gerçekleşmediği veya olumsuz yönde bir fiili uygulamanın varlığı gerekçe gösterilerek akdi veya kanuni mütakabiliyetin gerçekleştiği iddialarının Türk mahkemelerince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi, davacının AİHS m.6(1)'de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından istifade edememesi anlamına gelecektir. Burada, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak doğru bir şekilde tatbik edilip edilmediği değil, mütakabiliyet şartının kapsamının MÖHUK

⁸⁸ Ekşi, s.161, 177.

m.54(a)'nın açık ifadesine rağmen dar bir şekilde yorumlanması, dolayısıyla yanlış uygulanması böyle bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Zira hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁹

C. AİHS'de Yer Alan Bazı Temel Haklar Açısından

1. Genel Olarak

Mütekabiliyet şartının tatbiki, yabancı kararın tenfizine engel olması itibarıyla, sadece açılan davanın reddedilmesine yol açmamakta, yabancı kararlarla tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir hakkın tenfiz devleti hukukunca kabul edilmesini ve/veya kararın yerine getirilmesini, dolayısıyla hakkın elde edilmesini engellemektedir. Bu nedenle, mütekabiliyet şartının tatbiki, AİHS m.6(1)'e olduğu kadar, tenfiz devleti hukukuna uygun olarak elde edilmek istenen özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak, davacının P-1 m.1'deki veya AİHS m.8'deki haklarına müdahale edebilecektir. Örneğin, yabancı kararlarla davacı lehine tevsik edilen bir hak, büyük ölçüde sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat veya bir nafaka ya da mal rejiminin tasfiyesi sonucu elde edilen bir katkı payı alacağı gibi bir alacak hakkı niteliğinde olacaktır. Henüz, tenfiz devleti hukukunca kabul edilmeyen ancak, ulusal mevzuatta öngörülen tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınmak ve bir tenfiz kararı elde edilmek suretiyle bu tür hakların elde edileceği konusundaki meşru beklenti, P-1 m.1'in kapsamına girecektir⁹⁰. Böyle bir hakkı tevsik eden yabancı kararın tenfizine karar verileceği konusunda meşru bir beklentiye sahip olan tarafın söz konusu talebinin reddedilmesi, davacının yabancı kararlarla tevsik edilen alacak/malvarlığı değerinden yararlanamaması sonucunu doğuracaktır.

Benzer şekilde, velayet veya kişisel ilişki kurma kararları da, niteliği itibarıyla tenfize konu olabilecek kararlardan olduğundan, prensip olarak, mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle tenfiz talebinin reddedil-

⁸⁹ Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ile tanıma-tenfiz yargılaması arasındaki ilişki için bkz. Arslan, s.709.

⁹⁰ Bu konu hakkında bkz. Arslan, s.732-737.

mesi, velayet hakkı sahibi ebeveynin aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edecektir. Özellikle ebeveynlerden biri, diğer ebeveynin velayet hakkına veya kişisel ilişki kurma hakkına aykırı olarak çocuğu üçüncü bir ülkeye götürmekte veya orada alıkoymakta ve çocuğun ebeveyniyle ilişki kurmasını engellemektedir. Bu durumda, sahip olduğu velayet veya kişisel ilişki hakkı bir mahkeme kararına dayanan veya mahkemeye başvurarak bir karar elde eden geride kalan ebeveyn, söz konusu hakkını kullanabilmek için, prensip olarak, çocuğun bulunduğu ülkenin mahkemelerine başvurarak yabancı kararın tenfizine karar verilerek çocuğun kendisine iade edilmesini isteyecektir. Nitekim AİHM'nin yabancı velayet veya kişisel ilişki kurma haklarına ilişkin yabancı kararların tenfizi taleplerinin diğer tenfiz şartlarına istinaden reddedilmesinin AİHS m.8'e aykırılığını incelediği kimi örnekler,⁹¹ benzer bir denetimin mütakabiliyet ekseninde de yapılabileceğini göstermektedir.

AİHM, mütakabiliyet şartının tatbikiyle birbirinden farklı nitelikte olan ancak benzer bir sınırlama rejimine tabi olan AİHS m.8 ve P-1 m.1'e yönelik müdahalenin/sınırlamanın meşru olup olmadığını, doğal olarak meşru amaç, yasaya uygun/yasayla öngörölmüş olma ve ölçülülük/adil denge koşullarına bağlı olarak değerlendirecektir.⁹² Bu kapsamda, AİHS m.6(1) açısından yapmış olduğumuz tespitlerin ve varmış olduğumuz sonuçların AİHS m.8 ve P-1 m.1 açısından da kısmen geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira mütakabiliyet şartının tatbiki suretiyle tenfiz talebinin reddine veya kabulüne karar verilmesiyle, AİHS m.6(1)'deki hakkından yararlanamayan ilgili taraf, olası bir şikâyetinde, AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1'de güvence altına alınan hakkından da yararlanamadığı/hakkının korunmadığı şikâyetinde bulunacaktır. Dolayısıyla, AİHM'nin AİHS m.6(1)'e yönelik varmış olduğu sonuca istinaden AİHS m.8 ve P-1 m.1'in ihlal edildiğine veya edilmediğine hükmetmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, AİHS m.6(1) açısından yapmış olduğumuz ayırımdan hareketle, söz konusu şarta dayanan müdahalenin AİHM tarafından yukarıda saymış olduğumuz koşullardan hangisine istinaden gayri meşru olarak nitelendirilebileceğini analiz etmeye çalışacağız.

⁹¹ Örneğin bkz. Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, no.22909/10, 11 Aralık 2014; V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014.

⁹² Arslan, s.90-91.

2. Mütakabiliyetin Eksik veya Hatalı Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi veya Yasa Metnine Aykırı olarak Dar Bir Şekilde Yorumlanması

a. Genel Olarak

Mütakabiliyet şartının ulusal mahkemelerce *yanlış veya eksik bir şekilde araştırılıp tespit edilmesi*⁹³ veya mütakabiliyet şartının yasa metnine aykırı olarak *dar bir şekilde yorumlanması* hallerinde, nasıl ki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali ihtimali yüksekse, aynı ihtimalin söz konusu haklar bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Zira bir tenfiz engelinin AİHS m.6(1)'le bağdaşmayacak derecede keyfi ve ölçüsüz bir şekilde yorumlanması ve tespit edilmesi, tenfiz talebinin reddedilmesine, bu da dolaylı olarak davacının AİHS m.8'in ve/veya P-1 m.1'in koruma alanına giren özel hukuka ilişkin hakkın yerine getirilmesi talebinin haksız bir şekilde reddedilmesine sebep olacaktır.

Bu konuda AİHM'nin nasıl hareket edebileceğine örnek olarak *Negrepointis-Giannisis v. Yunanistan* kararı verilebilir. Söz konusu kararda, Yunan hukukunda bir tenfiz engeli olarak kabul edilen kamu düzenine aykırı olmama şartının yorumlanması ve tatbiki, AİHM tarafından AİHS m.8'e aykırı olarak görülmüştür. Zira Yunan mahkemeleri, Yunan hukukunda rahiplerin evlenebileceğini, dolayısıyla çocuk sahibi olabileceklerini öngören yasal düzenlemelere rağmen, rahiplere evlat edinme yasağı öngören eski kilise hukuku metinlerini esas alarak, iki yetişkinin karşılıklı rızasına dayanan evlat edinme ilişkisini tevsik eden yabancı evlat edinme kararının tanınması talebini salt bu gerekçeyle kamu düzenine aykırı olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla, Yunan mahkemelerinin kamu düzeni müdahalesinin anlamı ve içeriğini başvurucunun aile hayatına saygı hakkıyla bağdaşmayacak şekilde ölçüsüz ve keyfi yorumlamaları, başvurucunun yabancı evlat edinme kararın tanınması talebinin haksız yere reddedilmesine neden olmuştur. Bu da, doğal olarak başvurucunun evlat edinen-muristen kendisine kalan mirası iktisap etmesine engel olduğu için P-1 m.1'in

⁹³ Bunun kapsamına mütakabiliyet şartının varlığı hiç araştırılmaksızın yabancı kararın tenfizine karar verilen hallerin de girdiğini, ancak burada şikâyet başvurusunun doğal olarak davalı tarafından yapılmasının söz konusu olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Bkz. Yukarıda, III, B, 3.

ihlaline neden olmuştur.⁹⁴ Benzer şekilde, mütakabiliyet şartının yanlış veya eksik bir şekilde değerlendirilmesi veya yasal düzenlemeye aykırı olarak dar bir şekilde yorumlanması hallerinde de, AİHM'nin AİHS m.8'e veya P-1 m.1'in ihlal edildiğine kanaat getirmesi ihtimali oldukça yüksektir. Yalnız, AİHM'nin böyle bir ihlal olgusunu, ölçülülükten ziyade kanunilik koşulunun karşılanmadığına dayandırması muhtemeldir. Ancak yine de, AİHM'nin mütakabiliyet şartının bu şekillerde tatbik edilmesi halinde gerçekleşen mülkiyet hakkına ve/veya aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalenin AİHS m.8(2)'de ve P-1 m.1'de yer alan sınırlama koşullarına uygun olup olmadığını ne şekilde değerlendireceğini incelemek yararlı olacaktır.

b. P-1 m.1 Açısından

Meseleyi P-1 m.1 açısından ele alacak olursak, öncelikle sınırlamada kullanılan aracın, yani mülkiyetten yoksun bırakılmada kullanılan mütakabiliyet şartının meşru amaç/kamu yararı güdüp gütmediğinin tespiti gerekecektir. Şüphesiz burada, mülkiyetten yoksun bırakılmayı gerektiren önlemin/mütakabiliyet koşulunun tatbikinin nasıl kamu yararına hizmet ettiği sorusu akla gelecektir. Bununla birlikte, AİHS'ne taraf devletler mülkiyet hakkından yoksun bırakmada meşru amaç olarak rol oynayan kamu yararı/genel yararın belirlenmesinde mutlak, sınırlama araçlarının seçilmesinde kuvvetli bir takdir marjına sahiptir.⁹⁵ Buna göre, taraf devletlerin sınırlamada kullanılan aracın, yani mütakabiliyetin kamu yararı güdüp gütmediğinin tespitinde geniş bir takdir marjına sahip olduğu göz önüne alındığında⁹⁶, tıpkı AİHS m.6(1)'de olduğu gibi, devletin sahip olduğu egemenliğe ve yargı yetkisine saygı gösterilmesi meşru amacının mülkiyetten yoksun bırakılmada da geçerli olduğu söylenebilir. Gerçi burada, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının yerindeliliğine ilişkin açıklamalarımız karşısında, böyle bir amaç ile kamu yararının birbiriyle ilişkilendirilmesinin ne kadar yerinde olduğu da tartışmalıdır. Ancak yine de, davalı devletçe istinat edilebilecek bu amaç, AİHM tarafından mülkiyetten yoksun bırakılma önlemini gerektiren kamusal bir mülahaza olarak nitelendirilebilir. Kaldı ki, AİHM'nin bazı kararlarında davalı

⁹⁴ Negrepointis-Giannisis v. Yunanistan, para.61-76; para.89-91 ve para.93-96.

⁹⁵ Gemalmaz, s.481-482.

⁹⁶ Gemalmaz, s.482.

devletlerin başvuruçuyu mülkiyetten yoksun bırakan müdahalenin meşru amaç güttüğünü gösteremediklerini kabul etmesine rağmen, ölçülülük ilkesine aykırılıktan ötürü P-1 m.1'in ihlaline hükmettiği görülmektedir.⁹⁷ Dolayısıyla, meşru amaç/kamu yararının varlığı davalı devletçe gösterilmemiş olsa bile, AİHM'nin kanunilik veya ölçülülük koşulları temelinde bir ihlal bulgulası kuvvetle muhtemeldir. Bu bağlamda, sadece mütekabiliyetin değil, diğer tenfiz şartlarının tatbiki bakımından da AİHM'nin meşru amaç noktasından P-1 m.1'in ihlalini bulgulamayacağını söyleyebiliriz.

Burada mütekabiliyet şartının eksik veya yanlış bir şekilde araştırılması ve tespit edilmesi veya ilgili yasa metninin dar bir şekilde yorumlanması nedeniyle gerçekleşen mülkiyetten yoksun bırakmanın/sınırlamanın kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği kanaatindeyiz. Zira ilk durumda, kendisinin ileri sürdüğü bilgi ve belgelerin yanı sıra mahkemenin mütekabiliyetin var olup olmadığına yönelik araştırmaya istinaden yabancı kararın tenfizi için aranan söz konusu şartın karşılanıp karşılanmayacağı davacı tarafından az veya çok öngörülebilecektir. Tıpkı yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz iktisabında olduğu gibi, tenfiz mahkemesinin gerek davacının gerekse diğer kurumların (örneğin adalet veya dışişleri bakanlığının) sunduğu aksi yöndeki raporlara rağmen, mütekabiliyet şartının karşılanmadığına karar vermesi, mütekabiliyet şartının karşılandığını ve tenfiz kararı verileceğini makul bir şekilde bekleyen başvuruçusu açısından öngörülebilir olmayacaktır. Bu nedenle AİHM mütekabiliyet şartının (MÖHUK m.54(a) hükmünün) uygulanmasının yeterince öngörülebilir olmadığına, dolayısıyla P-1 m.1'e yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar verebilecektir.

Benzer bir durumun, mütekabiliyete ilişkin MÖHUK m.54(a) hükmünün yabancı kararın tenfizini mümkün mertebe güçleştirmeye

⁹⁷ Örneğin, AİHM başvuruçunun lehine hükmedilen kesin hükmün bir şekilde işlevsiz kılınarak taşınmazından yoksun bırakıldığı *Brumarescu v. Romanya* kararında, davalı devletin kesin hükmün neden işlevsiz kılındığını meşrulaştıramadığını (Bkz. *Brumarescu v. Romanya*, no.28342/05, 16 Nisan 2002, para.79-80); başvuruçunun satım sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle ulusal hukuka uygun olarak satın aldığı sosyal konuttan tahliye edildiği *Gashi v. Hırvatistan* kararında, satım sözleşmesinin geçersizliğini meşrulaştıracak amacın varlığını gösteremediklerini (Bkz. *Gashi v. Hırvatistan* no.32457/05, 13 Aralık 2007, para.43) tespit etmiştir.

yönelik, dar bir şekilde yorumlanması halinde de ortaya çıkabileceği düşüncesindeyiz. Buna göre, somut bir davada mütakabiliyete ilişkin MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesi uyarınca akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetin herhangi birinin varlığı, söz konusu şartın sağlanması bakımından yeterli olacaktır. Ancak, tenfiz mahkemelerinin somut bir davada bu üç mütakabiliyet türünün tamamının varlığının tespit edilmesi gerektiği veya bunlardan birinin veya ikisinin varlığının tespitine rağmen Türk mahkeme kararlarının –haklı neden olmaksızın- fiilen tenfiz edilmediğinin tespit edildiği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmeleri söz konusu olabilir. Böyle bir karar, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesine rağmen, söz konusu hükmün yabancı kararın tenfizini haksız yere engelleyecek derecede dar bir şekilde yorumlanması, yani mütakabiliyetin kapsamının yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmiş olması anlamına gelecektir. Dolayısıyla böyle bir karar, ulusal mevzuatta yer alan yasal düzenleme uyarınca mütakabiliyet şartının karşılanacağı ve lehine bir tenfiz kararı verileceğini makul olarak bekleyen başvuru açısından öngörülebilir olarak nitelendirilemeyecektir.

c. AİHS m.8 Açısından

Meseleyi AİHS m.8 açısından ele aldığımızda, mütakabiliyet şartının tatbikinin P-1 m.1'e uygunluğu açısından yukarıda ifade ettiğimiz hususlar, esasen yabancı velayet veya kişisel ilişki kurma kararlarının tenfizinin söz konusu şarta istinaden reddedilmesi nedeniyle ileri sürülen AİHS m.8'e aykırılık iddiaları bakımından da geçerlidir. Çocuk ile anne-baba arasındaki aile hayatından kaynaklanan hakların başında gelen velayet hakkı, çocuğun velayeti kendisine verilmeyen ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurma ve onunla görüşme hakkı AİHS m.8'in koruması altında olduğu gibi⁹⁸, AİHS m.8'nin sağlamış olduğu koruma bu tür hakları tevsik eden yabancı kararların tenfizi halinde varlığını muhafaza edecektir.⁹⁹ Dolayısıyla, bir ebeveynin yabancı bir

⁹⁸ Arslan Öncü, s.272-273.

⁹⁹ AİHM, velayet/kişisel ilişki kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin reddedilmesinin şikâyete konu yapıldığı bazı kararlarda, AİHS m.8'in ebeveynle çocuğun bir araya gelmesi ve aile hayatının korunması ve geliştirilmesi gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkını ihtiva ettiğini ve bu konuda ulusal makamlara yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır. Bkz. Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, para. 157, 165-169; V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014, para.142.

karara istinaden elde etmiş olduğu velayet/kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin kararın tenfizi talebinin, sadece mütekabiliyet değil başka bir tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, başvuru- nun aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edecektir.

Burada, P-1 m.1’de olduğu gibi, ebeveynin çocuğuyla bir araya gelmesini ve aile hayatının korunmasını engelleyen mütekabiliyet şartının tatbikinin AİHS m.8(2)’de yer alan meşru amaç kategorilerinden hangisinin kapsamında mütalaa edileceği problemi hâsıl olabilir. Burada da, ebeveynin AİHS m.8’de korunan söz konusu haklarına müdahalede kullanılan mütekabiliyet şartını bir sınırlama aracı olarak seçen davalı devlet, söz konusu şartın (tatbikinin) AİHS m.8(2)’de yer alan meşru amaçlardan birine veya birkaçına istinaden seçildiğini ikna edici bir şekilde göstermelidir.¹⁰⁰ AİHM’nin başvuru- nunun aile hayatına saygı hakkından yararlanmasını engelleyen müdahalenin meşru amaç noktasından AİHS m.8’in ihlaline nadiren hükmettiği göz önüne alındığında¹⁰¹, zorlama da olsa, devletin egemenliği/yargı yetkisine saygı gösterilmesini temin etmek amacıyla tanzim edilen mütekabiliyet şartı ulusal güvenliğin korunması meşru amacı kapsamında mütalaa edilebilir. Bu bakımdan, AİHM, P-1 m.1’de olduğu gibi, MÖHUK m.54(a) hükmünde yer alan mütekabiliyet şartının tenfiz mahkemelerince yanlış veya eksik bir şekilde araştırılması ve tespiti edilmesi veya dar bir şekilde yorumlanması suretiyle gerçekleşen müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS m.8’in ihlaline hükmedebilir. Kısaca, P-1 m.1’dekine benzer gerekçelerle, mütekabiliyet şartının bu şekilde uygulanmasına dayanan kararın, başvuru- nularca öngörülebilir olmadığı söylenebilir.

3. Mütekabiliyetin Sağlanmadığının Doğru Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi Halinde

Son olarak, mütekabiliyetin karşılanmadığının ulusal mahkemelerce *doğru bir şekilde tespit edilmesi* nedeniyle AİHS m.6(1)’in ihlal edilmediğine kanaat getirmesi kuvvetle muhtemel olan AİHM, bu konuda

¹⁰⁰ Arslan Öncü, s.369.

¹⁰¹ Bu konuda bkz. Arslan Öncü, s.369; Yutaka Arai, “Chapter Five-The System of Restrictions”, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed. Pieter van Dijk-Fried van Hoof- Arjen van Rijn-Leo Zwaak, 4th Edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s.340.

varmış olduğu sonuçtan hareketle P-1 m.1'in veya AİHS m.8'in de ihlal edilmediği sonucuna varabilir. Şüphesiz, bu ihtimalde de, P-1 m.1'e veya AİHS m.8'e yönelik bu tür bir müdahalenin AİHM tarafından nasıl meşru amaca sahip ve ölçülü olarak nitelendirileceği belirsizlik arz etmektedir. Ancak, AİHM'nin AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine veya ihlal edildiğine kanaat getirmesi halinde, böyle bir karar dolaylı olarak -sırasıyla- diğer temel hakların ihlal edilmemiş veya edilmiş olduğu anlamına gelecektir. Zira bu durum, tenfiz davalarının mahiyeti gereği, özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlığın karara bağlanması değil, doğrudan özel hukuka ilişkin bir haktan tanıma-tenfiz devletinde de yararlanılması/korunması amacıyla açılmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bu zamana kadar vermiş olduğu kararlarda AİHM, tanıma-tenfiz talebinin herhangi bir tanıma-tenfiz şartının veya bu tür davalara ilişkin bir usuli kuralın tatbiki suretiyle reddedilmesinin AİHS m.6(1)'i veya bir temel hakkı ihlal ettiğine/etmediğine hükmederken, aynı gerekçeyle ilgili temel hakkın (AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1'in) veya AİHS m.6(1)'in ihlal edildiğine/edilmediğine de hükmetmektedir.¹⁰² Başka bir deyişle, AİHM bir taraftan bir tenfiz şartının varlığı/yokluğu nedeniyle verilen bir kararı AİHS'de yer alan bir hakka aykırı olarak nitelendirmekte iken, diğer taraftan böyle bir kararın kendisine müdahale edilen başka bir Sözleşmesel hakka aykırı olarak nitelendirmemektedir. Daha doğrusu, AİHM'nin aynı gerekçeyle AİHS'de yer alan bir hakkın ihlaline hükmederken, diğerinin ihlal edilmediğine hükmettiği bir kararına rastlamadığımızı belirtmeliyiz.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kurumunun amacı göz önüne alındığında, genel olarak mütakabiliyet şartı, yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen tarafın bu konudaki menfaatini dikkate almamakta, davalıya yargılamanın sonucunu etkileyen esaslı bir avantaj sağlamaktadır. Diğer taraftan, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının tenfize konu kararın verildiği devlete herhangi bir faydası olmadığı gibi,

¹⁰² Bkz. Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005; Vrbica v. Hırvatistan, no.32540/05, 1 Nisan 2010; Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009; Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011.

tenfiz devletinin de iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığını karara bağlayan bir yabancı kararın tenfizini böyle bir şarta bağlamakta ne gibi bir menfaatinin olduğu da belirsizdir. Bu bakımdan, mütekabiliyet şartının varlığı, tenfiz devletince davalıya bahşedilen, gerçekte davacıya karşı davalıya hiç gereği olmayan bir koruma sağlamaktan başka bir şey ifade etmemektedir. Zira Türk hukukunda yer alan diğer tenfiz engelleri, yabancı ülkede gayri adil bir yargılamaya/karara maruz kaldığını düşünen davalıları, bu tür bir kararın tenfizine karşı yeterince koruyacak mahiyettedir ve doğrudan muhtemel davalıların korunmasına matuftur. Bu nedenle objektif olarak bakıldığında, mütekabiliyet şartı, yabancı kararın tenfizi konusunda taraflar arasındaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle bağdaşmayan bir tenfiz engeli niteliğindedir. Sonuç olarak, bu açıklamalarımız mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının ve mütekabiliyetin karşılanmadığı gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddedilmesinin yerinde olmadığını ortaya koymaktadır.

Bir tenfiz engeli olarak mütekabiliyetin, bireylerin Türkiye'nin de tarafı olduğu AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklerini ihlal edici nitelikte olduğu da bir gerçektir. Zira öncelikle AİHS, bünyesinde yer alan hakların korunması ve yerine getirilmesi konusunda taraf devletlere objektif yükümlülükler yüklemekte, bireylerin söz konusu haklardan yararlanmalarını mütekabiliyet aramaksızın veya vatandaş-yabancı ayrımı yapmaksızın güvence altına almaktadır. Diğer taraftan, mütekabiliyet şartıyla bir devletin başka bir devlete karşı olan/olmayan tutumu nedeniyle, bir kişinin diğer bir devlet mahkemesinden elde ettiği bir kararda yer alan ve AİHS'nin koruması altına giren özel hukuka ilişkin bir haktan yararlanması engellenmektedir. Bu açıdan, söz konusu şartın bizatihi kendisinin AİHS'yle bağdaşmadığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan, kimi kararlarındaki ifadelerinden böyle bir sonuca varılabilirse de, AİHM'nin mütekabiliyet şartının soyut olarak AİHS açısından yerindeliliğini değil, söz konusu şartın tatbik edilmesinin başvurucuların AİHS'deki ilgili haklarına olan etkilerini incelemektedir. Bu bakımdan, AİHM benzer bir yaklaşımı, mütekabiliyet şartının tatbiki suretiyle reddedilen veya kabul edilen tenfiz talepleri bakımından da sergileyebilir. Dolayısıyla, MÖHUK m.54(a)'da düzenlenen mütekabiliyet şartının tenfiz yargılamasının bir tarafının AİHS'de yer alan haklarını ihlal edip etmeyeceği, söz konusu şartın

karşılanıp karşılanmadığının Türk mahkemelerince ne şekilde araştırılıp tespit edildiğine bağlı olarak değişebilecektir.

Bu kapsamda, mütakabiliyetin varlığını resen araştırıp tespit etmek durumunda olan Türk mahkemelerinin tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında mütakabiliyetin olup olmadığını doğru bir şekilde ve gerekli özeni göstererek araştırıp tespit etmeleri, davacının açmış olduğu tenfiz davasının reddedilmesi anlamına gelmektedir. Türk mahkemelerinin vereceği böyle bir karar, davacının AİHS m.6(1)'de güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale teşkil ettiği gibi, davacının yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak, AİHS m.8'in ve/veya P-1 m.1'in koruma alanına giren bir haktan yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Benzer bir sonuç, mütakabiliyetin varlığının doğru bir şekilde araştırılıp tespit edilmesi sonucunda, -diğer tenfiz şartlarının da varlığı halinde- aleyhine bir tenfiz kararı verilen davalı açısından da söz konusu olacaktır.

Bu durumda, mütakabiliyet şartının doğru bir şekilde ve gerekli özen gösterilerek araştırılıp tespit edildiği hallerde, tatbikiyle gerçekleşen AİHS m.6(1)'e yönelik sınırlamanın meşru olup olmadığının, yani müdahalenin meşru bir amaca sahip ve ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde aşağıdaki kriterler belirleyici olabilir: AİHM, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinin tenfiz devletinin sahip olduğu yargı yetkisinin bir gereği olduğunu belirtebilir. Böylece, mütakabiliyet şartının tatbikiyle getirilen böyle bir sınırlamanın devletin devletler hukuku uyarınca sahip olduğu yargı yetkisine saygı gösterilmesi meşru amacına hizmet ettiği sonucuna varabilir. Ölçülülük değerlendirmesinde ise, AİHM'nin mütakabiliyetin bir sınırlama aracı/tenfiz engeli olarak seçilmesinde AK üyesi devletlerde yeknesak bir anlayışın söz konusu olmadığını, dolayısıyla devletin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu vurgulaması kuvvetle muhtemeldir. İkinci olarak, AİHM tenfiz talebi mütakabiliyet şartı nedeniyle reddedilen davacının daha önce yabancı mahkeme kararıyla yabancı hukuk düzeninde elde etmiş olduğu hakkını tenfiz devletinde de elde etme konusunda tenfiz devleti mahkemelerine başvurma imkânının sunulup sunulmadığına bakabilir. AİHM uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin içtihatlarıyla geliştirmiş olduğu "başvurulabilecek alternatif ve kabul edilebilir yargısal mekanizmanın varlığı" kriterini bura-

da da kullanarak, davacının tenfiz devletinde başvurabileceği yetkili bir mahkemenin varlığı halinde AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Bu iki kriterin yanı sıra, AİHM'nin daha önce başka bir tenfiz şartı için benimsemiş olduğu, *"bir kimsenin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir durumdan şikâyetçi olamayacağı"* içtihadına da istinat etmesi de kuvvetle muhtemeldir. Özellikle tenfize konu kararın ticari ve ekonomik sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzlukların sonucunda verildiği hallerde, tarafların mahkemece verilecek kararın ileride mütekabiliyet şartının arandığı bir ülke mahkemesinde tenfiz ettirme zaruretinin olup olmadığını önceden görebilecek ve buna göre hareket edebilecek bilince ve basirete sahip olduğu söylenebilir. AİHM'nin mütekabiliyet şartının mütekabiliyet şartının varlığının/ yokluğunun doğru ve gerekli özeni göstererek araştırılıp tespit edildiği hallerde, AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediği kanaatine varması halinde, ilgili tarafın -yabancı kararlar tevsik edilen hakkın niteliğine bağlı olarak P-1 m.1'in ve/veya AİHS m.8'in ihlal edilmediğine de kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira diğer tenfiz şartlarına ilişkin kimi içtihatlarında, AİHM'nin AİHS m.6(1) açısından varmış olduğu sonuçtan hareketle ve aynı gerekçeyle şikâyete konu olan diğer hakların ihlal edildiği veya edilmediği sonucuna vardığı görülmektedir.

AİHM nezdinde asıl problem teşkil edecek husus, mütekabiliyet şartının eksik ve hatalı bir şekilde ve gerekli özeni göstermeksizin araştırıp tespit etmeleri halinde ortaya çıkabilecektir. Yine, mütekabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığının hiç araştırılmaksızın tenfiz talebinin kabulüne veya reddine karar verilmesi de aynı sonuca yol açabilir. Zira AİHS'ne taraf devlet mahkemeleri olarak, Türk mahkemeleri yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarını tarafların AİHS'de yer alan haklarıyla bağdaşır bir şekilde görüp karara bağlama, bu kapsamda Türk hukukunda yer alan tanıma-tenfize ilişkin şartların karşılanıp karşılanmadığını söz konusu haklarla bağdaşır bir şekilde araştırıp tespit etme yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla, MÖHUK m.54(a) uyarınca tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında mütekabiliyetin var olup olmadığını resen araştırmak durumunda olan Türk mahkemelerinin, söz konusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini gerekli özeni göstererek titiz bir şekilde araştırmaları gerekmektedir. Nitekim AİHM'nin kimi kararları, bu konuda yeterli ve doğru bilgi sahibi olunmaksızın mütekabiliyetin

karşılanmadığına karar vermenin sadece P-1 m.1 veya AİHS m.8'in değil, AİHS m.6(1)'in de ihlal edilebileceğini dolaylı olarak göstermektedir. AİHM, AİHS m.8 ve P-1 m.1 açısından böyle bir ihlali, MÖHUK m.54(a) hükmünün Türk mahkemelerince tatbikinın başvuru açısından yeterince öngörülebilir olmadığı, bunun da söz konusu hakların sınırlandırılmasına gerekli bir koşul olan kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayandırabilir.

AİHM, benzer bir yaklaşımı, mütakabiliyet şartının yabancı kararın tenfizini gereksiz yere engelleyecek ölçüde dar bir şekilde yorumlandığı haller bakımından da sergileyebilir. Özellikle, MÖHUK m.54(a) hükmünün lafzından her üç türünün de birine eşit ve alternatif olarak düzenlendiğinin anlaşıldığı mütakabiliyetin bu şekilde yorumlanması, davanın koşullarına göre sadece AİHS m.6(1)'in değil, diğer temel hakların da ihlaline yol açabilir. Zira Kanunun açık lafzı karşısında, üç mütakabiliyet türünün araştırılarak bunlardan birinin varlığının tespiti, söz konusu şart bakımından yeterlidir. Dolayısıyla, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığına rağmen, salt yabancı ülkede Türk mahkeme kararlarına yönelik olumsuz bir uygulamanın varlığı nedeniyle tenfiz talebinin reddedilmesi, sadece MÖHUK m.54(a) hükmüyle değil, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yabancı kararların tanınacağı-tenfiz edileceği yönündeki genel eğilimle bağdaşmamaktadır. Daha da önemlisi, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesine karşısında, fiili mütakabiliyetin gerçekleşmediği veya olumsuz yönde bir fiili uygulamanın varlığı gerekçe gösterilerek akdi veya kanuni mütakabiliyetin gerçekleştiği iddialarının Türk mahkemelerince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi davacının AİHS m.6(1)'de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından istifade edememesi anlamına gelecektir. Zira hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate alınması gerekmektedir.

Kaynakça

Arai Yutaka, "Chapter Five - The System of Restrictions", Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed. Pieter van Dijk-Fried van Hoof-Arjen van Rijn-Leo Zwaak, 4th Edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s.340.

- Arat Tuğrul, "Yabancı İlamların Tanınması Ve Tenfizi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.21, S.1-4, 1964, s.421-527.
- Arslan İlyas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- Arslan Öncü Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul 2011.
- Aybay Rona-Dardağan Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aydoğmuş Ayşe Yasemin, AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Çelikel Aysel-Erdem B.Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15.Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Çelikel Aysel-Öztekin Gelgel Günseli, Yabancılar Hukuku, 23.Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Çelikel Aysel-Nomer Ergin-Giray F.Kerem-Esen Emre, Milletlerarası Özel Hukuk-Pratik Çalışma Kitabı, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
- Çiçekli Bülent, Yabancılar Hukuku, 4.Bası, Seçkin, Ankara, 2013.
- Demir Gökyayla Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin, Ankara, 2001.
- Demirkol Özüm, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2016.
- Doğan Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.
- Ekşi Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi, Beta, İstanbul, 2013.
- Ekşi Nuray, Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- Elbalti Belight, "Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark but not Much Bite", *Journal of Private International Law*, Vol.13(1), 2017, s.184-218.
- Ertaş Şeref, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayieter'e Armağan'dan Ayrı Bası).
- Esen Emre, "Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler", *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan, C.15, S.2, 2016.
- Fawcett, J.J.: The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, *International And Comparative Law Quarterly*, Vol.56, 2007, s.1-47.
- Fawcett James J.-Shúilleabháin Máire Ní-Shah Sangeeta, *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Gemalmaz H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, İstanbul, 2009.

- Güven Pelin, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Yetkin, Ankara, 2013.
- Harris David-O'Boyle Michael-Warbrick Colin, *Law on The European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2009.
- İnceoğlu Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4.Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- Karaağaç Ömür, *Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri*, Lykeion, Ankara, 2017.
- Kiestra Louwrens R., *The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law*, Springer, Maastricht, 2014.
- Kinsch Patrick, "Droits l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", *Recueil Des Cours-Collected Courses*, Vol.318, 2005, S.11-331.
- Kinsch Patrick, "Enforcement As A Fundamental Right", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol.32(4), 2014, s.540-544
- Nomer Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Öztekin Gelgel Günseli, "Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, C.23, S.1-2, 2003, s.405-422.
- Ruhi Ahmet Cemal, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- Sakmar Atâ, *Yabancı İllâmların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Saracoğlu İhsan, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.49, S.9-10, 1975, s.817.
- Sargın Fügen, "Yabancı Mahkeme İllâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak "Zamanaşımı"", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl.2017, C.6 S.2.
- Sargın Fügen, *Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları*, Yetkin, Ankara, 1997.
- Sarıöz Büyükalp Ayşe İpek, *AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Spielmann Dean, "Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview", *Cyprus Human Rights Law Review*, Vol.1 No.1, 2012, S.4-24.
- Şanlı Cemal, "Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl.16, S.1-2, 1996, s.71-86.
- Şanlı Cemal-Esen Emre-Ataman Figanmeşe İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6.Bası, Vedat, İstanbul, 2018.
- Tekinalp Gülören, *Türk Yabancılar Hukuku*, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003.

Tezgel Mehmet, Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Adalet, Ankara, 2012.

Tütüncübaşı Uğur, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Adalet, Ankara, 2014.

Yararlanılan AIHM İçtihatları

Ağnidis v. Türkiye, no.21668/02, 23 Şubat 2010

Apostolidi v. Türkiye, no.45628/99, 27 Mart 2007

Avontis v. Letonya, (GC) no.17502/07, 23 Mayıs 2016

Beer ve Regan v. Almanya, 28934/95, 18 Şubat 1999

Brumarescu v. Romanya, no.28342/05, 16 Nisan 2002

Fokas v. Türkiye, no.31206/02, 29 Eylül 2009

Gashi v. Hırvatistan no.32457/05, 13 Aralık 2007

Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, no.22909/10, 11 Aralık 2014

Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005

McDonald v. Fransa, no.18648/04, 29 Nisan 2008

Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008

Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011

Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009

V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014

Vrbica v. Hırvatistan, no. 32540/05, 1 Nisan 2010

Waite ve Kennedy v. Almanya, no.2608 3/94, 18 Şubat 1999.

CEDAW'IN “YAŞLI KADINLARIN KENDİLERİNİN VE İNSAN HAKLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN 27 SAYILI GENEL TAVSİYESİ”NDE KIRILGANLIK KAVRAMI*

CONCEPT OF VULNERABILITY IN CEDAW'S “GENERAL RECOMMENDATION NO. 27 ON OLDER WOMEN AND PROTECTION OF THEIR HUMAN RIGHTS”

Muhammet KOÇAKGÖL**

Özet: CEDAW “Yaşlı Kadınların Kendilerinin ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin 27 sayılı Genel Tavsiyesi”ni çıkarmış ve kırılğanlık kavramı çeşitli yerlerde kullanılmıştır. Kırılğanlık kavramı akademik yazında geniş ve dar anlamlarda ele alınabilmektedir. Bu çalışmada hangi görüşün kadın yaşlılığı bakımından daha uygun olacağı tartışılmış ve tavsiyedeki kullanımın uygun olup olmadığı belirlenmeye çalışılmıştır. Bu iki görüşten hangisinin yaşlı kadınların insan haklarını koruma bakımından daha faydalı olacağı her iki görüşün karşılıklı iddiaları bakımından değerlendirilmiştir. Kırılğanlığı geniş anlamda ele almanın en azından yaşlılık ve kadın yaşlılığı bakımından her tek durumdaki gerekliliklerin farklılaşması anlamında “bağlamı” gözden kaçırma riskini taşıdığı belirtilmiştir. Devamında bu risk bakımından CEDAW’ın kırılğanlığı ne şekilde kullandığı ele alınmıştır. Kırılğanlık dar anlamda ele alındığında, tavsiyede, bağlamın gözetildiği ve doğal afet, temel yaşam kaynaklarına erişim, eşini kaybeden yaşlı kadınların sömürüye açık olması ve benzeri durumların detaylı olarak ele alındığı görülmektedir. Ancak özellikle problem ortaya konurken bağlam ve değer bilgisinden ziyade yaşlı kadınların daha kırılğan oldukları şeklinde bir derecelendirmeye gidilerek gerekçelendirme yapılması riskli olarak değerlendirilebilir. Tavsiyede özellikle kırılğan kavramı kullanılırken *kırılğan* olmaya göre daha detaylı bir derecelendirme yapıldığı için kırılğanlığın geniş tanımına yaklaşıldığı görülmektedir. Ancak böyle bir yaklaşımdan hareket edilirse “Kadınların erkeklere göre daha kırılğan olmadığı durumlar olabilmektedir. Bunların bir örneği olarak “kendini ihmal” hallerinde kadınların insan haklarına yönelik özel düzenlemeye ihtiyacı kalmayacak mı?” gibi bir soru cevapsız kalacaktır. Oysa niceliksel olarak daha kırılğan olmaktan ziyade bağlama dayalı oluşan kırılğanlıklar temel alındığında bu riskin de giderilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

* Bu metnin özeti 2. Çukurova Kadın Çalışmaları Kongresi’nde 29.11.2018 tarihinde bildiri olarak sunulmuştur.

** Arş Gör., Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, kocakgol@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1406-2427, Makalenin Gönderim Tarihi: 09.01.2019, Kabul Tarihi: 09.01.2019

Anahtar Kelimeler: CEDAW, Kırılganlığın Dar Anlamı, Kırılganlığın Geniş Anlamı, Kırılgan, Özellikle Kırılgan

Abstract: CEDAW published "General Recommendation No. 27 on Older Women and Protection of Their Human Rights" and term of *vulnerability* is used in several places. Vulnerability has been used in broad and narrow meanings in the literature. In this study, which opinion is suitable in terms of vulnerability of elderly women has been argued considering usages of the recommendation. Arguments of both sides discussed and which side's arguments are proper for the protection of elderly women's human rights evaluated. It has been stated that defining vulnerability broadly has a risk of missing the context of women elderliness. Then, from the standpoint of that risk how CEDAW used vulnerability has been tried to be propounded. When narrow definition is handled, it is seen that context is considered and specific situations like natural disasters, accessibility to basic resources and elderly widows' riskiness to exploitation are handled in detail. However, especially in revealing the problem considering graduation rather than context and value knowledge seems risky. For example in using *particularly vulnerable* there is more graduation than *vulnerable* and this means *particularly vulnerable* is closer to broad definition of vulnerability when it is compared with *vulnerable*. However, this approach cannot answer such question: "Women are not more vulnerable than men. So, is there no specific need for the protection of human rights of elderly women?" Therefore, it has been concluded that an approach considering context rather than graduation of vulnerabilities could eliminate this risk.

Keywords: CEDAW, Narrow Meaning of Vulnerability, Broad Meaning of Vulnerability, Vulnerable, Particularly Vulnerable

Giriş

Kadına yönelik şiddet, yaşlılara yönelik şiddete göre daha uzun süredir üzerinde durulan bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaşlı kişilere yönelik şiddet de tıpkı kadına yönelik şiddette olduğu gibi kişinin sırf yaşlı olmasından ötürü, yaşçılık veya yaş ayrımcılığı temelinde karşılaşılan ve yaşlı nüfus arttıkça daha da görünür bir sorun haline gelmektedir. Yaşlı olmak ve kadın olmak yaşanan koşullara göre iki ayrı kırılganlığın toplamı olarak onları özellikle dezavantajlı bir konuma itebilmektedir. Bu bağlamda hem kadın hem yaşlı olmanın ayrıca ele alınması gereken bir konu olduğundan bahsedilebilir. Çünkü yaşlılığı kadınlar erkeklere göre daha farklı şekilde yaşamaktadırlar.¹ CEDAW da bununla ilgili olarak 2010 yılında "Yaşlı Kadınların Kendilerinin ve İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin 27 Sayılı Genel Tav-

¹ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 11.

siyesi (General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights)" isimli genel tavsiyesini yayınlamıştır.

Tavsiyede yaşlı kadınlara yönelik insan hakları ihlallerinin neden ayrıca ele alınması gerektiği çeşitli paragraflarda belirtilmiştir. Gerekçeler kadınların erkeklere göre daha fazla yaşaması, kadınların gençken de ayrımcılığa uğraması ve kadınların yaşlılığı farklı şekilde tecrübe etmesi gibi verilerden hareketle gösterilmiştir. Buna göre yaşlılık da kadınlık da toplumsal nedenlerden kaynaklı da olsa kendiliğinden var olan nedenlerden de kaynaklı olsa çeşitli dezavantajları beraberinde getirebilmektedir. İki kırılğanlığın birleşmesi ise daha fazla kırılğanlık doğurabilmektedir. Tavsiyede de yaşlı kadınların *kırılğan*² ve bazen de özellikle kırılğan olmasından bahsedilmiştir. Bu çalışmada da kırılğanlığın dar ve geniş tanımlarına göre tavsiyede nasıl bir yol izlendiği üzerinde durulacak, hangi tanımlamadan hareket edildiği tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken kırılğanlığın geniş tanımında *Jonathan Herring*'in, dar tanımlanmasında ise *Mackenzie/Rogers/Dodds*'un görüşlerine başvurulacaktır. Bu görüşler çerçevesinde kırılğanlığın dar anlamının mı yoksa geniş anlamının mı yaşlı kadınların insan hakları bakımından faydalı olacağı tartışılacaktır. Bu görüşler ve hangi tanımlamanın kadın yaşlılığı bakımından uygun olacağı yönünde ulaşılan sonuç çerçevesinde tavsiye kararında kırılğanlık kavramının geçtiği yerler tespit edilecek ve buradan hareketle kırılğanlığın hangi anlamlarda kullanıldığı belirlenmeye çalışılacaktır. Sonrasında kırılğanlık kavramının hangi anlamının yaşlı kadınlar bakımından tercih edildiği değerlendirilecektir. Tavsiyedeki kullanım şeklinin, yaşlı kadınların insan hakları bakımından ve adaletsizliğe neden olabilecek koşulları görme açısından neden önemli olabileceğiyle ilgili ulaşılan sonuca yer verilecektir.

1. Kırılğanlığın Anlamına İlişkin Görüşler

Kırılğanlık kavramının henüz net bir tanımının yapılmadığı ve bu nedenle çeşitli bağlamlarda kullanılmakta olduğu görülmektedir.

² Kırılğan ve Dezavantaj kavramlarının çeşitli bağlamlarda farkını ortaya koymak mümkündür. Ancak burada kırılğanlık ekseninde ve kırılğanlığın tanımıyla ilişkili olarak değerlendirme yapılacaktır. Bu nedenle de sadece kırılğanlık kavramı kullanılacaktır.

Dezavantaj, muhtaçlık, sömürülme riskiyle karşı karşıya olma, doğal afetler gibi durumlardan etkilenme, cinsel yönelim, cinsiyet ve yaşlılık dâhil birçok kavrama referans yapılarak kırılabilirlik kavramı kullanılabilir. Burada ise kırılabilirliğin bir tanımını yapmaktan ziyade sadece geniş ve dar anlamlarından bahsedilecektir. Hangi tanımlamanın daha doğru veya faydalı olabileceği ise sadece yaşlı kadınların kırılabilirliği bağlamında tartışılacaktır.

1.1. Geniş Anlamda Kırılabilirlik

Kırılabilirliği geniş şekilde ele alan görüşe göre özerk, kendi kendimize yeten, bağımsız, özgür ve başkalarına bel bağlamayan kişiler olduğumuz düşüncesi sürekli pekiştirilmekte ve kırılabilirlik kaçınmamız gereken bir şey olarak gösterilmektedir. Hukuk da bu tutumları onaylar şekilde özgür, özerk, kapasite sahibi kişileri esas almaktadır.³ Oysa insan yaşamının kırılabilirliklerle çevrili olduğundan bahsedilebilir. İnsanın ölüm, hastalıklar, yaralanma ve başkalarının ilgisi/ihtimamı gibi bağımlılıkları bulunmaktadır. Buna ek olarak, başkalarının ihmali, dışlaması, istismarı ve aşağılaması gibi birçok konuda da insanın psikolojik olarak kırılabilir olduğundan söz edilebilir.⁴ İnsanın birçok yönden muhtaç, risk altında, ilgiye ihtiyaç duyan ve daha birçok yönden kendine yetmesinin mümkün olmaması bu şekilde kırılabilirliğin geniş tanımında dayanak olarak kullanılmaktadır.

Kırılabilirlik geniş anlamda tanımlanırken kırılabilirlik insan varlığının kaçınılmaz ve evrensel bir özelliği olarak değerlendirilmektedir. Böylece kırılabilirlik insanın ontolojik bir özgesi olarak insanın kendisinde var olan bir özgesi olarak görülmektedir. Geniş tanımlandığında kırılabilirlik, dezavantaj ve eşitsizlikle ilgili politik ve hukuksal yaklaşımların yeniden değerlendirilmesi ve şekillenmesi konusunda önemli gözükmektedir. Çünkü şekli eşitlik yaklaşımı ve ayrımcılık karşıtı yasalar, bazı eşitsizlikler ve dezavantajların çözümü konusunda başarısız olmaktadır. Buna sebep olarak da liberal düşüncenin bağım-

³ Jonathan Herring, *Vulnerable Adults and The Law*, Oxford Üniversitesi Yay., 2016, s. 1.

⁴ Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds, "Introduction: What Is Vulnerability, and Why Does It Matter For Moral Theory?", *Vulnerability New Essays in Ethics And Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/ Wendy Rogers/Susan Dodds) içinde, Oxford University Press, 2014, s. 1.

sız, özerk, yetişkin kişi tasarımını esas alması ve bu temel üzerinde meydana gelebilecek yapısal adaletsizliklere ve sosyal dışlanmalara karşı yetersiz kalması gösterilmektedir. Oysa bu anlayıştan farklı olarak kırılğan özne yaklaşımı dezavantajla ilgili olarak sadece bireylere sorumluluk yüklemek yerine sosyal politikaların temeline kırılğan özneyi konumlandırmaktadır. Böylece dezavantajlılığın giderilmesi konusunda sorumluluğu bireylere değil devlete yüklemektedir. Bu da liberal öznenin yapamadığını yapmak olarak değerlendirilmektedir.⁵

İnsanın kendisinde var olan bir özellik olarak kırılğanlık, kırılğanlığın sanıldığından daha yaygın olmasından ziyade herkesin kırılğan olduğu iddiasındadır.⁶ Ancak bu durum herkes kırılğansa kişilere veya durumlara yönelik doğru tepkilerde nasıl bulunulacağı sorusunu doğurmaktadır. Buna cevap olarak ise hepimizin paylaştığı kırılğanlıklar olmakla birlikte özel durumlarda özellikle kırılğan, ekta-kırılğan kişilerin olabileceği veya kendi kırılğanlıklarımızın özellikle belirginleşebileceği şeklinde cevap verilmektedir.⁷ Böylece kırılğanlığı geniş şekilde ele alan görüşün kırılğanlıklar arası bir derecelendirme yaptığı görülmektedir.

Kırılğanlığı geniş şekilde ele almanın neden gerekli olduğuyla ilgili kırılğanlık için yapılan tanımlara ve kimlerin kırılğan olduğuna dair yapılan listelere bakılabileceği belirtilmektedir. Buralara bakıldığında dahi kırılğan olmayan çok az insanın olduğu görülmektedir. Örneğin etnik azınlıklar, ağır hastalar, ekonomik olarak dezavantajlı olanlar, mahpuslar, gebe kadınlar ve fetüsler, tam ehliyetli olmayanlar, çocuklar, yaşlı kişiler, evsizler, politik olarak güçsüz kimseler, iyileşmesi mümkün olmayan hastalar ve bunun gibi birçok gruptaki insanlar kırılğan olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir listenin dışında nerdeyse hiç kimse kalmayacağı içinse herkesin kırılğan olduğu iddia edilebilmektedir.⁸ Bu listelerin dışında kalan kişilerin kırılğanlıklarının ise çeşitli imkânlar nedeniyle örtüldüğü savunulabilmektedir. Örneğin birçok insana hayatlarını ve işlerini sürdürülmesi için toplum tarafından asansörler, alışveriş merkezleri, uzatılmış banka çalışma saatleri, sağlık merkezleri, ofislere kadar sunulan yemek ser-

⁵ Mackenzie/Rogers/Dodds, 2014, s. 4-6.

⁶ Herring, 2016, s. 7 ve 10.

⁷ Herring, 2016, s. 17-18.

⁸ Herring, 2016, s. 8-9.

visleri, çocuklar için gündüz bakım evleri, ev temizlik hizmeti, vb. gibi birçok olanak sunulmaktadır. Ancak kişiler bunun farkında olmadığı için bu imkânların kırılganlıkları gizleyecek yapıda olduğu söylenmektedir.⁹

Kırılganlığın kelime kökeninin de herkesin kırılğan olabileceğini destekler nitelikte olduğu belirtilmektedir. Kırılğanlık (vulnerability), "yara (wound)" anlamına gelen Latince "vulnus" kökünden gelmekte ve insan bedeninin acı çekme kapasitesi olarak tanımlanmaktadır. Bu şekliyle de *Fineman* tarafından insanın ontolojik bir durumu olarak değerlendirilmektedir.¹⁰ *Yeni Oxford İngilizce Sözlüğü*'nde de bu tanımla paralel biçimde kırılğan olmak "duygusal veya fiziksel biçimde zarara uğratılma veya saldırıya kalma ihtimali" olarak tanımlanmıştır.¹¹ Herkesin bir saldırıya veya zarara uğratılma ihtimali göz önüne alındığında ve daha önce belirtilen tüm bu gruplar göz önünde bulundurulduğunda bu grupların hiçbirine dâhil olmayan çok az insanın olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla kırılğanlığın sanıldığından daha yaygın olmasından ziyade, hepimizin kırılğan olduğu iddiasında bulunmaktadır. Buna bir başka kanıt olarak da fiziksel ve psikolojik iyilik halimiz için başkalarına bağımlı olduğumuz gösterilmektedir.¹² Ancak bu görüş bakımından kırılğanlığın olumsuz bir durum olarak kabul edilmediği belirtilmelidir. Çünkü insanın bedensel/cismani bir yapıya sahip olduğu ve bunun doğal olarak kırılğanlığı doğurduğu düşüncesine başvurulmaktadır. Başkalarıyla işbirliği yapılmadan yaşamının mümkün olmaması, duygusal destekten ulaşma, elektrikten gıdaya kadar birçok konuda insanların birbirine bir şeyler sunması ve çok az insanın tamamıyla başkalarından bağımsız hayat sürebileceği şeklindeki örneklerin de bu düşüncüyü desteklediği savunulmaktadır.¹³ Bu görüşün karşısında ise kırılğan grupların spesifik olarak bağlama göre tanımlanması gerektiğini savunan ve geniş bir tanımlamanın eleştirildiği, kırılğanlığın dar anlamda ele alındığı görüş bulunmaktadır.

⁹ Herring, 2016, s. 10.

¹⁰ Mackenzie/Rogers/Dodds, 2014, s. 4; Wendy Rogers/Catriona Mackenzie/Susan Dodds, "Why Bioethics Needs a Concept of Vulnerability", *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* içinde, S. 5-2, 2012, s. 19.

¹¹ Herring, 2016, s. 6.

¹² Herring, 2016, s. 7-9.

¹³ Herring, 2016, s. 11.

1.2. Dar Anlamda Kırılgnlık

Dar anlamda kırılgnlık geniş anlamda kırılgnlığın aksine tüm insanların kırılgn olduğuna değil de belirli kişilerin veya grupların kırılgn olduğuna vurgu yapmaktadır.¹⁴ Özellikle yaşlılar ve kırılgn oldukları daha belirgin olan birçok grup bakımından kırılgnlığa geniş anlamda bakıldığında onların nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkabilir. Bununla ilgili de kırılgnlığı dar anlamda ele alan görüşe başvurmak mümkündür.

Kırılgnlığı dar anlamıyla ele alan görüş, kırılgnlığı geniş anlamda ele alan görüşü, çok geniş olduğu ve kırılgnlığı zayıf biçimde tanımladığı için eleştirmektedir. Çünkü bu tür bir yaklaşımı uygulamada kullanmak zor olduğu gibi herkesi eşit biçimde kırılgn saymanın belirli grupların spesifik ihtiyaçlarına cevap vermede yetersiz kaldığı eleştirisi yapılmaktadır. Bu nedenle kırılgnlığı evrensel olarak gören düşüncenin risk altındaki grupların görünür olmasını perdelediği düşünülmektedir. Buna karşı *Fineman*, kırılgnlığın mağdur edilmekle, bağımlılıkla, yoksunlukla ve patolojiyle eş tutulmasını eleştirmektedir. Ancak *Fineman*'ın bu eleştirisine kırılgnlığı dar anlamda ele almanın ayrımcılığa ve klişelerle grupları etiketleme gibi olumsuzluklara yol açabileceği uyarısında bulunularak cevap verilmektedir.¹⁵ Bu uyarının da *Fineman*'ın eleştirisinin de yerinde olmadığı belirtilebilir. Çünkü klişe ve etiketlemelerin mi kırılgnlığa yol açtığı, yoksa kırılgn olmanın mı etiketlenmeye ve klişelere neden olduğu veya hangi ölçüde birbirlerini etkiledikleri bilinmemektedir. Böyle bir ölçümü yapıp genel bir yargıya varmak da mümkün görünmemektedir.

Yaşlılık ve daha spesifik olarak kadın yaşlılığı dar anlamda kırılgnlık kapsamında ele alınabilecek bir durum olarak değerlendirilebilir. Çünkü dezavantaj ve yoksulluğun etkileri erkeklerden çok kadınların üstünde görünmektedir. Bunun yanında yaşçı tutumların aynı zamanda cinsiyetçi olması da yaşlanmayla birlikte kadınların daha olumsuz etkilendiğini göstermektedir. Örneğin bir ilişkide kadının yaşça daha büyük olmasına verilecek tepkiyle erkeğin yaşça daha bü-

¹⁴ Paul Formasa, "The Role of Vulnerability in Kantian Ethics", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds) içinde, Oxford University Press, 2014, s. 88.

¹⁵ Mackenzie/Rogers/Dodds, 2014, s. 6.

yük olmasına verilecek tepkinin kadın aleyhine çok farklı olduğu görünmektedir.¹⁶ Burada erkeğin daha az mağdur olmasının daha önemsiz olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Fakat kadın yaşlıların ayrımcılık konusunda daha kırılgan olmaları ve bundan dolayı yaşlılığı farklı şekilde tecrübe etmeleri bu konuyu ayrıca incelemeyi gerektirmektedir. CEDAW da bunun farkında olarak söz konusu tavsiyeyi çıkarmış ve kadınların yaşlılığı farklı şekilde deneyimlediklerine yer vermiştir. Yaşlı kadınların uğradığı ayrımcılıkların çok boyutlu şekilde yaş ve cinsiyetin her ikisini de içerebilecek biçimde ortaya çıkabildiği belirtilmiştir.¹⁷ Diğer taraftan kadın yaşlılığını geniş anlamda kırılganlık kapsamında ele almanın da mümkün olduğu iddia edilebilir. Çünkü yaşlanmak her insanda olan ve kaçınılmaz bir süreç olarak karşımıza çıkmakta ve bu durum farklılıklara rağmen kadınlar için de geçerlidir. O halde kadın yaşlılığına ilişkin onları koruyucu insan hakları ihlallerini engelleyici kurallar konulurken bu iki yaklaşımdan hangisi tercih edilmeli ki bu durum yaşlı kadınların daha lehine olsun sorusu cevaplandırılmalıdır. Bu soruyu cevaplandırmak da ancak her iki görüşün karşılıklı argümanları ve kadın yaşlılığının özellikleri çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeye mümkündür.

1.3. Kadın Yaşlılığının Geniş Anlamda mı Dar Anlamda mı Ele Alınması Gerektiği Sorunu

Kırılganlığın bir taraftan liberal özne anlayışına ve tam özerk birey tasarımına karşı çıkarak geniş anlamda tanımlandığı, diğer taraftan her kırılgan grubun kendi ihtiyaçları olduğu göz önünde bulundurularak dar tanımlanması gerektiği ileri sürülebilmektedir. Bu iki görüşten hangisinin yaşlı kadınların insan haklarını koruma bakımından daha faydalı olacağı her iki görüşün karşılıklı argümanları bakımından değerlendirilmelidir.

Kırılganlığı geniş ele almayla ilgili temel eleştirilerden birisi herkesin kırılgan olduğu düşüncesinin spesifik kırılganlıkların görülmesini engellediği şeklindedir. Çünkü bu tanımdan hareket etmenin

¹⁶ Jonathan Herring, *Older People in Law and Society*, Oxford University Press, 2009, s. 21-22.

¹⁷ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 11 ve 13.

bağlama göre belirginleşen zararlara yönelik tepki vermeyi sönükleştirmekte olduğu iddia edilmektedir.¹⁸ Bu eleştiriye karşı ise herkesin kırılğan olmasıyla herkesin eşit derecede kırılğan olduğu iddiasının farklı olduğu cevabı verilmektedir.¹⁹ Ancak bu cevabın özellikle kadın yaşlılığı bakımından yeterli olmadığı söylenebilir. Çünkü herkesin eşit derecede kırılğan olmadığını söylemek bağlama göre belli grup veya kişilerin daha kırılğan olduğunu kabul etmek anlamına gelmektedir. O halde kırılğanlığı dar anlamıyla ele alan *Mackenzie/Rogers/Dodds*'un herkesi kırılğan kabul etme yaklaşımını eleştirmesi haklı görülebilir. Çünkü bu yaklaşımın bağlama bağlı zararları ve spesifik kırılğanlıkları görmede yetersiz kalabilmekte ve bir grubun bütün üyelerinin kendi kararlarını veremeyen ihtiyaçlarını gideremeyen kişiler konumuna sürüklenme riski bulunmaktadır. Bu durum da adil olmayan paternalist tepkileri haklılaştırmak için kullanma tehlikesini içerebilecektir.²⁰

Diğer taraftan kırılğanlığı dar tanımlayan görüş kırılğanlıkla özerkliğin zıt kavramlar olarak ele alınıp eleştiriye uğramalarını eleştirmektedir.²¹ Buradan her iki görüşü savunanların da kırılğan grupların veya daha kırılğan grupların gözden kaçırılmaması kaygısı duydukları anlaşılmaktadır. Farklı olanın ise tam özerk öznenin mi esas alınması gerektiği, yoksa kırılğan öznenin mi temel alınması gerektiği sorusu oluşturmaktadır. Ancak tam özerk birey anlayışı haklı olarak eleştirilmekle birlikte bu birey anlayışının çeşitli kısıtlamalara ve müdahalelere karşı bir ölçü olarak da ele alınabildiği, dolayısıyla bu konuda çok daha geniş tartışmaların yapıldığı belirtilmelidir. Bu çalışmada sadece kırılğanlığın kullanılma şekli ve anlamına ilişkin bir değerlendirme yapılmaya çalışıldığı için konuyla ilgili olmasına rağmen tam özerklik-ilişkisel özerklik tartışmasına burada yer verilmemektedir. Ancak kırılğanlığı farklı şekilde değerlendiren her iki görüşün dile getirmeye çalıştığı sorunun kırılğan grupların veya herkes kırılğansa kırılğanlığı daha fazla yaşayanların hak ihlallerine uğramaması ve ayrımcılıkla karşılaşmamaları için neler yapılabileceğine

¹⁸ Rogers/Mackenzie/Dodds, 2012, s. 15-16.

¹⁹ Herring, 2016, S. 23.

²⁰ Rogers/Mackenzie/Dodds, 2012, s. 16.

²¹ Catriona Mackenzie, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability", *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds) içinde, Oxford University Press, 2014, s. 33.

ilişkin olduğu belirtilebilir. Bu kapsamda kadınların yaşlanmayı daha farklı tecrübe ettikleri, gençlik döneminden gelen ayrımcı uygulamalar ve kendi farklılıklarından dolayı ayrı bir değerlendirme konusu yapıldığı CEDAW'ın tavsiyesinden de hareketle belirtilmişti. Bu nedenle somut bir örnek verilmeden hangi görüşün daha yerinde olduğuna karar vermek zor görünmektedir. Verilecek örnek kapsamında kırılğanlığı dar tanımlayan görüşün bağlam odaklı yaklaşımı mı yerinde yoksa kırılğanlığı insanın ontolojik bir özelliği olarak değerlendiren ve farklı derecelerde tecrübe edilebileceğini söyleyen görüşün mü kadın yaşlılığı bakımından haklı olduğu belirlenebilir. Bunun için yaşlı istismarının türlerinden olan kendini ihmal bakımından erkeklerin daha çok risk altında olması nedeniyle bu tartışma yapılabilir.

1.4. Kendini İhmal Örneğinde Kırılğanlık

Öncelikle kırılğanlığı dar ve geniş tanımlayan her iki yaklaşımın büyük ölçüde örtüştüğü söylenebilir. Örneğin CEDAW'da da belirtilen doğal felaketlerde yaşlıların ve özellikle yaşlı kadınların daha yüksek derecede kırılğan oldukları veya felaketin bağlamından ötürü daha kırılğan oldukları örtüşmektedir. Fakat daha spesifik kırılğanlık nedenlerine inildiğinde bu örtüşme yerini çelişkiye bırakabilir. Bunun örneklerinden biri olarak *"İstismarın bir türü olan ihmal konusunda yaşlı kadınlar mı daha kırılğandır yoksa yaşlı erkekler mi daha kırılğandır?"* sorusu ele alınabilir. Eğer derecelendirmeden hareket edilirse bu soruya yaşlı kadınlar daha kırılğandır cevabı verilebilecektir. Çünkü istismarın yaşçı ve cinsiyetçi tutumlarla pekiştirildiği belirtilmektedir.²² Ayrıca yaşlı kadınların yaşlı erkeklere göre daha çok istismar mağduru oldukları genel kabul görmektedir.²³ Cinsiyete dayalı gençken veya çocukken uğranılan ayrımcılıkların yaşlılıkta da etkilerini göstermesi buna kanıt olarak gösterilebilir.²⁴ Ayrıca, kadınların tüm yaşam boyunca erkeklere göre daha düşük statüye maruz bırakılması onların biriken dezavantajlarla yaşlandıklarını göstermekte ve erkeklere göre

²² Herring, 2009, s. 147.

²³ Herring, 2009, s. 158.

²⁴ Ferdous Ara Begum "Women, Lifecycle And Human Rights", Los Derechos De Las Personas Mayores En El Siglo XXI: Situación, Experiencias Y Desafíos (Ed. Sandra Huenchuan) içinde, 2012, s. 282.

istismar konusunda daha kırılğan hale getirebilmektedir.²⁵ Bütün bu verilere bakıldığında yaşlı kadınların istismar bakımından daha yüksek derecede kırılğan oldukları görülmektedir.

Oysa diğer taraftan istismarın türlerine tek tek bakmanın bağlama daha çok yaklaşmak anlamına geldiği söylenebilir. Örneğin bütün istismarların toplamı bakımından kadınların ataerkillik gibi çeşitli nedenlerden ötürü daha kırılğan oldukları iddia edilebilirken²⁶ bu iddia genel anlamda doğru olsa da her bir istismar türü için bu önermenin doğru olduğu söylenemez. Amerika’da resmi olarak bildirilen en yaygın kötü muamele türü olarak kabul edilen kendini ihmal²⁷ bunun doğru olmadığına örnek olarak gösterilebilir.

Kendini ihmal diğer istismar veya kötü muamele türlerinden farklı olarak başkasından gelen bir davranış nedeniyle değil de yaşlı kişinin kendi davranışlarıyla kendi hayatını veya sağlığını tehdit etmesi şeklinde ortaya çıkar. Kişinin kendisine uygun beslenme, barınak, giyim olanaklarını sağlayamaması kendini ihmalin örneklerini oluşturmaktadır.²⁸ Zihinsel olarak yaptığı eylemin sonuçlarını kavrayan yaşlı kişinin bu tür davranışları ise kendini ihmal kapsamına alınmamaktadır.²⁹ Bu tanım kapsamında kendini ihmalde risk faktörleri konusunda yaşlı-yaşlı olmak, az gelire sahip olmak gibi faktörlerin yanında erkek olmak da risk etmenleri arasında sayılmaktadır.³⁰ Örneğin Amerika’da kendini ihmal vakalarında erkeklerin kadınlara oranla kendilerini daha çok ihmal ettikleri görülmektedir.³¹ Dolayısıyla istismar konu-

²⁵ Patricia Brownell, “Neglect, Abuse And Violence Against Older Women: Definitions and Research Frameworks”, *South Eastern European Journal of Public Health* içinde, S. 1, 2014, s. 4-5.

²⁶ Herring, 2009, s. 159.

²⁷ Brian K. Payne/Randy R. Gainey, “Differentiating Self-Neglect as a Type of Elder Mistreatment: How Do These Cases Compare to Traditional Types of Elder Mistreatment?”, *Journal of Elder Abuse & Neglect* içinde, S. 17-1, 2005, s. 22.

²⁸ Emmanouil-Stamos C. Papaioannou/ Ismo Rähä/ Sirkka-Liisa Kivelä, “Self-Neglect Of The Elderly. An Overview”, *European Journal of General Practice* içinde, S. 18, 2012, s. 187; Payne/ Gainey, 2005, s. 23-24.

²⁹ Payne/ Gainey, 2005, S. 24.

³⁰ Robert C. Abrams/Mark Lachs/Gail Mcavay/Denis J. Keohane/ Martha L. Bruce, “Predictors Of Self-Neglect in Community-Dwelling Elders” *The American Journal of Psychiatry* içinde, S. 159-10, 2002, s. 1724; Jason Burnett/Tziona Regev/Sabrina Pickens/Laura Lane Prati/Koko Aung/Jenny Moore/Bitondo Dyer, “Social Networks: A Profile Of The Elderly Who Self-Neglect”, *Journal Of Elder Abuse & Neglect* içinde, S. 18-4, 2007, s. 35; Papaioannou/Rähä/Kivelä, 2012, s. 188.

³¹ Xinqi Dong/Melissa A. Simon/Denis A. Evans, “Prevalence Of Self-Neglect Ac-

sunda kadınların daha kırılğan olduğu düşüncesi yaygın olsa da kendini ihmal konusunda erkeklerin daha kırılğan olduğu ifade edilmektedir.³² Bunun nedenini ise tıpkı istismarın diğer türlerinde kadının daha kırılğan olmasında olduğu gibi toplumsal cinsiyet rolleriyle açıklamak mümkündür. Çünkü erkekler yemek pişirme ve temizlik gibi konularda eşlerine veya partnerlerine bağımlı olabilmekteler.³³ Bakım hizmetlerinin, erkeklerin öz bakımının da kadınlara gördürüldüğü ve toplumsal normlar bakımından bunun normal karşılandığı göz önüne alındığında aynı nedenin iki farklı sonuca yol açtığı görülmektedir.

Birincisi, toplumsal cinsiyete normları istismar bakımından yaşlı kadınları daha kırılğan hale getirmektedir. İkincisi, aynı toplumsal cinsiyet normları yaşlı erkeği istismarın bir türü olan kendini-ihmal bakımından daha kırılğan hale getirmektedir. Burada aynı nedenin farklı iki sonuca yol açması farklı kırılğanlık dereceleriyle değil ancak bağlam farklılığıyla açıklanabilir. Bu da kırılğanlığı geniş anlamda ele almanın en azından yaşlılık ve kadın yaşlılığı bakımından bağlamı gözden kaçırma riskini taşıdığını göstermektedir. Aşağıda bu risk bakımından CEDAW'ın kırılğanlığı ne şekilde kullandığı ele alınacaktır. Bu kapsamda kullanım şekillerinin kırılğanlığın geniş ve dar anlamlarından hangisine denk düştüğü, bağlamın mı derecelendirmenin mi esas alındığı belirlenmeye çalışılacaktır.

2. Tavsiye Kararında Kırılğanlık Kavramının Kullanılma Şekli

CEDAW komitesinin tavsiyesi bütünüyle kırılğanlık ve buna yönelik tavsiyeler içermekle birlikte bu çalışmada sadece kırılğanlık kavramının ne anlamda kullanıldığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle *kırılğan* ve *kırılğanlık/lar* kavramlarının geçmediği paragraflar dışarıda tutulacaktır. Ancak kullanımların anlamını belirlemeye yönelik olarak gerektiğinde metnin diğer kısımlarından da faydalanılacaktır.

ross Gender, Race, and Socioeconomic Status: Findings From The Chicago Health and Aging Project", Gerontology içinde, S. 58, 2012, s. 258 ve 261-262.

³² Susan J. Crichton/John B. Bond/Carol D. H. Harvey/Janice Ristock, "Elder Abuse Feminist and Ageist Perspectives" *Journal of Elder Abuse and Neglect* içinde, S. 10-3/4, 1999, s. 117.

³³ "Abuse And Neglect of Older Adults: Understanding Gender Differences", <https://www.Healthlinkbc.ca/Healthlinkbc-Files/Older-Adult-Abuse-Gender> (Erişim Tarihi: 10.06.2018).

Tavsiyede kırılğan sözcüğü birkaç yerde geçmektedir. Bazı yerlerde *kırılğan/kırılğanlık (vulnerable/ vulnerability)* kavramı tek başına kullanılırken bazı yerlerde özellikle kırılğan (*particularly vulnerable*) kavramı kullanılmıştır. Bu nedenle kırılğanlığın geniş ve dar anlamlarından hangisinin temel alındığı tavsiyede kullanılan *kırılğan* olma ve özellikle kırılğan olma bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilir.

2.1. Kırılğan Olma Bakımından

Tavsiyede kırılğanlık sözcüğü ilk olarak iklim değişiklikleriyle ilgili olarak 25. paragrafta kullanılmıştır. Yaşlı kadınların iklim değişikliğine karşı kırılğanlıkları, toplumsal cinsiyetten de kaynaklı eşitsizliklerle de bağlantılı olarak ifade edilmiştir. Yaşlı kadınların fiziksel ve biyolojik farklılıklarından dolayı doğal afetlere karşı daha dezavantajlı oldukları, sosyal ve kendilerine verilmiş olan normların onları daha kırılğan hale getirdiği belirtilmiştir. Toplumsal hiyerarşinin ve kaynakların eşitsiz dağıtılmasının da yaşlı kadınları daha fazla kırılğanlaştırdığı tespiti yapılmıştır. Yaşlı kadınların kaynaklara ulaşması ve karar verme süreçlerine katılmasının sınırlı olmasının da kırılğanlıklarını artırdığı vurgulanmıştır.³⁴ 35. paragrafta ise bu tespitlere yönelik olarak iklim değişikliği ve felaketlerin yaşandığı durumlarda yaşlı kadınların kırılğanlıklarına duyarlı önlemler alınması gerektiği tavsiye edilmiştir. Bunun için taraf devletlerin yaşlı kadınları iklim değişikliklerinin etkileri ve bunlara adapte olma konusunda karar alma süreçlerine dâhil edecek olanakları sağlaması gerektiği belirtilmiştir.³⁵

Bunlar dışında 49. ve 50. paragrafta mülteci veya devletsiz yaşlı kadınların ve kendi ülkesinde göç ettirilen yaşlı kadınların taraf devletlerce korunması gerektiği ve cinsiyete-yaşa duyarlı uygun yasaların ve politikaların oluşturulması tavsiye edilmiştir. Örneğin güvenilir suyun yaşlı kadınlar için ulaşılabilir olmasına dikkat çekilmiş, suya ulaşmanın aşırı veya lüzumsuz fiziksel güç gerektirmeyecek teknolojilerle desteklenmesi gerektiği konusu ifade edilmiştir.³⁶

³⁴ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 25.

³⁵ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 35.

³⁶ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 49-50.

Tavsiyedeki kullanımına bakıldığında kırılğan olmanın daha çok dar anlamda kullanıldığı görülmektedir. Düzenlemenin kendisinin belli bir kırılğan grup olan yaşlı kadınlara yönelik çıkarılmış olması kırılğanlığın dar anlamda ele alındığını düşündürmektedir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi kırılğanlığı geniş anlamda ele almak herkesi eşit derecede kırılğan saymak anlamına gelmemektedir. Bu nedenle de kırılğanlığı geniş anlamda kullanıp yaşlı kadınların durumu ekstra/süper/ daha fazla kırılğanlık kapsamında da değerlendirilebilecektir.

Tavsiyede yaşlı kadınların durumlarına özgü yaşadıkları zorluklar onların fiziksel yapıları ve toplumsal olarak oluşturulmuş dezavantajlara referansta bulunularak gösterilmiştir. Mülteci veya göç ettirilen yaşlı kadınlar da spesifik bir grup olarak kırılğan nitelendirmesi almıştır. Bu durum kırılğanlığın tavsiyede dar anlamda kullanıldığını göstermekle birlikte kavramsal olarak kullanılmasa da geniş anlamda kırılğanlığa da değinildiği söylenebilir. Örneğin sosyal normların ve toplumsal hiyerarşinin onları "*daha kırılğan*" hale getirdiği belirtilmiştir.³⁷ Buradan da doğal felaketlerde herkesin kırılğan olduğu sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla tavsiye, herkesin kırılğan olduğu iddiasında bulunmasa da yaşlı kadınların dışında kalan grupların veya kişilerin (doğal afet mağdurlarınının, yaşlı erkeklerin vs.) de kırılğan olduğunu söyleyerek kırılğanlığın geniş tanımını da tamamen dışlamamaktadır. Çünkü kırılğanlığın geniş tanımına göre herkes kırılğan olmakla birlikte kırılğanlığı yaşama dereceleri farklılık göstermektedir.³⁸ Buradaki kullanımda da afetzedelerin tamamı kırılğan kabul edilmekle birlikte yaşlı kadın grubunun kırılğanlık derecesi daha fazla olduğu için özel düzenleme getirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kırılğanlığın geniş tanımında yer alan farklı kırılğanlık derecelerinin burada gözetildiği görülmektedir. Dolayısıyla kırılğan olma bakımından tavsiyede bağlam ve kırılğanlık derecesinin birlikte gözetildiği söylenebilir. Bağlamın yanında daha kırılğan olma şeklinde bir derecelendirmenin insan hakları ihlallerini önleme bakımından ne ölçüde doğru olduğu ise sonuç kısmında tartışılacaktır.

³⁷ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, Par. 25.

³⁸ Herring, 2016, s. 17-18.

2.2. Özellikle Kırılğan Olma Bakımından

Tavsiyede özellikle kırılğan olma kavramının doğal felaketlerle ilgili olarak değil de daha çok miras ve yaşlılık öncesi diğer eşitsizlikler bağlamında ele alındığı görülmektedir. Ayrımcılık kapsamında yaşlı kadınların mirastan faydalanamadığı, bazı hukuk düzenlerinde bu hak tanınsa da uygulanmadığı ve eşini kaybeden yaşlı kadınların muhtaç bırakıldığı belirtilmiştir. Bu yüzden de eşini kaybeden yaşlı kadınların mal varlıklarının sömürülmesi bakımından özellikle kırılğan oldukları vurgulanmıştır.³⁹ Yaşlı kadınların özellikle kırılğan olduğu iddiası istismara ve sömürü riskiyle daha fazla karşı karşıya olmalarıyla da ayrıca temellendirilmiştir. Özellikle yaşlı kadınların hukuki ehliyetlerinin avukatları veya aile bireyleri tarafından kullanılmasının onları ekonomik istismara maruz bıraktığı da belirtilmiştir.⁴⁰

Kırılğan olmayla özellikle kırılğan olmanın ilk bakışta aynı şekilde kullanıldığı görülmektedir. Ancak kırılğan olmada bütün bir nüfusun içindeki yaşlı kadınların, yani doğal afet mağdurlarının içindeki yaşlı kadınların daha kırılğan olduğu vurgulanmıştır. Yaşlı kadınların fiziksel güçsüzlüklerinden, sosyal normlardan, hiyerarşiden ve kendilerine dayatılmış normlardan ötürü daha kırılğan oldukları ifade edilmiştir. Oysa özellikle kırılğan olma kavramı yaşlı erkeklere göre daha kırılğan olmayı ifade etmekte kullanılmıştır. Temellendirme için ise istismardan hareket edilmiştir. 26 ve 27. paragrafta kadınların miras haklarından mahrum bırakılması ve hukuki ehliyetlerinin olmaması durumunda ekonomik istismara uğramada özellikle kırılğan oldukları söylenmektedir. Yani genç-yaşlı yaş bakımından geniş bir grup içinde daha kırılğan olmaktan değil, yaşlı erkeklere göre daha kırılğan olmaktan bahsedilmektedir. Bunun için ise özellikle kırılğan olmaktan söz edilmektedir. Dolayısıyla özellikle kırılğanlık kavramı yaş bakımından daha spesifik bir grup içerisinden çıkarılmaktadır.

Bu haliyle özellikle kırılğan olma kavramının da *kırılğan* olma kavramıyla benzer şekilde dar anlamda kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca burada da kırılğanlığın derece farkından bahsedilmiştir. Yaşlı

³⁹ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 26.

⁴⁰ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 27.

erkeklere göre yaşlı kadınların daha kırılğan olduğundan yola çıkılmakta, yaşlı erkek nüfusla bir kıyaslama yapıldığı da anlaşılmaktadır. Yani dar bir gruba göre daha kırılğan olmaktan, kırılğanlığın derece farkından hareket edilmektedir. Bu haliyle de kırılğan içinde kırılğan olmayı ifade etmektedir. Bu yönüyle özellikle kırılğan olmanın özellikle vurgusundan da anlaşılabilceği üzere *kırılğan* olmaya göre daha fazla kırılğan olmayı içerdiği söylenebilir. Bu durumda özellikle kırılğan kavramı kullanılırken kırılğanlığın geniş tanımında vurgusu yapılan kırılğanlığın farklı derecelerde tecrübe edilmesine daha fazla dikkat edildiği görülmektedir.

Buradan hareketle özellikle kırılğan kavramının kullanım şekline kırılğanlığın geniş tanımına biraz daha yaklaşıldığı iddia edilebilir. Çünkü kırılğanlıkta "*afetzedeler-yaşlı afetzede kadınlar*" şeklinde yaş bakımından heterojen bir gruptan hareketle ayırım yapılmışken, özellikle kırılğanlıkta yaş bakımından homojen ve daha dar bir grup olan yaşlılar-kadın yaşlılar biçiminde sadece yaşlılara özgü daha spesifik bir derecelendirme yapıldığı görülmektedir. Bu da özellikle kırılğan kavramı kullanılırken bağlamdan ziyade kırılğanlık derecesine vurgu yapıldığını göstermektedir. Bu durumun da adaletsizliği görmede risk yaratabileceği belirtilmelidir. Bu riskin nasıl oluşabileceği ise "*Kırılğanlığın kullanım şeklinde bağlam neden önemlidir?*" sorusu cevaplanarak ortaya konabilir.

2.3. Kırılğanlığın Kullanım Şeklinde Bağlam Neden Önemlidir?

İlk olarak, bağlama göre hareket etmek, bağlama yönelik birçok eleştiri getirilmesine rağmen adaletsizlikle ilgili koşulları görmede önemli görünmekte ve bir problemin tek tek detaylarını belirtmede gerekli görünmektedir. *Uygur* bağlamdan hareket etmeye yönelik yapılan bilgi ve yargıyla ilgili endişelerin değer ve değerler bilgisinden hareket edilmekle ortadan kaldırılabilceğini belirtmektedir.⁴¹ Bağlamdan hareket eden bu yaklaşımı yargılama dışında kural koymaya da uyarlamak mümkündür. Çünkü bağlama yönelik hukuki düzenleme-

⁴¹ Gülriz Uygur, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2013, s.156-157.

ler yapılabilmektedir. Kırılgan gruplarla ilgili çıkarılan birçok düzenleme ve CEDAW'ın yaşlı kadınların kırılganlıklarına dönük çıkardığı tavsiyenin bunun bir örneğini oluşturduğu söylenebilir. Bu durumda bağlamdan uzaklaşmak adaletsizlikleri oluşturan koşulları görmeme riskini taşımaktadır.

İkinci olarak, kadın yaşlılığıyla ilgili olarak bağlamdan ziyade kırılganlık derecesinden hareket edilmesi ve bağlamın ikinci planda tutulmasının eleştirilmesi haklı gözükmektedir. Çünkü bağlamdan kopulduğunda adaletsizliği oluşturan koşulların yaşlılar bakımından nasıl görünmez olabileceği kendini ihmal üzerinden belirtilebilir. Örneğin feminist teorisyenler açısından şiddet cinsler arası eşit olmayan güç dengesinin, kültürel ve geleneksel olarak da beslenen eşitsiz sosyal yapının bir yansıması olarak değerlendirilmektedir.⁴² Bu önerme kendini ihmal için de doğru olmakla birlikte kendini ihmalin koşulları diğer istismar türlerindeki koşullara göre farklılık göstermektedir. Daha açık ifade etmek gerekirse diğer istismar türlerinde davranış başkasından yaşlı kişiye yönelirken; kendini ihmalde, davranış yaşlı kişinin kendisinden gelmektedir. Bağlamdan ve dolayısıyla kırılganlığın dar tanımlamasından hareket etmek bu nedenle de önemli gözükmektedir.

Üçüncü olarak, liberal özne ve ilişkisel özerkliğin buna karşı durmasından bahsedilmelidir. Liberal özne yaklaşımında kişinin kendi kendine yeten ve tam özerk olduğu varsayılmaktadır.⁴³ Feminist yazında ise bunun gerçeklikle bağdaşmadığı, sadece bir "mit"ten ibaret olduğu söylenmektedir. Bu nedenle de tam özerkliğin karşısına ilişkisel özerklik konumlandırılmaktadır. Bu özerklik anlayışına göre kendi tercihini sahiplenen, sabit bir özne varsayımı eleştirilmektedir, çünkü öznenin değişken ve parçalı bir yapıda olduğu söylenmektedir.⁴⁴ Aynı zamanda kişinin ancak diğer insanlarla ilişkileri bağlamında bir özerkliğinden söz edilebilecektir. Bu kapsamda tam özerk bireyden değil, sadece kişiye sunulan seçenek ve tercihlere bağlı bir özerklikten bahsedilebilir. Bu nedenle ne kadar özerk olunacağı da sosyal koşullara

⁴² Crichton/Bond/Harvey/Ristock, 1999, s. 118-119.

⁴³ Mackenzie, 2014, s. 34.

⁴⁴ Nadire Özdemir, İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey, Turhan Kitabevi Yay., 2016, s.139.

bağlı kalacaktır.⁴⁵ Yani ilişkisel özerklikte, ilişkilerin ve şartların oluşturduğu bağlam önem kazanmaktadır. Dolayısıyla da her bir kırılğanlığın kendi bağlamı içerisinde değerlendirilerek, ilişkisel özerklikten hareket edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bu iddia yerinde olmakla birlikte, bir taraftan kırılğanlığı geniş tanımlayıp, diğer taraftan liberal özne yaklaşımına karşı durmanın çelişkili olduğu iddia edilebilir. Çünkü liberal özne yaklaşımına karşı çıkıp, aynı zamanda bağlamı da görmezden gelmek birbiriyle bağdaşmamaktadır. Neticede tam özerklikğin karşısında ilişkisel özerklik savunuluyorsa bunun adaletsizlikleri görme bakımından tam özerk birey anlayışının ötesine geçmesi gerekir ki hukuki düzenlemelerde temel alınabilsin. Bu da ancak cinsler arası güç ilişkileri gibi etmenleri detaylı ele almayı mümkün kılan bağlamdan hareket etmeyle mümkün görünmektedir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi kırılğanlığın geniş anlamda ele alınması kadın yaşlılığı bakımından bağlamı görmeyi zorlaştırmaktadır. Bu nedenle de ilişkisel özerklikle daha uyumlu olan, yani somut koşulları gözeten dar anlamda kırılğanlıktan hareket edilmesi adaletsizliğin görülmesini daha mümkün hale getirebilecektir.

Sonuç

Tavsiyede kırılğanlık kavramının kullanılış şekli, amaca uygun gözükmektedir. Çünkü bağlama dayalı durumların temel alındığı görülmektedir. Ayrıca metnin yaşlı erkekler ve diğer kırılğan grupların da kırılğanlıklarının farkında olunarak hazırlandığı anlaşılmaktadır. Çünkü yaşlıların korunmasına yönelik daha önce çıkarılmış olan Yaşlanmaya Yönelik Viyana Uluslar arası Eylem Planı, Madrid Eylem Planı ve Birleşmiş Milletlerin Yaşlılara Yönelik Eylem Planı gibi uluslar arası metinlerin CEDAW tarafından onaylandığı ayrıca belirtilmiş, tavsiyede amaçlananın, yaşlı kadınların spesifik ihtiyaçlarına yönelik bir düzenleme oluşturma olduğu ifade edilmiştir.⁴⁶ *Kırılğan* ve özellikle kırılğan kavramlarının da bu amaca yönelik kullanıldığı görülmektedir. Çünkü doğal afetler ve miras konuları gibi ekonomik eşitsizlik-

⁴⁵ Özdemir, 2016, s. 143-144.

⁴⁶ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 2-3.

lerle ilgili konularda yaşlı kadınların kırılğan veya özellikle kırılğan oldukları belirtilmiştir. Kırılğanlığın kullanım şeklinden kırılğan olmaktan kastedilenin insanın ontolojik yapısına ilişkin bir kırılğanlık olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kırılğanlığın dar tanımından hareket edildiği söylenebilir.

Diğer taraftan kırılğanlığı geniş tanımlayan görüşün bir derecelendirmeye başvurduğu düşünüldüğünde ise tavsiyede bu tanımlamanın da dışlanmadığı anlaşılmaktadır. *Kırılğan* kavramı kullanılırken genç-yaşlı bütün bir nüfus olan afetzedeler içinden daha az sayıdaki kadın yaşlılar kastedilirken; özellikle kırılğan kavramının niceliksel bir azlıktan ziyade kadın yaşlıların erkek yaşlılara göre daha kırılğan olduğunu niteleyecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bu nedenle salt hukuk öznesinin kim olması gerektiğinden hareket edilmeyecekse CEDAW'ın tavsiyedeki kırılğanlık kavramını kullanım şeklinin amaca uygun olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Ancak, kırılğanlık konusunda tavsiyede bağlamın öncelikli görülüp görülmemesiyle ilgili olarak olumlu ve olumsuz birtakım eleştiriler getirilebilir. Yaşlı erkeklerin de ayrımcılığa uğradığı, fakat kadınların yaşlanmayı farklı şekilde deneyimledikleri belirtilmesi⁴⁷ bağlamdan hareket edildiğini göstermekte ve bu yaklaşımın temel ihtiyaçlara ulaşmada yaşanan sıkıntılar gibi spesifik adaletsizlikleri görme açısından olumludur. Benzer şekilde yaşlı ve cinsiyetçi tutumların bir araya gelmesinin yaşlı kadınlara yönelik ayrımcılığın çok yönlü oluşunu ortaya koyduğu⁴⁸ ifade edilerek yine bağlamdan hareket edildiği belirtilebilir. Cinsiyete dayalı etiketlemelerin çeşitli istismar türleriyle sonuçlanabileceği⁴⁹ şeklinde yapılan diğer bir temellendirme de yine bağlam bakımından olumlu görünmektedir.

Diğer taraftan bağlamdan değil de kırılğanlığın derecesinden hareket edildiği yerlerde kırılğanlığın geniş tanımına yaklaşıldığı gö-

⁴⁷ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 11.

⁴⁸ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 13.

⁴⁹ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 16.

rılmekte ve bunun bağlamdan kopuk olduğu için gerekçelendirme bakımından olumsuzluk oluşturduğu belirtilebilir. Örneğin yaşlı kadınların toplumda önemli ve değerli bir kaynak olduğunun belirtilmesi nedeniyle yaşa ve cinsiyete duyarlı yasaların çıkarılmasının tavsiye edilmesi⁵⁰ bağlamın ve değer bilgisinin gözden kaçırıldığını göstermektedir. Çünkü toplumda önemli bir kaynak olsun olmasın her insanın insan haklarının korunması gerektiğine bağlamdan ve insanın değeri bilgisinden hareket edilerek ulaşmak mümkündür. Benzer şekilde yaşlı kadın nüfusun yaşlı erkek nüfusa oranla daha fazla olması ve kadınların daha fazla yaşamasından hareket edilmesi⁵¹ yine bağlamdan uzaklaşıldığını göstermektedir. Çünkü durumun niteliğine değil niceliğine bakılarak, bağlamdan hareket edilirkenki detaylı incelemenin aksine yüzeysel bir yaklaşım sergilenmektedir.

Kırılğanlık dar anlamda ele alındığında tavsiyede bağlamın gözletildiği ve doğal afet, temel yaşam kaynaklarına erişim, eşini kaybeden yaşlı kadınların sömürüye açık olması ve benzeri durumların detaylı olarak ele alındığı görülmektedir. Ancak özellikle problem ortaya konurken bağlam ve değer bilgisinden ziyade yaşlı kadınların daha kırılğan oldukları şeklinde bir derecelendirmeye gidilerek gerekçelendirme yapılması riskli görünmektedir. Örneğin tavsiyede özellikle kırılğan kavramı kullanılırken *kırılğan* olmaya göre daha detaylı bir derecelendirme yapıldığı için kırılğanlığın geniş tanımına yaklaşıldığı görülmektedir. Ancak böyle bir yaklaşımdan hareket edilirse "*Kadınların erkeklerle göre daha kırılğan olmadığı kendini ihmal gibi durumlarda onların insan haklarına yönelik özel düzenlemeye ihtiyaç kalmayacak mı?*" gibi bir soru cevapsız kalacaktır. Oysa niceliksel olarak daha kırılğan olmaktan ziyade bağlama dayalı oluşan kırılğanlıklar temel alındığında bu riskin de giderilebileceği belirtilebilir. Dolayısıyla tavsiyede kırılğanlığın dar anlamından hareketle bağlamın ve kadın yaşlılığına özgü adaletsizliklerin tespitinin yapılması olumlu görünmekle birlikte kırılğanlık derecelerine başvurularak bağlama dayalı kimi detayların gözden kaçırılmış olmasının eleştirilebilir olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

⁵⁰ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 8 Ve 29.

⁵¹ CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010, par. 5.

Kaynakça

- “Abuse and Neglect of Older Adults: Understanding Gender Differences”, <https://www.healthlinkbc.ca/healthlinkbc-files/older-adult-abuse-gender> (Erişim Tarihi: 10.6.2018).
- Abrams Robert C./Lachs Mark/Mcavay Gail/Keohane Denis J./Martha L. Bruce, “Predictors of Self-Neglect in Community-Dwelling Elders” *The American Journal of Psychiatry* içinde, S. 159-10, 2002, ss. 1724-1730.
- Begum Ferdous Ara, “Women, Lifecycle and Human Rights”, *Los Derechos De Las Personas Mayores En El Siglo XXI: Situación, Experiencias y Desafíos* (Ed. Sandra Huenchuan) içinde, 2012, ss. 281-298.
- Brownell Patricia, “Neglect, Abuse and Violence Against Older Women: Definitions and Research Frameworks”, *South Eastern European Journal of Public Health* içinde, S. 1, 2014, ss. 1-12.
- Burnett Jason/Regev Tziona/Pickens Sabrina/Prati Laura Lane/Aung Koko/Moore Jenny/Dyer Bitondo, “Social Networks: A Profile of the Elderly Who Self-Neglect”, *Journal of Elder Abuse & Neglect* içinde, S. 18-4, 2007, ss. 35-49.
- CEDAW General Recommendation No. 27 On Older Women and Protection of Their Human Rights, 2010.
- Crichton Susan J./Bond John B./Harvey Carol D. H. /Ristock Janice, “Elder Abuse Feminist and Ageist Perspectives” *Journal of Elder Abuse and Neglect* içinde, S. 10-3/4, 1999, ss. 115-130.
- Dong XinQi/Simon Melissa A./Evans Denis A., “Prevalence of Self-Neglect across Gender, Race, and Socioeconomic Status: Findings from the Chicago Health and Aging Project”, *Gerontology* içinde, S. 58, 2012, ss. 258-268.
- Formasa Paul, “The Role of Vulnerability in Kantian Ethics”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds) içinde, Oxford University Press, 2014, ss. 88-109.
- Herring Jonathan, *Older People in Law and Society*, Oxford University Press, 2009.
- Herring Jonathan, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford University Press, 2016.
- Mackenzie Catriona/Rogers Wendy/Dodds Susan, “Introduction: What Is Vulnerability, and Why Does It Matter for Moral Theory”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds) içinde, Oxford University Press, 2014, ss. 1-29.
- Mackenzie Catriona, “The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability”, *Vulnerability New Essays in Ethics and Feminist Philosophy* (Ed. Catriona Mackenzie/Wendy Rogers/Susan Dodds) içinde, Oxford University Press, 2014, ss. 33-59.
- Özdemir Nadire, *İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey*, Turhan Kitabevi Yay., 2016.
- Papaioannou Emmanouil-Stamos C./Räihä Ismo/ Kivelä Sirkka-Liisa, “Self-Neglect of The Elderly An Overview”, *European Journal of General Practice* içinde, S. 18, 2012, ss. 187-190.

Payne Brian K./Gainey Randy R., "Differentiating Self-Neglect as a Type of Elder Mistreatment: How Do These Cases Compare to Traditional Types of Elder Mistreatment?", *Journal of Elder Abuse & Neglect* içinde, S. 17-1, 2005, ss. 21-36.

Rogers Wendy/Mackenzie Catriona/Dodds Susan, "Why Bioethics Needs a Concept of Vulnerability", *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics* içinde, S. 5-2, 2012, ss. 11-38.

Uygur Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2013.

FEDERAL ALMANYA ÖRNEĞİNDE AB ADALET DİVANI KARARLARININ KESİN HÜKÜM KARAKTERİNE SAHİP ULUSAL MAHKEME KARARLARINA ETKİSİ

IMPACTS OF EUROPEAN COURT OF JUSTICE'S DECISIONS ON FINAL DECISIONS OF NATIONAL COURTS

A. Füsün ARSAVA*

Özet: Alman hukuku AB Adalet Divanı kararlarını yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul etmemektedir. Şüphesiz Birlik hukukunun öngördüğü Äquivalenz prensibi (uyumluluk) AB Adalet Divanı'nın ve diğer AB yargısı içinde yer alan mahkemelerin kararlarının tüm üye devletlerde aynı sonuçlar doğurmasını gerektirmektedir. Bu tür bir mukayese edilebilirlik Alman hukukunda AİHM kararları bakımından söz konusu olmamasına karşın Federal Alman Anayasa mahkemesi kararları bakımından söz konusudur. Bu nedenle birçok durumda Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 79. maddesinin kıyasen AB Adalet Divanı kararlarına uygulanması gündeme gelmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kanunun ilgili maddesinin kıyasen uygulanması yerine bu çerçevede bir kanun değişikliğinin yapılması daha rasyonel gözükmektedir.

Anahtar Sözcükler: Uyumluluk Prensibi, AİHM'nin Kararlarının Etkisi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etkisi, Kesin Hüküm, Etkinlik Prensibi

Abstract: German law does not consider the decisions of the European Court of Justice as a reason for re-trial. Undoubtedly, the Äquivalenz principle stipulated by European Law requires that the decisions of the European Court of Justice and of the courts within European jurisdiction have the same results in all member states. Such comparability is not the case in German law for the ECHR judgments, but in the case of Federal German Constitutional Court decisions. For this reason, in many cases, the article 79 of the Federal German Constitutional Court Law is seen to be relatively implemented on the decisions of the European Court of Justice. Instead of the implementation of the relevant article of the Federal German Constitutional Court, it is more rational to make a change in the law.

Keywords: Äquivalenz Principle, Effect of ECHR Decisions, Effect of Federal German Constitutional Court Decisions, Final Judgment, Efficiency Principle

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, mahmutarsava@hotmail.com, ORCID:0000-0003-2275-7664, Makalenin Gönderim Tarihi: 29.12.2018, Kabul Tarihi: 29.12.2018

I - Giriş:

AB üyesi devletlerin ulusal hukukları birçok konuda AB hukuku tarafından etkilenmektedir. Ulusal ve AB hukuk düzeninin yan yana bulunması her iki seviyede somut konu bağlamında hukuk yollarının ne şekilde düzenlendiği, diğer bir ifade ile AB Adalet Divanı ve ulusal mahkeme kararlarının birbirleriyle ilişkisinin ne şekilde düzenlendiği konusunun açıklığa kavuşturulmasını gerektirmektedir. Bu tartışma özellikle AB Adalet Divanı'nın ulusal mahkeme kararına uygun olmayan bir karar alması durumunda gündeme gelmektedir. Söz konusu problemi günlük yaşamdaki örnekler somutlaştırmaktadır. İçkili olarak araba kullanması nedeniyle Federal Almanya'da davalının ehliyetine el konulmuş ve ehliyetini yeniden kullanabilmesi için bir süre öngörül-müş, davalının ehliyetini yeniden kullanabilmesi için tıbbi-psikolojik bir rapor getirmesi kabul edilmiştir. Öngörülen sürenin dolmasından sonra davalı ikametgâhını başka bir AB ülkesine taşımış ve tıbbi-psi-kolojik rapor gerekmeyen bu AB ülkesinde sürücü izni almıştır. Alman mercileri eksik görülen tıbbi-psikolojik rapor nedeniyle söz konusu sür-ücü iznini tanımaktan imtina etmiştir. Davalı sürücü izni olmaksızın araba kullanması nedeniyle Alman Ceza Kanunu'nun § 21, 2.fıkrasına göre tutuklanmıştır. AB Adalet Divanı daha sonra diğer bir dava çer-çevesinde verdiği kararda ehliyetlerle ilgili direktifte AB-ehliyetlerinin tanınmasına ek koşullar getirilmesinin açık olarak öngörülmemesi ne-deniyile Alman hukukunun AB hukukuna uygun olmadığını hükme bağlamıştır. Bu nedenle ehliyete el koyma sürecinin bitmesi ertesinde ikâmet edilen AB ülkesinde ehliyet verilmesi AB hukukuna göre ya-saldır.¹ Bu bağlamda ortaya çıkan sorun ulusal seviyede kesin hüküm olarak verilen karar ertesinde AB Adalet Divanı kararı ışığında yargıla-manın iadesi prozedürünün işletilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Paralel sorunlar diğer hukuk alanlarında, örneğin özel hukuk alanın-da da ortaya çıkmaktadır (OLG Köln, OLGR Köln 2004, 271). Davacı hukuk mahkemesinde davalı aleyhine açmış olduğu davada davalıyı Almanya'da spor iddiaları yapttırmaktan men eden bir karar aldirtmiştir (§ 1 UWG i.V.m. §284 StGB). Davalının ikametgâh adresi Avustur-ya'dadır ve Almanya'da şans oyunları oynatmak için bir lisansa sahip değildir. Kararın verilmesinden sonra AB Adalet Divanı başka bir pro-

¹ 91/439 tarih ve sayılı AET direktifinin 8.md., 2.fık ve 4.fık için bkz.: ABl.EG, 1991 L237/1

sedür çerçevesinde Alman şans oyunları tekelinin Birlik primer hukukuna uygun olmadığını karara bağlamıştır.

Ulusal mahkeme kararlarının Birlik hukukuna aykırı olmasına rağmen geçerliliğini korumasının mümkün olup olmadığı, AB Adalet Divanı kararları ışığında hangi koşullarla ulusal mahkeme kararları bakımından yargılamanın iadesi prosedürünün işletilebileceği bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

II - Alman usul hukuku düzenlemesi

1 - Genel Değerlendirme

Bu çerçevede her şeyden önce Alman usul hukuku düzenlemelerinin analiz edilmesi gerekmektedir. Alman ceza usul hukuku yargılamanın iadesi prosedürünü Usul Kanunu'nun §§359 vd. maddelerinde düzenlemektedir. Yargılamanın iadesi prosedürü bağlamında hüküm giyenin lehine olan nedenler, Ceza Usul Kanunu §353'de, aleyhine olan nedenler, Ceza Usul Kanunu §362'de düzenlenmiştir. Hukuk davalarında yargılamanın iadesi Hukuk Usul Kanunu §§578 vd.' da düzenlenmektedir. Bu çerçevede ya iptal davası (Hukuk Usul Kanunu §579) yahut yargılamanın iadesi davası (Hukuk Usul Kanunu §580) dayanak oluşturmaktadır.

İdari Yargı Usul Kanunu'nun §153,1. fıkrasında Hukuk Usul Kanunu §578 vd.'na atıfta bulunduğu görülmektedir. İdari Yargı Kanunu'nun §153, 2. fıkrası dava yetkisi bakımından özel bir düzenleme öngörmektedir. Mali mahkeme kararları için Sayıştay Kanunu (FGO) §134, yargı prosedürü ile karara bağlanan hukuki uyuşmazlıklar bakımından Hukuk Usul Kanunu §578 vd.'na atıfta bulunmaktadır. İş Mahkemesi Kanunu (ArbGG) §79 aynı şekilde yargı prosedürü ile karara bağlanan hukuki uyuşmazlıklar için Hukuk Usul Kanunu'na atıf yapmaktadır (§2, fık.1-4 ArbGG). Yargılama prosedürü dışında alınan kararlar bakımından (§2a ArbGG) yargılamanın iadesi söz konusu değildir. Sosyal mahkemelerin kararları bakımından (Sozial Gerichte) aynı şekilde Hukuk Usul Kanunu §578 geçerlidir (§179, fık.2, Sosyal Mahkeme Kanunu-SGG). Sosyal Mahkeme Kanunu §179, 2. fıkrası prosedürde taraf olanların önemli konular bağlamında bilerek yanlış iddialar ileri sürmeleri yahut kasten susmaları ve bu nedenle ceza hukukuna göre mahkûm olmaları durumlarında yargılamanın iadesini

kabul etmektedir. Sosyal Mahkeme Kanun §179, 2. fıkrasında söz konusu yargılamanın iadesi nedeninin farklı koşullara tabi olan iptal yahut yargılamanın iadesi davası ile bağlantısı konusu açık bırakılmıştır. Bu kısa bakış, AB Adalet Divanı kararı ertesinde ulusal hukuk seviyesinde yargılamanın iadesinin mümkün olup olmadığı konusunun Alman hukukunda sadece ceza usul ve hukuk usul kanunu muvacehesinde ele alınmasının mümkün olduğunu, diğer usul kanunlarının hukuk usul kanununa gönderme yaptığını ortaya koymaktadır.

2 -Ceza usul hukuku

Ceza prosedüründe yargılamanın iadesi nedenleri ağırlıklı olarak Ceza Usul Kanunu §§359 Nr.1-6, 362 Nr.1-4' de yer almaktadır. Listede yapılan düzenlemeye bir göz atma bu nedenlerin bütünüyle kesin hüküm karakterine sahip ulusal mahkeme kararının sonraki AB Adalet Divanı kararına aykırılığı bağlamında karşımıza çıkan nedenlere uymadığını göstermektedir. Bu bağlamda ne sahte bir belge (Ceza Usul Kanunu §§359 Nr.1, 362 Nr.1), ne de tanıklar yahut yargıçlar tarafından yapılan usul hukuku ihlalleri söz konusudur. AB Adalet Divanı kararının kesin hüküm karakterine sahip ulusal mahkeme kararının ortadan kalkmasına yol açmaması da bu çerçevede Ceza Usul Kanunu §399 Nr.4 uygulanmasını mümkün kılmamaktadır.

Ceza Usul Kanunu §359 Nr.5' de pratikte karşımıza çıkan en önemli yargılamanın iadesi nedeni öngörülmektedir. Buna göre mahkûm olan lehine yeni olayların veya kanıtların getirilmesi halinde yargılamanın iadesi caiz kabul edilmektedir. Mantıki olarak ulusal mahkeme kararına uymayan AB-Adalet Divanı kararı yeni bir durum ve bu nedenle yeni bir olay olarak görülebilir. Hukuki değerlendirme konusu olan hukuki olayların Ceza Usul Kanunu §359 Nr.5'in kapsamına girmediği konusunda bir mutabakat bulunmaktadır.² Bu nedenle içtihat değişiklikleri ve yeni ortaya çıkan hukuki hatalar yargılamanın iadesi nedeni olarak görülmemektedir.³ Bu durum kesin hükümlerin hukuki barışı sağlama fonksiyonu ile açıklanmaktadır.

² Wilhelm Schmidt, "Strafprozessordnung §§430-444", bkz.: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7.Aufl. 2013, §359 StPO, Rn.19

³ Helmut Frister, "Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten", bkz.: Jürgen Wolter, (Hrsg.). Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4Aufl. 2016, §359 StPO, Rn.38 vd.

Ceza Usul Kanunu'nun §359 Nr.6'sı önceki düzenlemelerden farklı olarak pür hukuki hatalarda yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Ceza Usul Kanunu'nun §359 Nr.6'sı 1998'de yeniden düzenlenmiştir (BGBl. 1998 I, s.1802). Söz konusu hüküm mahkûm olan lehine AİHM'nin AİHK'nın ihlâlini tespit ettiği durumlarda mahkeme kararının bu ihlâle istinat ettiği durumlarda yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Hükümün kapsamı tartışmalı olsa da lâfzı itibariyle sadece AİHM kararları ile sınırlı olduğu açıktır. Mukayese edilebilir bir düzenleme Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79, 1.fıkrasında görülmektedir. Söz konusu hüküm Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin belli kararları ertesinde ceza davaları bakımından yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Bu düzenleme de lâfzen Federal Alman Anayasa mahkemesi kararları ile sınırlıdır. Sonuç olarak Ceza Usul Kanunu'nun en azından ilk bakışta AB Adalet Divanı kararları ertesinde yargılamanın iadesine izin vermediği görülmektedir. Geçmişte bu konuda bir kanun değişikliği önerilmiş olsa da, bu değişiklik gerçekleştirilememiştir. Ceza usul hukuku bunun ötesinde geniş yorum bakımından bir ipucu içermemektedir.

3 - Hukuk Usul Kanunu

Hukuk Usul Kanunu iptal davaları (Usul Kanunu §579) ve yargılamanın iadesi (Usul Kanunu §580) davaları arasında ayırım yapmaktadır. §579'da İptal davalarıyla bağlantılı olarak mahkeme heyetinin yanlış oluşturulması, dava taraflarının doğru temsil edilmemesi durumunda gündeme gelen yargılamanın iadesi bağlamında ulusal kesin hükümden sapan AB Adalet Divanı kararlarına yer verilmemektedir. Yargılamanın iadesi talebi hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 1-8'de dile gelen koşulların yerine getirilmesi halinde kabul edilmektedir. Konuya yakından bakıldığında bu çerçevede de AB Adalet Divanı'nın ulusal kesin hükümden sapan kararlarının yargılamanın iadesi nedeni olarak karşımıza çıkmadığı görülmektedir. Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr. 1-5'i dava ile bağlantılı suç teşkil eden eylemleri, örneğin karşı tarafın yemin mükellefiyetini ihlâlini (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 1), belge sahtekârlığını (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 2), yalan ifade (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 3) veya diğer suç teşkil eden eylemlerin temsilci yahut karşı taraf yahut onun temsilcisi tarafından (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 4) işlenmesini yahut yargıçların görev yüküm-

lülüklerini (Hukuk Usul Kanunu §580 Nr. 5) ihlâl etmesini yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul ettiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak yargılamanın iadesi talebi sadece bu çerçevede verilmiş ceza kararı dayanağında söz konusu nedenler ışığında kabul edilebilir (hukuk usul kanunu §581, fık.1). Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr. 6'sı yargılamanın iadesini, kararın istinat ettiği diğer mahkeme kararının ortadan kaldırılması koşuluna bağlamaktadır. Bu çerçevede tartışma konusu olan durum ise bir kararın mevcudiyetinin ortadan kalkması değil, kesin hüküm karakterine sahip ulusal mahkeme kararına ters düşen bir AB Divan kararının mevcudiyetidir. Bunun dışında AB Adalet Divanı kararının ulusal mahkeme kararından sonra verilmesi nedeniyle ulusal mahkeme kararının AB Adalet Divanı kararına istinat etmesi söz konusu değildir. Bu durum Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr.6'nın bu çerçevede uygulanamayacağını ortaya koymaktadır.⁴

Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7'de yargılamanın iadesinin caiz kabul edildiği iki başka durumu düzenlemektedir. Nr.7,a-bendinde tartışma konusu kararın kesin hüküm karakterine sahip önceki tarihli ulusal mahkeme kararına aykırılığı ele alınmaktadır. Bu durum ya her iki uyumsuzluk konusunun aynı olması, ya da tartışma konusu kararın diğer bir kararın içtihat etkisine sahip saptamalarına ters düşmesi halinde ortaya çıkmaktadır. AB Adalet Divanı kararının söz konusu tartışma bağlamında daha sonraki tarihli olması ve başka bir uyumsuzluk konusuna ilişkin olması nedeniyle Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendinin bu çerçevede uygulanması mümkün değildir. Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendi dava tarafının daha uygun bir sonuca yol açan bir belge sunması durumunu düzenlemektedir. Düzenleme özel bir durum olarak yeni bir kanıtın ortaya çıkmasını ele almaktadır. Diğer belgeler arasında Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, a-bendinde sayılmayan mahkeme kararlarının da kanıt vasıtası olmaları nedeniyle belge olarak mütalâa edilmesi mümkündür. Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendi şüphesiz sadece tartışma konusu kararın verildiği tarihte mevcut olan belgelere ilişkin düzenleme öngörmektedir.⁵ Tartışma konusu kesin hüküm karakterine sahip karardan sonra ihdas edilen

⁴ Johann Braun, "Kommentar §580", Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Wolfgang Krüger/ Thomas Rauscher/Ingo Drescher/Gero Götz (Hrsg.), Bd.2, 5.Aufl. ZPO, Rn.38

⁵ Johann Braun, ibid.

kararlar (AB Adalet Divanı kararları gibi) Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.7, b-bendi düzenlemesinin konusu değildir.⁶

Hukuk Usul Kanunu §580, Nr.8, 2006'da ikinci yargı reformu kanunu olarak Hukuk Usulü Kanunu'na girmiştir. Söz konusu hüküm -Ceza Usul Kanunu'nun örnek teşkil eden §359 Nr.6'sına paralel olarak- AİHM'nin AİHK'nın ihlâlini saptaması ve tartışma konusu kesin hüküm karakterli ulusal mahkeme kararının AİHK ihlâline istinat etmesi koşulu ile yargılamanın iadesini kabul etmiştir. Söz konusu hükümde açık şekilde AİHM'den söz edilmesi nedeniyle hükmün AB Adalet Divanı kararlarını kapsayan yorum alanı bıraktığını söylemek mümkün değildir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79, 1.fıkrası sadece ceza kararları bakımından yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Bu durum ilk bakışta özel hukukta AB Adalet Divanı kararları bağlamında yargılamanın iadesinin kabul edilmediğini göstermektedir.

III - AB Hukuku

Ortaya çıkan tablo bu sonucun AB hukuku ile bağdaşır bağdaşmadığı sorusunu gündeme taşımaktadır. Bu sorunun cevabı için öncelikle uygulanan AB hukukunun yargılamanın iadesini isteyip istemediğinin cevaplandırılması gerekmektedir.⁷ AB hukukunda da kesin hükümlere hukuk barışını temin etme fonksiyonu tanınmaktadır. AB Adalet Divanı sürekli içtihatında üye devletlerin Birlik Hukukuna aykırı kesin hüküm karakterli ulusal mahkeme kararlarının geçerliliğini engellemekle yükümlü olmadığını vurgulamaktadır.⁸ AB Anlaşması'nın 19. madde, 1. fıkrasından Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi ile bağlantılı olarak hukuki himayenin başka bir şekilde sağlanmasının mümkün olduğu durumlarda mevcut ulusal hukuki araçları genişletme konusunda üye devletlerin bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu istihraç edilmektedir.⁹ Geçmişte birçok kez bu prensibe

⁶ Gert Meier, "Anmerkung", EuR, 1976, s.158 vd. s.161

⁷ Dörte Poelzig, "Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts", JZ, 2007, s.858,860 vd.

⁸ Michael Köber/Stefanie Schmahl. "Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Effektivität des Unionsrechts?", EuZW, 2010, s.927 vd.

⁹ Kanun sözcüsü Niilo Jääskinen'in 23.04.2015 tarihli nihai talebi için bkzn. Rs.C-69/14 (Dragoş Constantin Târşia gegen Statul român, Rn.28

istisna getirildiği görülmektedir.¹⁰ Bu bağlamda nihai bir mahkemenin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 267. madde, 3. fıkrasından doğan AB Adalet Divanı'na ön karar başvurusu mükellefiyetini yerine getirmemesinin Birlik Hukuku muvacehesinde ilgili devletin sorumluluğuna yol açtığı göz ardı edilmemesi gerekmektedir.¹¹ Bu şekilde kesin hüküm karakterine sahip olan bir ulusal mahkeme kararının mükellefiyet ihlâli nedeniyle yeniden AB yargı prosedürü konusu olması mümkündür.¹² Devletlerin sorumluluğu bağlamında prosedürün konusu şüphesiz farklıdır. İdari tasarrufların Birlik hukukuna aykırılıkları durumunda mahkeme belli koşullarla tasarrufların geri çekilmesi mükellefiyetini kabul etmiştir.¹³ AB Adalet Divanı'nın Lucchini¹⁴ davasında verdiği karar bu bağlamda önemlidir.

Bu davada ulusal mahkemeler AB Komisyonu'nun yardımların caiz olmadığını tespit etmesine rağmen yardımların caiz olduğu yönünde karar vermiştir. AB Adalet Divanı kesin hüküm karakterli farklı bir kararın mevcudiyetine rağmen yardımların geri istenmesinin caiz olduğunu, aksi halde Komisyonun bu çerçevedeki münhasır yetkisinin zarar göreceğini karara bağlamıştır. Divan, ulusal mahkemenin bu normların tam etkinliğini sağlama bakımından sorumlu olduğunu, bu bağlamda gerekli olduğu takdirde ulusal hukukun AB hukukuna ters düşen hükümlerini mahkemenin kendi karar yetkisine istinaden uygulama dışında bırakması gerektiğini karara bağlamıştır. Bu şekilde Divan AB hukukunun iki temel prensibine atıf yapmıştır. Bunlar etkinlik ve Äquivalenz (eşdeğerlilik) prensibidir. Her iki prensip de AB anlaşmasının 4. madde, 3. fıkrasında yer alan sadakat içinde işbirliği ilkesinden istihraç edilmektedir. Etkinlik prensibi Birlik hukukunun icrasının imkânsız kılınmamasını yahut ölçü dışı zorlaştırılmamasını öngörürken, Äquivalenz prensibi Birlik hukuku sorunlarına benzer ulusal hukuk sorunlarına nazaran daha olumsuz yaklaşılması ge-

¹⁰ Dörte Poelzig, ibid

¹¹ bkz. EuGH, Urteil, 30.9.2003, Rs.C-224/01 (Köbler), ECLI: EU:C:2003:513, Slg.2003, I-10239

¹² Dörte Poelzig, ibid.

¹³ EuGH, Urteil, 13.01.2004, Rs. C-453/00 (Kühne&Hertz NV), ECLI:EU:C:2004:17, Slg.2004, I-00837, Rn.28

¹⁴ EuGH, Urteil, 18.07.2007, Rs. C-119/05 (Lucchini), ECLI:EU:C:2007:434, Slg.2007, I-06199, Rn.63

rektiğini öngörmektedir.¹⁵ Lucchini olayında kararın kaldırılması Komisyon kararının etkin olarak icrası bakımından gerekli kabul edilmiştir. Lucchini kararı bu prensibin teyidi olarak görülmektedir. Ön karar başvuru mükellefiyetinin ve idari tasarrufları geri alma mükellefiyetinin ihlâlinde devletlerin sorumluluğu iddiasının kabul edilmesi etkinlik prensibi muvacehesinde açıklanmaktadır. Yargılamanın iadesi gerekliliği Birlik hukuku ihlâlinin kapsamına bağlıdır.

Äquivalenz prensibi Birlik hukukunun benzer durumlarda ulusal hukuka nazaran daha kötü muamele edilmemesini istemektedir. Yargılamanın iadesi bakımından bunun anlamı ulusal hukukta öngörülen yargılamanın iadesi olanağının AB-Adalet Divanı kararlarını kapsayacak şekilde yorumlanmasıdır. Impresa Pizzarotti davasında ön karar başvurusu yapan mahkeme İtalyan hukukunun belli koşullar altında kesin hüküm karakterli kararlarından dönmeyi mümkün kıldığını dile getirmiştir.¹⁶ AB Adalet Divanı mahkemenin bu olanaktan istifade etmesini, bu şekilde karar ile ortaya çıkan Birlik hukukuna aykırı durumu revize etmesini karara bağlamıştır.

Ulusal hukukun yorum bakımından hareket alanı bırakmadığı durumlarda ne olacağı konusunda Târşia davası perspektif sunmaktadır.¹⁷ Dragos Constantin Târşia Romanya hukuk mahkemesi tarafından ağır vasıtası için çevre vergisi ödemeye mahkûm edilmiştir. AB Adalet Divanı'nın başka bir dava çerçevesinde¹⁸ bu tür bir verginin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 110. maddesi ile bağdaşmadığını karara bağlaması üzerine D.Constantin Târşia hukuk davasının yeniden görülmesini talep etmiştir. Romanya hukuku hukuk usulünde değil, idari usul hukukunda AB Adalet Divanı kararları bakımından özel bir yargılamanın iadesi nedeni kabul etmiştir. Romanya hukuk mahkemesi AB Adalet Divanı'na yaptığı önkarar başvurusunda, ulusal hukukun yargılamanın iadesi olanağını sadece idari usul hukukunda öngörmesinin Birlik hukukuna uygun düşüp düşmediğini sormuştur. Diğer davalarda olduğu gibi AB Adalet Divanı bu dava-

¹⁵ bkz.: EuGH, Urteil, 03.09.2009, Rs. C-2/08 (Fallimento Olimpiclub), ECLI:EU:2009:506, Slg.2009, I-07501, Rn.24

¹⁶ EuGH, Urteil, 10.7.2014, Rs. C-213/13 (ImpresaPizzarotti), ECLI:EU:C:2014:2067, Rn.55

¹⁷ EuGH, Urteil, 6.10.2015, Rs. C-69/14 (Târşia) ECLI:EU:C:2015:662

¹⁸ EuGH, Urteil 7.4.2011, Rs.C-402/09 (Tatu), ECLI:EU:C:2011:219, Slg.2011, I-2711

da da kararına Äqivalenz ve etkinlik prensibini esas almıştır. Etkinlik prensibi muvacehesinde AB Adalet Divanı yeniden hukuka olan güvenin özel anlamını vurgulamış, ancak aynı zamanda devletlerin sorumluluğu olasılığına atıfta bulunmuştur. Aslında D.Constantin Târşia'nın tazminat ile zararının telafi edilmesi mümkünken Divan Äqivalenz prensibi muvacehesinde durumu değerlendirmiştir. Äqivalenz prensibi bu bağlamda farklı tabiata sahip uyumsuzluklar için ulusal usul düzenlemelerinin aynı olmasını değil, ulusal hukuk ihlalleri ile AB hukuku ihlallerinin aynı şekilde muamele edilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan ulusal hukukun mahkemelerin kimi kararları için yargılamanın iadesi prosedürünü kabul etmemesi Äqivalenz prensibine aykırılık teşkil etmemektedir. Târşia davasında kanun sözcüsü N. Jääskinen nihai talebinde Äqivalenz prensibinin anlamını kapsamlı şekilde irdelemiş ve Romanya Hukuk Usulü Kanunu'nun 322. maddesine göre kesin hüküm karakterli kararın ertesinde AİHM'nin yahut Romanya Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesi durumunda yargılamanın iadesinin mümkün olduğuna dikkat çekmiştir.¹⁹

Bu çerçevede ortaya çıkan sorun anayasa mahkemesi ve AİHM kararlarının yargılamanın iadesini haklı kıldığı durumlarda AB Adalet Divanı kararlarının farklı muamele edilmesi, diğer bir ifade ile Äqivalenz prensibinin ihlâl edilmesidir. Kanun sözcüsü fazla detaya girmeden böyle bir durumda Äqivalenz prensibinin ihlâl edilmiş olacağını kabul etmiştir. Birlik hukuku söz konusu durumda ulusal hukuka nazaran daha kötü icra edilmektedir. Äqivalenz prensibinin ihlâli ancak benzer durumlar bakımından kabul edilmektedir. Değerlendirmenin diğer esaslar yanı sıra ulusal hukukun ilgili karara vermiş olduğu hiyerarşi esas alınarak genel olarak değil, somut örnekte yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede kurumsal mukayese edilebilirlik durumunda Äqivalenz prensibi ve AB Anlaşması'nın 4. madde, 3. fıkrası muvacehesinde eşit muamele gerekliliği doğmaktadır. Bu nedenle takip eden bölümde AB Adalet Divanı kararları ertesinde yapılan yargılamanın iadesi ile AİHM ve Anayasa mahkemesi kararları ertesinde Alman hukukunda öngörülen esaslara göre yapılan yargılamanın iadesi arasında ne ölçüde benzerlik bulunduğu konusu ele alınacaktır.

¹⁹ Kanun sözcüsü Jääskinen'in 23.4.2015 tarihli nihai talebi için bkz. Rs. C-69/14 (Târşia), Rn.7

III - AİHM ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi ile mukayese edilebilirlik

1 - AİHM ile mukayese edilebilirlik

Ceza usul Kanunu §359, Nr.6 ve Hukuk Usul Kanunu §580, Nr.8' de yer alan hükümleri muvacehesinde verilen kararlar bakımından karar AİHM tarafından tespit edilen bir ihlâlâle istinat ettiği nispette yargılamanın iadesi mümkündür. Daha yeni tarihli olan Hukuk Usul Kanunu §580, Nr.1'da yer alan formülasyonunu Ceza Usul Kanunu'ndan alması nedeniyle her iki hükmün içeriği birbirleriyle aynıdır.²⁰ Bunun sonucu olarak her iki hükmün prensip olarak aynı şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Hâkim olan görüşe göre AİHM kararının aynı dava çerçevesinde verilmesi halinde Ceza Usul Kanunu'nun §359, Nr.6'sının uygulama bulması mümkündür.²¹ Bu sonuç verilen kararların inter partes bağlayıcılığını öngören AİHK'nun 46. maddesinden istihraç edilmektedir. Başka dava taraflarıyla ilgili olarak verilen kararlara istinaden yargılamanın iadesini mümkün kılan bir kanun tasarısının bu nedenle kabul görmesi mümkün değildir. Başka dava tarafları için verilen kararlar yargılamanın iadesine dayanak oluşturamaz. Bu yaklaşıma esas olan düşünce yargılamanın iadesi talebini yapma hakkının aktif şekilde insan hakları ihlâlâlinin tespiti için uğraş verenlere saklı tutulmasıdır. Bu çerçevede münferit kişilerin, kişi gruplarının münhasıran bireysel başvuru yoluyla AİHM'ne başvuru olanağına sahip olduğunun dikkate alınması gerekmektedir (AİHK, md.34). Böyle bireysel başvuru ancak sadece iç hukuk yollarının tüketilmesi ve nihai kararın verilmesinden itibaren 6 ay içinde yapılabilir. (AİHM, md.35, fık.1); bu çerçevede başka dava tarafları için verilen kararlara istinaden yargılamanın iadesi talebi yapılmasının 6 aylık sürenin aşılması gibi bir sorunun ortaya çıkmasına yol açacağı göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Ceza Usul Kanunu §359,Nr.6 ve hukuk usul kanununun §580, Nr.6 şikâyetçinin kendi hakkını koruma adına başvuru yapmasını esas alması gibi AB Adalet Divanı nezdinde açılan davalarda da davacının kendi hakkı-

²⁰ Johann Braun, "Restitutionsklage, wegen Verletzung der europäischen Menschenrechtskonvention", NJW, 2007,s.1620 vd.

²¹ Konstantin Bajohr, Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme, 2008, s.94 vd.

nı elde etme adına dava tarafı olması AB Adalet Divanı kararlarının AİHM kararları ile mukayese edilebilirliğini ortaya koymaktadır.

AB Adalet Divanı nezdinde açılan davaların birçoğu ancak bireysel başvuruya izin vermemektedir. Sadece iptal davaları gerçek kişiler bakımından bu olanağı tanımaktadır.²² Bu davanın AB organlarının tasarruflarına karşı bireyler tarafından açılması mümkündür. Teorik olarak AB tasarrufu esas alınarak verilen mahkûmiyet ertesinde bireylerin söz konusu AB tasarrufu aleyhine AB Adalet Divanı nezdinde iptal davası açması mümkündür. İptal davasının şüphesiz hukuki tasarrufa muttali olunduktan itibaren iki ay içerisinde açılması gerekmektedir (AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 263. md., 6.fıkrası). İlgilinin en geç ilk derece mahkemesinin kararı itibarıyla bilgi edindiğinin esas alınması nedeniyle iptal davası ve iç hukuk yollarının tüketilmesi prosedürünün paralel cereyan etmesi gerekmektedir. Karara esas olan AB tasarrufunun geçersizliği konusunda tereddüt olduğu takdirde karardan etkilenen tarafın iç hukuk yollarını tüketeceği varsayımından hareket edilmektedir. Böyle bir durumda nihai mahkemenin davayı askıya alarak AB Adalet Divanına başvuru yapma mükellefiyeti doğmaktadır. Davanın askıya alınması nedeniyle yargılamanın iadesi için önkoşul teşkil eden kesin hüküm karakterli bir karar verilmesi mümkün değildir. AB Adalet Divanı kararının ancak derdest davada dikkate alınması mümkündür. Aynı durum ön karar prosedürü bakımından geçerlidir. Ön karar prosedürü ancak bireysel bir dava değildir. Ön karar prosedüründe de dava askıya alınır ve ulusal mahkeme ancak ön karar gelmesi ertesinde kesin hüküm karakterli bir karar verebilir.

AB Adalet Divanı nezdinde bireysel olarak açılan davada verilen kararın kesin hüküm karakterli ulusal mahkeme kararı ile uyumsuzluğa düşmesi durumunun dava tarafının eş zamanlı olarak iptal davası açmasına karşın ulusal karara karşı kanun yoluna başvurmayı ihmal etmesi veya Divan nezdinde açılan davanın sürüncemede kalması veya ulusal mahkemenin geçersizlik iddiası bağlamında AB Adalet Divanı'na ön karar başvurusu yapmaması ile ortaya çıkması mümkündür. Ulusal mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvurulmaması durumunda AİHM'ne bireysel başvuru için öngörülen iç

²² AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 263.md., 4. fıkrası

hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle Ceza Usul Kanunu §359 nr.6'nun ve Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.8'inin AB Adalet Divanı kararları bakımından paralel uygulanması mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda AİHM kararları ile AB Adalet Divanı kararlarının aynı şekilde muamele görmesi mümkün olmayacaktır. İkinci olasılıkta farklı bir değerlendirme söz konusudur. Zira uyuşmazlığa AB Adalet Divanı'nın yavaşlığı veya ulusal mahkemenin AB Adalet Divanı'na başvuru mükellefiyetinin ihlâli yol açmaktadır. Diğer bir ifade ile iki mahkeme kararı arasındaki uyuşmazlığın sorumluluğunun böyle bir durumda dava tarafına yüklenmesi mümkün değildir. Ön karar başvuru mükellefiyetinin ihlâline karşı açılması mümkün olan anayasaya şikâyeti davasının böyle bir durumda da açılması mümkündür.²³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi anayasa şikâyeti davası sonucunda kararı iptal edebilir veya davayı reddedebilir.²⁴ Oldukça istisnai olan bu durumda Birlik hukukunun etkinliğinin zarar görmemesi nedeni ile yargılamanın iadesine gerek görülmemektedir.

AİHM ve AB Adalet Divanı'nın usul hukuklarının birbirinden çok farklı olması iki mahkemenin kararlarının mukayesesine izin vermemektedir. Äquivalenz prensibi bu nedenle Ceza Usul Kanunu'nun §359 Nr.6'sı ve Hukuk Usul Kanunu'nun §580 Nr.8'i muvacehesinde AB Adalet Divanı ve AİHM kararlarının eşit muamele edilmesini gerektirmemektedir.

2 - Anayasa Mahkemesi

a - Anayasa Mahkemesi Kanunu §79

Kesin hüküm karakterli kararlara anayasa mahkemesi kararlarının etkisi Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'da düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun anayasa şikâyeti davasında mahkeme kararının kaldırılmasına izin veren §95, 2.fıkra hükmü bir istisna olarak sadece anayasa şikâyeti davası açan bakımından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'da öngörülen koşullarla Anayasa Mahkemesi kararları istisnai olarak üçüncü

²³ Ulrich Karpenstein, "Das Vorabentscheidungsverfahren", bkz.: Stefan Leible/ Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2014, §8, Rn.74 vd.

²⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §95, fık.2

kişiler bakımından da geçerlidir. Hâkim olan görüşe göre bu çerçevede Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'da karşımıza çıkan düzenleme sadece anayasa şikâyetçisine yargılamanın iadesi olanağı veren Ceza Usul Kanunu §359 Nr.6'da ve Hukuk Usul Kanunu §580 Nr.6'da öngörülen düzenlemelerden önemli şekilde ayrılmaktadır. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrası kesin hüküm karakterine sahip cezai kararlara ilişkindir. Mahkeme kararlarının hükümsüz veya GG (Alman Anayasası) yahut onun yorumu ile bağdaşmaz ilan edildiği durumlarda Ceza Usul Kanunu §359 vd.'na göre yargılamanın iadesi caiz kabul edilmektedir. Diğer bütün kararlar için Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 2. fıkrası geçerlidir. Buna göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 muvacehesinde hükümsüz ilan edilen normlara istinat eden kararlar olduğu gibi kalmaktadır. Bu kararların şüphesiz icra edilmesi mümkün değildir (Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79, 2. fıkra, 2.cümle). Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 2.fıkrasında yer alan hüküm münhasıran hükümsüz ilan edilen kararlara ilişkin olmakla beraber istisnai olarak Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrasında zikredilen geçersizlik ilanının aşamalarını oluşturan durumlar için de geçerli görülmektedir. Bu tablo Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 çerçevesinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ve AB Adalet Divanı'nın kararlarının mukayese edilebilirliğinin söz konusu olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun ilgili hükmünün Äquivalenz prensibine göre AB hukukuna teşmil edilmesi gerektiğini ortaya çıkartmaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrası (cezai nitelikli) üç tür karar bakımından yargılamanın iadesini kabul etmektedir. Bunlar normun geçersizliğini, anayasaya aykırılığını tespit eden veya yorumun anayasaya aykırılığını ilan eden kararlardır. Verilen kararın dava tarafı olmayanlar için de etki doğurması nedeniyle bu tür bir kararın hangi prosedür bağlamında alındığı Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 bakımından önemi bulunmamaktadır.²⁵ Uygulamada bu tür kararların soyut yahut somut norm kontrolü davası veya anayasa şikâyeti davası sonucu alınması mümkündür.²⁶

²⁵ Helmut Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, s.679 vd.

²⁶ Klaus Schlaich/Stefan Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht, 2015, Rn.378

Geçersizlik ilanı normun ex tunc ve ipso iure etkisiz olması sonucunu doğurur. Kesin hüküm karakterli kararın bu şekilde geçmişe dönük olarak hukuki dayanağı ortadan kalkar. Bir normun GG'ye aykırı olduğunun ilanı normun geçersizliğine yol açmaması nedeni ile daha ılımlı bir karar olarak kabul edilmektedir.²⁷ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu §35'e göre anayasaya aykırı ilan edilen normun geçerliliğini korumakla beraber yasama organı için değişiklik getirme mükellefiyeti öngörebilir. Bu değişik karar olasılıkları GG 3. maddesine aykırılığın tespit edildiği, yasama organının özellikle pozitif veya negatif anlamda eşit muamele konusunda karar vermesinin mümkün olduğu durumlar için söz konusu olmaktadır. Anayasa mahkemesinin üçüncü olasılık olarak ilgili normun anayasaya uygun yorumuna karar vermesi mümkündür. Bu çerçevede normun GG ile uyumlu olması için muayyen bir şekilde yorumlanması gerekliliği kabul edilmektedir. Karar anayasaya uygun yorumun detaylarını ortaya koyar. Kesin hüküm nitelikli bir kararın anayasaya aykırı bir yoruma istinat etmesi Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre müdahale edilmesini caiz kılmaktadır.

b - AB Adalet Divanı nezdinde açılan davalar

aa) iptal davası

AB Adalet Divanı Ulusal Hukuku geçersiz ilan etme yetkisine sahip değildir. Divan ancak AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 264. madde, 1. fıkrasına göre AB organlarının iptal davası ile ortadan kaldırılan tasarruflarını (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme 263. md.) hükümsüz ilan edebilir. Bu çerçevede Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 muvacehesinde hukuki tasarrufları geçersiz ilan etmesi ile AB organ tasarruflarının AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilmesi arasında mukayese yapılması mümkündür. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 264. madde, 2. fıkrası muvacehesinde bu tür bir geçersizlik ilanından prensip olarak AB Adalet Divanı dava konusu tasarrufun geçerli kalacağını öngörmediği takdirde ta-

²⁷ Herbert Bethge, *Kommentare zu §78 BVerfGG*, Bundesverfassungsgerichts-gesetz: BVerfGG, Theodor Maunz/Bruno Schmidt-Bleibtreu./Franz Klein/Herbert Bethge,(Hrsg.), 41.Lfg. Juli 2013, Rn.57

sarrufun ex tunc olarak geçersiz olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durum hukuki tasarrufların AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilmesi ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geçersiz ilan edilmesinin etkileri bakımından mukayese edilebilir olduğunu teyit etmektedir. Kesin hüküm karakterli bir karar AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilen bir norma istinat ettiği takdirde, Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'una düzenlenen konuyla paralellik ortaya çıkmaktadır.

Äquivalenz prensibi AB Adalet Divanı tarafından geçersiz ilan edilme sonuçları ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geçersiz ilan edilme sonuçlarının aynı muamele edilmesini gerektirmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 bakımından geçersizliğin hangi prosedür bağlamında ilan edildiğinin önemi olmaması nedeni ile bu sonucun AB Adalet Divanı kararları için de aynı şekilde geçerli olması gerekmektedir. Bir tasarrufun önkara prosedürü bağlamında geçersiz ilan edilmesi durumunda da geçersizlik ilanı yapan Anayasa Mahkemesi kararları ile aynı paralellik söz konusudur.²⁸

Tasarrufun geçersizlik ilanı bağlamında kimi etkilerinin devamının kabul edilmesi halinde tasarruf tam olarak etkindir. AB Adalet Divanı tasarrufu ex nunc etkisiz ilan ettiği takdirde tasarruf geçmiş bakımdan etkin olarak mütalâa edilmiş olmakta, bu geçersizlik dolayısıyla kesin hüküm karakterli kararlar üzerinde etki doğurmamaktadır. AB Adalet Divanı'nın tasarrufun bir bölümü için ex tunc ve bir bölümü için ex nunc geçersizlik karara bağlaması halinde normun de facto kısmi geçersizliği söz konusu olmaktadır. Tasarrufun iptaline rağmen geçerliliğin devamı Divan tarafından kabul edildiği takdirde Divanın aynı Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §35ne göre verdiği anayasaya aykırılık ilanı yaptığı kararlarında hedeflediği sonuçlara ulaşmak istediği kabul edilmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre sadece geçmişe dönük etki gösteren kararlar bakımından müdahale olanağının bulunması nedeni ile AB Adalet Divanı kararları ile muka-

²⁸ Ulrich Karpenstein, "Das Vorabentscheidungsverfahren", bkz. Stefan Leible/ Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2014, §8, Rn.80 vd.

yese edilebilirlik bağlamında da sadece geçmişe dönük etki gösteren Divan kararları bakımından paralelliğin kabul edilmesi mümkündür.

bb) İhlâl davası

AB Adalet Divanı'nın diğer davalarda verdiği kararların Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'da düzenlenen diğer davalarla mukayese edilebilirliğinin olup olmadığı cevaplandırılması zor bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. İhlâl davalarında Divan üye devletlerin AB hukukundan doğan mükellefiyetlerini (primer yahut sekonder hukuktan doğan) ihlâl edip etmediklerini karara bağlar. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun normların geçerliliği ve yorumuna ilişkin düzenleme içeren §79'unun ihlâl davası ile mukayese edilebilirliği ihlâl davasının da normlarla bağlantılı olmasından ileri gelmektedir. İhlâl davalarında tipik olan AB Adalet Divanı'nın ulusal hukukun AB hukukuna aykırı olduğunu tespit etmesidir. Bu saptama AB Adalet Divanı'nın bir üst mahkeme olmaması nedeni ile ulusal hukukun geçersizliği sonucunu doğurmaz. Üye devletler ihlâl davası sonucu yapılan tespitin gereğini iç hukukta yerine getirmekle mükelleftir (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme 260. madde, 1. fıkrası). Bunun anlamı AB hukukuna aykırı ulusal hukukun iptal edilmesi yahut değiştirilmesi ve bu işlemler gerçekleşinceye kadar uygulanmamasıdır.²⁹ AB'nin Çalışma Usulleri Hakkında Sözleşme'nin 260. madde, 1. fıkrasının Birlik hukukuna aykırı ulusal hukukun neden olduğu sonuçları ortadan kaldırmakla ilgili bir yükümlülük öngörüp görmediği konusu tartışmalıdır.³⁰ Bu durumun kabul edilmesi halinde AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 260. maddesinden yargılamanın iadesi hakkının istihraç edilmesi mümkün olacaktır. AB hukukunun ihlalinden doğan sonuçların ortadan kaldırılması iddiasının reddedilmesi halinde ise hâkim olan görüş muvacehesinde Äquivalenz prensibine göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun normların anayasaya aykırılığını saptayan kararlarla ilgili §79 ihlâl davalarına uyarlanacaktır. Ulusal hukukun Birlik hu-

²⁹ Wolfram Cremer, "Kommentierung der Artikel 260 AEUV", EUV/AEUV, Christian Callies/Matthias Ruffert (Hrsg.), 5.Aufl. 2016, Rn.5

³⁰ Ulrich Karpenstein, "Kommentierung der Artikel 260 AEUV", Das Recht der Europäischen Union, Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Rn.12 vd.

kukunun önceliği nedeniyle uygulanamaması kesin hüküm karakterine sahip kararın hukuka aykırı bir dayanağı olduğu anlamını taşımamaktadır. Anayasa mahkemesi kararları bakımından bu kararların geçersiz yahut anayasaya aykırı normlara istinat etmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Birlik hukukunun anayasa hukukuna nazaran da hiyerarşik üstünlüğe sahip olması nedeniyle Birlik hukukuna aykırılığın farklı muamele edilmesi için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Ulusal hukukun Birlik hukukuna aykırılığının saptandığı ihlâl davalarında verilen kararların bu nedenle Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 çerçevesinde anayasa mahkemesi tarafından verilen kararlarla mukayese edilebilirliği kabul edilmektedir.

cc) Ön karar Davası

Ön karar davası AB Adalet Divanı'nda en çok açılan dava olarak en zengin örneklere sahip dava türüdür. Ön karar davasında AB Adalet Divanı primer yahut sekonder hukukun yorumunu yapar ve bu yorumu karara bağlar (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 267. md., 1. fık., a-bendi). Bu dava çerçevesinde ulusal hukuk yorumlanamaz veya ulusal hukukun Birlik hukukuna uygunluğu karara bağlanamaz. Ön kararlar yorum kararı olarak prensipte tüm üye devletlerde uygulanabilecek şekilde formüle edilir. Ön karar başvurusu yapan mahkeme AB Adalet Divanı'nın yorum kararı ışığında ulusal hukuku AB Adalet Divanı'nın yorumu ile karşılaştırır. Ön karar davası sonucunda verilen kararın Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 muvacehesinde verilen kararlarla karşılaştırılması halinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin iptal ve anayasaya aykırılık tespiti yanı sıra ulusal hukukun belli şekilde yorumunu da anayasaya aykırı ilan etme yetkisine sahip olduğu görülmektedir. Bunun sonucu olarak ulusal mahkeme ve mercilerin ulusal hukuku anayasaya uygun yorumla mükellef oldukları ortaya çıkmaktadır (Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §31, 1.fık.). AB Adalet Divanı'nın primer hukukun ve sekonder hukukun yorumuna ilişkisi kararları aynı şekilde bağlayıcıdır. AB Adalet Divanı yorumundan sapmak isteyen nihai mahkemelerin AB Adalet Divanı'na başvuru mükellefiyetleri bulunmaktadır (AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşme'nin 267. mad., 3.fıkrası). Nihai mahkemelerin AB Adalet Divanı'na başvuru mükellefiyeti muvacehesinde AB Adalet Divanı tarafından verilen

yorum kararlarının bağlayıcılığının Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun yorum kararları ile karşılaştırılabilir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.³¹

Her iki mahkeme de kararlarında yorum sorunları ile iştigal etmekle beraber spesifik olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal hukukun anayasaya uygun yorumunu, AB Adalet Divanı ise Birlik hukukunun bağlayıcı yorumunu yapmaktadır. Ulusal hukuktan farklı olarak tüm AB tasarrufları doğrudan etkin ve bağlayıcı değildir. Direktiflerin kural olarak bireyler bakımından etkilerini doğurması için ulusal hukukta düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Birlik hukukunda doğrudan geçerli ve doğrudan geçerli olmayan AB hukuku arasında ayırım yapılmaktadır. Doğrudan geçerli AB hukuku bakımından (tüzükler ve primer hukukun kimi hükümleri) AB Adalet Divanı'nın yorumu doğrudan bağlayıcı sonuçlar doğurur. Divanın yorum kararı muvacehesinde ulusal mahkeme doğrudan kararını verir. AB Adalet Divanı'nın bu çerçevedeki yorum kararı Federal Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun yorum kararı ile benzerlik göstermektedir; bu nedenle bu durumlarda AB Adalet Divanı kararları ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları arasında bir mukayese edilebilirlik durumunun olduğu kabul edilmektedir.

Ön karar başvurusu buna karşılık bir direktifin yorumuna ilişkin olduğu takdirde Divanın yorumunun derhal uyuşmazlığa uygulanması mümkün değildir. Ulusal mahkemenin Divanın yorumu ışığında direktifi iç hukukta düzenleyen ulusal kanunu somut durumda Birlik hukuku ihlâlinin olup olmadığını ortaya koyma bağlamında yorumlaması gerekmektedir. Direktifler bakımından o halde Anayasa Mahkemesi kararları bakımından söz konusu olmayan ilave bir yorum çalışmasının yapılması gerekmektedir. Direktifi iç hukukta düzenleyen ulusal kanunun AB hukukunun bir özelliği olarak denetlenmesi gerekliliği AB Adalet Divanı kararları ile Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının mukayese edilebilirliğini reddetmek bakımından bir neden oluşturmamaktadır.

Direktiflerin yorumu bağlamında AB Divan kararlarının Anayasa Mahkemesi kararları ile mukayese edilebilirliği ancak ulusal hukukun

³¹ Ulrich Ehricke, *Kommentierung der Artikel 267 AEUV*, EUV/AEUV, Rudolf Streinz (Hrsg.), 2.Aufl. 2012, Rn.14

AB hukukuna aykırılığının ön karardan yeterli açıklıkta istihraç edilmesi koşuluna bağlıdır. Ön karar başvurusunda bulunan mahkeme Adalet Divanı Statüsü 94. madde, b-bendine göre ulusal hukukun ilgili hükümlerini başvurusuna eklemek ve yorumlanacak Birlik hukuku ve ulusal düzenleme arasındaki bağlantıyı açıklamak zorundadır. Yorum kararında bu nedenle kural olarak hangi ulusal düzenlemenin direktifi iç hukukta düzenlediği ortaya konulmaktadır. Ön kararın hüküm fıkrasında da ilgili ulusal düzenlemeye gönderme yapılır.³² AB Adalet Divanı ulusal mahkemede derdest davaya hizmet eden bir cevap vermek için çaba sarf eder. Bu şekilde ulusal mahkemede derdest davaya esas olan hukuki düzenleme bakımından AB Adalet Divanı karardan kural olarak açık bir sonuç elde edilmiş olur.

Ön karar prosedürü sonunda verilen karar Alman hukukuna ilişkin olduğu takdirde Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 ile bir mukayese edilebilirlik durumu kabul edilmektedir. Ön karar prosedür sonucu verilen yorum kararı buna karşılık diğer ulusal hukuk düzenlerine ilişkin olduğu takdirde kararda Alman hukukunun uygulanamayacağı hususunda yeterli bir dayanak olup olmadığı detaylı bir inceleme konusu yapılır.³³ Yargılamanın iadesinin caiz olduğu durumlarda ön karar muvacehesinde Alman hukuk düzeninde de Alman hukukunun uygulanmaması iddiasının ileri sürülebilmesi mümkündür. Bunun dışında Ceza Usul Kanunu §368 ile bağlantılı olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre yargılamanın iadesi kabul edilmemektedir. Diğer hukuk dalları bakımından Hukuk Usul Kanunu §767 çerçevesinde gerekli itirazların yapılması mümkündür. Dava taraflarının genel iddiaları bu bağlamda yeterli değildir. Sonuç olarak ortaya çıkan tablo AB Adalet Divanı'nın kararlarının birçoğunun Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre cereyan eden davalarda verilen kararlarla mukayese edilebilir olduğunu göstermektedir. Äquivalenz prensibi bu nedenle yukarıda zikredilen durumlarda AB Adalet Divanı kararlarına uygun bir geçerlilik sağlanmasını icap ettirmektedir.

³² Örnek olarak bkzn. EuGH, 15.10.2015 tarihli karar, Rs. C-216/14 (Covaci), ECLI:EU:C:2015:686, Rn.69

³³ Jens Jokisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, s.227 vd.

IV - Alman usul hukukunun Birlik hukukuna uygun yorumu

Yukarıda yapılan yorum AB Adalet Divanı kararlarının ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarının birçok durumda aynı şekilde muamele edilmesi gerektiği sonucunu vermektedir. Bu nedenle Alman hukuk düzeninin hangi kapsamda böyle bir eşit muameleye izin verdiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'unun öngördüğü yargılamanın iadesi olanağının Birlik hukukuna uygun yorum üzerinden AB Adalet Divanı kararlarına uyarlanması mümkündür. Birlik hukukuna uygun yorum çerçevesinde ilgili hukuk düzeninde mevcut tüm yöntemlerin tüketilmesi gerekmektedir. Özellikle kıyas yoluyla sonuçların çıkarılması caizdir.³⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'nun sınırlı yorum alanı bırakması nedeni ile burada sadece hükmün kıyasen uygulanması söz konusu olabilmektedir. Kıyas yoluyla normun uygulanmasının önkoşulu öngörülme-yen bir düzenleme boşluğunun bulunmasıdır. Bir düzenleme boşluğu geçerli hukukun uygun hüküm içermemesi durumunda kabul edilir. Tartışmalı husus şüphesiz bunun öngörülme-yen bir durum olup olmadığıdır. Bu çerçevede öngörülme-yen bir durumunun olmadığı, zira AB Adalet Divanı'nın 1998 tarihli kararından sonra Divan kararlarının yargılamanın iadesi nedeni olarak kabul edilmesi için bir yasal süreç başlatıldığı, ancak bunun gerçekleşmediği ifade edilmektedir.³⁵

Kıyas yoluyla Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun AB Adalet Divanı kararlarına uygulanmasına karşı olanlar söz konusu yargılamanın iadesi nedeninin yasalaşmamasının yasa koyucunun iradesine uygun düştüğünü, yasa koyucunun isteyerek söz konusu yargılamanın iadesi nedeninden vazgeçtiğini, dolayısı ile mevcut boşluğun yasama organının iradesine uygun olduğunu ileri sürmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun kıyas yoluyla uygulanmasını destekleyenler ise yasa koyucunun Äquivalenz prensibinin bir gereği olarak yargılamanın iadesini sağlama mükellefiyetinin bilincinde olmadığını, bununla beraber AB'ne sadakat mükellefiyetinden hareket ederek AB Adalet Divanı kararlarına istinaden yargılamanın

³⁴ Jens Jokisch, *ibid.*, s.218

³⁵ Jens Jokisch, *ibid.*, s.215 vd.

iadesinin yapılabileceğini ileri sürmektedir.³⁶ Literatüre hâkim görüş bu bağlamdaki tartışmaların yeni olması nedeniyle yasadaki boşluğun öngörülmeleyen bir boşluk olduğunu ve bu nedenle Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 kıyasen uygulanmasının caiz olduğunu kabul etmektedir.

V - Ortaya çıkan tablonun Alman usul hukuku bakımından sonuçları

AB Adalet Divanı kararları Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile mukayese edilebilir olduğu nispette §79 kıyasen AB Adalet Divanı kararları için de geçerlidir. Bu durum AB Adalet Divanı'nın AB hukukunu geçersiz ilan ettiği iptal davaları, ulusal hukuk normlarının Birlik hukukuna aykırılığını tespit ettiği ihlâl davaları, doğrudan uygulanan yahut doğrudan uygulanma özelliği olmayan AB hukukunun ulusal hukukun uygulama dışı bırakılmasına yol açacak şekilde yorumlandığı ön karar davaları bağlamında verdiği kararlar bakımından geçerlidir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre kesin hüküm karakterli ceza mahkemesi kararlarına karşı hükümde belirtilen durumlarda yargılamanın iadesine gidilmesi mümkündür. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'a göre diğer kararlar bakımından yargılamanın iadesine gidilemez. Kararın icra edilmiş olması durumunda Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 2. fıkra, 4. cümlesi muvacehesinde sebepsiz zenginleşme hukukuna göre kazanılanın iadesi talep edilemez. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'u Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları için geçerli olduğu gibi AB Adalet Divanı kararları için de geçerlidir. Bunun anlamı §79 maddeye ilişkin yorumun AB Adalet Divanı kararları için de uygulanmasıdır. Örneğin Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79'u sadece maddi ceza hukukuna ilişkin olduğu kabul edildiği takdirde bu sınırlama AB hukuku için de geçerli olacaktır.

Makalede örnek olarak işaret edilen ehliyete el koyma olayında mahkûmiyet kararının yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun §79, 1. fıkrasına göre ceza prosedüründe kıyas (analojik) yoluyla yargılamanın iadesi talebi yapılması mümkündür.

³⁶ Jens Jokisch, *ibid*, s.226 vd.

Cezalandırılmanın bu tür durumlarda kural olarak AB ehliyetinin tanınmamasına bağlı olması nedeniyle yargılamanın iadesi davasının büyük ihtimalle beraatla sonuçlanması mümkündür.

VI - Sonuç

Örnekler, yargılamanın iadesi alanında Äquivalenz prensibinin kapsamlı etkilere sahip olduğunu göstermektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararlarının ve AB Adalet Divanı kararlarının mukayese edilebilirliği esas alındığı takdirde AB Adalet Divanı kararları kural olarak ulusal mahkeme kararlarının icra edilmemesine yol açabilecektir. Borçlar hukuku örneğın birçok alanında AB direktifleri ile düzenlenmiştir. Alım satım hukukuna ilişkin kararların icrası AB Adalet Divanı'nın bir diğer davada ulusal hukukun uygulanmaması sonucu doğuran yeni bir karar vermemesine bağlıdır. Bu durumun lehine karar verilen dava tarafı bakımından kararın icra edilememesi riski nedeniyle tedirginlik yaratacağı kuşkusuzdur. Yargılamanın iadesi görüldüğü gibi birey-birey ilişkisinde devlet-birey ilişkisine nazaran daha farklı bir karaktere sahiptir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'un kıyas yoluyla AB Adalet Divanı kararlarına uygulanması görüşünün münhasıran ceza hukukçuları tarafından savunulması bu nedenle şaşırtıcı görülmemektedir.³⁷ Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'un dar bir uygulanma alanına sahip olması sorun yaratmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu §79 kıyas yoluyla AB hukukuna uygulandığı takdirde Federal Alman Mahkemesi Kanunu §79 hem AB birincil hukuku, hem de AB sekonder hukuku için geçerli olacaktır. Bunun sonucu olarak da daha fazla uyumsuzluklar doğacaktır.

Özel hukuk alanında problemleri azaltmak için bazı formüllerin düşünülmesi mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu §79'un sadece primer hukuk ihlallerine ilişkin AB Divanı kararları bakımından kıyasen uygulanmasının kabul edilmesine karşılık, sekonder hukuk ihlalleri bakımından bunun kabul edilmemesi önerisinin kabulü sekonder hukukun çoğu kez özellikle temel hakların düzenlenmesine ilişkin olması nedeniyle mümkün değildir. Bunun ötesinde

³⁷ Jens Jokisch, ibid, s.226

Birlik hukuku ulusal hukuka nazaran uygulanma önceliğine sahiptir. AB hukukunun ulusal hukuka etkisi bağlamında primer hukuk ve sekonder hukuk ayrımı yapılmamaktadır.

Bir diğer çözüm olarak Anayasa Mahkemesi kararları ile AB Adalet Divanı kararlarının mukayese edilebilirliğinin kimi Divan kararları ile (örneğin önkarar davalarında verilen kararlarla) sınırlanması önerilmiştir. Bu önerinin Äquivalenz prensibinin ulusal hukukta doğuracağı sonuçlardan bağımsız cevaplandırılmasının mümkün olmaması nedeniyle metodolojik olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu çerçevede yasama organının AB Adalet Divanı kararları için yargılamanın iadesine esas olabilecek bir düzenleme yapması tartışılan sorunlara kesin çözüm getirecek en iyi yöntem olarak kabul edilmektedir. Bu tür bir düzenleme AB Adalet Divanı'nın hangi kararlarının, hangi koşullar altında yargılamanın iadesine olanak vereceği veya icrayı engelleyeceği açıkça ortaya koyacaktır. Bu durum özellikle tartışma konusu oluşturan direktiflerin yorumuna ilişkin kararlar bakımından önem taşımaktadır. Yukarıda da işaret edildiği gibi AB Adalet Divanı kararları bu çerçevede de Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararları ile mukayese edilebilirlik özelliğine sahiptir. Ancak bunun ön koşulu karardan açık şekilde ulusal hukukun uygulanmayacağı sonucunun istihraç edilmesidir. Yasama organının direktifleri yorumlayan kararlarla ilgili olarak farklı düzenleme yapması, direktiflere ilişkin kararları düzenleme dışı bırakması mümkündür. Her koşulda bu çerçevede bir kanun değişikliği en iyi çözüm olarak görülmektedir.

Kaynakça

- Bajohr Konstantin, *Die Aufhebung rechtsfehlerhafter Strafurteile im Wege der Wiederaufnahme*, 2008
- Bethge Herbert, "Kommentare zu§78 BverfGG", *Bundesverfassungsgerichts-gesetz, BverfGG*, Maunz Theodor/ Schmidt-Bleibtreu Bruno/ Klein Franz/Bethge Herbert (Hrsg.),41.Lfg. Juli 2013, Rn.57
- Braun Johann, "Kommentar §580", *Münchener Kommentar zur Zivilprozess-ordnung*, Krüger Wolfgang/Rauscher Thomas /Drescher Ingo/ Götz Gero (Hrsg.), Bd.2, 5.Aufl. ZPO, Rn.38
- Braun Johann, "Restitutionsklage, wegen Verletzung der europäischen Menschenrechtskonvention", *NJW* 2007
- Cremer Wolfram, "Commentierung der Artikel 260 AEUV", *EUV/AEUV*, Calliess Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.), 5.Aufl. 2016, Rn.5

- Ehricke Ulrich, "Kommentierung der Artikel 267 AEUV", EUV/AEUV, Streinz Rudolf (Hrsg.), 2.Aufl. 2012, Rn.14
- Frister Helmut, "Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten", bknz. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Wolter Jürgen (Hrsg.), 4.Aufl. 2016, §359 StPO
- Jokisch Jens, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000
- Karpenstein Ulrich, Das Vorabentscheidungsverfahren, bknz. Leible Stefan/ Terhechte Jörg Philipp (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2014, §8
- Karpenstein Ulrich, "Kommentierung der Artikel 260 AEUV, Das Recht der Europäischen Union, Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard/ Nettesheim Martin (Hrsg).
- Köber Michael/Schmahl Stefanie, Durchbrechung der Rechtskraft nationaler Gerichtsentscheidungen zu Gunsten der Effektivität des Unionsrechts?, EuZW 2010
- Meier Gert, Anmerkung, EuR 1976
- Poelzig Dörte, Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007
- Satzger Helmut, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001
- Schlaich Klaus/Korioth Stefan, Das Bundesverfassungsgericht, 2015, Rn.378.
- Schmidt Wilhelm, Strafprozessordnung §§430-444, bknz.: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7.Aufl. 2013, §359 StPO, Rn.19.

