

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XX, Ekim 2016, Sayı 4
Vol. XX, October 2016, No. 4**



**ANKARA
2016**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İbrahim USLAN Prof. Dr. İbrahim USLAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* Editor in Chief**

Prof. Dr. Murat SEZGİNER Prof. Dr. Murat SEZGİNER

Editörler*: Editors :**

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assist. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK
Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Dilara Buket TATAR Res. Assist. Dilara Buket TATAR
Arş. Gör. M.Gökhan TÜRE Res. Assist. M.Gökhan TÜRE

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Vahit DOĞAN Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Assoc. Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU
Bu dergi yılda dört defa yayımlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

* Aşağıda yer alan öğretim üyeleri Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde halen görev yapmaktadır.

** Faculty members listed below currently work in Gazi University Faculty of Law.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)

Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı*

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.

11. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

12. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (,) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn:

KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn:

GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

İletişim Adresi:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metro su
Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

GAZI UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (GÜHFD) EDITORIAL POLICY

- 1.** Gazi University Faculty of Law Review (GÜHFD) is published four times per year as a “Peer-reviewed Journal” and it is indexed by ULAKBIM.
- 2.** Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published; Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
- 3.** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman-12 points-normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman-10 points-normal style and submitted on a CD or via email to the Editor.
- 4.** The main language of the Journal is Turkish; however, articles written in English, German or French are also published.
- 5.** Articles submitted to the Journal should be accompanied by summaries comprised of 100-200 words and five keywords written in the languages of the summaries. Should the article is written in Turkish; a summary written in English, German or French must also be supplemented. Should the article is written in a foreign language; it must be accompanied by a summary in Turkish.
- 5.** Names of the authors, their institutions and email addresses should be provided along with the article.
- 6.** It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and said articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal and articles that contain typos above the ordinary are declined.
- 7.** Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are presented to the peer reviewer without the name of the author in accordance with the blind review format. Authors are not informed regarding the identity of the reviewer. Should the reviewer demand corrections, the author may amend the article only in reference to said corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewer’s wish. Should the article is declined by the reviewer; no subsequent reviews are carried out. Declined articles are not sent back to their authors. The author is informed regarding the circumstance.

8. *Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses* may also be published in the Journal along with peer reviewed articles. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.

9. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including but not limited to full-text publication online, belong to Gazi University Faculty of Law. Authors are assumed to have transferred said rights to the University and they are not paid any royalties.

10. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.

11. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Sample:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

Should the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Sample:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6th Edition, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

12. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Sample:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such:

SURNAME, *ibid*, p. *or* SURNAME, p.

Sample:

AYHAN, *ibid*, 36. *or* AYHAN, s.36.

Should more than one material written by a single author are referred to, *ibid* should not be used. Should the publication years of said materials differ, year for each material should be indicated in brackets; otherwise, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Sample:

GÖZLER, (2010), p. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., p. 76.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XX

Ekim 2016

Sayı 4

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Avrupa Birliği Komisyonu'nun Enerji Pazarında Verdiği Rekabet Hukuku Kararlarının BEH Kararı Işığında Değerlendirilmesi Burçak TATLI	3-24
İcra Hukukunda Aşkın Haciz Nilüfer BORAN GÜNEYSU	25-60

KAMU HUKUKU

Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi Hasan Nuri YAŞAR/S. Sena CABIOĞLU GÜLER	63-80
İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata Halil ALTINDAĞ	81-98
Kolluk Gözetim Komisyonu Çınar Can EVREN	99-136
İnsan Hakları Hukukunun İçtihadî Kaynakları Ayşe ÖZKAN DUVAN	137-170

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XX October 2016 Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

The Assessment Of The European Commission's Decisions Given Within The European Energy Markets In The Light Of Beh Decision
Burçak TATLI.....3-24

Excessive Attachment
Nilüfer BORAN GÜNEYSU.....25-60

PUBLIC LAW

The Relationship Between The Regulatory Authorities And The Public Power
Hasan Nuri YAŞAR/S. Sena CABIOĞLU GÜLER.....63-80

Manifest Error As A Reason For Revocation Of An Administrative Act
Halil ALTINDAĞ.....81-98

Police Oversight Commission
Çınar Can EVREN.....99-136

Case Law As A Source Of The Human Rights Law
Ayşe ÖZKAN DUVAN.....137-170

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN ENERJİ PAZARINDA VERDİĞİ REKABET HUKUKU KARARLARININ BEH KARARI IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Burçak TATLI*

ÖZET

Avrupa Rekabet Hukuku'nun modernleşmesi ile başka bir deyişle 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile Avrupa Komisyonu'na rekabet soruşturmalarını hem ihlal kararları hem de taahhüt kararları ile sonuçlandırma yetkisi verilmiştir. Bu yetki ile donatılmış Avrupa Komisyonu'nun enerji pazarında vermiş olduğu Rekabet Hukuku kararları incelenecek olursa görülecektir ki rekabet soruşturmalarının büyük bir kısmı taahhüt mekanizması işletilerek sonuçlandırılmıştır. Bu türlü bir gelenek oluşturulmasının yararları olmakla birlikte ortaya çıkabilecek olumsuzluklar da göz ardı edilemez. Taahhüt kararları hiç kuşkusuz zamandan ve maddi kaynaklardan tasarruf zemini oluştururken uygulanan taahhütlerin kapsam ve içerikleri ve ortaya çıkardıkları sonuçlar özellikle yeni rekabete açılan enerji pazarı gibi pazarlarda hukuki şeffaflığın ortadan kaybolmasına sebep olabilir niteliktedir. Bu nedenle taahhüt mekanizmasının sıklıkla kullanılması ve uygulanan taahhütlerin yapısı ve kapsamı doktrin tarafından hararetle tartışılan konular arasında varlığını sürdürmektedir.

***Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği Rekabet Hukuku, İhlal Kararları, Taahhüt Kararları, Avrupa Komisyonu Kararları, BEH Kararı*

THE ASSESSMENT OF THE EUROPEAN COMMISSION'S DECISIONS GIVEN WITHIN THE EUROPEAN ENERGY MARKETS IN THE LIGHT OF BEH DECISION

ABSTRACT

With the modernisation of European Competition Law, the European Commission has been given a discretion to finalise competition investigations either with prohibition decisions or commitment decisions. If one looks at the antitrust related decisions of the European Commission given within the European energy markets, it would be seen that most of the decisions are concluded through commitment-based antitrust enforcement. This trend adopted by the European Commission may have advantages such as the efficient and swift resolution of competition problems. Yet, on the other hand, it may cause some problems namely uncertainty of law. In this

* Öğr. Gör. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi. burcaktatli@gazi.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16.12.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06.02.2017

regard, it is still important for the doctrine to discuss the frequently application of commitment decisions as well as the effects of them within recently liberalised markets such as energy.

Keywords: *European Competition Law, Prohibition Decisions, Commitment Decisions, European Commission's Decisions, BEH Decision*

GİRİŞ

Avrupa'da Rekabet Hukuku kuralları Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşmanın (ABİDA) 101. ve 102. maddelerinde düzenlenmiş olmasına rağmen bu kuralların nasıl uygulanacağı Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın 81. ve 82. Maddelerinin Uygulanmasına İlişkin 1/2003 sayılı Tüzük'te belirtilmektedir.¹ Bu Tüzüğe göre, Avrupa Birliği Komisyonu (Komisyon) tarafından başlatılan ve yürütölen rekabet soruşturmaları iki şekilde karara bağlanabilir. Komisyon isterse 7. maddede belirtilen ihlal kararı isterse 9. maddede belirtilen taahhüt kararı ile soruşturmayı sonlandırma yetkisine sahiptir.²

Komisyon'un Rekabet Hukuku'na ilişkin kararları incelenecek olursa taahhüt mekanizmasının 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesinden evvel gayri resmi bir şekilde uygulama alanı bulduğu göze çarpacaktır.³ Bu hukuki eksiklik 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile giderilmiş, 9. madde ile taahhüt mekanizması hukuki olarak varlık kazanmıştır.⁴ Taahhüt mekanizması

¹ Council Regulation 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

² Komisyon'un rekabet soruşturmasını hangi yolu izleyerek sonlandıracağı ile ilgili olarak seçim serbestisi mevcuttur. Başka bir deyişle soruşturma konusu teşebbüs taahhüt yolunu talep etse dahi Komisyon soruşturmayı ihlal kararı ile sonlandırabilir.

³ Örneğin; Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (IV/33.473) Commission Decision 91/329/EEC [1991] OJ L 178/31; Jahrhundertvertrag (IV/33.151) and VIK-GVSt (IV/33.997) Commission Decision 93/126/EEC [1992] OJ L 50/14; Electricidade de Portugal/Pego (IV/34.598) Commission Decision 93/C 265/03 30 [1993]; REN/Turbogas (IV/E-3/35.485) Commission Decision 96/C 118/05 [1996]; Isab Energy (IV/E-3/35.698) Commission Decision 96/C 138/03 [1996]

⁴ 1/2003 sayılı Tüzükten önce mevcut olan 17/62 sayılı Tüzük döneminde de taahhüt mekanizması işletilmekte ve fakat şeffaf olmayan bir uygulama ortaya konduğundan eleştirilere sebep olmaktaydı. 17/62 sayılı Tüzükte taahhüt mekanizmasını düzenleyen belirli bir madde olmamasına rağmen, taraflar gayri resmi bir şekilde anlaşarak taahhütlerin hayata geçirilmesini sağlıyorlardı. Fakat bu durum hem uygulamada belirsizliğe neden oluyor hem de taahhütlere uyulmadığı takdirde idari para cezası verilemediği için Komisyon'un elini

oluşturulurken nadiren uygulanacağı öngörülmüş fakat uygulamada tersi bir sonuç ortaya çıkmıştır.⁵ Tüzüğün yürürlüğe giriş tarihi olan 1 Mayıs 2004 tarihinden beri otuz dört taahhüt kararı verilirken sadece yirmi yedi ihlal kararı verilmiştir.⁶ Enerji pazarına ilişkin verilen kararlarda da benzer bir manzara söz konusudur. Bu noktada, bu makalede öncelikli olarak taahhüt mekanizmasının işleyişine değinilecek, taahhüt kararlarının sıklıkla kullanılmasının neden ve sonuçları tartışılacak, sonrasında da Komisyon'un enerji pazarında en son verdiği taahhüt kararı olan BEH kararı⁷ ışığında taahhüt kararlarının enerji pazarında doğurduğu sonuçlar değerlendirilecektir.

I. AVRUPA KOMİSYONU'NUN REKABET İHLALLERİNİ SORUŞTURMA USULLERİ

Daha önce belirtildiği gibi, 1/2003 sayılı Tüzüğe göre Komisyon rekabet soruşturmalarını iki farklı şekilde sonlandırabilir. Komisyon'un uygulayabileceği ilk yöntem Tüzüğün 7. maddesinde düzenlenmekte olan ihlal kararları, diğer yöntem ise Tüzüğün 9. maddesinde düzenlenen taahhüt kararlarıdır.

A. İHLAL KARARLARI

1/2003 sayılı Tüzüğün 7. maddesine göre, Komisyon, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku hükümlerinin ihlalini tespit ederse, ihlalin varlığını kesinleştirmek suretiyle, bu ihlallerin sona erdirilmesine karar verebilir. Komisyon uygun bulduğu durumlarda ihlallerin sona erdirilmesini sağlamak için soruşturma konusu teşebbüslerden davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerin hayata geçirilmesini talep edebilir. Davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerle birlikte Komisyon'un para cezası uygulama yetkisi mevcuttur.⁸

İhlal kararlarında yapısal ve/veya davranışsal tedbirlerin uygulanmasına karar verilirken mutlaka orantılılık ilkesi⁹ göz önünde bulundurulmalıdır. Bu

güçsüzlendiriyordu. Yeni düzenleme ile hem taahhüt mekanizması resmi bir zemine oturtuldu hem de taahhütlere uyulmaması halinde ilgili teşebbüse para cezası verilebilir hale geldi.

⁵ John Temple LANG, 'Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law' in Barry HAWK (ed.), **Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy**, Juris Publishing, Inc., 2006, s. 270

⁶ Kartel kararları hariç. İstatistiki bilgiler Avrupa Komisyo'nun internet sayfasından elde edilmiştir. (http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result, erişim: 08.12.2016)

⁷ BEH Electricity (Case AT.39767)

⁸ Uygulanacak idari para cezası 1/2003 sayılı Tüzüğün 23.maddesinde düzenlenmiştir.

⁹ Orantılılık ilkesine göre, Avrupa Birliği kurumları tarafından alınan tedbirler elde edilmek

ilkeye göre, uygulanacak tedbirler mevcut ihlali ortadan kaldırmannn ötesine geçemez. Yine aynı ilke yapısal tedbirlerin ancak davranışsal tedbirlerin teşebbüse daha fazla külfet doğuracağı veya aynı sonucu doğuracak davranışsal tedbir bulunmaması halinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, adı geçen Tüzük, orantılılık ilkesini kuvvetlendirecek şekilde, yapısal tedbirlerin ancak rekabet ihlalinin teşebbüsün yapısından kaynaklanması ve sürekli olarak devam etme riskinin mevcut olması hallerinde uygulanabileceğini belirtmektedir.¹⁰ Uygulamada bu duruma en uygun örneklerden biri olarak dikey bütünleşik yapıda ve hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları zorunlu unsur niteliğindeki varlıkların rakipleri tarafından kullanılmasını engellemesi olarak gösterilmektedir. Bu gibi hallerde dikey bütünleşik yapının ortadan kaldırılmasını sağlayacak yapısal değişiklerin uygulanmasına Komisyon tarafından karar verildiği görülmektedir.¹¹

B. TAAHHÜT KARARLARI

1/2003 sayılı Tüzüğün 9. maddesine göre; Komisyon, rekabet soruşturması açılmasına neden olacak olası ihlallerin teşebbüslerin önerdiği taahhütler vesilesiyle ortadan kaldırılması halinde, ihlal kararı vermek yerine, soruşturmayı taahhüt yolu ile kapatabilir. Tüzüğün 13. paragrafı, Komisyon'un taahhüt kararı verebilmesi için bir takım koşulların gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmektedir. Öncelikle, Komisyon'un rekabet ihlalinin varlığından şüphe etmesi ve bu şüpheyeye yönelik rekabet soruşturması başlatması gerekmektedir. Soruşturmanın başlatıldığının bilgisini alan teşebbüsün ilgili ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelik taahhütleri Komisyon'a bildirmesi ve son olarak Komisyon'un taahhütlerin ihlalleri ortadan kaldıracadığına kanaat getirerek bu taahhütlerin uygulanmasına karar vermesi koşulu aranmaktadır. Buna göre, taahhüt mekanizmasının başlatılması aşamasında aranan şart ilgili teşebbüsün taahhüt ileri sürmesi ve bu taahhütlerin soruşturma konusu ihlali ortadan kaldıracak nitelikte olmasıdır. Bununla birlikte Komisyon'a taahhüt mekanizmasını işletme noktasında geniş bir yetki tanınmıştır. Salt taahhüt

istenen amaca uygun olmalıdır. İlkenin temel amacı Komisyon dâhil tüm Avrupa Birliği kurumlarının adil bir şekilde hareket etmesini sağlamaktır. Avrupa Adalet Divanına göre orantılılık ilkesi üç kademeli testten geçirilerek uygulanabilir: (i) uygunluk testi, (ii) daha az sınırlayıcı alternatifinin bulunup bulunmaması testi, (iii) orantılılık testi. Francis JACOBS, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law' in Evelyn ELLİS (ed.), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe**, Hart Publishing, 1999, s. 270

¹⁰ 1/2003 sayılı Tüzük , para. 12.

¹¹ RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402); ENI (Case COMP/39315)

ileri sürülmesi soruşturmanın taahhüt kararı ile sonuçlandırılacağı anlamına gelmemektedir. Komisyon taahhüt ileri sürülmüş olsa bile soruşturmayı ihlal kararı ile sonlandırabilir.¹²

Taahhüt mekanizmasının usul hukuku açısından nasıl uygulanacağı hem verilen kararlar ile hem de Komisyon'un çalışma metinleri ile ortaya konmaya çalışılmıştır.¹³ Buna göre, hakkında rekabet soruşturması başlatıldığı Komisyon tarafından ilgili teşebbüse bildirilir. İlgili teşebbüs, soruşturmanın taahhüt mekanizması ile sonlandırılması için taahhüt ileri sürmeye hazır olduğunu Komisyon'a bildirir. Teşebbüssün bu beyanından sonra, Komisyon, soruşturmaya sebep olan olası rekabet ihlallerini açıklamak ve potansiyel taahhütleri tartışmak üzere, teşebbüsü (*State of Play meeting*) toplantıya davet eder. Toplantı sonucunda Komisyon ilgili teşebbüsün ihlali ortadan kaldıracak nitelikte taahhütler ileri süreceğine dair kanaat oluşturursa soruşturma ile ilgili "ön değerlendirme raporu" (*Preliminary Assessment*) yazar.¹⁴ Ön değerlendirme raporu Komisyon'un belirlediği olası ihlali ortaya koyan ana konuları içerir. İlgili teşebbüs ön değerlendirme raporunu temel alarak bir ay içerisinde taahhütlerini oluşturur.¹⁵

Komisyon ileri sürülen taahhütleri olası ihlalleri ortadan kaldırması açısından yeterli bulursa üçüncü kişilerin görüşlerini almak için taahhütleri ilan eder. Bu sürece "pazar testi" (*market test*) adı verilmektedir.¹⁶ Pazar

¹² John Temple LANG 'Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspect of a new kind of Competition Decision' **European Commission Law Review**, Vol.24, 2003, s. 350

Örneğin, taahhütler soruşturmanın ileri aşamasında ortaya konmuşsa Komisyon kısa sürede ve daha az soruşturma ile dosyayı kapatma şansı sona erdiği için taahhütleri kabul etmeyiip soruşturmayı ihlal kararı ile bitirebilir.

¹³ Commission, 'Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Article 101 and 102 TFEU' (Commitment Decision), Bölüm 16, 2012, s. 7; Commission, Competition Policy Brief, 'To Commit or not to Commit: Deciding between Prohibition and Commitments' (2014) Issue 3

¹⁴ Ön değerlendirme raporu genelde ihlal şüphesini ve bu şüpheyi doğuran davranışları kapsar. Ön değerlendirme raporu Soruşturma Raporu (*The Subject of Objections*) gibi ihlali ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaz. Alison JONES ve Brenda SUFRİN, **EU Competition Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, s.1189

¹⁵ Fakat uygulamada görülmektedir ki, ön inceleme yazısı yazılmadan önce taraflar uygulanan taahhütler konusunda anlaşmaya varabiliyorlar. Komisyon'un Coca-Cola kararında (Case COMP/A.39116/B2) ön inceleme yazısını 15.Ekim.2004 tarihinde alan teşebbüs dört gün sonra yazıya cevaben oluşturduğu taahhütleri ileri sürmüştür. Soruşturmanın kapsamı düşünülecek olursa taahhütlerin bu kadar kısa sürede oluşturulamayacağı, ön inceleme yazısının yazılmasından evvel taraflar arasında taahhütler konusunda anlaşmaya varıldığı açıktır.

¹⁶ Bu uygulama 1/2003 sayılı Tüzüğün 27. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Komisyon

testinin amacı taahhütlerin menfaati bulunan üçüncü kişiler tarafından değerlendirilmesini ve tartışmaya açılmasını sağlamaktır. Fakat Komisyon pazar testinin sonucu ile bağlı değildir. Görüş bildiren üçüncü kişilerin görüşü olumsuz olsa dahi Komisyon taahhütleri bağlayıcı kılabilir. Bununla birlikte pazar testinin işaret ettiği yönde taahhütler üzerinde değişiklikler yapılabilir.¹⁷

Taahhüt mekanizmasının uygulanma şekli, ilgili teşebbüslerin taahhütleri belirleme konusunda özgür oldukları sonucuna ulaşılmasına sebep olsa da, Komisyon'un 2012 yılında taahhüt mekanizmasının uygulanması ile ilgili olarak yayınladığı çalışma metni Komisyon'un taahhütlerin nasıl olması gerektiği veya nasıl değiştirilmesi gerektiği konusunda öneride bulunabileceğini açıkça ortaya koymuştur.¹⁸ Komisyon ile teşebbüslerin pazarlık güçleri karşılaştırılacak olursa Komisyon'un teşebbüsler karşısında daha kuvvetli bir konuma sahip olacağı ortadadır. Dolayısıyla taahhüt mekanizması işletilirken uygulanacak yapısal ve/veya davranışsal taahhütlerin belirlenmesinde ilgili teşebbüsler kadar Komisyon'un da belirleyici rolü olduğu söylenebilir. Taahhüt mekanizmasının bu özelliği taahhütlerin ilgili pazarın aksayan yönlerini ortadan kaldırmaya vesile olacak şekilde oluşturulmasını sağlayabilir. Bu durum ise, taahhütlerin ihlal konusundan ziyade ilgili pazarın işleyişine göre belirlenmesine, dolayısıyla hukuksal bir belirsizliğe sebep olacaktır.

Taahhüt kararlarının usul hukuku açısından uygulanması ile ilgili yeterli açıklama yapılmasına rağmen, kararların maddi hukuk açısından nasıl oluşturulacağıyla ilgili yeterli ve kapsamlı bir metin kaleme alınmamıştır. Bu durum, hangi ihlaller karşısında taahhüt ya da ihlal kararı verileceği, hangi ihlaller karşısında hangi taahhütlerin uygulanacağı gibi soruları cevapsız bırakmakta ve belirsizliklerin oluşmasına sebep olmaktadır. Komisyon oluşturduğu ve özet olarak nitelendirilebilecek çalışma metni¹⁹ ile belirsizliği gidermeye çalışsa da uygulamada hukuki muğlaklık devam etmektedir.

taahhüt kararı vermeden önce soruşturma dosyasının özetini ve ileri sürülen taahhütleri yayınlar. Menfaati olan üçüncü kişiler bir aydan kısa olmamak üzere Komisyon'un belirlediği zaman dilimi içerisinde soruşturma ve taahhütlerle ilgili görüşlerini Komisyon'a bildirirler.

¹⁷ Commission, 'Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Article 101 and 102 TFEU' (Commitment Decision), Bölüm 16, 2012, s. 7

¹⁸ a.g.e., s.7

¹⁹ Commission, Competition Policy Brief, 'To Commit or not to Commit: Deciding between Prohibition and Commitments' (2014) Issue 3

Çalışma metnine göre, Komisyon para cezası vermeyi planlıyor ise taahhüt kararı vermemelidir.²⁰ Fakat uygulamada hangi hallerde para cezası verileceğine ilişkin bir kesinlik bulunmamaktadır. Hatta benzer ihlallerin mevcut olduğu dosyalarda farklı rekabet kararları ortaya çıkmıştır. Komisyon Telefónica kararında²¹ fiyat sıkıştırması yoluyla sahip olduğu hâkim durumu kötüye kullanan İspanyol telekomünikasyon şirketine para cezası verirken, benzer şekilde rekabet ihlaline sebep olan RWE enerji şirketine para cezası uygulamamış, yapısal değişiklikleri bağlayıcı kılarak soruşturmayı taahhüt yolu ile sona erdirmiştir.²² Buradaki gibi benzer ihlallere verilen farklı kararlar kafa karışıklığına sebep olmaktadır. Ayrıca, aynı metinde, ihlal ile ilgili emsal oluşturulmasına ihtiyaç duyuluyorsa taahhüt kararı yerine ihlal kararı verilmelidir denilmesine rağmen, Komisyon, Google soruşturmasını,²³ soruşturmaya neden olan sanal reklamcılık faaliyetleri ekonomik araştırmaya ve analize muhtaç bir alan olmasına karşın taahhüt yolu ile kapatacak gibi gözükmektedir.

Ayrıca Komisyon çalışma metninde rekabet ihlalinin ihlale sebep olan davranışın sona ermesiyle ortadan kalkacağı durumlarda (*cease-and-resist-order*) ihlal kararı verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Zira bu halde ileri sürülebilecek tek taahhüt ihlale konu olan davranışın sona erdirilmesidir. Fakat enerji pazarında verilen kararlarda tersi bir durumla karşılaşmaktadır. Komisyon'un Gazprom, ENI, OMV ve E.ON Ruhrgas enerji şirketleri arasında imzalanan uzun dönemli doğalgaz satım sözleşmeleri ile ilgili başlattığı rekabet soruşturmalarında ihlal konusu davranış sözleşmelerdeki "bölgesel sınırlandırma" (*territorial restriction*), "önalım hakkı" (*right of first refusal*) gibi rekabet ihlali doğuran hükümlerdir.²⁴ Bu soruşturmalarda

²⁰ Bu noktada göz önünde bulundurulması gereken husus, 1/2003 sayılı Tüzüğün, Komisyon'un idari para cezası uygulama niyetinde olduğu soruşturmalarda taahhüt kararı veremeyeceğini vurgulamasıdır. Tüzüğün bu ifadesi dar anlamda yorumlanmalı ve kartel soruşturmalarında taahhüt kararı verilemeyeceği şekilde anlaşılmalıdır. Aksi halde taahhüt mekanizmasının işletilebileceği alanlar ekseriyetle daralacaktır. Zira hâkim durumun kullanılması hallerinde de para cezası uygulanabilir. Bakınız: Haluk ARI / Esin AYGÜN / Gökşin KEKEVİ, 'Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma' (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Di%C4%9Fer+Etkinlik/halukari.pdf>, erişim: 09.12.2016)

²¹ Wanadoo España vs. Telefónica (Case COMP/38.784) Commission Decision

²² RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402) Commission Decision

²³ Google (Case Comp/C-3/39740)

²⁴ ENI/Gazprom (Case COMP/37011) [2003]; Commission, 'Commission reaches breakthrough with Gazprom and ENI on territorial restriction clauses' IP/03/1345; OMV/Gazprom (Case COMP/38085) [2005]; Commission, 'Competition: Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom' IP/05/195; E.ON Ruhrgas/

ihlal konusu davranış cease-and-resist-order ile sona erdirilebilecekken Komisyon ihlal kararı vermek yerine taahhüt kararı vermiş, üstelik uygulanan taahhütler ihlal konusu olan davranışın çok ötesine geçmiştir. ENI ve OMV doğalgaz iletim hatlarının kapasitesini arttırmayı, bu hatların daha verimli ve şeffaf kullanılmasını sağlamayı ve atıl kalan hat kapasitesini ikincil pazarda diğer enerji şirketlerine açmayı taahhüt etmişlerdir. Verilen bu taahhütlerin ihlal konusu sözleşme hükümlerinden daha çok enerji pazarı regülasyonu ile ilgili olduğu açıktır. Komisyon tarafından bağlayıcı kılınan bu taahhütler, Avrupa Birliği eski Rekabet Komiseri Kroes'in ifade ettiği gibi, taahhüt mekanizmasının elektrik ve doğalgaz pazarlarının liberalleşmesinin hızlandırılması için kullanıldığını açıkça ortaya konmuştur.²⁵

Taahhüt kararlarıyla ilgili bir diğer önemli nokta ise Komisyon'un ihlalin kesin olarak var olup olmadığı ile ilgili bir karar vermesine hatta bu yönde bir araştırma yapmasına gerek olmamasıdır. Zira taahhüt mekanizmasının amacı ihlali ortaya çıkarmak değil, ihlal şüphesinin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır.²⁶ Taahhüt mekanizması bu yönüyle eleştiriye açıktır. Bu durum, ilgili pazarda hangi davranışların ihlal olarak belirtilebileceğinin önünü kapamakta ve piyasada rol alan oyuncular için emsal oluşmasına engel olmaktadır.

Yukarıda ortaya konan belirsizliklere rağmen, taahhüt mekanizmasının, ihlal kararlarına nispetle daha fazla uygulanması bu mekanizmanın hem Komisyon hem de teşebbüsler açısından bir takım avantajlar ortaya koyduğunu göstermektedir. Aşağıda bu avantajlara yer verilecektir.

a. Taahhüt Kararlarının Teşebbüsler Açısından Ortaya Koyduğu Avantajlar

Taahhüt mekanizmasının işletilmesiyle birlikte teşebbüsler açısından doğabilecek menfaatlerden ilki idari para cezasının uygulanamayacak olmasıdır. Kesinleşmiş bir ihlal kararı olmadığından Komisyon söz konusu teşebbüsler hakkında idari para cezasının uygulanmasına karar veremez.

Gazprom (Case COMP/38307) [2005]; Commission, 'Competition: Commission secures changes to gas supply contracts between E.ON Ruhrgas and Gazprom' IP/05/710

Bu hükümlere göre doğalgaz alıcısı olan ENI, OMV ve E.ON Ruhrgas satın aldıkları doğalgazı başka Avrupa ülkelerine satamayacak ve doğalgaz sağlayıcısı olan Gazprom İtalya Avusturya ve Almanya da yukarıda adı geçen teşebbüslere sormadan üçüncü enerji şirketlerine doğalgaz satışı yapamayacak.

²⁵ Commission, 'Competition: Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom' IP/05/195

²⁶ JONES ve SUFRİN, a.g.e., s. 1081

1/2003 sayılı Tüzüğün ilgili hükümlerinden hareketle, taahhüt mekanizmasını işletmeye karar veren Komisyon'un soruşturmayı herhangi bir para cezası olmadan sonlandırması gerekmektedir. Fakat bu durum bağlayıcı kılınan taahhütlerin ilgili teşebbüsler tarafından uygulanmaması halinde uygulanacak para cezasını ortadan kaldırmaz. Komisyon tarafından karara bağlanan taahhütler teşebbüsler tarafından hayata geçirilmezse Komisyon teşebbüs hakkında yıllık gayri safi gelirin %10'una kadar idari para cezası uygulanmasına karar verebilir.²⁷

Taahhüt mekanizmasının teşebbüsler açısından ortaya çıkardığı bir diğer yarar ise ihlal kararları sonrasında tüketicilerin veya diğer teşebbüslerin ilgili teşebbüs hakkında açabilecekleri tazminat davalarının önünün kesilmesidir. Taahhütlerin uygulanması halinde Komisyon ihlal kararı veremeyeceği için, ihlal kararını takip eden tazminat davaları da açılmayacaktır. Dolayısıyla, teşebbüslerin taahhüt mekanizmasını stratejik bir şekilde hem idari para cezasından hem de takip eden tazminat davalarından kaçmak için kullanma riski göz ardı edilmemelidir.

1/2003 sayılı Tüzüğün taahhüt mekanizması işletilebilmesi için teşebbüsler tarafından sunulabilecek taahhütlerle ilgili bir sınırlandırma getirmemesi, ayrıca Komisyon'un taahhütleri kabul etme yetkisini orantılılık ilkesi ile sınırlandırmaması bu riski kuvvetlendirmektedir.²⁸ Tüzüğün 9. maddesine göre, verilen kararlarda hem davranışsal hem de yapısal taahhütler orantılılık ilkesi tam uygulanmadan bağlayıcı kılınabilir. Bahsi geçen bu durum Avrupa Adalet Divanı'nın Alrosa kararında tartışılmıştır.²⁹ Bu karar

²⁷ 1/2003 sayılı Tüzüğün 23. maddesi.

²⁸ 1/2003 sayılı Tüzük 7.maddesinde ihlal kararlarını düzenlemektedir. 1/2003 sayılı Tüzüğün 7. maddesine göre, Komisyon, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Hükümlerinin ihlalini tespit ederse bu ihlallerin sona erdirilmesine karar verebilir. Komisyon uygun bulunduğu durumlarda ihlallerin sona erdirilmesini sağlamak için soruşturma konusu teşebbüslerin davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerin hayata geçirmelerini talep edebilir. Davranışsal ve/veya yapısal tedbirlerle birlikte Komisyon'un para cezası uygulama hakkı da mevcuttur. Komisyon tedbirlerin uygulanmasına karar verirken mutlaka orantılılık ilkesini göz önünde bulundurmamak zorundadır. Bu ilkeye göre; uygulanacak tedbirler, mevcut ihlali ortadan kaldırmanın ötesine geçemez. Yine aynı ilke yapısal tedbirlerin ancak davranışsal tedbirlerin teşebbüse daha fazla külfet doğuracağı veya aynı sonucu doğuracak davranışsal tedbir bulunmaması halinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ayrıca, adı geçen Tüzük, orantılılık ilkesini daha da kuvvetlendirecek şekilde, yapısal tedbirlerin ancak rekabet ihlalinin teşebbüsün yapısından kaynaklanması ve sürekli olarak devam etme riskinin mevcut olması hallerinde uygulanabileceğini belirtmektedir.

²⁹ Case C-441/07 P Alrosa Company Ltd v Commission [2010] ECR I-5949. Bu dosyada Komisyon dünyanın en büyük iki elmas şirketi arasında - De Beers (tedarikçi firma) ve Alrosa (elmas üreticisi) - imzalanan ve yüksek miktarda ham elmas alışına ilişkin olan

ile birlikte Komisyon tarafından uygulanacak taahhütlerin orantılılığı ile ilgili bir içtihat olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Kararda belirtildiği şekliyle, Komisyon taahhüt kararı verirken, ihlal kararlarında olduğu gibi sıkı bir orantılılık incelemesi yapmak mecburiyetinde değildir. Bu durum, taahhüt mekanizmasının soruşturmaları hızlı bir şekilde sonlandırma amacı ve taahhütlerin ilgili teşebbüsler tarafından teklif ediliyor olduğundan kaynaklanmaktadır. Komisyon tarafından dikkate alınması gereken unsur taahhütlerin olası ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelik olması ve teklif edilen taahhütlerden en az külfet doğuran taahhüdün bağlayıcı kılınmasıdır. Komisyon'un, ihlal kararı vermiş olsa idi, uygulayacağı yapısal ve davranışsal tedbirleri kıstas olarak ele alıp, ileri sürülen taahhütlerle ilgili olarak orantılılık değerlendirmesi yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Avrupa Adalet Divanı'na göre, taahhüt mekanizmasının yapısı gereği, taahhütte bulunan teşebbüsler taahhüt ettikleri tedbirlerin ihlal kararlarında uygulanacak tedbirlerin ötesinde olabileceğini öngörmekte ve buna katlanmaktadır. Sonuç olarak, Alrosa kararı ile birlikte, taahhüt mekanizmasının işletilmesi halinde Komisyon'un daha hafif bir orantılılık incelemesi yapmasının yeterli olacağı Avrupa Adalet Divanı tarafından ortaya konmuştur.³⁰ Bu durum hiç şüphesiz Komisyon açısından da taahhüt mekanizmasını daha elverişli hale getirmektedir. Zira Komisyon'un iş yükü azalmakta daha hafif bir orantılılık incelesi yapmak suretiyle soruşturmayı sonlandırma yetkisi tanınmaktadır.

sözleşmeleri hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve şirketler hakkında rekabet soruşturması başlatmıştır. Taraflar soruşturma raporunu aldıktan sonra, 1/2003 sayılı Tüzüğün 9.maddesini takiben, sözleşmelerin hacmini daraltıcı taahhütleri ileri sürmüşlerdir. Taahhütlerin yetersiz olacağına dair kanaat oluşması üzerine De Beers 2009 yılından itibaren Alrosa'dan ham elmas almayacağı taahhüdünde bulunmuş, bu taahhüdün Komisyon tarafından taraflar üzerinde bağlayıcı kılınmasından sonra dosya kapatılmıştır. Alrosa karardan etkilenen taraf sıfatına sahip olması nedeniyle karar hakkında ilk derece mahkemesinde (General Court) dava açmıştır. Alrosa'ya göre, Komisyon'un verdiği taahhüt kararı ile orantılılık ilkesi ve savunma hakkı çiğnenmiş ve sözleşme yapma özgürlüğu ortadan kaldırılmıştır. İlk derece mahkemesi Alrosa'yı haklı bularak taahhüt kararını iptal etmiştir (Case T-170/06, Alrosa v. Commission, 11.7.2007). İlk derece mahkemesine göre ister ihlal kararı ister taahhüt kararı verilmiş olsun, Komisyon orantılılık ilkesini işletmek zorundadır. Mahkeme kararında taahhütlerin gönüllü olarak sunulmasının Komisyon'un yeterlilik ve gereklilik incelemesi yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını, daha az kısıtlayıcı tedbir olup olmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Komisyon, ilk derece mahkemesinin bu görüşüne iki mekanizma arasındaki temelsel farklılıkları göz önüne alarak itiraz etmiş ve teşebbüslerin taahhüt sunarken 9.maddenin uygulanmasını tercih ettiklerini dolayısıyla aşırıya kağan tedbirleri uygulamak zorunda kalacaklarını baştan kabul ettiklerini belirtmiştir. Komisyon, ilk derece mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurmuş ve dosya Avrupa Adalet Divanı'na gönderilmiştir.

³⁰ Case C-441/07 P Alrosa Company Ltd v Commission [2010] ECR I-5949

b. Taahhüt Kararlarının Komisyon Açısından Ortaya Koyduğu Avantajlar

Taahhüt kararlarının Komisyon açısından sağladığı temel yararlar daha kısa sürede daha az işgücü ile yargısal denetime tabii olmadan rekabet ihlallerinin ortadan kaldırılması ve teşebbüs davranışlarının şekillendirilmesini sağlamaktır. Taahhüt mekanizması, soruşturmaların daha kısa ve ihlal kararlarına nispetle daha yüzeysel yapılması sebebiyle, zamandan ve maddi kaynaklardan tasarruf sağlar. Bu durum ise kaynakların daha verimli kullanılmasına ve/veya başka soruşturmalara aktarılmasına fırsat verir. Ayrıca, soruşturma konusu rekabet ihlali karmaşık ekonomik analizlerin yapılmasını gerekli kılıyorsa Komisyon ihlal kararı vermek yerine taahhüt mekanizmasını işletmeyi tercih edebilir. Özellikle, hâkim durumu ve hâkim durumun kötüye kullanılması hallerini ekonomik temellere dayandırıp ortaya koyma zorunluluğu,³¹ Komisyon'u ihlal kararı vermek yerine taahhüt kararı vererek iş yükünü hafifletme eğilimine sokabilir. Bu durumun örneklerini ihlalin ekonomik teorilerden ziyade gözlemsel bulgularla ispatlanması hallerinde görmek daha olasıdır.³²

Taahhüt kararlarının Komisyon açısından sağladığı bir diğer yarar ise taahhüt kararlarının üst derece mahkemesine gidip temyiz incelemesinden geçme ihtimalinin ihlal kararlarına nispetle çok düşük olmasıdır.³³ Yukarıda bahsi geçen Alrosa kararında, taahhüt kararlarının temyiz incelemesi ancak Komisyon taahhütleri çok açık bir şekilde herhangi bir temele dayandırmadan bağlayıcı kılınmışsa mümkündür denilmektedir.³⁴ Buradan hareketle Komisyon, ihlal kararlarının iptal edilme riskini bertaraf etme amacıyla soruşturmaları taahhüt kararı ile sonlandırma eğiliminde olabilir.

Tüm bu açıklamalardan sonra bakmamız gereken nokta taahhüt mekanizmasının rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak yanında, özellikle regüle edilen pazarlarda pazarın aksayan yönlerini düzeltmek amacıyla kullanılıp kullanılmadığıdır.

³¹ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009) OJ C45/7

³² Lang, a.g.e., s. 305

³³ Fırat CENGİZ, 'Judicial Review and the Rule of the Law in the EU Competition Law Regime after Alrosa' **European Competition Journal**, Vol.7, 2011, s. 150; Heike Schweitzer, 'Judicial Review in EU Competition Law' in I. Lianos and D. Geradin (eds.), **Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure**, Edward Elgar, 2013, s. 491

³⁴ Case C-441/07 P Alrosa Company Ltd v Commission [2010] ECR I-5949, para.63

II. TAAHHÜT KARARLARI REKABETE AÇILAN PAZARLARIN DÜZENLENMESİ AMACI İLE KULLANILABİLİR Mİ?

Avrupa Birliği bünyesinde enerji pazarlarının liberalleşme süreci 1990ların ortasında birinci enerji paketinin yürürlüğe girmesi ile başlamıştır.³⁵ Bu süreç içerisinde günümüze kadar üç ayrı enerji paketi uygulama alanı bulmuştur.³⁶ Enerji pazarlarının liberalleşmesi ve regüle edilmesi ile elde edilmek istenen amaç uygun fiyatlara enerji tedariki güvenliğini sağlayarak tüketicinin korunmasını gerçekleştirmektir. Bu amaca ulaşmanın temel yolu ise enerji pazarlarının rekabete açılması ve Avrupa'da tek enerji pazarı entegrasyonunu sağlamaktır.³⁷ Bu noktada devreye yukarıda bahsedilen enerji paketleri ile uygulama alanı bulan regülatif düzenleyici kurallar girmektedir. Regülatif düzenleyici kuralların genel olarak hedefi ilgili pazarların rekabete açılmasını, rekabet ortamının devamlılığı ve gelişimini sağlamak amacıyla pazarda rol oynayan oyuncuların yapılarını ve davranışlarını ve ayrıca pazar işleyişini düzenlemektir.³⁸ Enerji pazarında bu amaca yönelik olarak oluşturulmuş en önemli regülatif düzenleyici kurallar:

- (i) çoğunlukla devlet kontrolünde ve dikey bütünselik yapıda olan elektrik ve doğalgaz şirketleri ayrıştıran,
- (ii) elektrik ve doğalgaz pazarlarında rol alan oyuncular arasında eşitliği kuvvetlendiren,
- (iii) elektrik ve doğalgazın ülkeler arasında taşınmasını sağlayan uluslararası iletim hatlarını enerji şirketlerinin erişimine açan,
- (iv) iletim hatlarının daha verimli ve şeffaf bir şekilde işletilmesini hedefleyen kurallar olarak sayılabilir.

³⁵ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity [1996] OJ L 27/20
Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas [1998] OJ L 204/1

³⁶ İkinci enerji paketi: Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity
Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas

³⁷ Commission, "DG Competition Report on Enerjy Sector Inquiry", SEC(2006) 1724, s.4

³⁸ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC [2009] OJ L 211/55; Directive 2009/73/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 2003/55/EC [2009] OJ L 211/94

Aynı pazarda regülatif düzenleyici kurallarla birlikte Rekabet Hukuku kuralları da uygulanmaktadır. Pazardaki mevcut rekabetin korunması ve geliştirilmesi noktasında regülatif düzenleyici kurallar ve Rekabet Hukuku kuralları arasında tamamlayıcı bir işbirliği yaratılması gerekir.³⁹ Fakat regülatif düzenleyici kuralların üye ülkeler tarafından tam olarak uygulanmaması ve dolayısıyla ilgili pazarlarda istenilen rekabet seviyesine ulaşılmaması Rekabet Hukuku kararlarının regülatif etki doğurmak amacı ile kullanılmasına sebep olmuştur.⁴⁰ Bu durum özellikle taahhüt mekanizmasının yürürlüğe girmesi ile birlikte en üst seviyeye ulaşmıştır. Komisyon'un verdiği Rekabet Hukuku kararları bu tezi doğrular niteliktedir.⁴¹

1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesinden yani 1 Mayıs 2004 tarihinden beri Avrupa enerji pazarına ilişkin olarak başlatılmış rekabet soruşturmalarından sadece iki tanesi ihlal kararı⁴² geri kalan on bir tanesi taahhüt kararıyla⁴³ sonlandırılmıştır.⁴⁴ Elbette sadece karar sayılarına dayanarak taahhütlerin ve taahhüt mekanizmasının pazarları regüle etmek amacı ile kullanılabileceği sonucu çıkarılamaz.⁴⁵ Bu sonuca varabilmek için kararların içeriklerine ve uygulanan taahhütlerin niteliklerine de bakmak gerekir. Enerji pazarında verilen taahhüt kararlarında uygulanan taahhütler

³⁹ Damien GERADİN ve J. Gregory SİDAK, 'European and American Approach to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications', S. K. Majumdar, I. Vogelsang, and M. E. Cave (eds.) **Handbook of Telecommunications Economics**, Vol II Elsevire B.V. 2005

⁴⁰ Adrien De HAUTECLOCQUE ve Kim TALUS, 'Capacity to Compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks' in B. DELVAUX, M. HUNT and K. TALUS (eds.), **EU Energy Law and Policy Issues** Vol.3 Intersentia 2011, s. 233; Kim TALUS, **Vertical Natural Gas Transmission Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law**, Wolters Kluwer 2011, s. 175

⁴¹ HAUTECLOCQUE ve TALUS, a.g.e., s.235

⁴² GDF/ENEL & GDF/ENI (Case COMP/38662); Romanian Power Exchange/OPCOM (Case. AT 39984) Commission Decision C (2014) 1342 final [2014]

⁴³ Distrigaz (Case COMP/37966); E.ON-German Electricity Wholesale Market (Case COMP/39388); E.ON-German Electricity Balancing Market (Case COMP/39389); RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402); GDF Foreclosure (Case COMP/39316); EDF-Long-term Contracts in France (Case COMP/39386); SvK-Swedish Interconnector Case COMP/39351); E.ON Gas Foreclosure (Case COMP/39317); ENI (Case COMP/39315); CEZ (Case COMP/39727); BEH Electricity (Case COMP/39767)

⁴⁴ İstatistiki bilgiler kartel dışı rekabet soruşturmalarını kapsamaktadır.

⁴⁵ Taahhüt mekanizmasının enerji pazarında bu kadar sık kullanılmasının tek sebebi pazarı regüle etme amacı olamaz şüphesiz. Taahhüt mekanizmasının uygulanmasının sağladığı kolaylık, enerji pazarındaki teknik unsurların (üretim hemen yapılması, iletim ve dağıtım hatları kapasitelerinin evleviyetle paylaşılması ve kullanılması gibi) ve ticari ilişkilerin çabuk şekillenmesi gerekliliği gibi durumlar taahhüt mekanizmasının işletilme sıklığını arttırmıştır.

derinlemesine incelendiğinde taahhütlerin regülatif düzenleyici kurallar ile benzerlik gösterdiği, ayrıca taahhütler ile Komisyon'un pazarın rekabete açılmasına engel olan özelliklerini törpülediği dikkat çekici noktalar olarak karşımıza çıkacaktır. Örneğin; pek çok soruşturmada soruşturma konusu ihlaller olagelen enerji satım sözleşmelerinden ve/veya enerji iletim ve dağıtım hattı kapasitelerinin kullanılış şeklinden doğan pazara giriş engelleri olarak belirtilmiştir.⁴⁶ Taahhüt mekanizması Komisyon'a ilgili firmalarla anlaşıp gerek şirketlerin kendi üretim/iletim/dağıtım iştiraklerini elden çıkarmaları (yapısal değişiklik)⁴⁷, gerek kendi iletim/dağıtım hatlarını başka firmalara kullanıma açmaları (davranışsal değişiklik)⁴⁸ ve gerekse yaptıkları enerji alımı sözleşmelerinde değişiklikler yapmaları (sözleşme süre ve kapasitelerini kısaltma-davranışsal değişiklik)⁴⁹ suretiyle bu engeli açma becerisi kazandırmıştır. Oysaki sayılan bu tedbirlerin hepsi regülatif düzenleyici kuralların kapsamı altındadır.

Bu noktada rekabet soruşturmaları sonucunda uygulanacak olan tedbirlerin doğurduğu etkilerden de bahsetmek gerekir. Uygulanacak tedbirlerin etkisi söz konusu ihlale göre değişebilir. Örneğin soruşturma konusu ihlal teşebbüsler arasında yapılan sözleşmelerden kaynaklanıyorsa, yani 101. madde ihlali söz konusu ise, sözleşmenin uygulanmaması veya sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi/kaldırılması gibi davranışsal tedbirler uygulanacaktır. Eğer ihlal hâkim durumun kötüye kullanılmasından kaynaklanıyorsa, yani 102. madde ihlali söz konusu ise, uygulanacak tedbirlerin daha çok regülatif etki yaratması beklenecektir. Zira 102. maddenin kapsamına giren ihlallerin içeriği regülatif düzenleyici kuralların uygulama alanı bulduğu alanlarla benzeşmektedir.⁵⁰ Fakat Komisyon'un enerji pazarına ilişkin verdiği

⁴⁶ Jean-Michel GLACHANT ve Adrien De HAUTECLOCQUE, 'Long-Term Energy Supply Contracts in European Competition Policy: Fuzzy not Crazy', **EUI Working Papers-Robert Schuman Centre for Advance Studies** 2009 (<http://www.eprg.group.cam.ac.uk/working-paper-eprg0919/>, erişim: 21 Nisan 2011), p. 2

⁴⁷ RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402); ENI (Case COMP/39315); Swedish Interconnectors (Case COMP/39351); CEZ (Case AT/39727) Commission Decision C(2013) 1997 final

⁴⁸ Gaz de France (Case COMP/39316); E.ON Gas (Case COMP/39317) Commission Decision C (2010) 2863 final

⁴⁹ Distrigaz (Case COMP/B-1/37966); EDF-Long-term Contracts in France (Case COMP/39386)

⁵⁰ Mesela zorunlu unsurun rakip teşebbüslere sağlanmaması, fiyat sıkıştırması gibi hâkim durumun kötüye kullanılması kapsamına giren ihlaller, iletim hatlarının üçüncü kişilerin kullanımına açılmasının düzenlenmesi veya fiyatların regüle edilmesi gibi regülatif kurallar tarafından da düzenlenen konulardır. Bkz. Niamh DUNNE, 'Commitment Decisions in EU

DUC/DONG kararında⁵¹ tersi bir uygulama ortaya çıkmıştır. Kararda DONG doğalgaz şirketi ile teşebbüs birliği DUC arasında yapılan ve ihlale konu olan sözleşme hükümlerinin değiştirilmesinin yanı sıra soruşturma konusu ihlale ilgisi olmayan ve fakat DONG enerji şirketinin işletmesi altında bulunan iletim hatlarına diğer enerji şirketleri menfaatine erişim hakkı sağlanması ile ilgili tedbirler de uygulanmıştır. Dolayısıyla Komisyon'un, ihlal konusu dışında dahi olsa, enerji pazarında pazarın regüle edilmesini sağlayacak tedbirleri uygulama şansını elinden kaçırmayacağını söylemek mümkündür.

Sonuç olarak rekabet soruşturmaları neticesinde hayata geçirilen taahhütler hem rekabetin oluşmasını engelleyen unsurları ortadan kaldırmış hem de regülatif düzenleyici kurallara paralellik gösterdikleri için pazarın düzenlenmesine yardımcı olmuştur. Avrupa Birliği Komisyonu'nun enerji pazarına ilişkin olarak verdiği en son taahhüt kararı da benzer özellik göstermektedir. Bu karar aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

III. AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN BEH KARARI

2012 yılının son ayı, Komisyon, dikey bütünlük ve kamu kontrolünde olan Bulgaristan Enerji Holdingi (BEH-Bulgarian Enerji Holding) hakkında, hâkim durumun kötüye kullanılması gerekçesi ile rekabet soruşturması başlatmıştır. Komisyon'a göre, BEH Bulgaristan elektrik toptan satış pazarında⁵² yaptığı uzun dönemli elektrik satım sözleşmeleri ile "bölgesel sınırlandırma" (*territorial restriction*) getirmiş ve elektrik alıcılarının tekrar satış özgürlüklerini sınırlandırarak rekabetin oluşumunu engellemiştir. Uzun dönemli satım sözleşmeleri hükümlerine göre, BEH tarafından satılan elektrik ya sadece Bulgaristan içinde ya da sadece Bulgaristan dışında satılabilir. Komisyon, uzun dönemli enerji satım sözleşmesinde belirtilen bu hükmün uygulanması halinde Bulgaristan ile diğer üye ülkeler arasında suni bir ticaret engeli yaratılarak Avrupa elektrik pazarının işleyişinin ve tek pazar entegrasyonu amacının etkileneceğini belirtmiştir.⁵³

Soruşturma raporunu alan BEH, Komisyon'un belirttiği olası rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak için bir takım taahhütler ileri sürmüştür. Buna göre; bölgesel sınırlandırma maddeleri sözleşmelerden çıkarılacak, BEH

Competition Law', *Journal of Competition Law and Economics* Vol.6(3) 2014, s. 414

⁵¹ DONG/DUC (Case COMP 38187)

⁵² Komisyon somut olayda ürün pazarını regüle edilen fiyatların uygulandığı elektrik toptan satış pazarı ve pazarlık yolu ile fiyatların belirlendiği elektrik toptan satış pazarı olarak ikiye ayırarak tanımlamıştır. Bakınız, BEH Electricity (Case COMP/39767) para. (33-35)

⁵³ BEH Electricity (Case COMP/39767) para. (49-60)

kurulum aşamasında bağımsız üçüncü bir partiden bilgi ve teknik destek olarak yeni bir enerji borsası oluşturacak, enerji borsasının bağımsızlığını sağlamak için borsanın kontrolünü Bulgaristan Maliye Bakanlığı'na devredecek ve son olarak beş yıl boyunca gün öncesi elektrik piyasasına önceden belirtilmiş miktarlarda elektrik sağlayacak ve sağlanan bu elektrik borsa üzerinden diğer enerji şirketlerine satılacaktır. Komisyon'un kararında yapılan açıklamaya göre, bu taahhütlerin amacı elektrik toptan satış pazarında şeffaflığı oluşturarak Bulgaristan ile komşu üye ülkeler arasındaki entegrasyonu kuvvetlendirmek, enerji borsasında likiditeyi arttırmak ve gün öncesi elektrik piyasasına satılan elektriğin enerji borsasında alıcı bulmasını sağlayarak uzun dönemli satım sözleşmelerinde ortaya konan bölgesel sınırlandırmaları engellemektir.

Komisyon'un değerlendirmesine göre uygulanan taahhütlerin hepsi ihlal şüphesini ve bir daha oluşmasını engelleyeceğinden orantılılık ilkesini tatmin eder niteliktedir.⁵⁴ Fakat pazarın regüle edilen bir pazar olması göz önüne alınırsa uygulanan taahhütlerin regülasyonu destekler nitelikte olduğu daha net bir şekilde su yüzüne çıkacaktır. Enerji borsasının kurulması, borsa üzerinden elektrik satışı yapılması, borsanın bağımsızlığının artması adına Bulgaristan Maliye Bakanlığı bünyesine bağlanması gibi taahhütler aslında düzenleyici regülatif kuralların uygulama alanı bulduğu konulardır. Bu özelliklerinden dolayı, Komisyon'un verdiği bu son karar taahhüt mekanizmasının rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak yanında market regülasyonunu desteklemek amacıyla da işletildiğini göstermektedir.

Komisyon'un enerji pazarındaki bu tutumu pazardaki hukuksal şeffaflığı ve kesinliği ortadan kaldırması dolayısıyla eleştirilebilir. Hukuksal şeffaflığın ortadan kalkması rekabet kuralları ile regülatif düzenleyici kurallar arasındaki ilişkiyi zedeleyebilir.⁵⁵ Ayrıca, pazardaki hukuki belirsizliğin

⁵⁴ Bakınız, BEH Electricity (Case AT/39767) para.106-148

⁵⁵ Nicholas ECONOMIDES, 'Competition Policy in Network Industries: An Introduction', **NET Institute Working Paper** 2004 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386626, erişim; 7.2.2013), s. 215; Damien GERADİN / Robert O'DONOGHUE, 'The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications' **Journal of Competition Law & Economics**, Vol.1(2), 2005, s. 154; Giorgio MONTI, 'Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law', **The Competition Law Review**, Vol.4(2), 2008, s. 215; Martin HELLWIG, 'Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries', **Max Planck for Research on Collective Goods Bonn 2008/29**, 2008 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275285, erişim, 5.2.2013) s. 123; Pablo Ibanez COLOMO, 'On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory' **Yearbook of European Law**, Vol.29, 2010, s. 265; Javier TAPIA / Despoina MANTZARİ, 'The Regulation/Competition Interaction' in D. Geradin and I. Lianos (eds.) **Research Handbook on**

yatırımcının pazardan uzaklaşmasına sebep olabileceği ortadadır.⁵⁶ Buna göre, enerji pazarına yatırımın, yatırımcının uzun dönemli olarak hukuksal uygulamaları öngörebilmesi ile destekleneceği, bu nedenle Komisyon'un rekabet soruşturmaları ile pazar regülasyonunu kuvvetlendirici tedbirler almasının pazara yapılacak yatırımları olumsuz şekilde etkileyebileceği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, Komisyon'un enerji üretim tesislerine veya iletim hatlarına yapılan yeni yatırımları hukuka uygunluk sebebi (*objective justification*) olarak gördüğü ve bu hallerde Rekabet Hukuku hükümlerini uygulamadığı göz ardı edilmemelidir.⁵⁷

Sonuç olarak, öyle gözükmektedir ki, taahhüt mekanizması, enerji pazarı özelinde, rekabet ihlallerinin engellenmesi yanında regülatif düzenleyici kuralların tam uygulanmamasından kaynaklanan eksikliklerin giderilmesi amacıyla kullanılmaya devam edecek ve bu durum Avrupa Birliği bünyesinde mevcut bir problem olarak doktrin tarafından çok kere tartışılacaktır.

SONUÇ

Avrupa Birliği'nde 1/2003 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girmesi ile rekabet soruşturmaları taahhüt yolu ile sonuçlandırılmaya başlanmıştır. Taahhüt mekanizmasının Birlik bünyesine dâhil edilmesinden beri doktrin tarafından sıklıkla tartışmaya açıldığını söylemek mümkündür. Taahhüt kararlarının Komisyon ve soruşturma konusu teşebbüsler için sağladığı faydalar yanında taahhüt kararı verirken Komisyon'un sahip olduğu geniş yetkiler, orantılılık ilkesinin uygulanması şekli ve uygulanan taahhütlerin içerikleri bu tartışmaları daha da alevlendirecek gibi gözükmektedir. Taahhütlerin özellikle enerji gibi yeni regüle edilen pazarlarda pazar regülasyonunu kuvvetlendirecek özelliklere sahip olması hukuki şeffaflığı ortadan kaldırmaya yönelik sonuçlar doğurabilir. Bu durum başta pazar oyuncuları için belirsizlik yaratmakta, sonrasında ise pazara girecek yatırımcıları uzaklaştırma riski taşımaktadır.

Bu değerlendirmeler ışığında, bu makale öncelikli olarak Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda taahhüt mekanizmasının özelliklerini, taahhüt

European Competition Law: Substantive Aspects, Edward-Elgar 2013, s. 588

⁵⁶ Adrien DE HAUTECLOCQUE / Leigh HANCHER, 'Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice', **EUI Working Papers RSCAS 2010/01**, 2010 (<http://ideas.repec.org/a/sen/journal/v11y2010i3p307-335.html>, erişim, 16.2.2013), s. 12; Adrien DE HAUTECLOCQUE, **Market Building through Antitrust: Long-term Contract Regulation in EU Electricity Markets**, Edward Elgar Publishing Limited, Londra 2013

⁵⁷ Bakınız ilgili Komisyon kararları Synergen (Case COMP/37732); Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (IV/33.473) Commission Decision 91/329/EEC [1991] OJ L 178/31

kararlarının hem Avrupa Birliği Komisyonu hem de ilgili teŖebbüsler için doğuracağı sonuçları incelemiŖ, daha sonra uygulanan taahhütlerin ilgili pazarları regüle etme amacıyla kullanılması durumunu tartıŖmaya açmıŖtır. Bu tartıŖmaları takiben, makale Avrupa Komisyonu'nun enerji pazarında en son vermiŖ olduğu taahhüt kararı olan BEH Kararını incelemiŖtir.

KAYNAKÇA

ARI, Haluk / AYGÜN, Esin / KEKEVİ, GökŖin, 'Rekabet Hukukunda Taahhüt ve UzlaŖma', (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT/1/Documents/Di%C4%9Fer+Etkinlik/halukari.pdf>, eriŖim: 09.12.2016)

CENGİZ, Fırat, 'Judicial Review and the Rule of the Law in the EU Competition Law Regime after *Alrosa*' **European Competition Journal**, Vol.7, 2011s. 150-175

COLOMO, Pablo Ibanez, 'On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory' **Yearbook of European Law**, Vol. 29, 2010, s. 265-283

DE HAUTECLOCQUE, Adrien, **Market Building through Antitrust: Long-term Contract Regulation in EU Electricity Markets**, Edward Elgar Publishing Limited, Londra, 2013

DE HAUTECLOCQUE, Adrien / HANCHER, Leigh, 'Manufacturing the EU Energy Markets: The Current Dynamics of Regulatory Practice' **EUI Working Papers RSCAS 2010/01**, 2010 (<http://ideas.repec.org/a/sen/journal/v11y2010i3p307-335.html>, eriŖim: 16.02.2013), s. 12-25

DE HAUTECLOCQUE, Adrien / TALUS, Kim, 'Capacity to Compete: Recent Trends in Access Regimes in Electricity and Natural Gas Networks' in B. DELVAUX, M. HUNT K. TALUS, **Vertical Natural Gas Transmission Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law**, Wolters Kluwer, 2011, s. 175

DUNNE, Niamh, 'Commitment Decisions in EU Competition Law', **Journal of Competition Law and Economics** Vol.6(3) 2014, s. 414

ECONOMIDES, Nicholas, 'Competition Policy in Network Industries: An Introduction' (2004) **NET Institute Working Paper** (<http://papers.ssrn>.

com/sol3/papers.cfm?abstract_id=386626, erişim: 07.02.2013) s. 04-23

GERADIN, Damien / O'DONOGHUE, Robert, 'The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications', **Journal of Competition Law & Economics**, Vol.1(2), 2005s. 360-388

GERADIN, Damien / SIDAK, J. Gregory, 'European and American Approach to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications', S. K. Majumdar, I. Vogelsang, and M. E. Cave (eds.) **Handbook of Telecommunications Economics**, Vol. II (Elsevire B.V. 2005)

GLACHANT Jean-Michel / DE HAUTECLOCQUE, Adrien, 'Long-Term Energy Supply Contracts in European Competition Policy: Fuzzy not Crazy', **EUI Working Papers-Robert Schuman Centre for Advance Studies** 2009 (<http://www.eprg.group.cam.ac.uk/working-paper-eprg0919/>, erişim: 21 Nisan 2011) , p. 2

HELLWIG, Martin, 'Competition Policy and Sector-specific Regulation for Network Industries' (2008) **Max Planck for Research on Collective Goods Bonn 2008/29** (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275285, erişim: 05.02.2013)

JACOBS, Francis, 'Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law' in Evelyn ELLİS (ed.), **The Principle of Proportionality in the Laws of Europe** Hart Publishing 1999, s. 270

JONES, Alison / SUFRİN, Brenda, **EU Competition Law**, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 1081

MONTI , Giorgio, 'Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law' **The Competition Law Review**, Vol.4(2), 2008, s. 130-143

LANG, John Temple, 'Commitment Decisions and Settlements with Antitrust Authorities and Private Parties under European Antitrust Law' in Barry Hawk (ed.), **Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy**, Juris Publishing, Inc., 2006, s. 265-324

LANG, John Temple, 'Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal Aspect of a new kind of Competition Decision' **European Commission Law Review**, Vol.24, 2003, 347, s. 350

SCHWEITZER, Heike, 'Judicial Review in EU Competition Law' in I. Lianos and D. Geradin (eds.), **Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure** Edward Elgar, 2013, s. 491-516

TAPIA, Javier/MANTZARI, Despoina, 'The Regulation/Competition Interaction' in D. Geradin and I. Lianos (eds.) **Research Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects**, Edward-Elgar, 2013, s. 588-605

TALUS, Kim (eds.), "EU Energy Law and Policy Issues" Vol.3 **Intersentia** 2011 s. 233

Avrupa Komisyonu Kararları

Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (IV/33.473) Commission Decision 91/329/EEC [1991] OJ L 178/31

Jahrhundertvertrag (IV/33.151) and VIK-GVSt (IV/33.997) Commission Decision 93/126/EEC [1992] OJ L 50/14;

Electricidade de Portugal/Pego (IV/34.598) Commission Decision 93/C 265/03 30 [1993]

REN/Turbogas (IV/E-3/35.485) Commission Decision 96/C 118/05 [1996]

Isab Energy (IV/E-3/35.698) Commission Decision 96/C 138/03 [1996]

Synergen (Case COMP/37732) [2002]

GDF/ENEL & GDF/ENI (Case COMP/38662) [2004]

DONG/DUC (Case COMP 38187) [2005]

Distrigaz (Case COMP/37966) [2007]

Wanadoo España vs. Telefónica (Case COMP/38.784) Commission Decision [2007]

E.ON-German Electricity Wholesale Market (Case COMP/39388) & E.ON-German Electricity Balancing Market (Case COMP/39389) [2008]

GDF Foreclosure (Case COMP/39316) [2009]

RWE Gas Foreclosure (Case COMP/39402) [2009]

EDF-Long-term Contracts in France (Case COMP/39386) [2010]

E.ON Gas Foreclosure (Case COMP/39317) Commission Decision C(2010) 2863 final

ENI (Case COMP/39315) [2010]

Swedish Interconnectors (Case COMP/39351) [2010]

CEZ (Case AT/39727) Commission Decision C(2013) 1997 final [2013]

Google (Case Comp/C-3/39740) [2014]

Romanian Power Exchange/OPCOM (Case.AT 39984) Commission Decision C (2014) 1342 final BEH Electricity (Case AT.39767) [2015]

Avrupa Adalet Divanı Kararı

Case C-441/07 P *Alrosa Company Ltd v Commission* [2010] ECR I-5949

Mevzuat

Commission, “DG Competition Report on Energy Sector Inquiry”, SEC(2006) 1724, s.4

Commission, ‘Antitrust Manual of Procedures: Internal DG Competition working documents on procedures for the application of Article 101 and 102 TFEU’ (Commitment Decision) (2012), Bölüm 16, s. 7

Commission, Competition Policy Brief, ‘To Commit or not to Commit: Deciding between Prohibition and Commitments’ (2014) Issue 3

Council Regulation 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009) OJ C45/7

İCRA HUKUKUNDA AŞKIN HACİZ

Nilüfer BORAN GÜNEYSU*

ÖZET

Haczin konusunu, borçlunun haczedilebilir tüm mal ve hakları oluşturmaktadır; ancak bu ifade borçlunun tüm malvarlığının haczedilebileceği anlamına gelmemektedir. Haczin sınırını alacak, faiz ve masraflar oluşturmaktadır. Alacak miktarını aşan haciz, aşkın haciz veya taşkın haciz kavramlarıyla ifade edilmektedir. Aşkın haciz; kavram, tanım ve şartları bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almamakta; ancak uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Aşkın haciz, öncelikle mülkiyet hakkı olmak üzere, birçok anayasal hak ve ilkeye aykırı olduğu gibi icra hukukunun amacına da aykırıdır. Aşkın haczin söz konusu olduğu durumlarda haciz işlemi yoklukla batıl değildir. İlgililer, aşkın hacze karşı şikâyet, maddî veya manevî tazminat yoluna başvurabilirler.

Anahtar Kelimeler: *Aşkın Haciz, Taşkın Haciz, Şikâyet, Maddî Tazminat, Manevî Tazminat.*

EXCESSIVE ATTACHMENT

ABSTRACT

All of the rights and the whole of the property belonging to a debtor can be the object of an attachment and garnishment process. This does not, however, necessarily mean that all these assets have to be attached and sold. There is a pecuniary limit to this process, which should be the total sum of the original debt, interest and the legal costs. If the value of the confiscated assets exceed this total sum, an excessive attachment and garnishment (Überpfändung) has occurred. This term lacks a legal definition but is frequently observed in the legal practice. An excessive attachment is a violation of many constitutional rights and principles. It is however a rectifiable mistake. Against this, aggrieved parties may seek to raise a complaint or to file a suit to claim material and personal damages.

Keywords: *Attachment and Garnishment, Excessive Attachment, Complaint, Pecuniary damages, Non-pecuniary damages*

* Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, niboran@anadolu.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12.12.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06.01.2017

GİRİŞ

Haciz, alacaklının alacağını tahsil etmesi için borçlunun malvarlığına hukuken el konulmasını ifade etmektedir. Haczin konusu, borçlunun haczedilebilir tüm mal ve haklarıdır, haczin üst sınırını ise, asıl alacak, faiz ve masraflar oluşturmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesi gereğince alacaklının alacağından fazla mal ve hakkın haczi caiz değildir. Alacak miktarını aşan haciz, kavram, tanım ve şartları bakımından, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemektedir. Ancak uygulama ve öğretide alacak miktarını aşan haciz, aşkın haciz veya taşkın haciz kavramlarıyla ifade edilmektedir.

Aşkın haciz, Anayasal olarak korunan hukuk devleti, insan onuru, mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkeleri ile çelişmektedir. Yine aşkın haciz, icra hukukuna özgü kanunilik, cibrî icra tedbirlerinin sınırlı ve belirli olması ve menfaat dengesine de aykırıdır. Aşkın haczin söz konusu olduğu durumlarda haciz işlemi geçerlidir, ilgili haciz yoklukla batıl değildir. Aşkın haczin varlığı halinde, bu hacze karşı ilgililerin şikâyet hakkı (İİK m. 16) bulunmaktadır.

Bu çalışmada; aşkın haciz kavramı ve aşkın haczin şartları, ilgili kavramın icra hukukunun amacı, anayasal ilkeler ve icra hukuku ilkeleri ile ilişkisi incelenecektir. Aşkın hacze karşı koyma imkânı olarak şikâyet açıklanacaktır. Aşkın hacze karşı şikâyet sebebi, süresi, başvurabilecek kişiler, yargılama usulü ve şikâyet sonunda verilecek karar incelenmeye çalışılacaktır. Son başlık altında ise, aşkın hacze karşı devletin maddî ve manevî tazminat sorumluluğu değerlendirilecektir.

I.AŞKIN HACİZ KAVRAMI

İlâmsız takip kesinleşmesine rağmen borçlu borcunu ödemez veya ilâmlı takipte icranın geri bırakılması için öngörülen sürenin geçmesinden sonra takip konusu borç ödenmezse “haciz” aşamasına geçilir. Haciz, “para alacaklarının ödenmesini sağlamak için borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulması” şeklinde tanımlanmaktadır¹. İcra dairesi tarafından haczedilen mallar, yine icra dairesi tarafından satılarak paraya çevrilecek ve alacaklıya alacağı ödenecektir. İcra hukukunda haczedilen malların alacağın karşılığı olarak, alacaklıya devri söz konusu değildir.

Haczin konusunu borçlunun haczedilebilir tüm mal ve hakları oluşturmaktadır; ancak bu ifade, borçlunun tüm malvarlığının²

¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 196. Haciz kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Akil, s. 43-45; Topuz, s. 46-47.

² “...Davalı vekilinin taşkın haciz kararı uygulandığı, tek araç üzerine konulmasının

haczedilebileceği anlamına gelmemelidir; haczin üst sınırını, asıl alacak, faiz ve masraflar belirlemektedir. Haciz aşamasında icra müdürü, haczedilecek mallara karar verir, haczine karar verilen malların kıymetini takdir eder veya bilirkişiye takdir ettirir (İİK m. 87). Haczedilen mallar ve kıymetleri, haciz tutanağına yazılır (İİK m. 102). Böylece kıymet takdiri ile alacak, faiz ve masraflara yetecek miktarda malın haczedilmesi sağlanmakta ve gereksiz yere haciz önlenmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesi gereğince alacaklının alacağından fazla mal ve hakkın haczi caiz değildir. Alacak miktarını aşan haciz, kavram, tanım ve şartları bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almamaktadır. Yine bu kavram, öğretilerde de³ pek tartışılmamakla birlikte, Yargıtay kararlarında “aşkın haciz”⁴ veya “taşkın haciz”⁵ olarak yer almaktadır.

Aşkın kavramı, Büyük Türkçe Sözlük’de “belli bir süreyi aşmış, ötesine geçmiş”, “benzerlerinden üstün” veya “çok, fazla” olarak; taşkın kavramı ise, “taşmış bir durumda olan”, “su baskını, seylap, feyezan” veya “aşırı” şeklinde tanımlanmaktadır⁶. Taşkın ifadesi, su baskını, seylap veya feyezan kavramlarına daha yakın olduğu dikkate alınarak, çalışmada “aşkın haciz” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

Öğretilerde *Aslan*, aşkın hacze ilişkin açıklamalar yapmakla birlikte, nitelendirme yapmaktan kaçınmaktadır⁷. Yargıtay ise, “hacizlerin borç miktarına karşılama yeterli olması halinde haciz ve muhafaza işlemlerinin aşkın hacze”⁸ konu olacağını belirterek aşkın haciz kavramını açıklamaya çalışmaktadır. İlgili açıklamalardan sonra aşkın haciz “haczin, şartlar uygun olmasına rağmen, alacak, faiz ve masraflardan oluşan borç miktarından fazla olarak yapılması” olarak tanımlanabilir.

yeterli olduğu gerekçe ile tüm malvarlığı üzerindeki haczin kaldırılması itirazı üzerine dosya üzerinde yapılan incelemede itirazın reddine karar verilmiştir...” 9. HD, 2.6.2014, 14077/17638(<http://www.kazanci.com/> 30.03.2016).

³ *Aslan*, Tertip, s. 283-284.

⁴ 8. HD, 5.11.2015, 8612/19671; 12. HD, 2.10.2014, 17560/23125; 8. HD, 8.1.2014, E. 2013/15150, K. 2014/1243 (<http://www.kazanci.com/> 29.03.2016).

⁵ 12. HD, 2.6.2014, 13599/15765; 4. HD, 17.3.2014, E. 2013/4276, K. 2014/4436; 8. HD, 6.2.2014, E. 2013/13718, K. 2014/1760 (<http://www.kazanci.com/> 29.03.2016).

⁶ <http://www.tdk.gov.tr/> 29.03.2016.

⁷ *Aslan*, Tertip, s. 283-284.

⁸ 12. HD, 25.6.2015, 7585/17846 (<http://www.kazanci.com/> 8.3.2016).

Alacak ve faiz, alacaklı tarafından takip talebinde belirlenmektedir. Alacak miktarı, takip talebinin zorunlu unsurlarından biridir (İİK m. 58/II); alacaklı, para alacağının Türk parası ile tutarını takip talebinde göstermelidir. Takibe konu olan alacak faizli ise, faiz oranı ve faizin işlemeye başladığı gün de takip talebinde yer almalıdır⁹. Takip talebinde alacağın miktarını alacaklı belirlemektedir; borçlunun itirazda bulunmaması halinde, hacze konu alacak miktarı, alacaklının talebine göre belirlenmektedir. Ancak borçlunun itirazda, özellikle kısmî itirazda (İİK m. 62/IV) bulunması halinde, alacak miktarı itirazın kaldırılması (İİK m. 68) veya itirazın iptali davası (İİK m. 67) sonunda mahkeme kararı ile tespit edilmektedir. Bu noktada, alacağın miktarının tespitinde icra müdürünün bir takdir hakkı bulunmamaktadır.

İcra takibinin başlamasından sonlanmasına kadar çeşitli masraflar yapılmaktadır¹⁰. Bu masraflar, icra harç ve giderleri olarak adlandırılmaktadır. İcra harcı, devletin icra hukuku faaliyeti karşılığı aldığı parayı ifade etmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, icra-ıflâs harçları, 492 sayılı Harçlar Kanunu'na göre belirlenmektedir. Harçlar Kanunu'na bağlı bir sayılı tarifenin B bölümünde, icra-ıflâs işlerinden alınacak harçlar ayrıntılı¹¹ olarak düzenlenmiştir¹². İcra giderleri ise, icra takibinin tam ve doğru şekilde yürütülmesi için harcanan paraları ifade etmektedir. Hacizli malın muhafazasına ilişkin giderler, satış ve posta giderleri veya bilirkişi ücreti icra giderlerine örnek gösterilmektedir¹³. Masraf kavramı ile ifade edilmek istenenin icra masraflarına yönelik olduğu, kural olarak yargılamaya ilişkin tüm masrafların bu kapsamda olmadığı ifade edilmektedir¹⁴. İcra müdürü, mevcut ve müstakbel masrafları dikkate alarak, masraflar kalemini tespit edecektir.

⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 137-138; Kuru, El Kitabı, s. 198-199; Postacıoğlu/Altay, s. 160-167, Kn. 131-132; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 67. Takip talebinde faize ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, El Kitabı, s. 199-202.

¹⁰ İsviçre hukukunda masraflar, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 68. maddesine göre belirlenmektedir. Bu masraflar kapsamına borç ikrarı veya taraf tazminatları gibi masraflar bu kapsamda değerlendirilmemektedir (Stahelin/Bauer/Stahelin, s. 1005, Rn. 22).

¹¹ İcra-ıflâs hukukunda harçlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, El Kitabı, s. 118-121; Postacıoğlu/Altay, s. 91 vd., Kn. 83 vd.

¹² Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 84-86; Kuru, El Kitabı, s. 118; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 111-112; Postacıoğlu/Altay, s. 90-91, Kn. 82; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 60-61.

¹³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 86; Kuru, El Kitabı, s. 121; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s.112; Postacıoğlu/Altay, s. 90, Kn. 82; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 59.

¹⁴ Kostkiewicz, Kommentar, s. 262, Rn. 20; Stahelin/Bauer/Stahelin, s. 1005, Rn. 23.

Haciz denince öncelikle kesin haciz kavramı akla gelmektedir; ancak kesin haczin dışında tamamlama haczi (İİK m.), ilave haciz (İİK m. 100/II), geçici haciz (İİK m. 139) ve ihtiyatî haciz (İİK m. 257-268) de bulunmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesi sadece kesin hacze yönelik bir hüküm değildir. Haciz üst başlığını taşıyan üçüncü bölüm, haczi caiz olmayan mallar, taşınır veya taşınmaz haczi gibi genel düzenlemeleri içermektedir. Yargıtay da, 2015 yılındaki kararında ihtiyatî hacizde de aşkın haczin söz konusu olabileceğini belirtmiştir¹⁵. İhtiyatî hacizde kesin hacizden farklı olarak alacak miktarı her durumda mahkeme kararı ile belirlenmektedir. Yargıtay'ın¹⁶ da isabetli olarak belirttiği üzere, ihtiyatî haciz kararında belirlenen borç miktarını aşar şekilde haciz yapılması halinde aşkın haciz söz konusu olacaktır. Öğretide, ihtiyatî haczin de ancak borç, faiz ve masraflarla sınırlı olarak uygulanacağı ifade edilmektedir¹⁷. İsviçre¹⁸ hukukunda da ihtiyatî haciz işleminde de aşkın haciz yasağının geçerli olduğu belirtilmektedir. Alman hukukunda ise¹⁹, aşkın haciz yasağı kural olarak, tüm haciz türlerinde geçerli olduğuna işaret edilmektedir.

¹⁵ "...Borçlu vekili, ihtiyati hacze hükmedilen ve mahkemece de itirazın iptaline karar verilen alacağın 189.223,00 Euro olduğunu, İcra Müdürlüğü'nce, 28.01.2014 tarihli kararla İİK'nun 40. madde uygulanarak takibin durdurulmasına karar verilerek ayrıca çoktan kesin hacze dönüşen ihtiyatî hacizlerin devamı ile çeşitli ihtiyatî haciz uygulamaları yapıldığını, bu sebeplerle ayrıca davalar ikame ettiklerini, ancak artan Euro kuruna bağlı olarak hacizler yapıldığını, dosyaya 45.000,00 TL para girdiğini, artan Euro kuruna bağlı olarak da her ay 15.000,00 TL kadar girmeye devam ettiğini, ihtiyatî haciz meblağının 189.223 Euro olmakla bunun TL karşılığının 577.905,96 TL tutarında olduğunu buna göre sürdürülebilecek ihtiyatî haciz meblağının dosyaya giren ödemeler dikkate alındığında en fazla 533.000,00 TL olduğunu, yapılan hacizlerin ise bu alacağı fazlası ile karşıladığını, buna rağmen icra müdürlüğünün alacaklı yanın 04.03.2014 günü yaptığı talebi kabul ederek haciz uygulamalarını sürdürdüğü ve borçlu şirketin banka hesabına haciz konduğunu, durumun 700 milyar TL'sini aşan hatalı borç hesabından kaynaklandığını belirterek hatalı borç hesabının düzeltilmesine ve buna bağlı ihtiyatî hacizlerin sürdürülmesi sureti ile aşkın hacizler yapılmasına yönelik karar ve işlemin iptali istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece; şikayetin kısmen kabulüyle şikayete konu hesabın 773.937,82 TL olarak düzeltilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır..." 12. HD, 4.6.2015, 4810/15426 (<http://www.kazanci.com/> 8.3.2016).

¹⁶ "...her ne kadar takip kesinleşmemiş ise de; geçerli bir ihtiyatî haciz kararının bulunması karşısında 05.04.2010 tarihinde yapılan haciz ve muhafaza işleminde usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Ancak, ihtiyatî haciz kararında belirlenen borç miktarını aşar şekilde haciz yapılması halinde borçlu bu hususu şikayet konusu yapabilir. Nitekim borçlu şikayet dilekçesinde aşkın haciz yapıldığını da ileri sürmüştür. O halde, mahkemece, haciz ve muhafaza işleminin kaldırılmasına ilişkin şikayetin reddi ile aşkın haciz yönünden inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..." 12. HD, 7.7.2011, E. 2010/32724, K. 2011/15605 (<http://www.kazanci.com/> 27.06.2016).

¹⁷ Özekes, İhtiyatî Haciz, s. 278.

¹⁸ Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 1006, Rn. 24.

¹⁹ Gottwald/Mock, s. 1.

Aşkın haciz, ilâmsız icrada konusu para alacağı olan takipler için söz konusudur. Kira süresinin sona ermesi nedeniyle taşınmazın tahliyesi ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ilâmsız takipte haciz aşaması ve aşkın hacizden bahsedilemez. Ancak aşkın haciz, sadece ilâmsız icraya özgü bir aşama değildir. İlâmlı icranın bazı türlerinde de şartların varlığı halinde haciz aşaması bulunmaktadır. Yargıtay, özellikle ilâmlı icranın durdurulması için yatırılan teminatın, yatırıldığı tarih itibari ile icra takip dosyası alacağını tüm fer'ileri ile birlikte karşılaması halinde, hacizlerin aşkın haciz haline geleceğini belirtmektedir²⁰. Bu nedenle aşkın haciz ve aşkın haciz yasağı kural olarak, konusu para alacağı olan ilâmsız ve ilâmlı takipte söz konusu olabilecektir²¹.

²⁰ "...İİK.'nun 85/1.maddesi uyarınca; borçlunun mal ve haklarından, alacaklının ana para, faiz ve masraflar dahil tüm alacağına yetecek miktarı haczolunur. Aynı maddenin son fıkrası uyarınca ise, icra memurunun **haciz** koyarken alacaklı ve borçlunun menfaatlerini gözetmesi gerekir. Yargıtay'dan tehiri icra kararı almak üzere icra müdürlüğü tarafından mehil verilebilmesi için ibraz edilen teminat mektubu veya yatırılan nakdi teminat, ödeme yerine geçmez ise de, borçlu tarafından yatırılan teminatın, yatırıldığı tarih itibari ile icra takip dosyası alacağını tüm fer'ileri ile birlikte karşılaması halinde, mevcut hacizlerin aşkın hale geleceği kuskusuz olduğu gibi, hacizlerin devam etmesi İİK.'nun 85/son maddesiyle de bağdaşmayacaktır. Şu hale göre; borçlu tarafından, dosya borcunun tamamı icra dairesine depo edilmiş olmakla, mahkemece, şikâyetin kabulüyle aşkın hale gelen hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, mahkeme kararının bu gerekçe ile bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmalı borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir..." 12. HD, 7.4.2016, 2783/10381; "...Yargıtay'dan tehiri icra kararı alabilmek üzere icra müdürlüğü tarafından mehil verilebilmesi için ibraz edilen teminat mektubu veya yatırılan nakdi teminat, ödeme yerine geçmez ise de, borçlu tarafından yatırılan teminatın, yatırıldığı tarih itibari ile icra takip dosyası alacağını tüm fer'ileri ile birlikte karşılaması halinde, mevcut hacizlerin aşkın hale geleceği kuşkusuz olduğu gibi, hacizlerin devam etmesi İİK.nun 85/son maddesiyle de bağdaşmayacaktır. Şu hale göre; borçlu tarafından, dosya borcunun tamamı (asıl alacak ve fer'ileri) icra dairesine depo edilmiş olmakla, mahkemece, aşkın hale gelen hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..." 12. HD, 25.2.2016, E. 2015/28096, K. 2016/5415; "...İİK.nun 85/1. maddesi uyarınca; borçlunun mal ve haklarından, alacaklının ana para, faiz ve masraflar dahil tüm alacağına yetecek miktarı haczolunur. Aynı maddenin son fıkrası uyarınca ise, icra memurunun haciz koyarken alacaklı ve borçlunun menfaatlerini gözetmesi gerekir. Yargıtay'dan tehiri icra kararı alabilmek üzere icra müdürlüğü tarafından mehil verilebilmesi için ibraz edilen teminat mektubu veya yatırılan nakdi teminat, ödeme yerine geçmez ise de, borçlu tarafından yatırılan teminatın, yatırıldığı tarih itibari ile icra takip dosyası alacağını tüm fer'ileri ile birlikte karşılaması halinde, mevcut hacizlerin aşkın hale geleceği kuşkusuz olduğu gibi, hacizlerin devam etmesi İİK.nun 85/son maddesiyle de bağdaşmayacaktır. Şu hale göre; borçlu tarafından, 16.4.2015 tarihli dosya hesabında tespit edilen 39.419,53 TL bakiye borç miktarını fazlası ile karşılar miktarda teminat mektubu icra dairesine sunulmak suretiyle dosya borcu depo edilmiş olmakla, icra müdürlüğünce aşkın hale gelen hacizlerin kaldırılması yerinde olduğundan, mahkemece şikâyetin reddi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir..." 12. HD, 15/12/2015, 22257/31711 (<http://www.kazanci.com/> 27.06.2016).

²¹ "...Bursa 11. İcra Müdürlüğü'nün 2012/8561 Esas sayılı takip dosyasının incelenmesinde,

İsviçre İcra-İflâs Kanunu ve Alman Medeni Usul Kanunu'nda da aşkın haciz kavramı yer almamaktadır; ancak literatürde “die Überpfändung” veya “Verbot der Überpfändung”²² olarak kabul edilen bir kavramdır. Alman (ZPO 803) ve İsviçre (SchKG 97) hukukunda da haczin üst sınırını alacak, faiz ve masraflar oluşturmaktadır. Alacak miktarının üzerindeki haciz işlemi hukuka uygun değildir ve hukuk sistemlerince kabul edilmemektedir²³.

II. AŞKIN HACZİN İCRA HUKUKUN AMACI, TEMEL HAKLAR VE İCRA HUKUKU İLKELERİ İLE İLİŞKİSİ

A. İCRA HUKUKUN AMACI VE AŞKIN HACİZ

Hukuk devleti ve kendiliğinden hak alma yasağının bir gereği olarak, bireyin devlete karşı hakkın dağıtılmasını talep etme ve yargı hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle devlet, kendisine yöneltilen bu talebi yerine getirmekten ve hak dağıtımından kaçınamayacaktır. Devletin hak dağıtımını üzerine alması nedeniyle, hakkın ihlâl edildiği veya ihlâl edilme ihtimalinin bulunduğu iddia edenler, devletin bu konuda yetkili kıldığı mercilerden yardım talep edeceklerdir. Devletin ise, dava veya takip veyahut başka yollarla kendisine yöneltilen talepleri karşılaması, tarafsız mahkemeler önünde yargılama yaparak bir karar vermesi ve bu kararı da uygulaması gerekir²⁴.

İcraya yönelik düzenlemelerin, kanunî, şekle bağlı, belirli ve sınırlı olması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Devlet, cebrî icra uygulamalarında

borçlular vekilince dayanak ilamın her iki borçlu yönünden icranın geri bırakılması talepli olarak temyiz edildiğinden bahisle borçlulardan C. Çalışkan'ın taşınmaz teminat gösterilerek, mehil belgesi talebinde bulunulduğu, İcra Müdürlüğü'nce 5.10.2012 tarihinde borçlu C. Çalışkan yönünden mehil belgesinin verildiği, bu belgenin usulüne uygun olarak borçlular vekiline 8.10.2012 tarihinde tebliğ edildiği, borçlu vekilinin Mürsel Karaca yönünden mehil belgesine karşı herhangi bir itiraz ya da şikayette bulunmadığı, bu mehil belgesine göre Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce borçlu C. Çalışkan hakkında 22.10.2012 tarihli İcrayı Geri Bırakma Kararının verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda hakkında icranın geri bırakılması kararı bulunmayan şikayetçi-borçlu Mürsel Karaca yönünden takibe devam edilerek, 26.6.2013 tarihinde bankalara haciz müzekkeresi yazılmasında usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. O halde, Mahkemece, borçlu vekilinin icranın geri bırakılması kararına rağmen takibe devam edilmesi yönündeki şikayetinin reddiyle taşkın haciz iddiasına yönelik diğer şikayetinin incelenerek sonuca gidilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle 26.6.2013 tarihli memur işleminin iptaline karar verilmesi doğru değildir...” 8. HD, 30.9.2013, 17600/13803(<http://www.kazanci.com/> 13.06.2016).

²² Kostkiewicz, s. 205, Rn. 748.

²³ Lücke, s. 553, Rn. 608; Musielak, s. 380, Rn. 638; Paulus, s. 259, Rn. 556; Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 1005, Rn. 21-22.

²⁴ Aslan, Tertip, s. 272; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 35-36; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 81-84; Kuru, El Kitabı, s. 47-49; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 41; Özekes, s. 125-126; Yılmaz, s. 494.

hukuka uygun işlem yapmak zorundadır. Kişilere ihkak-ı hakkı yasaklayan devletin, hakkın elde edilmesinde de hukuka uygun davranması gerekmektedir. İhkak-ı hak yasağının en önemli gerekçesi, kişilerin haklarını yerine getirirken ölçüsüz davranmaları ve toplumsal barışın bozulmasıdır. Devlet, cebrî icra sırasında alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini dikkate almalıdır. Cebrî icra organlarının da hakların yerine getirilmesinde ölçüsüz hareketlerden kaçınmaları ve belirli ilkelere dikkat etmeleri gerekir²⁵. Aşkın hacizde, devlet sahip olmadığı bir yetkiyle alacaktan fazla miktarda haciz işlemi gerçekleştirmektedir. Bu anlamda aşkın haciz, icra hukukunun amacıyla uyuşmamaktadır. *Aslan* da, borçlunun borçlarına yetecek miktardan fazla malın haczedilmesinin cebrî icranın amacı ile bağdaşmayacağını açıkça belirtmektedir²⁶.

Haczin amacı, “alacaklının talep etmesi halinde takip konusu alacağı karşılamaya yetecek miktar ve değerde borçlunun mal ve haklarına icra dairesi tarafından el konularak”²⁷ alacaklının tatmin edilmesidir. Alacağı aşan miktarda mal ve değere haciz konulması halinde, sadece icra hukukun değil haczin de amacı aşılmaktadır.

B. ANAYASAL TEMEL HAKLAR VE AŞKIN HACİZ

1982 Anayasası’nda temel hak ve ödevler²⁸ ikinci kısımda düzenlenmektedir, bu kısım ise dört bölümden oluşmaktadır. Bu düzenlemeler sırası ile genel hükümler, kişinin hak ve ödevleri, sosyal ve ekonomik hak ve ödevler ile son olarak siyasi hak ve ödevler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Siyasî hak ve ödevlerin icra hukuku ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır, sosyal hak ve ödevlerin ise, bir kısmının icra hukuku ile ilişkisi söz konusudur. Buna karşılık kişinin hak ve ödevleri başlıklı ikinci bölümün neredeyse tamamı icra hukuku ile bağlantılıdır²⁹.

İcra hukukunda gözetilecek temel hak ve ilkeler, insan onuru, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı, kişiliğin ve kişi özgürlüklerinin korunması, özel hayatın, konut dokunulmazlığının ve haberleşme özgürlüğünün korunması, ailenin korunması, mülkiyetin korunması, eşitlik ilkesi, ölçülülük ilkesi ve sosyal devlet ilkesi olarak

²⁵ *Aslan*, Tertip, s. 273-275; *Özekes*, s. 27.

²⁶ *Aslan*, Tertip, s. 280, dn. 53.

²⁷ *Aslan*, Tertip, s. 271 ve 284.

²⁸ Temel hakların türleri ve bunları icra hukuku ile ilişkisi için bkz. *Özekes*, s. 47-249.

²⁹ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes*, s. 54-55; *Özekes*, s. 47-48.

sıralanmaktadır³⁰. Bilindiği üzere cebrî icra hukuku, devletin zor kullanma yetkisinin bulunduğu, kişilerin malvarlığı ve kişilik haklarına doğrudan müdahalenin söz konusu olduğu bir alandır. Kişiye bağlı, dokunulmaz, devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki (Ana. m. 12) temel haklara, kanun koyucunun olduğu kadar icra ve yargı organlarının da dikkat etmesi gerekmektedir³¹.

Aşkın haciz, insan onuru, hukuk devleti ve mülkiyet hakkını ihlal eden bir uygulamadır. *Özekes*, icra uygulamalarının “*cebrî icra işlemleri gerçekten ahlaka aykırı ise, açıkça ve haksız ve insafsızca uygulanmaktaysa, ölçüsüz bir uygulama varsa, cebrî icra tedbiri ile amaç arasında bir bağlantı kurulamıyorsa, keyfilik içeriyorsa*” insan onurunu zedelediğini ifade etmektedir³². Aşkın haciz, haksız ve ölçüsüz bir uygulama olması, amaç ile araç arasında bağlantıyı sağlayamaması ve keyfilik içermesi nedeniyle insan onuruna aykırıdır.

Aşkın haciz, hukuk devleti ilkesi ile de çelişmektedir. Cebrî icranın hukukî güven ortamında yerine getirilmesi gerekir; bunun için sadece hukukî düzenlemeler değil, uygulamanın da bu yönde olması gerekir. Doğrudan hak almayı yasaklayan devlet, hukuka uygun biçimde hakkın icrasını sağlamalıdır³³. Aşkın hacizde borçlu, alacaklının insafına terkedilmemekte; ancak devlet sahip olmadığı bir yetkiyle alacaktan fazla miktarda haciz işlemi gerçekleştirmektedir.

Mülkiyet hakkı, mutlak korumaya sahip anayasal ilkelere biridir (Ana. m. 35) ve sadece kamu yararı amacıyla sınırlanabilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 nolu protokolün 1. maddesinde de mülkiyet hakkının korunması düzenlenmiştir. Haciz işlemi, anayasal ilkelere biri olan mülkiyet hakkı ile doğrudan ilişkilidir. İcra hukuku, alacaklının alacağını tahsil etmeye çalışarak alacaklının mülkiyet hakkını, borçlunun malvarlığına yönelik haksız müdahalelerin önüne geçerek³⁴ borçlunun mülkiyet hakkını korumaktadır. Öğretide, aşkın haciz yasağının, borçlunun iktisadi karar verme

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 55; Özekes, s. 109 vd.; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 5.

³¹ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 78-81; Özekes, s. 21-22.

³² Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 60; Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 97-101; Özekes, s. 115.

³³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 55; Özekes, s. 125-130.

³⁴ Gottwald/Mock, s. 1.

özgürlüğünü korumaya yönelik bir düzenleme de olduğu ifade edilmektedir³⁵. Mülkiyet hakkı gereğince borçlu, “takip konusu borcun dışında ve onun üzerinde malvarlığından” haksız şekilde mahrum bırakılmamalıdır³⁶. Aşkın haciz uygulamasının mülkiyet hakkını ihlal ettiği apaçık görülmektedir. *Özekes*, İcra ve İflâs Kanunu’nun 85. maddesini mülkiyet hakkı bakımından kilit bir hüküm olarak değerlendirmektedir. Yazar ilgili maddenin takibin amacı, menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir³⁷.

Ölçülülük³⁸, icra hukukunda gözetilecek ilkelerden biridir. Cebrî icra hukuku, borçlunun şahıs ve malvarlığı değerlerine müdahalenin zorunlu olduğu bir hukuk dalıdır. İcra hukukunda müdahalenin ölçüsünün ne olduğu önemli konulardan biridir. *Özekes*, “cebrî icrada kullanılacak araçların vereceği zarar, elde edilecek yarardan daha fazla olmamalı, elde edilecek yarar, verilecek zararın üzerinde olmamalıdır” ifadesiyle durumu özetlemektedir³⁹. İcra hukuku içinde alacaklının takip yapma hakkı bulunmaktadır; bu takip sonucunda alacaklının zarar görmesi kaçınılmazdır. Bu zarar, alacaklının hakkı ile sınırlı, öngörülen, kabul edilen ve hukukun kabul ettiği makul sınırlar içinde kalıyorsa, meşru kabul edilmektedir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 85. maddesi, borçlunun sorumlu olacağı alacak kalemlerini belirlemiştir; alacak, faiz ve masraflar dışında borçlunun sorumluluğundan bahsedilemez. Borçlunun borcunu aşan miktarda malvarlığının haciz yani aşkın haciz, ölçülülük ilkesine aykırıdır⁴⁰. *Oğurlu*’ya göre de, aşkın haciz yasağı, oranlılık ve gereklilik unsuru bakımından ölçülülük ilkesi ile bağdaştırılabilir⁴¹.

Menfaat dengesi⁴², ölçülülük ilkesi ile bağlantılı ilkelerden biridir. Ölçülülük ilkesi ve menfaat dengesi, aynı şeyler olmamakla birlikte, birbiri ile bağlantılı kavramlardır. Ölçülülük ilkesi, menfaat dengesini göz ardı edemez ve menfaat dengesi kurulurken ölçülülükten yararlanılmalıdır⁴³. Cebrî icra

³⁵ *Gottwald/Mock*, s. 1.

³⁶ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes*, s. 63; *Çiftçi*, Menfaat Dengesi, s. 101-102; *Özekes*, s. 182.

³⁷ *Özekes*, s. 183.

³⁸ Haciz ve ölçülülük ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Aslan*, Tertip, s. 275-280; *Sungurtekin-Özkan*, s. 177 vd.

³⁹ *Özekes*, s. 209.

⁴⁰ *Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes*, s. 58-60; *Özekes*, s. 211-212; *Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 5.

⁴¹ *Oğurlu*, s. 27-28.

⁴² Menfaat dengesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Çiftçi*, Menfaat Dengesi, s. 3 vd.

⁴³ *Çiftçi*, Menfaat Dengesi, s. 310-311; *Özekes*, s. 207.

hukuku, alacaklının alacağını elde etmesini sağlarken, borçluyu da mağdur etmemelidir; cebrî icranın amacı, borçluyu cezalandırmak değil, alacaklıyı alacağına kavuşturmadır⁴⁴. Aşkın haciz, icra hukukunda menfaat dengesine aykırılık teşkil etmektedir. Yargıtay, “...İİK. nun 85. maddesi uyarınca, Borçlunun kendi yedinde veya 3. şahısta olan taşınır malları ile taşınmazlardan ve alacak ve haklardan alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczolunur. İİK. nun 85/son fıkrasında da, haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir. Somut olayımızda, alacak tutarı, mahcuz araçların değeri, trafik kayıt ve tüm dosyadaki bilgiler nazara alındığında, yukarıda ki menfaatler dengesi borçlu zararına bozulmuştur...” ifadesiyle duruma vurgu yapmaktadır⁴⁵. Aşkın haciz yasağı, öncelikle borçluyu koruyan bir imkân olmakla birlikte, satış aşamasının sonucunu görebilmesi bakımından aslında alacaklıyı da korumaktadır⁴⁶. Aşkın haciz yasağı ile öncelikle borçlunun, daha uzun zaman diliminde ise alacaklının menfaatleri dikkate alınmaktadır.

C. İCRA HUKUKU İLKELERİ VE AŞKIN HACİZ

İcra hukuku ilkeleri, İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenleme altına alınmamıştır. İcra hukuku, medenî yargılama hukukunun bir uzantısı niteliğindedir. Bu nedenle medenî usûl hukukunda geçerli olan ilkelerin bir kısmının icra hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmektedir. İcra hukukunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde medenî yargılama hukukundaki ilkeler icra hukukunda da uygulanabilecektir⁴⁷. Tasarruf, taraflarca getirilme, takibin icra organlarınca yürütülmesi, doğrudanlık, takip ekonomisi, alenilik, yazılılık-sözlülük ilkeleri, icra hukukunda da kural olarak, uygulanabilecek yargılama ilkeleridir; ancak bu ilkelerin yanında icra faaliyetinin kendine özgü ilkeleri de bulunmaktadır. Bu ilkeler kanunilik, para alacakları ile diğer hak ve alacakların ayrılması, paraya çevirme ilkesi, cebrî icra yollarının sınırlı ve belli olması, icra tedbirlerinin sınırlı belirli olması, şekle sıkı bağlılık ve alacak ile alacaklılar arasında öncelik olarak sıralanmaktadır⁴⁸.

⁴⁴ Aslan, Tertip, s. 281; Lüke, s. 553, Rn. 608.

⁴⁵ 12. HD, 28.6.2007, 10695/13337(<http://www.kazanci.com/> 13.06.2016). Benzer kararlar için bkz. Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 310, dn. 132-133.

⁴⁶ Kostkiewicz, s. 205, Rn. 748; Paulus, s. 259, Rn. 556.

⁴⁷ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 113-114; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 64; Özekes, İlkeler, s. 66-67; Umar, s. 32; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 4.

⁴⁸ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 113-130; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 64 vd.

Borçlunun şahıs ve malvarlığına müdahalenin söz konusu olduğu icra hukuku, mutlak belirlilik ve kesinlik taşımaktadır. İcra faaliyeti, öngörülebilir ve sınırları önceden belirli olmalı, keyfi nitelik taşımamalıdır. Kanunilik ilkesi gereği, icra hukuku uygulama ve yorumlarının kanunun çizdiği sınırları aşmaması gerekir⁴⁹. İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin birinci fıkrasındaki “Alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı haczedilir” düzenlemesi, haczin sınırını ve alacaklının belirlenebilir kriterlere göre tatminini öngörmektedir⁵⁰. Bu düzenleme, icra hukukunun belirlilik ve kesinlik ilkeleri ile uyumludur. Aşkın haciz, belirlilik ve kesinlik ilkelerine aykırıdır ve borçlunun icra memurunun insafına terk edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Cebrî icra tedbirlerinin sınırlı ve belirli olması, kanunilik ilkesi ve menfaat dengesi ile bağlantılıdır. Alacaklının yapacağı takipte, borçlu ve borçlunun malvarlığına müdahale sonucunu doğuran tedbirler kanunda belirtilenlerle sınırlıdır⁵¹. Aşkın haciz işlemi, borçlunun malvarlığına gereksiz bir müdahaledir ve haciz aşamasında yapılması gereken işlemlerin sınırı aşılmıştır.

Medenî yargılama hukukunda geçerli olan usûl ekonomisi ilkesi, icra hukukunda takip ekonomisi olarak yer almaktadır. Bu ilke, icra faaliyetinin en kısa sürede, basit ve ucuz şekilde sonuçlandırılması anlamına gelmektedir⁵². Aşkın haciz, takip ekonomisi ilkesine de aykırıdır. Zira aşkın haciz, borçlunun şikâyet yoluna başvurmasına (İİK m. 16), icra takibi uzamasına, alacaklının alacağına geç kavuşmasına ve gereksiz masraflar yapılmasına neden olmaktadır.

III. AŞKIN HACZİN ORTAYA ÇIKIŞI

Aşkın haczin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle geçerli bir haciz söz konusu olmalıdır, geçerli bir haciz yoksa aşkın haciz de yoktur. Bu durum aslında usulsüz tebligat (Tebliğat Kanunu m. 32) ve geçersiz tebligat arasındaki ilişkiye benzemektedir⁵³. Bilindiği üzere tebligat hiç yapılmamışsa

⁴⁹ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 125; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 74-75; Özkes, İlkeler, s. 89-93.

⁵⁰ Staehelin/Bauer/Staehelin, s. 1005, Rn. 21.

⁵¹ Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 129-130; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 70-71; Özkes, İlkeler, s. 99-101.

⁵² Çiftçi, Menfaat Dengesi, s. 120-122; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 68; Özkes, İlkeler, s. 82-85.

⁵³ “...Borçlu vekili Av. İ. Ş.'a veya başka bir vekile satış ilanının tebliğe çıkarılmadığı

usulsüz tebligat değil, geçersiz tebligat söz konusu olacaktır. Usulsüz tebligatta, tebligat mevcut ancak usulüne uygun değildir. Tebligatın yapılmaması halinde ise, tebligat olarak nitelendirilecek hukukî işlem bulunmamaktadır⁵⁴. Kanunun aradığı şartları taşımayan haciz işlemi geçersizdir. Bu noktada değerlendirilecek husus, haczin geçerli olup olmadığıdır; haciz işlemi geçersiz ise, aşkın haciz iddiası da bir anlam ifade etmemektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda icra takip işlemlerinin şekline ve şekle aykırılığa ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İcra takip işlemlerinin şekli için, her işlemi ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Haczin yapılması sırasında, icra müdürünün yetkilerine ilişkin kanunda çeşitli hükümler bulunmaktadır (İİK m. 80/III, 87). İcra memuru haciz sırasında bu kurallara uymaz veya takdir hakkını yanlış kullanırsa, ilgililer şikâyet yoluna başvurabilir. İcra takip işlemi niteliğinde olan haczin kanunun aradığı şartlara uygun olarak yapılmaması halinde haciz yok hükmündedir⁵⁵. Aşkın haczin ortaya çıkabilmesi için; yetki, süre, kişi, konu, miktar ve ölçülülük şartlarının bulunduğu ifade edilebilir⁵⁶.

Hacizde yetkili icra dairesi, icra takibinin yapıldığı yer icra dairesidir. Takibin yapıldığı yer icra dairesi, ancak kendi yetki çevresinde bulunan malların haczi için yetkilidir. Haczolunacak mallar başka yerde ise, takibin yapıldığı icra dairesi, haczedilecek malın bulunduğu yerin icra dairesini istinabe eder. Bu halde hacizle ilgili şikâyetler istinabe olunan icra dairesinin tabi bulunduğu icra mahkemesince çözümlenir⁵⁷. Dolayısıyla aşkın haciz istinabe olunan icra dairesi tarafından yapılmışsa, haczin aşkın olduğuna

anlaşılmaktadır. 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 32.maddesi gereğince tebliğ, usulüne aykırı yapılmış olsa bile muhatabı tebliğe muttali olmuş ise muteber sayılır. Muhatabın beyan ettiği tarih, tebliğ tarihi olarak kabul edilir. Bu maddenin uygulanabilmesi için muhataba usulsüz de olsa yapılmış bir tebligat olmalıdır. Her hangi bir tebligat yapılmamış veya tebligat çıkarılmasına rağmen tebliğ edilemeden iade edilmiş ise anılan madde hükmü uygulanmaz. Her ne kadar Bursa 6.İcra Mahkemesinin 2004/631 esas sayılı dosyası ile borçlu vekili 24.11.2004 tarihinde satışın durdurulmasını istemiş ve yine satış sırasında hazır bulunmuş ise de, satış ilanı borçlu vekiline tebliğe çıkarılmadığından ve usulsüzde olsa her hangi bir tebliğ işlemi bulunmadığından 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 32.maddesinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Dolayısıyla şikâyetçi borçlunun ihale tarihinden önce satışı öğrenmiş olması, İİK'nun 127.maddesinde öngörülen satış ilanı tebliği koşulunun gerçekleştiği sonucunu doğurmaz..." HGK, 6.7.2011, 12-108/505, (<http://www.kazanci.com/5.10.2016>).

⁵⁴ **Deliduman**, s. 88-89; **Muşul**, s. 159-163; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 290; **Yılmaz/Çağlar**, s. 838-840.

⁵⁵ İcra takip işlemlerinde şekle ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Boran-Güneysu**, İcra, s. 51-52

⁵⁶ Geçerli bir haczin şartları bakımından bkz. **Topuz**, s. 48-50.

⁵⁷ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 234-235; **Kuru**, El Kitabı, s. 416-419; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 134-135.

dair şikâyet, haczi yapan icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesi tarafından incelenir. Resmî sicile kayıtlı malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesince, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan da yapılabilir (İİK m. 79/II). Yetkisiz icra dairesi tarafından yapılan haciz işlemi, şikâyete konu edilebilir ve geçersizdir⁵⁸. İcra mahkemesi, yetkisiz icra dairesince yapılan haciz işlemi iptal edecektir. Yetkisiz icra dairesi tarafından yapılan aşkın haciz halinde, haciz işlemi geçersiz olacaktır, aşkın haciz iddiası da konusuz kalacaktır.

Bilindiği üzere ilâmsız icra takibi, takip talebi, ödeme emri, itiraz, itirazın kesinleşmesi, haciz, satış ve paraların ödenmesi aşamasından oluşmaktadır. Haczin talep edilebilmesi için, ödeme emrinin kesinleşmesi gerekir. Ödeme emri gönderilmeden, itiraz süresi beklenilmeden veya itiraz edilip takip durmasına rağmen yapılan haciz işlemi geçerli değildir⁵⁹. Yine ilâmlı takipte, icranın geri bırakılması için öngörülen süre beklenilmeden veya icranın geri bırakılması kararına rağmen haciz işlemi yapılmışsa, ilgili işlem süresiz şikâyete konu olacaktır. Söz konusu hacizde aynı zamanda aşkın haciz iddiası da söz konusu ise, haczin tamamen iptali ile aşkın haciz iddiası anlamsız hale gelecektir. Kanun koyucu, haciz isteme hakkını süreye bağlamıştır; buna göre haciz istemek hakkı, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren bir sene geçmekle düşer (İİK m. 78/II). Alacaklı söz konusu süre içinde haciz talebinde bulunmaz veya haciz talebini geri alır ve bu bir yıllık sürede yenilemezse, takip dosyası işleminden kaldırılır (İİK m. 78/IV).

Haciz, bizzat icra müdürü tarafından yapılabileceği gibi, müdür yardımcısı veya kâtiplerden biri tarafından da yapılabilir (İİK m. 80/I). Bu durumda görevli olmayan bir kişi tarafından yapılan işlem, haciz niteliğinde değildir ve yok hükmündedir. Aşkın hacizde, devlet sahip olmadığı bir yetkiyle alaktan fazla miktarda haciz işlemi gerçekleştirmektedir. Devletin, alacaklının alacağını tahsil etmek amacıyla borçlunun ev veya işyerindeki çeşitli eşyaları zorla alması halinde hacizden ve dolayısıyla aşkın hacizden bahsedilemez. Aşkın haciz yasağına uyulmaması halinde şikâyet, maddî veya

⁵⁸ "...yetkisiz İstanbul İcra Müdürlüğüne yapılan haciz işlemi geçersiz olduğundan, satışa konu malların bedelinin paylaşımında dikkate alınmaması gerekir..." 19 HD, 13.11.1997, 7507/9488 (Kuru, El Kitabı, s. 418-419, dn. 28).

⁵⁹ "...takip kesinleşmeden haciz konulamayacağı cihetle uygulanan hacizlerin kaldırılacağı sonucunu doğuracağından borçlunun şikayette hukuki yararının bulunması nedeniyle..." HGK, 11.4.2007, 12-179, 2007/198 ; "...İlamsız takipte, takip prosedürü itibarıyla takip kesinleşmeden haciz işlemine geçilemeyeceğine göre, mahkemece açıklanan nedenlerle şikayetin kabulü ile yapılan işlemlerine iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile aksi yönde reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir..." 12. HD, 21.3.2012, 2011/24281, 2012/9046 (<http://www.kazanci.com/> 20.9.2016).

manevî tazminat iddiaları gündeme gelecektir⁶⁰. Alacaklının sahip olmadığı bir yetkiyle gerçekleştirdiği haciz ve aşkın haciz işlemi yok hükmündedir. Bu tür işlemlere karşı da şikâyet, maddî tazminat veya manevî tazminat yoluna başvurulamaz. Zira icra görevlisi tarafından yapılan bir işlem söz konusu değildir.

Haczin konusunu, borçluya ait mal ve haklar oluşturmaktadır. Haczin amacı, alacaklının borçlunun malvarlığı ile tatminidir. Aşkın haczin üçüncü kişilere ait malvarlığına yönelik olması halinde aşkın haciz değil istihkak iddiası gündeme gelecektir⁶¹. Yine tamamen veya kısmen haczi caiz olmayan malların (İİK m. 82 ve 83) haczedilmesi halinde de aşkın hacizden bahsedilemez⁶². Haczi caiz olmayan malların haczi halinde, aslında haczedilmemesi gereken bir mal üzerinde haciz söz konusudur. Aşkın hacizde ise, haczedilen malın haczi caizdir; ancak haciz, alacak miktarını aşmaktadır. Kısmen haczi caiz olan mal ve haklarda, kanunun izin verdiği miktarın üzerinde yapılan haciz işlemi geçersizdir. Aşkın haciz ile kısmen haczi caiz olan mal ve haklarda korunan menfaat ortaktır; her iki düzenleme de öncelikle borçlunun menfaatlerini korumaktadır. Ancak kısmen haczi caiz olan mal ve haklara ilişkin kuralın ihlalinde, aşkın hacizden farklı olarak, alacak miktarının aşılması değil, kanun koyucunun haciz için belirlediği sınır aşılmaktadır. Aşkın hacizde 10.000 Türk Liralık alacak için 15.000 Türk Liralık haciz işlemi yapılırken; kısmen haczi caiz olan mal ve haklarda örneğin işçi ücretinin ¼'inden fazlası haczedilmektedir.

Aşkın haczin bahsedebilmek için miktar bakımından da bir sınırlama bulunmaktadır. Bu sınırlama İcra ve İflas Kanunu'nda genel ve soyut olarak asıl alacak, faiz ve masraflar şeklinde belirlenmiştir⁶³. Bu miktarı, özel ve somut olarak görünümü her alacak⁶⁴ bakımından belirlenmektedir. Alacak,

⁶⁰ Bkz. Aşa. IV. Aşkın Hacze Karşı Koyma İmkânları.

⁶¹ Bkz. Aşa. IV. Aşkın Hacze Karşı Koyma İmkânları.

⁶² Haczi caiz olmayan mal ve haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, s. 5 vd.

⁶³ Konkordatonun tasdiki talebinin reddi (İİK m. 301/II), konkordato mühletinin kaldırılması (İİK m. 290/IV) ve konkordatonun tamamen feshi (İİK m. 308/II) halinde ihtiyatî haciz talep edilebilir. Burada ihtiyatî haczin konusunu borçlunun tüm malvarlığı oluşturmaktadır (Özkes, İhtiyatî Haciz, s. 164-166). Bu nedenle konkordatonun tasdiki talebinin reddi (İİK m. 301/II), konkordato mühletinin kaldırılması (İİK m. 290/IV) ve konkordatonun tamamen feshi (İİK m. 308/II) nedeniyle ihtiyatî hacizde aşkın haciz iddiası söz konusu olamayacaktır.

⁶⁴ Bir alacaklı, birden fazla borçluya karşı takip başlatmışsa her bir borçlu kendi borcu ile sorumludur. Alacak, faiz ve masrafları aşan haciz, aşkın haciz niteliğindedir. Mütessesil borçta, her bir borçta, her bir borçlu borcun tamamından sorumludur. Alacaklı, alacağını borçluların tamamından talep edebileceği gibi, bir kısmından veya sadece birinden de talep edebilir. Bu

faiz ve masrafları aşmayan bir haciz işlemi, hukuken geçerlidir ve aşkın haciz söz konusu değildir. Borçlunun 10.000 Türk Liralık borcu için, 100.000 Türk Liralık malvarlığına haciz konulması halinde aşkın haciz söz konusudur; ancak 100.000 Türk Liralık malı dışında başka bir malvarlığının bulunmaması halinde aşkın hacizden söz edilmez⁶⁵. İcra müdürü, hacizle alacaklının menfaatini korurken, satıştan artan paranın iadesi ile de borçlunun menfaatini korumaktadır. Burada takdir yetkisine sahip olan idare, ölçülülük ilkesi gereğince amaç ile araç arasındaki ilişkiyi sağlamaktadır. Böyle bir durumda aşkın haciz nedeniyle manevî tazminata karar verilemeyecektir⁶⁶.

Aşkın haczin varlığından bahsedilmek için; yetki, süre, kişi, konu, miktar ve ölçülülük şartlarının yerine getirilmiş olması gerekir. Aslında bu unsurlar, geçerli bir haczin varlığı için aranan unsurlardır. Bu unsurlardan birinin yokluğu halinde haciz işlemi, şikâyete tâbidir veya yoklukla batıldır. Unsurları bakımından eksik olan haciz işlemi ve aşkın haczin varlığı halinde, haczin geçersizliği iddiası önceliklidir. Haciz işlemi geçersiz ise, aşkın haczin varlığından bahsedilmez; haciz işleminin unsurlar bakımından geçerli olması halinde ise, aşkın haczin olup olmadığı değerlendirilir.

IV. AŞKIN HACZE KARŞI ŞİKÂYET

A. Şikâyet Sebebi

Aşkın haczin söz konusu olduğu durumlarda haciz işlemi geçerlidir, ilgili haciz yoklukla batıl değildir. Aşkın haczin varlığı halinde, bu hacze karşı ilgililerin şikâyet hakkı (İİK m. 16) bulunmaktadır⁶⁷. Yargıtay da, çeşitli kararlarında aşkın haczin, şikâyet konusu olduğunu belirtmektedir⁶⁸.

Bilindiği üzere şikâyet nedenleri işlemin kanuna aykırı olması, işlemin hadiseye uygun olmaması, hakkın yerine getirilmemesi ve hakkın sebepsiz

nedenle, tek bir alacaklıya karşı takip başlatılması halinde, birden fazla borçlunun bulunması iddiasına dayanarak borca itiraz edilemeyeceği gibi aşkın haciz iddiasında da bulunulamaz.

⁶⁵ **Gottwald/Mock**, s. 1.

⁶⁶ Bkz. Aşa. B. İcra Memurunun Hukukî Sorumluluğu.

⁶⁷ Alman hukukunda da aşkın hacze karşı, 766. madde gereğince karşı koyma imkânı bulunmaktadır (**Musielak**, s. 380, Rn. 638; **Paulus**, s. 260, Rn. 556).

⁶⁸ "...hacze yönelik aşkın haciz iddiası ile yaptıkları şikâyet başvurusu..." 8. HD, 8.1.2014, E. 2013/15150, K. 2014/1243; "...aşkın haciz şikâyetinde bulunarak bu taşınmazlardaki haczin kaldırılmasını talep etmiş, 28.12.2012 tarihli dilekçesi ile de sulh teklifini mahkemeye sunmuştur..." 12. HD, 27.12.2012, 22695/40521; "...ihtiyati haciz kararında belirlenen borç miktarını aşar şekilde haciz yapılması halinde borçlu bu hususu şikâyet konusu yapabilir. Nitekim borçlu şikâyet dilekçesinde aşkın haciz yapıldığını da ileri sürmüştür..." 12. HD, 7.7.2011, E. 2010/32724, K. 2011/15605 (<http://www.kazanci.com/> 30.3.2016).

sürüncemede bırakılması olarak dört başlık altında değerlendirilmektedir⁶⁹. Aşkın hacizde şikâyet nedeni, işlemin kanuna aykırılığıdır, zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinde alacaklının alacağına yetecek kadar malın haczedilmesi gerektiği açıkça düzenlenmektedir. Alacak miktarını aşan haciz, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Aşkın haciz işleminde takdir hakkının yanlış kullanımı, hakkın yerine getirilmemesi ve hakkın sebepsiz sürüncemede bırakılması söz konusu değildir. Bilindiği üzere icra mahkemesi, ileri sürülen şikâyet sebepleri ile bağlı değildir; şikâyet konusu yapılan işlemin tamamını değerlendirerek karar verme yetkisine sahiptir⁷⁰. Bu nedenle şikâyette bulunan takip borçlusu, başka bir nedene dayansa bile, icra mahkemesi aşkın haciz işlemini değerlendirerek bir inceleme yapacaktır.

Aşkın hacze ilişkin şikâyetle haczin geçerliliğine ilişkin şikâyet birbirine karıştırılmamalıdır. Aşkın hacze karşı şikâyetle haczin geçerliliğine ilişkin şikâyetin konusu ve sebepleri birbirinden farklıdır. Haczin geçersizliğine ilişkin şikâyette haciz tamamen iptal edilirken, aşkın hacizde aşkın olan kısmın iptal edilmesi söz konusudur. Bu durum, kısmen haczedilmeyen mal ve hakların haczedilmesine benzetilebilir. Bilindiği üzere, kısmen haczedilmeyen mal ve haklar, İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenmiştir. Kısmen haczedilemeyen mal ve hakların haczinde, borçlunun malvarlığının belirli bir kısmının haczi caizdir. Kanunda öngörülen kısmın aşılması halinde, haczin aşılan kısmı iptal edilir; ancak kanunun caiz kabul ettiği kısma yönelik haciz geçerliliğini korumaktadır. Haczin tamamının yok sayılması söz konusu değildir.

B. Şikâyet Süresi

Şikâyet süresi kural olarak, yedi gündür ve bu süre, şikâyet edenin şikâyet konusu işlemi öğrendiği günden itibaren (İİK m. 19/I) işlemeye başlamaktadır (İİK m. 16/I). Kanun koyucu, bazen şikâyet süresinin başlama tarihini kendisi belirlemektedir; ihale tarihi (İİK m. 134/II), kıymet takdiri raporunun tebliğ tarihi (İİK m. 128/a) veya iflâsta sıra cetvelinin ilânı tarihi (İİK m. 235/I ve IV) gibi düzenlemeler bu duruma örnek gösterilebilir. Hakkın yerine getirilmemesi, sebepsiz yere sürüncemede bırakılması (İİK m. 16/II) veya kamu düzenine aykırı olan işlemlerde şikâyet süresizdir⁷¹.

⁶⁹ Şikâyet nedenlerine ilişkin bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 74-75; **Kuru**, El Kitabı, s. 104-106; **Pekcantez**, Şikâyet, s. 57-67.

⁷⁰ **Kuru**, El Kitabı, s. 113.

⁷¹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 77-79; **Kuru**, El Kitabı, s. 108-109; **Yıldırım/Deren-**

*Aslan*⁷², aşkın hacze karşı şikâyet yoluna başvurulacağını belirtmiş; ancak şikâyet süresine ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır. Yargıtay bir kararında aşkın hacze ilişkin şikâyetin süresiz⁷³ olduğunu, bir kararında ise⁷⁴ şikâyetin süre nedeniyle reddedilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Süresiz şikâyet halleri, hakkın yerine getirilmemesi, sebepsiz yere sürüncemede bırakılması veya kamu düzenine aykırı işlemlerdir. Aşkın haciz, hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz yere sürüncemede bırakılması (İİK m. 16/II) nedenlerine dayanarak süresiz şikâyete konu olamaz. Kamu düzenine aykırılık konusunda⁷⁵ açık bir düzenleme olmamakla birlikte, kamu düzenine aykırılık, “takibin tarafları ve üçüncü kişiler lehine bir kamu yararı amacı ile konulmuş emredici hükümlerin açıkça ve ağır biçimde ihlali” olarak ifade edilmektedir⁷⁶. Haczin üst sınırı, İcra ve İflâs Kanunu’nda açıkça düzenlenmiştir (İİK m. 85), aşkın haczin varlığı halinde ilgili hüküm açıkça ve ağır biçimde ihlal edilmektedir. Aşkın haciz borçlunun mülkiyet hakkını, hukuk devleti ilkesini, insan onurunu zedelemektedir. Kanımızca aşkın haciz, kamu düzenine aykırı bir işlemdir ve süresiz şikâyete tâbi olmalıdır.

C. Şikâyet Yoluna Başvuracak Kişiler

Bilindiği üzere şikâyet yoluna, icra dairesinin işleminden zarar gördüğünü iddia eden herkes başvurabilmektedir. Bu kişiler, ilgili işlem

Yıldırım, s. 34-37. Süresiz şikâyete ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 84-91.

⁷² **Aslan**, Tertip, s. 284.

⁷³ “...Taşınmazın aynına ilişkin bu şikâyet süresiz olarak incelenip karara bağlanmalıdır. Mahkemece şikâyetin esasının incelenmesi gerekirken, süreden ret kararı verilmesi doğru olmadığından kararın bu nedenle bozulması gerekirken, ihtilafın aşkın haciz şikâyetine ilişkin olduğu İİK’nun 363. maddesine göre temyizi kabil kararlar arasına girmeyip kesin nitelikte bulunduğu gerekçesiyle temyiz dilekçesinin reddi kararı verildiği görülmekle, borçlu vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir...” 8. HD, 5.11.2015, 8612/1967 (<http://www.kazanci.com/> 30.3.2016).

⁷⁴ “...aynı Mahkemeye yapılan taşkın haciz şikâyetinin 25.8.2011 tarihinde dava süresi içinde açılmadığından reddedildiği gerekçesiyle şikâyetin süreden reddine karar verilmiştir. Hüküm borçlu vekili tarafından temyiz edilmiştir. Somut olayda; tapu kaydında görülen 6.9.2006 tarihli hacizden sonra 17.8.2011 tarihinde taşkın haciz başvurusu yapılmış ise de; anılan haczin düşmesinden sonra 2.8.2012 tarihinde yeniden taşınmazın tapu kaydına haciz konulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda İcra Mahkemesince 2.8.2012 tarihinde konulan hacizden sonra bu haczin öğrenilme tarihi araştırılarak bu tarih esas alınıp şikâyetin süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerekirken düşen hacizle ilgili öğrenme tarihi esas alınarak sonuca gidilmesi doğru değildir...” 8. HD, 6.2.2014, E. 2013/13718, K. 2014/1760 (<http://www.kazanci.com/> 30.3.2016).

⁷⁵ Kamu düzenine aykırılık nedeniyle şikâyete ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 85-91.

⁷⁶ **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 88.

hakkında şikâyet yoluna başvurmakta hukukî yararı olan alacaklı, borçlu veya üçüncü kişilerdir. Şikâyete konu olan işlemi yapan icra-iflâs dairesi kendi işlemi aleyhine şikâyet yoluna başvuramaz; ancak icra dairesi, yapmış olduğu işlemin yanlış olduğunu düşünüyorsa, şikâyet süresi içinde işlemi değiştirebilir veya iptal edebilir⁷⁷. Aşkın hacze ilişkin şikâyette hukukî yararı olan kural olarak, takip borçlusudur. Aşkın hacizle borçlunun, borcundan fazla malvarlığı haczedilerek mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir.

Yargıtay, icra takibinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tarafı olmadığı icra takibine yönelik iddiaları ileri sürerek icra mahkemesinden şikâyet yoluyla haczin kaldırılmasını isteyemeyeceğini; üçüncü kişinin istihkak iddiasında bulunarak istihkak davası⁷⁸ açabileceğini belirtmektedir⁷⁹. Yargıtay'ın görüşüne sonuç itibarıyla katılmakla birlikte, gerekçe bakımından farklı düşünmekteyiz. Zira şikâyet yoluna, icra dairesinin işleminden zarar gördüğünü iddia eden herkes başvurabilir; ancak üçüncü kişilerin malvarlığına müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda istihkak iddiası ve davası gündeme gelecektir. Aşkın haciz ve istihkak davası temelde mülkiyet hakkını korumakla birlikte, aşkın hacizle istihkak davasının hukukî dayanağı birbirinden farklıdır. Üçüncü kişinin iddiasının temeli, mülkiyet veya benzeri bir hakka dayanmaktadır. Aşkın hacizde ise, haczedilen mal borçlunun mülkiyetinde olmakla birlikte, haczin alacak miktarını aşması ve bu nedenle mülkiyet hakkının ihlali söz konusudur. Aynı mal üzerinde hem aşkın haciz hem de istihkak iddiası söz konusu ise, burada terditli bir ilişki veya yarışan haklardan bahsedilemez. Aşkın haciz ve istihkak iddiası arasında aslîlik-fer'îlik ilişkisi bulunmamaktadır. Aşkın haciz ve istihkak iddiası kural olarak, borçlu tarafından ileri sürülebilmeyle birlikte, istihkak davası üçüncü kişi (İİK m. 97) veya alacaklı (İİK m. 99) tarafından açılmaktadır, borçlunun istihkak davası açma hakkı bulunmamaktadır. Aşkın haciz, üçüncü kişinin malvarlığının haczi ile oluşmuşsa, borçlunun aşkın haciz şikâyetinde, üçüncü kişinin ise, istihkak iddiasında bulunması gerekir. Zira aşkın haciz iddiası ve istihkak iddiası farklı hüküm ve sonuçlara tâbidir.

⁷⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 75-77; Kuru, El Kitabı, s. 106-107; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 34.

⁷⁸ İstihkak davasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, İstihkak, s. 13 vd.

⁷⁹ "...Şikâyetçi icra takibinin tarafı olmayan üçüncü kişi olup, tarafı bulunmadığı icra takibindeki iddiaları ileri sürerek icra mahkemesinden şikâyet yoluyla haczin kaldırılmasını isteyemez. Üçüncü kişi ancak menkul mallar üzerinde hakkı olduğunu iddia ederek istihkak iddiasında bulunabilir ve istihkak davası açabilir..." 12. HD, 27.11.2014, 21045/28629 (<http://www.kazanci.com/> 30.3.2016).

Yargıtay 2014 tarihli bir kararında⁸⁰, aşkın haciz iddiası ile istihkak davasının birleştirilmesinin⁸¹ isabetli olmadığını belirtmektedir. Ancak 2015 tarihli kararında ise⁸², aşkın haciz iddiasına yönelik şikâyet ile istihkak davasını birleştirilerek yargılamaya istihkak davası üzerinden devam edilmesinde bir sıkıntı görememiştir. Aşkın haciz iddiasının kabul edilerek haczin kaldırılması halinde istihkak davası⁸³, istihkak davasının kabul edilmesi halinde ise kural olarak aşkın haciz iddiası konusuz kalacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK m. 166/4) gereğince, “davalardan⁸⁴ birisi hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması” unsuru⁸⁵ ve diğer şartlar dikkate alınarak, istihkak davası ve aşkın haciz iddiası birleştirilebilir.

Şikâyetçi takip borçlusunu, sadece kendi hacizli malları üzerindeki aşkın hacizlerin kaldırılmasını talep edebilir. Şikâyetçi takip borçlunun, diğer takip borçlusuna ait olan mallar üzerindeki haczin kaldırılması konusunda şikâyette bulunmaya hakkı bulunmamaktadır⁸⁶.

D. Şikâyette Yargılama Usulü

Şikâyet talebi, tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü veya dilekçe ile yapılır (İİK m. 18/II). Şikâyet dilekçesinin içeriğine ilişkin olarak İcra ve İflâs Kanunu’nda bir düzenleme yapılmamıştır. Şikâyet dilekçesinin içeriği,

⁸⁰ “...Aşkın haciz iddiası ile açılan şikâyet başvurusu ile istihkak davasının birleştirilmesi isabetli olmayıp aynı dosya üzerinden yargılamaya devam edilmemesi gerekir. Bunların yanı sıra dosya arasındaki bilgi ve belgelerden takip borçlusunun istihkak davasının doğrudan şartlarına etki edecek mahiyette menfi tespit davası açtığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bu dava dosyasının getirilip incelenmesi, dava konusu takip dosyasına ilişkinse ve borcun bulunmadığı kesin hükümle saptanırsa istihkak davası konusuz kalacağından, sonucunun bekletici mesele yapılması gerekir. Belirtilen tüm bu hususlar dikkate alınmadan yazılı biçimde karar verilmesi isabetli değildir...” 8. HD, 8.1.2014, E. 2013/15150, K. 2014/1243; (<http://www.kazanci.com/> 30.03.2016).

⁸¹ Davaların birleştirilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ermenek**, 25 vd.

⁸² “...Bu dava dosyası ile aşkın haciz iddiasına yönelik şikâyet başvurusu birleştirilerek yargılamaya istihkak davası üzerinden devam edilmiştir...” 8. HD, 13.3.2015, E. 2014/2346, K. 2015/5933 (<http://www.kazanci.com/> 30.03.2016).

⁸³ **Aslan**, İstihkak, s. 478-482.

⁸⁴ Şikâyet, hukukî nitelik olarak dava değildir ve şikâyet yargılaması sonunda verilen karar, hüküm olarak nitelendirilemez (**Boran-Güneysu**, Karar, s. 111-113; **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 20-35).

⁸⁵ **Ermenek**, s. 160 vd.

⁸⁶ “...Şikâyetçi borçlunun, diğer takip borçlusunu olan ...’ya ait taşınmazlar üzerindeki haczin kaldırılması konusunda şikâyette bulunmaya hakkı yoktur. Bu durumda, şikâyetçi borçlunun, ...’ya ait ... ve ... parsel sayılı taşınmazlar üzerindeki hacizlerin de kaldırılmasına yönelik şikâyeti hakkında mahkemece, aktif husumet yokluğu sebebiyle istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi doğru değildir...” 12. HD, 23.6.2015, E. 2015/12436, K. 2015/17538 (<http://www.kazanci.com/> 30.03.2016).

uygulama ve şikâyetin özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir⁸⁷. Şikâyet yoluna başvuran borçlu, talep sonucunu açık ve net bir biçimde belirtmelidir. Yargıtay “...genel haciz yoluyla başlatılan ilamsız takipte, borçlunun, emekli ikramiyesine konulan haczin taşkın haciz olduğundan bahisle kaldırılması istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece istemin haczedilmezlik şikâyeti olarak nitelendirilerek reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. 6100 Sayılı HMK'nun “Taleple Bağlılık İlkesi” başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında; “Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir” hükmüne yer verildiği, aynı Kanununun 297/c maddesinde ise; kararın; “Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaşmışları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri” içermesi gerektiği belirtilmiştir. O halde borçlunun talebi taşkın hacze yönelik şikâyet olmakla mahkemece; bu yönde işin esasının incelenmesi suretiyle oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir iken hukuki tavsifte hataya düşülerek yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir...” şeklinde durumu değerlendirmiştir⁸⁸. Talep sonucu ve dayanılan hukukî sebepler dava dilekçesinin unsurlarındandır (HMK m. 119); ancak hukukî sebep dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından biri değildir. Hâkim, tarafların dayandıkları hukukî sebebi kendiliğinden bulmalı ve uygulamalıdır (HMK m. 33). Bu nedenle mahkeme, talep sonucuna bağlı kalarak hukukî nitelendirmeyi yapabilecektir.

Şikâyet talebi harca bağlıdır, şikâyet eden başvurma harcı ile maktu karar ve ilâm harcını ödemek zorundadır. İcra mahkemesinde görülen işler ivedi işler kapsamında değerlendirildiğinden (İİK m. 18/I), şikâyet talepleri adlî tatilde de incelenmektedir. İcra mahkemesi, şikâyet talebini basit yargılama usulüne göre (HMK m. 316-322) değerlendirmektedir. Kanunun açıkça duruşma yapılmasını öngördüğü (İİK m. 134/II) durumlar dışında icra mahkemesinin duruşma yapıp yapmama konusunda takdir hakkı bulunmaktadır (İİK m. 18/III). İcra mahkemesi, duruşma yapılmasını⁸⁹ öngördüğü hallerde, ilgilileri en kısa sürede duruşmaya çağırmakta ve taraflar gelmese bile şikâyet talebini karara bağlamaktadır (İİK m. 18/III)⁹⁰.

⁸⁷ Şikâyet dilekçesinin içeriğine ilişkin bkz. **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 126-128.

⁸⁸ 12. HD, 12.1.2016, E. 2015/23108, K. 2016/513(<http://www.kazanci.com/20.06.2016>).

⁸⁹ Şikâyetle duruşma yapılacak ve yapılamayacak durumlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 140-146.

⁹⁰ **Kuru**, El Kitabı, s. 111-112; **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 125 ve 140-143.

Bilindiği üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesine göre ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. Aşkın hacze yönelik şikâyet, şikâyet eden borçlu, ispat yükü altındadır; zira şikâyet eden, kendi lehine hukukî bir durumun varlığını iddia etmektedir. Şikâyet eden kural olarak şikâyet nedenini ve bunun temelindeki vakıaları ispat etmelidir. Şikâyet yargılamasında icra mahkemesinin delil sınırlaması bulunmamaktadır; mahkeme tanık dinleyebilir, bilirkişiye başvurabilir veya keşif yapabilir; ancak niteliğine uygun olmayacağı için yemine başvurulamaz⁹¹. Aşkın hacizde en önemli ispat aracı, haciz tutanağıdır; İcra ve İflâs Kanunu'nun 102. maddesinde, haciz tutanağının unsurları düzenlenmektedir⁹². Buna göre; tutanakta alacaklı ve borçlunun isim ve şöhretleri, alacağın miktarı, haczin hangi gün ve saatte yapıldığı, haczedilen mallar ve takdir edilen kıymetleri ve varsa üçüncü şahısların iddiaları yer almaktadır⁹³. İcra mahkemesi, alacak ve haciz miktarını bu tutanak ve ödeme emrini dikkate alarak bir değerlendirme yapacaktır. Ödeme emrine itiraz edilmesi halinde icra mahkemesi veya genel mahkemenin kararı, şikâyet yargılamasında kullanılacak delillerdendir.

Yargıtay aşkın hacze ilişkin şikâyet yargılamasında sulh⁹⁴ (HMK m.) yapılmasını “...şikâyet tarihinde yürürlükte bulunan 6100 Sayılı HMK'nın 313/1. maddesinde sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşme şeklinde tanımlanmıştır. Somut olayda mahkeme huzurunda şikâyet konu taşınmazlardan 15 nolu bağımsız bölüm hakkında alacaklının muvafakati olduğundan haczin kaldırılmasına

⁹¹ **Kuru**, El Kitabı, s. 113; **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 146-149.

⁹² Haciz tutanağında gerçeğe aykırı işlemler yapmanın suç olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. “...Suç tarihinde Vize İcra Müdürü olan sanığın haciz tutanağı düzenlendiği sırada, haczin yapıldığı yerde bulunmayan alacaklıyı var gösterip, tutanağa “alacaklı bu arada söz aldı, o halde şimdilik ikinci bir talebime kadar menkul malların haczinden vazgeçiyorum dedi” şeklinde yazmak suretiyle gerçekleştirdiği eyleminin TCK'nun 340. maddesi aracılığıyla aynı yasanın 339/1. maddesine uyan suçu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi...” 6. CD, 7.3.2002, 127/2616 (<http://www.kazanci.com/20.06.2016>).

⁹³ “...İİK'nun 102. maddesine göre haciz tutanağına alacaklı ve borçlunun ad ve soyadları, alacağın miktarı, haczin yapıldığı gün ve saat, haczedilen malların cins ve miktarı ile kıymetleri ve varsa üçüncü kişilerin iddiaları yazılarak haczi yapan memur tarafından imza edilir. Ayrıca hazır bulunan alacaklı, varsa vekili, borçlu, yediemin ve bilirkişiler de tutanağı imza ederler. Borçlunun haczedilen malları alacağı karşılamaya yeterli olmazsa veya haczi kabul mal bulunmazsa bunlar da tutanağı yazılır (İİK. m. 102 /son)...” HGK, 22.6.2011, 13-303/437 (<http://www.kazanci.com/20.06.2016>).

⁹⁴ Şikâyet talebinden vazgeçme ve kabule ilişkin bkz. **Pekcanitez**, Şikâyet, s. 131-133.

karar verilmiş ise de; 14 nolu bağımsız bölüm hakkında şikâyetçinin davadan vazgeçmesi söz konusu olmadığı gibi, mahkeme huzurunda yapılan ve mahkemece hükme esas alınan anlaşmanın da duruşma tutanağında tarafların imzalarının bulunmaması nedeni ile geçerli bir sulh sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir...” ifadesiyle kabul etmektedir⁹⁵. Kanımızca da şekil ve esas bakımından şartları taşıyan bir sulh anlaşması, aşkın hacze ilişkin şikâyet yargılamasında dikkate alınabilir.

Şikâyet yoluna başvurmak, takibi kendiliğinden durdurmayacaktır (İİK m. 22). İcra mahkemesi talep üzerine veya kendiliğinden, şikâyetin sonuçlanmasına kadar icranın durdurulmasına karar verebilecektir. Burada şikâyete konu edilmeyen işlemlerin veya tüm takibin durdurulması söz konusu değildir; icra mahkemesinin durma kararı, şikâyete konu işleme yöneliktir⁹⁶. Burada aşkın hacze konu olan malların satışının durması söz konudur.

E. Karar

İcra mahkemesi, şikâyetin şartlarında eksiklik olması halinde, talebi usûlden reddeder. Şikâyet süresinin dolması veya şikâyet hakkı bulunmayan bir kişinin şikâyet yoluna başvurması usulden red haline örnek gösterilmektedir. Mahkeme, şikâyete ilişkin şartlar bulunmasına rağmen, şikâyet sebeplerinin bulunmadığını tespit ederse, şikâyet talebini esastan reddedecektir. Şikâyetin esastan reddi ile şikâyet konusu işlemde şikâyete konu sebeplerin olmadığı tespit edilmektedir. Şikâyet sebeplerinin haklı görülmesi halinde ise, mahkeme şikâyetin kabulüne karar verecektir. Şikâyetin kabulüne yönelik kararlar, sadece taraflar için değil, tüm ilgililer bakımından bağlayıcıdır. İcra dairesi, icra mahkemesi kararını yerine getirmek zorundadır, karara direnme hakkı bulunmamaktadır (Nizamname m. 25/II). Şikâyetin kabulü veya reddine ilişkin karar, sadece takip hukuku bakımından kesin hüküm teşkil etmektedir, ilgili kararlar maddî anlamda kesin hüküm⁹⁷ etkisine sahip değildir (HMK m. 303) .

⁹⁵ 12. HD, 27.12.2012, 22695/40521 (<http://www.kazanci.com/> 20.06.2016).

⁹⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 81-82; Kuru, El Kitabı, s. 113; Pekcanitez, Şikâyet, s. 133-136.

⁹⁷ “...İcra mahkemesince verilen kararlar, kural olarak maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemekle birlikte, aynı takip dosyası nedeniyle, aynı taraflar arasında ve aynı konuda daha önce verilen icra mahkemesi kararları, kesinleşmek koşuluyla sonraki şikâyet yönünden kesin hüküm teşkil ederler. Mahkemece hükme esas alınan ... İcra Hukuk Mahkemesi’ nin 2014/ 681 E. 2014/ 931 K. sayılı kararında şikâyet konusunun dosyaya sunulmuş olan teminat mektupları nedeni ile hacizlerin kaldırılmasına dair olduğu, mahkemece ilk sunulan teminat mektubunun kesin ve süresiz olmaması, daha sonra sunulan teminat mektuplarının ise takibin durdurulması nedeni ile menfi tespit davasının borçlu aleyhine sonuçlanması halinde borç miktarının ne kadar olacağıın tespitinin mümkün olmadığı gerekçesiyle şikâyetin reddine

Şikâyetin kabulü halinde ise mahkeme, işlemin bozulması, düzeltilmesi ya da yerine getirilmeyen veya sürüncemede bırakılan işlemin yerine getirilmesine karar vermektedir. İcra mahkemesi, şikâyete konu işlemin kanuna veya olaya aykırılığını tespit ederse, söz konusu işlemi iptal edecektir. İptal kararı geçmişe etkilidir ve ilgili işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelmektedir. İptal kararı, sadece şikâyete konu işleme yöneliktir ve kural olarak, tüm takibin iptali söz konusu değildir. İcra mahkemesinin iptal kararı, sadece işlemin iptali ile sınırlıdır. İptal edilen işlemin etkilerinin ortadan kaldırılması veya yeni bir işlem yapılması, icra mahkemesinin görev alanına girmemektedir. Gerekli işlemlerin yapılması şikâyete konu işlemi yapan icra organına aittir. Şikâyet konusu işlem, hatalı olması rağmen bozulması gerekli değilse, mahkeme ilgili işlemi kendisi düzeltir. İşlemin düzeltilmesine ilişkin kararlar, geçmişe etkili değildir. Bu karar ile işlem icra dairesine gönderilmez, icra mahkemesi icra dairesi gibi davranarak şikâyet konusu işlemi düzeltir. İşlemin düzeltilmesi kararı, işlemi yapan icra organının yeniden işlem yapmasını gerektirmeyen hallerde söz konusudur. İcra mahkemesi, dosya üzerinden ilgili işlemi düzeltebiliyorsa bu kararı verebilir, zira icra mahkemesinin icra dairesine ait bir yetki kullanma hakkı bulunmamaktadır. Hakkın yerine getirilmemesi veya sebepsiz sürüncemede bırakılması halinde ise, icra mahkemesi işlemin yapılmasını emretmektedir. Mahkeme, bu karar türünde sadece işlemin yapılmasını emreder, bizzat o işlemi yapamaz.

İcra mahkemesi, aşkın haczin varlığını tespit ederse, alacak miktarını aşan haciz işlemi iptal edecektir. İptal kararı geçmişe etkilidir ve ilgili işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelmektedir⁹⁸. İptal kararı, sadece

karar verildiği, iş bu şikâyet dosyasında ise borçlunun mahkemece belirlenecek dosya kapak hesabından fazlasını karşılayacak kesin ve süresiz teminat mektubu karşılığında tüm hacizlerin kaldırılması, bu talep kabul edilmediği takdirde kapak hesabı kadar kesin ve süresiz teminat mektubu ile herhangi bir gayrimenkul üzerindeki haciz bırakılarak diğer hacizlerin kaldırılması talebinde bulunduğu, dolayısıyla şikâyet konularının birebir aynı olmaması sebebiyle de önceki şikâyet hakkında verilen kararın bu şikâyet yönünden kesin hüküm teşkil etmeyeceği anlaşılmıştır...” 12. HD, 1.3.2016, E. 2015/28885, K. 2016/5707(<http://www.kazanci.com/> 20.06.2016).

⁹⁸ “...somut olayda borçlunun aşkın haciz şikâyetiyle icra mahkemesine başvurduğu, Tuzla İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2012/126 Esas sayılı dosyasında şikâyetin kısmen kabulüyle hacizlerin kaldırılmasına karar verildiği, kararın niteliği gereği kesin olduğu anlaşılmaktadır...” 12. HD, 14.3.2013, E. 2012/33914, K. 2013/9615; “...İcra müdürlüğünce borçlular vekilinin aşkın hacizlerin kaldırılması yönündeki talebinin kabulü gerekirken reddedilmesi yasaya aykırı olduğundan davanın kabulü ile, İzmir 4. İcra Müdürlüğünün 2012/5199 esas sayılı takip dosyasında icra müdürlüğünün 18/05/2012 tarihli kararının kaldırılmasına karar verilmiştir...” 12. HD, 14.1.2013, E. 2012/30457, K. 2013/182 (<http://www.kazanci.com/> 30.3.2016).

şikâyete konu işleme yöneliktir ve kural olarak, tüm takibin iptali söz konusu değildir. İcra mahkemesinin iptal kararı, sadece işlemin iptali ile sınırlıdır. İptal edilen işlemin etkilerinin ortadan kaldırılması veya yeni bir işlem yapılması, icra mahkemesinin görev alanına girmemektedir. Gerekli işlemlerin yapılması şikâyete konu işlemi yapan icra organına aittir⁹⁹. Örneğin trafik siciline kayıtlı bir araç veya taşınmaz üzerindeki aşkın haczin iptali icra mahkemesince yapılacak; ancak trafik siciline şerh verilmesi veya tapu sicil müdürlüğüne bildirim icra dairesinde yerine getirilecektir.

Sadece temyiz kanun yolunun bulunduğu sistemde, icra mahkemesi kararlarından hangilerinin temyiz olunabileceği özel hükümlerle ve genel olarak da İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinde düzenlenmiştir. Aşkın hacze ilişkin kararlar, söz konusu kararlar içinde gösterilmemektedir. Bu nedenle, aşkın hacze ilişkin kararlar kesin niteliktedir ve bu kararlara karşı kanun yolu imkânı bulunmamaktadır¹⁰⁰. İstinaf kanun yolu bakımından icra mahkemesinin tüm kararlarına karşı kural olarak, kanun yolu açıktır. 5311 sayılı Kanunla değişiklik 363. maddenin ilk fıkrasında istinaf yoluna gidilemeyecek kararlar sayılmıştır. İcra mahkemesince 85 inci maddenin uygulanma biçimine ilişkin kararlara karşı istinaf kanun yolu kapalıdır. Yeni kanun yolu sisteminde de aşkın hacze ilişkin kararlar kesin niteliktedir ve bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilemez.

V. AŞKIN HACİZ DURUMUNDA İCRA MEMURUNUN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

A. Maddî Tazminat Davası

İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi gereğince, icra memurlarının görevleri sırasında ve görevleri nedeniyle verdikleri zararlardan devletin birinci

⁹⁹ **Kuru**, El Kitabı, s. 115; **Pekcantez**, Şikâyet, s. 158-159.

¹⁰⁰ "...Borçlu vekilinin İİK.nun 85. maddesine göre aşkın haciz yapıldığı yönündeki temyiz itirazları yönünden; İcra mahkemesi kararlarından hangilerinin temyiz olunabileceği özel hükümlerle ve genel olarak da İİK.nun 363. maddesinde birer birer açıklanıp gösterilmiştir. Bunların dışında kalan mahkeme kararları kesindir. Yargıtayca incelenmesi istenen karar bu maddelerle tesbit edilen kararlar arasına girmeyip kesin nitelikte bulunduğundan temyiz dilekçesinin (REDDİNE)..." 12. HD, 4.4.2005, 4322/7171; "... İlk karar taşkın haciz şikâyetine dair olup; İcra Mahkemesi kararlarından hangilerinin temyiz olunabileceği özel hükümlerle ve genel olarak da İİK'nun 363. maddesinde birer birer açıklanıp gösterilmiştir. Bunların dışında kalan mahkeme kararları kesindir. Yargıtay'ca incelenmesi istenen karar bu maddelerle tespit edilen kararlar arasına girmeyip kesin nitelikte bulunduğundan temyiz dilekçesinin REDDİNE, taraflarca HUMK'nun 388/4. (HMK m.297/ç) ve İİK'nun 366/3.maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine 07.05.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..." 8. HD, 7.5.2015, 8795/10454 (<http://www.kazanci.com/> 30.3.2016).

derecede sorumluluğu¹⁰¹ bulunmaktadır. İlgili madde gereğince sorumluluk için; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı aranmaktadır¹⁰².

Kusur, kast, ağır ihmal veya hafif ihmal şeklinde olabilir. *Öğretide*, icra memurunun kanunun açık hükmüne aykırı olarak yaptıkları işlemlerde kusurlu olduğunu kabul etmektedir¹⁰³. *Kuru ve Postacıoğlu/Altay*¹⁰⁴, normal niteliklere sahip bir icra memurundan beklenmeyecek şekilde işlem ve eylemin varlığı halinde kusurun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Açık bir kanun hükmüne aykırı hareket halinde, icra görevlisi kusurlu sayılmalıdır. *Kuru*, kanun hükmünün yorumlanmasına yönelik bir hatanın varlığı halinde kurtuluş kanıtı getirmektedir. Buna göre, normal niteliklere sahip bir icra müdüründen beklenecek dikkatin gösterilmesi halinde bu hata meydana gelecek idiyse, işlem kusurlu kabul edilmeyecektir¹⁰⁵. Yargıtay ise, “...*Davacının icra memurunun takdirini doğru kullanmaması sonucu zarar gördüğü dosya kapsamı ile sabittir. Takdir yetkisini kullanırken özensiz davrandığı İcra Tetkik Mercii kararıyla da belirlenmiştir. İcra memurunun bu davranışından dolayı davalı bakanlık kusursuz sorumludur. (İİK. m.5) Şu durumda mahkemece yapılacak iş tazminat kapsamının belirlenerek hüküm altına alınmasından ibarettir. Bu yön gözetilmeksizin davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...*” kararı ile icra memurunun takdir yetkisini özensiz kullanması halinde devletin kusursuz sorumlu olduğunu belirtmektedir¹⁰⁶.

Aşkın haciz nedeniyle açılacak maddî tazminat davasının davacısı, takip borçlusunu; davalısı ise, idare yani Adalet Bakanlığı’dır (İİK m. 5). İcra memurunun sorumluluğu nedeniyle açılacak maddî tazminat davalarında görevli mahkeme, hukuk mahkemeleridir¹⁰⁷. Hukuk Muhakemeleri

¹⁰¹ Alman hukukunda da aşkın haciz nedeniyle borçlunun uğradığı zararlardan devlet sorumludur. Bu sorumluluğun hukukî dayanağının, Borçlar Kanunu’nun 823. maddesinin 2. fıkrası olduğu ifade edilmektedir (Gottwald/Mock, s. 1.).

¹⁰² Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 59-60; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 89-90; Postacıoğlu/Altay, s. 46, Kn. 45.

¹⁰³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 59-60; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 90.

¹⁰⁴ Postacıoğlu/Altay, s. 44-45, Kn. 42.

¹⁰⁵ Kuru, Ders Kitabı, s. 52.

¹⁰⁶ 4. HD, 30.6.2003, E. 2002/3868, K. 2003/8582. Benzer bir karar için bkz. 4. HD, 30.6.2003, 3868/8582

¹⁰⁷ Dava dilekçesindeki anlatımdan dava dayanağı olaylar nedeniyle İcra İflas Kanunu 5. maddesi ve Medeni Kanunun 1007 (eski 917) maddesine göre tazminat isteminde bulunulmuştur. Yerel mahkemece anılan maddelere dayalı tazminat davalarının Adli Yargı yerinde bakılacağı gözetilmeksizin ve gerçek kişilerle ilgili davanın birlikte görülmesi de gözetilmeksizin tefrik

Kanunu'nun 2. maddesi gereğince, maddî tazminat davasında görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir¹⁰⁸. Yetkili mahkeme ise, zarara neden olan icra memurunun aşkın haczi yaptığı yer, zararın meydana geldiği yer veya gelme ihtimalinin bulunduğu yer veya davacının yerleşim yeri, mahkemesi (HMK m. 16) veya davalı Adalet Bakanlığı'nın bulunduğu yer olan Ankara (HMK m. 6) mahkemeleridir. Tazminat davası, davacının zararı öğrendiği günden itibaren bir yıl ve herhalde zararı doğuran işlemin yapıldığı tarihten on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (İİK m. 7/I). Bir yıllık süre, zararı doğuran işlem ve zararın öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır; bu noktada sadece zararı doğuran işlem veya eylemin öğrenilmesi yeterli değildir¹⁰⁹.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda “takip konusu borç ödenmesine rağmen alacaklının, salt zarar verme amacıyla taşkın haciz yaptığı” iddiası ile maddî ve manevî tazminat davası açılmıştır. Yargıtay “...*davalı alacaklının vekili olan ve tanık sıfatı ile dinlenen Ahmet İbrahim Aydın'ın beyanlarının, 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 36/1. maddesi uyarınca hukuki değer taşımadığı; davalı alacaklının, salt zarar verme amacıyla ve taşkın haciz yaptığı yönünde bir bulgu ve delil olmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerekir. Mahkemece, kısmen kabul kararı verilmesi yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir...*” diyerek aşkın hacze yönelik delil bulunmaması nedeniyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur¹¹⁰.

kararı sonrası davalı Maliye Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı hakkındaki davanın yargı yolu bakımından reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” 4. HD, 1.5.2003, 4732/5621 (<http://www.kazanci.com/> 20.06.2016).

¹⁰⁸ “...İcra ve İflas Kanunu'nun 5. maddesindeki düzenleme; “İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır” şeklindedir. Bu sebeple icra görevlilerinin haksız eylemlerine dayanan tazminat istemlerinin adli yargıda görülmesi gerekmektedir.

Eldeki davada; davalılardan PTT A.Ş.'nin yukarıdaki açıklamalar karşısında özel hukuk tüzel kişisi olduğu, icra görevlisinin kusuruna dayanan ve Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davanın da İİK m.5 gereği adli yargıda görülmesi gerektiği hususları gözetilmeden, anılan davalılar bakımından yargı yolu sebebiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Görev hususu kamu düzenine dair olup yargılamanın her aşamasında re'sen gözetileceğinden davacının, davalılardan Adalet Bakanlığı'nın temyizinin kendisine tebliğinden 27 gün sonra katılma yoluyla temyizi sonuca etkili görülmemiştir...” 4. HD, 16.3.2015, 341/3111 (<http://www.kazanci.com/> 20.06.2016).

¹⁰⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 60; Kuru, El Kitabı, s. 98-101; Kuru, Ders Kitabı, s. 52; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 90.

¹¹⁰ 4. HD, 17.3.2014, E. 2013/4276, K. 2014/4436 (<http://www.kazanci.com/> 20.06.2016).

B. Manevî Tazminat Davası

İcra memuru, kanunun uygulayıcısıdır, görevini yerine getirirken insan onuruna saygı göstermek, insan haklarını korumak ve gözetmekle yükümlüdür (Yasa Uygulayıcısının Davranış Kurallarına Dair Uluslararası Sözleşme m. 2)¹¹¹. İcra memurunun işlemleri sırasında ölçülülük ilkesi ve menfaat dengesine dikkat etmesi gerekmektedir. Ölçülülük ilkesine ve menfaat dengesine dikkat edilmemesi, ağır maddî ve manevî zararların doğmasına neden olacaktır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi gereğince, ölçülülük ilkesine ve menfaat dengesine aykırılık halinde, devletin maddî olduğu kadar manevî tazminat sorumluluğu¹¹² da bulunmaktadır¹¹³. Borçlu, şikâyet imkânı (İİK m. 16) ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırmakta ve üzerinde aşkın haciz bulunan mallar üzerindeki haciz veya muhafaza tedbirleri ortadan kalkmaktadır. Şikâyet yoluyla sadece ilgili işlemin iptali, düzeltilmesi veya değiştirilmesi söz konusudur; ancak şikâyet, kişilerin uğramış oldukları zararın tazminini sağlamamaktadır¹¹⁴. Bu nedenle aşkın haciz durumunda şartların varlığı halinde borçlunun manevî tazminat imkânı da bulunmaktadır.

Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminat davasında hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı aranmaktadır. Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminat sorumluluğu için, icra memurunun takip prosedürüne ilişkin bir işlem veya eylemi söz konusu olmalıdır. İcra memurunun bu işlem veya eylemi menfî veya müspet bir eylem şeklinde olabilir¹¹⁵. İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi gereğince devletin eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler, icra ve iflâs görevlileridir¹¹⁶. Aşkın hacizde, icra memurunun fiilî veya hukukî haciz işlemi, tazminat sorumluluğuna neden olmaktadır. Haciz kural olarak icra müdürü tarafından yapılır; ancak icra müdürü haczi yardımcısı veya kâtiplerden birine de yaptırabilir (İİK m. 80/I). Aşkın hacizde sorumlu olan kişi, aşkın haciz işlemini gerçekleştiren memurdur.

Manevî tazminat sorumluluğuna gidilebilmesi için icra memurunun eylem ve işleminin kusurla gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Burada kusurun kast, ağır ihmâl veya hafif ihmâl derecesinde olması önemli değildir, icra

¹¹¹ Çiftçi, *Menfaat Dengesi*, s. 247-248.

¹¹² Manevî tazminat davasında görev ve yetki kurallarına ilişkin bkz. Yuk. A. Maddî Tazminat Davası.

¹¹³ Çiftçi, *Manevî Tazminat*, s. 80-82.

¹¹⁴ Çiftçi, *Manevî Tazminat*, s. 80-82.

¹¹⁵ Eren, s. 792-793.

¹¹⁶ Çiftçi, *Manevî Tazminat*, s. 118-119.

memurunun en ufak ihmaliyle bile devletin sorumlu olduğu belirtilmektedir¹¹⁷. Yargıtay 2003 yılında verdiği bir kararında¹¹⁸ “...davacının icra memurunun takdirini doğru kullanmaması sonucu zarar gördüğü dosya kapsamı ile sabittir. Takdir yetkisini kullanırken özensiz davrandığı İcra Tetkik Mercii kararıyla da belirlenmiştir. İcra memurunun bu davranışından dolayı bakanlık kusursuz sorumludur (İİK m. 5)...” ifadesiyle takdir yetkisinin özensiz kullanılması halinde de tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu belirtilmektedir. Aşkın haciz işleminde kast veya ihmal söz konusu olacaktır.

Devletin sorumluluğu için aşkın hacizde manevî zararın gerçekleşmesi gerekmektedir. Manevî zarar, sağlık ve vücut bütünlüğünün veya şeref ve haysiyet ile ticari itibarın saldırıya uğraması şeklinde ortaya çıkmaktadır¹¹⁹. *Kuru*, bir gerekçe göstermemekle birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi gereğince verilecek zararın maddî zarar olduğunu ve manevî zararın olamayacağını ifade etmektedir¹²⁰. Yargıtay, kişinin mallarının haksız yere haczedilmesini, kişinin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden ve Türk Borçlar Kanunu'nun gereğince manevî tazminat (TBK m. 58) ile sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranış olarak kabul etmektedir¹²¹. Borçlunun mallarını haksız yere haczedilmesini ifade eden aşkın hacizde, kişinin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı söz konudur; bu durum, İcra ve İflâs Kanunu ile Borçlar Kanunu gereğince manevî tazminat ile sorumlu tutulmayı gerektirmektedir. Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminatta, hukuka uygun bir haciz işleminin de söz konusu olduğu ve haczedilen malvarlığının artmış olmasının manevî zararı doğurmayacağı iddia edilebilir. Borçlunun evinden birkaç parça eşya yerine tüm eşyaların haczedilmesi, şeref ve haysiyete zarara uğratabilecek niteliktedir. Yine ticaretle uğraşan bir kişinin fabrikası veya iş yerindeki tüm malvarlığının haczi, ticari itibarını zedelediği açıktır.

Oğuzman/Öz, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevî tazminatta zararın yansıma yoluyla olmaması gerektiğini belirtmektedir. Açık kanun hükmü bulunmadıkça, kişilik hakkı tecavüze uğrayan ile zarar gören aynı kişi olmalıdır. Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi ve Türk Medeni Kanunu'nun

¹¹⁷ Çiftçi, Manevî Tazminat, s. 121; Eren, s. 794-795; Oğuzman/Öz, s. 266-267.

¹¹⁸ 4. HD, 30.06.2003, 3868/8582 (Çiftçi, Manevî Tazminat, s. 122, dn. 72).

¹¹⁹ Eren, s. 793; Oğuzman/Öz, s. 264.

¹²⁰ Kuru, Ders Kitabı, s. 52.

¹²¹ 4. HD, 07.03.2005, 2004-8567/2210; 4. HD, 07.02.2005, 306/918; 11. HD, 16.12.2004, 3102/12458; 4. HD, 06.02.2001, 1193/1098 (Çiftçi, Manevî Tazminat, s. 125, dn. 77).

kişilik hakkına yönelik hükümlerinde (TMK m. 24-25) kişilik hakkına tecavüz nedeniyle yansıma zarar ve tazminata ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bir fiilin birden fazla kişinin kişilik haklarını doğrudan ihlal etmesi halinde, bu kişilerin her biri manevî tazminat davası açabilir. Bu durumda yansıma yoluyla zarardan bahsedilmez, burada doğrudan bir manevî zarar söz konusudur¹²². Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminat davasında da, takip borçlusunun eşi, çocukları, ailesi veya yakınlarının haksız haciz nedeniyle manevî zarara uğradıklarından bahsedilemez. Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminat davası açma hakkı, takip borçlusuna aittir.

Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminat için aranan şartlardan biri de uygun illiyet bağıdır. Manevî tazminattan bahsedilmek için, aşkın hacizle zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Ölçülülük ilkesi ve menfaat dengesine aykırı olan aşkın haciz ile manevî zarar arasındaki uygun illiyet bağı hayat tecrübelerine göre belirlenmektedir¹²³.

Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminat davasının şartlarından biri de hukuka aykırılıktır¹²⁴. Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Aşkın haciz, İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca aşkın haciz, ölçülülük ilkesi ve menfaat dengesine de uygun değildir. Aşkın hacizde hukuka aykırılık unsuru açıkça görülmektedir. Aşkın haciz nedeniyle manevî tazminat davasının hukuka uygunluğunun sınırını ölçülülük ilkesi belirlemektedir¹²⁵.

Manevî tazminat, kural olarak para şeklinde belirlenmektedir. Adam öldürme ve vücut bütünlüğünün ihlalinin doğan manevî zararlarda zararın para olarak tazmini zorunludur (TBK m. 56). Kişilik değerlerinin ihlali halinde ise, manevî tazminat bakımından hâkime bir takdir hakkı tanınmaktadır. Hâkim, nakden tazmin yerine başka bir tazmin şekline veya nakden tazminle birlikte başka bir tazmin şekline de karar verebilir. Davacının, nakden tazmin yerine, başka bir tazmin şeklini talep etme yetkisi bulunmamaktadır. Burada hâkimin alternatif veya kümülatif bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir¹²⁶.

¹²² Oğuzman/Öz, s. 261-264.

¹²³ Çiftçi, Manevî Tazminat, s. 127; Eren, s. 794; Oğuzman/Öz, s. 266.

¹²⁴ Çiftçi, Manevî Tazminat, s. 125; Eren, s. 793-794; Oğuzman/Öz, s. 257.

¹²⁵ Çiftçi, Manevî Tazminat, s. 128-129.

¹²⁶ Eren, s. 797; Oğuzman/Öz, s. 271.

Öğretide başka bir tazmin türüne, saldırıyı kınama kararı, kararın bir gazetede ilânı, zarar verenin zarar görenden özür dilemesi veya bir hayır kurumuna bir miktar para ödenmesi örnek verilmektedir¹²⁷.

SONUÇ

Haciz, “para alacaklarının ödenmesini sağlamak için borçluya ait mal ve haklara icra dairesi tarafından hukuken el konulması” şeklinde tanımlanmaktadır. Haczin konusunu borçlunun haczedilebilir tüm mal ve hakları oluşturmaktadır; ancak bu ifade, borçlunun tüm malvarlığının haczedilebileceği anlamına gelmemelidir; haczin üst sınırını, asıl alacak, faiz ve masraflar belirlemektedir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 85. maddesi gereğince alacaklının alacağından fazla mal ve hakkın haczi caiz değildir. Alacak miktarını aşan haciz, kavram, tanım ve şartları bakımından İcra ve İflâs Kanunu’nda düzenlenmemektedir. Aşkın haciz yasağı kesin haczin yanında tamamlama haczi (İİK m.), ilave haciz (İİK m. 100/II), geçici haciz (İİK m. 139) ve ihtiyatî haciz (İİK m. 257-268) için de geçerlidir. Aşkın haciz, konusu para alacağı olan takipler için söz konusudur ve söz konusu takip, ilâmsız takip olabileceği gibi ilâmlı takip de olabilir. Aşkın haciz “kural olarak konusu para alacağı olan takiplerde haczin, şartlar uygun olmasına rağmen, alacak, faiz ve masraflardan oluşan borç miktarından fazla olarak yapılması” olarak tanımlanabilir.

İcra hukukun amacı ile çelişen aşkın haciz, insan onuru, hukuk devleti ve mülkiyet hakkını ihlal eden bir uygulamadır. Aşkın haciz, icra hukukunun belirlilik ve kesinlik ilkelerine aykırıdır ve borçlunun icra memurunun insafına terk edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Aşkın haczin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle geçerli bir haciz söz konusu olmalıdır, geçerli bir haciz yoksa aşkın haciz de yoktur. Bu noktada değerlendirilecek husus, haczin geçerli olup olmadığıdır; haciz işlemi geçersiz ise, aşkın haciz iddiası da anlam ifade etmemektedir. Aşkın haczin ortaya çıkabilmesi için; yetki, süre, kişi, konu, miktar ve ölçülülük bakımından geçerli bir haczin bulunması gerekir.

Aşkın haczin söz konusu olduğu durumlarda haciz işlemi geçerlidir, ilgili haciz yoklukla batıl değildir. Aşkın haczin varlığı halinde, bu hacze karşı ilgililerin şikâyet hakkı (İİK m. 16) bulunmaktadır. Aşkın hacizde şikâyet nedeni, işlemin kanuna aykırılığıdır, zira İcra-İflâs Kanunu’nun 85. maddesinde alacaklının alacağına yetecek kadar malın haczedilmesi gerektiği

¹²⁷ Eren, s. 797.

açıkça düzenlenmektedir. Aşkın haciz, kamu düzenine aykırı bir işlemdir ve süresiz şikâyete tâbidir. Aşkın hacze ilişkin şikâyette hukukî yararı olan kural olarak, takip borçlusudur. Aşkın hacizle borçlunun, borcundan fazla malvarlığı haczedilerek mülkiyet hakkı ihlal edilmektedir. İcra mahkemesi, aşkın haczin varlığını tespit ederse, alacak miktarını aşan haciz işlemi iptal edecektir. İptal kararı geçmişe etkilidir ve ilgili işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz hale gelmektedir.

İstinaf kanun yolu bakımından icra mahkemesinin tüm kararlarına karşı kural olarak, kanun yolu açıktır. 5311 sayılı Kanunla değişiklik 363. maddenin ilk fıkrasında istinaf yoluna gidilemeyecek kararlar sayılmıştır. İcra mahkemesince 85 inci maddenin uygulanma biçimine ilişkin kararlara karşı istinaf kanun yolu kapalıdır. Aşkın hacze ilişkin kararlar kesin niteliktedir ve bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilemez. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun 85. maddesinin ihlali, hukuk devleti, mülkiyet hakkı ve insan onuruna aykırılık teşkil etmektedir. Yargının iş yükü ağır olmakla birlikte, aşkın hacze ilişkin kararlar aleyhine istinaf kanun yolunun açık olması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira aşkın hacizle ihlal edilen hukuk devleti, mülkiyet hakkı ve insan onuru Anayasa ile teminat altına alınmış temel haklardır ve bu hakların yargı organları tarafından ihlali halinde, Anayasa'nın 148. maddesi çerçevesinde bireysel başvuru yoluna bile gidilebilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi gereğince, icra memurlarının görevleri sırasında ve görevleri nedeniyle verdikleri zararlardan devletin birinci derecede sorumluluğu bulunmaktadır. İlgili madde gereğince sorumluluk için; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı aranmaktadır. Borçlu, aşkın hacze karşı şartlarını taşıması kaydıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nun 5. maddesi gereğince maddî ve manevî tazminat davası açabilecektir.

KAYNAKÇA

- **AKİL Cenk**, Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal ve Alacaklarının Haczi, Ankara 2013.
- **ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder ve TAŞPINAR-AYVAZ Sema**, İcra ve İflâs Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2016.
- **ASLAN Kudret**, Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005 (İstihkak).
- **ASLAN Kudret**, Hacizde Sıra (Tertip), AÜHFD, C. 54, S. 2, 2005 (Tertip).
- **AYDIN Muzaffer**, Hacedilemeyen Mal ve Haklar, Ankara 2012.
- **BORAN-GÜNEYSU Nilüfer**, İcra Takip İşlemleri, TBBD, 2012 (101) (İcra).
- **BORAN-GÜNEYSU Nilüfer**, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014 (Karar).
- **ÇİFTÇİ Pınar**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010 (Menfaat Dengesi).
- **ÇİFTÇİ Pınar**, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin Kararları Işığında Haksız Haciz Sebebiyle Alacaklının ve Devletin Manevî Tazminat Sorumluluğu, Halûk Konuralp Anısına Armağan Cilt 2, Ankara 2009 (Manevî Tazminat).
- **DELİDUMAN Seyithan**, Tebligat Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Ankara 2011.
- **EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.
- **ERMENEK İbrahim**, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014.
- **GOTTWALD Uwe und Peter Mock**, https://www.haufe.de/recht/deutsches-anwalt-office-premium/gottwaldmock-zwangsvollstreckung-zpo-803-pfaendung_idesk_PI17574_HI1832347.html.
- **KOSTKIEWICZ Kren Jolanta**, Schuldbetreibung und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Auflage, Zürich 2016 (Kommentar).
- **KOSTKIEWICZ Kren Jolanta**, Schuldbetreibung und

Konkursrecht, 2. Auflage, Zürich 2014.

▪ **KURT-KONCA Nesibe**, Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi, Ankara 2009.

▪ **KURU Baki**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016 (Ders Kitabı).

▪ **KURU Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013 (El Kitabı).

▪ **LÜKE Wolfgang**, Zivilprozessrecht, 9. Auflage. München 2006.

▪ **MUSIELAK Hans-Joachim**, Grundkurs ZPO, 7. Auflage, München-Frankfurt 2004.

▪ **MUŞUL Timuçin**, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2010.

▪ **OĞURLU Yücel**, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.

▪ **OĞUZMAN M. Kemal ve Öz Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 10. Baskı, İstanbul 2013.

▪ **ÖZEKES Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 (İlkeler).

▪ **ÖZEKES Muhammet**, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999 (İhtiyatî Haciz).

▪ **PAULUS Christoph G.**, Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2004.

▪ **PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet**, Medenî Usûl Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013.

▪ **PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz, SUNGURTEKİN-ÖZKAN Meral ve ÖZEKES Muhammet**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2015.

▪ **PEKCANITEZ Hakan**, İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara 1986.

▪ **POSTACIOĞLU İlhan E. ve ALTAY Sümer**, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul 2010.

▪ **STAEHELIN Adrian/BAUER Thomas/STAEHELIN Daniel**, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG

II, Basel/Genf/München 1998.

▪ **SUNGURTEKİN-ÖZKAN Meral**, İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001.

▪ **TOPUZ Gökçen**, Hisse Haczi ve Satışı, Ankara 2009.

▪ **UMAR Bilge**, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

▪ **YILDIRIM Mehmet Kâmil ve DEREN-YILDIRIM Nevhis**, İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.

▪ **YILMAZ Ejder ve Tacar Çağlar**, Tebligat Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007.

▪ **YILMAZ Ejder**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Aşa.: Aşağıda

Bkz.: Bakınız

dn: Dipnot

E.: Esas

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İİK: İcra ve İflâs Kanunu

K.: Karar

Kn.: Kenar Numarası

m.: Madde

Rn.: Randnummer

s.: Sayfa

S.: Sayı

TBBD: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

vd.: Ve devamı

Yuk.: Yukarıda

ZPO: Zivilprozessordnung

SchKG: Schuldbetreibung und Konkursrecht

İK: İcra ve İflâs Kanunu

vd.: Ve devamı

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN YETKİLERİ KAPSAMINDA KAMU GÜCÜ İLİŞKİSİ

Hasan Nuri YAŞAR*

S. Sena CABIOĞLU GÜLER**

ÖZET

80'li yılların başından itibaren hizmet sağlayan devletten hizmetin yürütülmesini sağlayan ve sağlanan hizmeti denetleyen devlet anlayışına geçilmiştir. Böylece devletin aynı anda hem hakem hem de oyuncu olamayacağı fikrinden hareketle hala birçok ekonomik faaliyeti dolaylı ya da doğrudan üstleniyor olması olgusu karşısında, regülasyon faaliyetinin merkezi idareden bağımsız çalışan kamusal organlar tarafından üstlenilmesinin daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

İdarenin düzenleme faaliyetleri ve bunların neticesinde uygulanan yaptırımlar, aslında kamu gücünün tezahürü niteliğindedir. Bu kapsamda özellikle düzenleyici ve denetleyici kurumlar önem taşır; çünkü bu kurumlar düzenleyici nitelikte işlemler yapabildikleri gibi bu düzenlemelerinin uygulanmasını sağlayıcı nitelikte yaptırım uygulama yetkisiyle de donatılmışlardır. Özellikle devlet anlayışındaki değişikliklerle birlikte idarenin düzenleme yetkisinin kapsamında değişim gerçekleşmiştir. Buna göre günümüzde bu yetki devletten bağımsız kamusal kurumlarca yapılan düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyeti olarak algılanır. Burada söz konusu otoriteler ilgilileri izlemek ve denetlemek yetkilerini kullanarak işlevlerini gerçekleştirebilirler. Sorun, düzenleyici ve denetleyici kurumların hem norm koyup hem de bu normu yaptırımlara maruz bırakma yetkisine sahip olduğu zaman ortaya çıkmaktadır. Söz konusu otoritelerin işlemleri, danışma, öneri, başvuru niteliğinde olduğu gibi, kesin icrai karar ve düzenleyici genel işlem güç ve etkisi de taşıdığından hukuka bağlı idare ilkesi uyarınca ve kanunilik bakımından yargısal denetime tabi olması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Kamu gücü, düzenleme yetkisi, düzenleyici ve denetleyici kurumlar, düzenleme yetkisi kamu gücü ilişkisi

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE REGULATORY AUTHORITIES AND THE PUBLIC POWER

ABSTRACT

Since the early 80's the state started to control the services provided rather than providing services itself. The idea that the state can not be player and referee at the same time, many economic activities are undertaken directly or indirectly, which is

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku. senacabi@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27.10.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10.01.2017

independent from the administrative center of the regulatory activity has been reached would be more appropriate result of the undertaken by public administrative bodies.

Administration's regulatory activities and sanctions imposed on them as a result, is actually a manifestation of the nature of public power. In this context, independent regulatory authorities are particularly important; because these institutions are equipped with the power to impose sanctions on the nature of the provider implementation of these regulations as they can trade regulatory nature. Particularly, changes in the scope of the rule making power with the change in state concept has been realized. According to current regulations made by independent public institutions from the state authority it is perceived as controlling and directing the activities. Here they can perform their functions by using relevant authorities to monitor and supervise the said powers. The problem is the independent administrative authority to put the norm it arises when both have the power to expose these norms sanctions. These actions of the authorities, advice, suggestions, as well as the application characteristics, according to certain executive decisions and regulatory overall processing power and influence depend on the law to be moved to administration policy and in terms of legality must be subject to judicial review.

Keywords: *Public power, regulatory authority, independent administrative authorities, the relationship between regulatory authority and the public power*

1. GİRİŞ

İdare hukukunda kamu gücü kavramı belirsiz ve muğlak olsa da onu açıklayan terimler kamulaştırma alanında, ulaşımın düzenlenmesinde, kamusal sağlık ve kamu düzeninin korunmasında olduğu gibi fonksiyonel bir birliğe sahiptir. Bu noktada kamu yararı kavramı ise oldukça geniş olup idari işlemler bu amaca hizmet edilmesini sağlamakla birlikte pek çok özel kamu gücü ayrıcalığı da kamu yararı amacını sağlamayı hedefler¹.

Kamu gücü ayrıcalığı, idari faaliyeti yürütmekle yükümlü bir kişi tarafından kamu yararını sağlamak amacıyla kamu hukukunda sahip olunan özel hukuku aşan araç olarak tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşıldığı üzere kamu gücü aslında pek çok kriterin birleşiminden oluşmaktadır, zira idare hukuku içerik bakımından da tamamen düzenli bir sistem olup, bunun pek çok kavramın birbiriyle zincirleme olarak bağlantılı bir şekilde homojen bir yapı oluşturduğu ileri sürülebilir².

¹ Tania-Marie PECHEUL-DAVID, *La Prérogative de puissance publique*, Thèse, Paris 2000, s.241.

² Ibid, s.279-280.

Bu noktada idarenin ayrıcalıklarının kamu hukukundaki bazı yetkilerin de temelinde olduğu ileri sürülebileceği gibi kamu gücü ayrıcalıklarının da hukuki ilişki çerçevesinde ele alınmasında iki temel unsurun söz konusu olabileceği de belirtilebilir: Hukuki güç ve özel bir hukukun oluşturulması. Dolayısıyla ayrıcalık, bir şeyi yapma yeteneği anlamına gelir ve bütün ayrıcalıklar, dar anlamda kural işlem olmasa da yapanların iradesinden ortaya çıkar. Burada irade ya doğrudan hukuki düzeni değiştirmeye yönelik olarak ya da hukuki etkiler doğurma yönünden gerçekleşebilir. Böylece ayrıcalığın sahibiyile muhatapları arasında ilişki kurulmuş olur³.

Ayrıcalık kavramının açıklanmasından sonra artık kamu gücü kavramı da açıklanabilir. Kamu gücü kavramı, geniş anlamda idare hukukunu yapılandıran bir kavram iken ayrıcalıkların burada faaliyetleri ve hareketleri ifade ettiği de ileri sürülebilir. Bilindiği üzere kamu gücü ayrıcalıkları, doğal olarak kamu gücüne bağlı olmakla birlikte ayrıcalıklarla ortaya çıkan kamu gücünün temellerinin belirlenmesi de şarttır⁴.

Burada öncelikle kamu gücünün hukuki bir güç olduğu ifade edilmelidir. Başka deyişle kamu gücü, hukuk üzerine kurulu olup, hukukla teşkilatlanmıştır. Ayrıca bu güç, politik ve sosyal bir olgudur. Böylece idare hukukunun da aslında önceki fiili güçlerin hukuki şekilde sınırlanmasından ibaret olduğu ileri sürülebilir. Ancak XIX. ve XX. yüzyıllara gelindiğinde politik ve hukuki güce hukuki bir görünüm kazandırılmıştır. Yani kamu görevlisi tarafından alınan ve başkasına kabul ettirilen karar, hukuki yetki kullanılarak hukuksal yetki olarak ortaya çıkar⁵.

Dolayısıyla kamu gücü, kanunlar tarafından kendilerine verilen görevi tamamlayabilmek amacıyla kamusal idarelere verilen tek taraflı hareket etme gücü olarak tanımlanabilir. Burada temel olarak üç unsur dikkat çeker: Birincisi, kurumsal gruba verilen güç olup bu grup hukukidir; çünkü bu gücü hukuk düzenlemektedir, dolayısıyla burada hukuk hakimdir. Böylece hukuki bir güç de kazanılmaktadır. İkinci unsur ise bu gücün özel bir amaç için düzenlenmiş

³ George DUPUIS, **Les privilèges de l'administration**, Thèse, Paris 1962, s.22; Nicolas CHIFFLOT, Les prérogatives de puissance publique in, AFDA (Association française pour la recherche en droit administratif): Acte du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par L'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l'université Pierre Mendès France de Grenoble II, **La puissance publique**, Lexis Nexis, Paris 2011, s. 182.

⁴ CHIFFLOT, s. 184; PECHEUL-DAVID, s.225; Gilles DARCY, **Puissance Publique et contentieux administratif**, in AFDA, s.96.

⁵ Xavier DUPRÉ DE BOULOUIS, AFDA, Puissance Publique, Puissance Privée, s.58.

olmasıdır. Burada ise güç, idari kurumdan ayrılmaz bir nitelik kazanır. Ayrıca kamu yararıyla da böyle bir amaç düzenlenmektedir. Bununla birlikte kamu yararı kavramı aslında soyut bir kavramdır. Üçüncü bir unsur ise kamu gücü kavramına gerçek niteliğini kazandıran özellik olan hukuki davranabilme yeteneğidir. Burada özellikle idari işlemlerin hukuki olarak üstün oluşunun temelinde egemenliğin olduğu ileri sürülebilir. Böylece kamu gücü, devletin emretme, tek yanlı iradesini ilgililere kabul ettirme ve gerektiğinde zor kullanarak yerine getirme hak ve yeteneği olarak ifade edilebilir. Her ne kadar kavram, idare hukukunun merkezinde olsa da bütün idare hukuku kurallarının kamu gücüyle açıklanması mümkün değildir, zira bu kuralların her zaman idarenin gücünü arttırmadığı hatta azalttığı dahi ileri sürülebilir⁶. Nitekim adli idare rejimine tabi olan bütün devletlerde kamu gücü bulunmasına rağmen bu güç, aslında idareye düzenleme yetkisi vermemektedir. Oysa idari rejime tabi olan devletlerde hem düzenleme hem de uygulama yetkisi verilmiştir.

Bu noktada yürütme organının tüzük, yönetmelik ve kararname gibi düzenleyici işlemler için düzenleme yetkisini haiz olması zorunludur. Başka deyişle yürütme organı, genel bir düzenleme yetkisini de haizdir. Buna göre, düzenleme yetkisi icrai bir iş olduğuna göre, bu aslında yasama niteliği de taşımayıp bu yetkinin ancak bir kanunun boş bıraktığı noktalara konulabileceği de ifade edilebilir⁷.

⁶ Michel ROUSSET, *Idée de Puissance Publique en Droit Administratif Français*, Dalloz, Paris 1960, s.190; Lutfi DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 23; Anayasa’da yer alan egemenlik ve devlet yetkisi kavramları, uygulamada kamu gücünün kullanılması olarak ortaya çıkmaktadır. Cem AYAYDIN, “Özel Hukuk Kişilerinin Kamu Gücü Kullanması Sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında Düşünceler”, *Yıldızhan Yayla’ya Armağan*, 2003, s.127; Jean RIVERO, “Existe-t-il un critère du droit administratif, Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger”, 59e année, 1953, s.289; Bununla birlikte kamu gücünü kullanmak sadece aktif ve tek yanlı hareket etme anlamında eylem ayrıcalığıyla donatılmış olmak değil, aynı zamanda dışarıdan yapılacak hukuki işlem ya da önlemlere karşı kalkan oluşturma anlamında “korunma ayrıcalığı”na da sahip olmak anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bir tüzelkişinin kamulaştırma ya da tek yanlı işlem yapması ve mallarının Devlet malı sayılması da o tüzelkişiliğin kamu gücünü kullandığının göstergeleridir. Diğer taraftan Danıştay 6. Dairesinin 1986/212 E., 1986/321 K. 26.3.1986 tarihli kararıyla, kamu tüzelkişiliğine sahip olunmasının zorunlu olarak kamu gücünün kullanılması anlamına gelen her türlü kamusal yetkiye sahip olunması sonucunun doğurmadığını hüküm altına almıştır. Erdoğan BÜLBÜL, *Kamu İştirakleri Bir Hukuki Nitelime Denemesi*, Beta Yay., İstanbul 2004, s.80-84.

⁷ Ragıp SARICA, *İcra Uzmanının Tanzim Salahiyeti*, İstanbul 1943, s.26 ve 315-319.

2. KAMU GÜCÜ ÇERÇEVESİNDE DÜZENLEME YETKİSİNİN KAPSAMI

Parlamento Anayasa çerçevesi içinde her konuyu dilediği şekilde kanunla düzenleyebildiği halde Bakanlar Kurulu, suç, ceza, vergi, yargı gibi birçok konuya el atmaktan yasaklandığı gibi düzenleyici ve birel işlemlerde de kanunlara aykırı durumlar oluşturamaz. Bununla birlikte yasama organı, yürütme ve idareye yetki verdiği konularda yapılan düzenlemeleri, her zaman değiştirmek ve kaldırmak imkanına sahip olduğu gibi, yeni çıkardığı kanunlarla ilgili tüm düzenleyici işlemleri de hükümsüz ve etkisiz kılabilir⁸.

Gerçekten 1982 Anayasası, TBMM'nin Bakanlar Kurulu'na hangi konularda ne koşullarda düzenleme yetkisi verebileceğini teker teker saymış ve sınırlandırmıştır. Bunlar vergi, resim, ve benzeri mali yükümlülüklerin kimi öğeleri (m.73); ekonomik, ticari, teknik ve idari anlaşmaların kanunla uygun bulunmasına gerek görülmeden onaylanması(m.90); kamu tüzelkişiliği kurulması (m.123), dış ticaret işlemleri üzerine ek mali yükümlülük konulması, konularıyla kanunun emrettiği işleri belirtmediği, tüzüğe ve yönetmeliğe bıraktığı hususlardan ibarettir⁹.

İşte Anayasanın bu özel yetki verilmesi gereken hükümleri, yürütme ve idarenin özerk ve genel bir düzenleme yetkisi bulunmadığını; ancak yürürlükteki bir kanunla veya kanunlarla daha önce yasama tarafından ele alınan konuları işleyebileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla söz konusu yönetmeliğin ve tüzüğün dayanağı olan kanunların konularını ne ölçüde ve yoğunlukta belirlenmiş ve düzenlenmiş olması gerektiği noktası, yürütme ve idarenin ne gibi yeni kuralları getirebileceği sorununa yol açabilse de özerk düzenleme yetkisinin varlığını içermemektedir¹⁰.

Böylece düzenleyici ve denetleyici kurumlar yeterince belirgin olmayan statülerinin doğurduğu imaj nedeniyle nitelikleri bağımsızlık ve otorite sözcüklerinden hareket edilerek açıklanmaya çalışılmakla birlikte bağımsızlık niteliği sadece siyasi otoritelerin emir ve talimat verememesi anlamına gelir. Yoksa bunlar doğal olarak yasamanın asli ve ilk el düzenleme yetkisi içindedir. Bunların düzenleme işlevinin özgülendikleri piyasa ortamında kamu yararı-özel yarar dengesini, hizmetlerin sürekliliğini, piyasaya içinde geçerli olacak kuralları iç ve dış etkenleri de göz önüne alarak kararlaştırmak ve bunları

⁸ DURAN, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi", s.42.

⁹ Ibidem.

¹⁰ DURAN, "Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi", s.42.

gerektiğinde kamusal ayrıcalıklardan yararlanarak zorla uygulamak olarak ortaya çıkan denetim ve yönlendirme gibi özgün yetkiler içerdiği görülmekle birlikte, varlıklarını “devlet içinde devlet” olarak değil, bir tür kurumsal özerklik olarak görmek gerekir. YAŞAR’a göre, burada doğru adlandırma “özerklik” ifadesiyle söz konusu olacaktır. Bu noktada yazara göre, yasama organının kamu kurumlarının kurulma ve kaldırılmasında takdir yetkisi olduğu tartışılmaz. Üstelik açık bir anayasal dayanağı olmamasına rağmen yasama organının kanunla kamu tüzel kişiliği kurma yetkisini düzenleyen Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasından hareketle “hizmet yerinden yönetim” ilkesi üretilmişken bu itiraz daha da zayıflamaktadır¹¹.

Böylece yasama organının kamu tüzel kişiliği kurmak konusundaki genel yetkisinin dışında, başka bir anayasal yetkiye ihtiyacı yoktur. Dolayısıyla yasama yetkisi, anayasal olarak sınırlanmadığı takdirde kuvvetler ayrılığı ilkesine riayet ederek her türlü yasama tasarrufunu yapmaya ilk elden ve asli olarak yetkili ve görevlidir¹².

Aslında hemen hemen bütün düzenleyici ve denetleyici kurumların geniş anlamda güce sahip oldukları ve bu gücün her bir kurumun niteliğine ve konusuna göre değiştiği ileri sürülebilir. Hemen hemen bütün düzenleyici ve denetleyici kurumlar, görevleri kapsamında ve yetenekleri ölçüsünde geniş bir gücü içermektedir. İşte aralarından bazıları bunları sadece uygularken diğerleri ise kamusal güçlere tavsiye niteliğinde kararlar verebilir. Bazıları ise Anayasal Konseyin belirlediği sınırlar çerçevesinde düzenleyici gücü uygulama yetkisine sahiptir. Ayrıca bu kurumlar çoğunlukla bireyler hakkında haklar ve yükümlülükler doğuran birel kararlar almaktadır. Bu kapsamda görüş verme gücü de sayılabilir. Buna göre, etkileme gücü de bulunmaktadır. Nitekim düzenleyici güç olan genel ve kişisel olmayan normlar getirmek de bu kapsamda ifade edilebilir¹³.

Yaptırım gücü de bu kapsamda ifade edilebilir. Temel olarak bu noktada yargıca atfedilen yargılama yetkisinin idareye verildiğini ve böylece güçler ayrılığı ilkesinin ihlal edildiği de ileri sürülmüştür. İşte buna Anayasa Konseyi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin sadece anayasal değer olmayıp, aslında kamu gücü ayrıcalıkları kapsamında hareket eden idarenin yaptırım yetkisiyle

¹¹ YAŞAR, s.549.

¹² Ibid, s.550.

¹³ Michel GENTOT, *Les autorités administratifs indépendants*, LGDJ, Paris, 1994, s.66-77.

anayasal ilkelerle teminat altına alınan temel hak ve özgürlükleri koruduğunu ifade etmiştir¹⁴.

Ayrıca düzenleyici ve denetleyici kurumların yargısal denetimi bakımından bağımsızlık, aslında tamamen denetimin yokluğunu ifade etmemektedir. Güce sahip olan ve idari fonksiyon yürüten bütün kurumların politik, finansal ve yargısal denetime tabi olacağı ileri sürülebilir. Aslında düzenleyici ve denetleyici kurumların özelliği olarak idari bir hiyerarşiden ve vesayetten kaçınılacağı ileri sürülebilir. Burada işlemlerin üzerindeki yargısal yetki, çoğunlukla bu idari otoriteler tarafından alınan yetkinin denetimi ve bunlar tarafından yürütülen faaliyetler sonucunda oluşan zararların giderilmesidir¹⁵.

Burada ayrıca hakim, işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı da denetlenmektedir¹⁶. Ayrıca Gentot'a göre, düzenleyici ve denetleyici kurumların yargısal denetimi kamu gücünün sorumluluğunu da tehlikeye atabilir. Burada düzenleyici ve denetleyici kurumların hukuki bir kişiliği bulunmadığı için burada faaliyetin yürütülmesinden doğan zararlar Devlet tarafından ödenecektir. Örneğin Conseil d'Etat'nın bir bankanın zarara uğramasıyla birlikte mağdur olanların zararları hakkında Fransız Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun tedbirsizliğinin ileri sürülmesi bazı yazarları devletin sorumluluğuna gidilmesini tehlikeye attığı gerekçesiyle endişelendirmiştir¹⁷.

3. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN DÜZENLEME VE YAPTIRIM YETKİSİ

Gerek tarihsel bakımdan gerekse politik ve hukuk tarihi bakımından kamu gücünün sahibi olarak öncelikle devletin akla geldiğini belirtmek gerekmele birlikte düzenleyici ve denetleyici kurumların da düzenleme ve yaptırım uygulama güçleri bulunduğunu belirtmek gerekir¹⁸.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar da birer otorite olup denetleme, danışma, izin verme, atama ve yargı merciine başvurma gibi yetkilere sahiptir.

¹⁴ GENTOT, s.87.

¹⁵ Fransa'da Anayasal Konsey 23 Ocak 1987 tarihli kararında bağımsız idari otoritelerin vermiş olduğu yaptırım kararlarının yargısal denetimleri bakımından adli yargının yetkili olduğu ifade edilmiştir. Burada ayrıca yargılamadaki temel amacın, sınırlı, belirli ve iyi bir idare olmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir GENTOT, s.87 ve 91.

¹⁶ Ibid, s.93.

¹⁷ Ibid, s.95.

¹⁸ Jacques MOREAU, **Rapport de Synthèse** in AFDA, s. 288.

Bu otoritelerin her biri kamu çıkarını gözetmek ve aynı zamanda içinde buldukları ortamın yasasına saygı göstermek zorundadır. Kıta Avrupası ülkelerinde bu durum yeni iken daha az merkezi ve ekonomik bakımdan liberal olan anglo - sakson ülkeleri ise bu yönetime çok daha önce başvurmuştur¹⁹.

Aslında en büyük sorun, düzenleyici ve denetleyici kurumların hem norm koyup hem de bu normu yaptırımlara maruz bırakma yetkisine sahip olduğu zaman ortaya çıkmaktadır. Şayet böyle bir otorite, bir norm getirme yetkisine sahipse ilke olarak bu yetkinin nispeten genel bir yetki olduğu ileri sürülebilir, zira bu yetkinin belirli bir şahıs grubuna uygulanacağı varsayılmaz. Dolayısıyla norm koyma yetkisinin tıpkı ona yapışık olan cezalandırma yetkisi gibi artık sadece otoriteye özel bir hukuki bağla bağlı olan şahıslara hitap etmemekte ve otoritenin düzenleme alanına giren kişi, norma uymadığı takdirde kendisine de yaptırım uygulanması riski taşımaktadır²⁰.

Yaptırım yetkisi ise bir idari otoriteye açık bir şekilde tanıdığı zaman, bu tedbir ve cezalara hedef olmaya elverişli şahıslara garantiler verilmesi kaçınılmazdır. Bunların başında idari yaptırım yetkisinin yargısal denetimi gelir. Böylece idari otoritenin yaptırım yetkisinin de çerçevelenmiş olacağı ileri sürülebilir²¹.

Dolayısıyla düzenleyici ve denetleyici kurumlar, özel alanlarda düzenleme ve hakemlik fonksiyonlarını yerine getirirler ve onları düzenleyen kanun, üyelerinin belirlenme şekliyle, işleyiş biçimleriyle çok geniş bir özerklik ve gerçek bir bağımsızlık organize eder. Böylece bu otoriteler, kural olarak hiçbir hiyerarşik otoriteye veya idari vesayete tabi değildir²². Benzer şekilde Amerikalı kamu hukuku uzmanları tarafından düzenleyici ve denetleyici kurumlar sadece üst yargı denetimine tabi ve idari denetimden muaf yargı benzeri merciler olarak belirtilmiştir. Burada şunu da belirtmek gerekir ki, düzenleyici ve denetleyici kurumların hepsi düzenleyici karaktere sahip olup, kamu gücü yetkilerini uygulayan kararları (izinler gibi) kanunilik

¹⁹ Jean MORANGE, *Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A) in Les autorités administratives indépendantes: actes du colloque franco - turc, Institut Français d'Istanbul = Bağımsız idari otoriteler: Türk-Fransız ortak kolokyumu metinleri*, Editör: İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkim Yay., İstanbul 1996. s.18-20.

²⁰ Hélène PAULIAT, (1998), "Bağımsız İdari Otoritelerin Yaptırım Yetkisi" (Çev. Mahmut Göçer), *Bağımsız İdari Otoriteler*, s.147.

²¹ Ibid, s.149.

²² Jear-François THERY, "Bağımsız İdari Otoritelerin Denetimi", in *Les autorités administratives indépendantes*, s.163.

ilkesi uyarınca yapılacak denetimine tabidir²³. Nitekim Conseil d'Etat verdiği kararlarda düzenleyici ve denetleyici kurumların kendilerine kanun tarafından verilen güçleri uyguladığını belirtmekte ve düzenleyici gücün bu noktada önemini vurgulamaktadır²⁴.

Bilindiği üzere geniş anlamda özelleştirme olarak algılanan “devlet düzenlemelerinin azalması” hareketinin boş bıraktığı alanların düzenleyici ve denetleyici kurumlar tarafından doldurulduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte Türkiye’deki uygulamada ise bu kuralların ekonomide piyasa kurallarının işlemlerini engellemeye başlayan yeni bir bürokratik yapı oluşturduğunu ileri sürenler de bulunur. Başka deyişle bu kuruluşların gelişmesinin bir başka önemli nedeni de, özelleştirilen kimi sektörlerde özelleştirme sonrası düzenleme ve denetleme gereksinimidir. Nitekim elektrik ve telekomünikasyon gibi özelleştirilen sektörlerde özel girişimin yanında kamunun da işletici olarak faaliyet göstermesi, devletin hem yargıç hem de taraf olacağı düşüncesiyle işletici ve düzenleyici ayrımı yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır²⁵.

Burada düzenleyici ve denetleyici kurumların ortaya çıkma nedeni yasamanın (kongre), yürütmeye (başkan) olan güvensizliğidir. Kongre ise bunları atar ve organizasyonlarını belirler. Üyeleri ilgili sektörlerde deneyimi olanlardan ve siyasi bir formasyonla ilişkili olanlardan seçilir. İşte bu bağımsız kurullar, Amerikan federal sisteminde yer yönünden federalizmi temsil eden federe devletler yanında hizmet bakımından federalizmi temsil eden ve bu anlamda bir hizmet alanıyla sınırlı olarak düzenleme, organizasyon yapma, denetleme ve yaptırım uygulama işlerini tek başına yapan, yani bir anlamda o alanla sınırlı olarak yasama, yürütme ve yargı işlevlerini bünyelerinde toplayan, siyasal ve yargısal bir denetime tabi olsalar da devlet içinde devletçikler niteliğinde kurumlar olduğu ileri sürülebilir²⁶.

İşte bu kapsamda regülasyon işlevinin belirli bir faaliyete ilişkin olarak kuralların belirlenmesi (düzenleme), bu kurallara riayetinin sağlanması (denetim) ve sektörü veya bir alanı düzgün bir rekabet ortamına veya plüralist bir yapıya sevk etme olarak tanımlanabilse de burada amaç hukuksal düzenleme yapmak olmayıp sadece gerektiğinde kullanılması gereken araçlardır. Nitekim

²³ Ibid, s.164-166.

²⁴ GENTOT, s.93.

²⁵ Turgut TAN, “Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurumlar”, *Amme İdaresi Dergisi*, C.35, Sayı 2, Haziran 2002, s.12-13.

²⁶ Ali ULUSOY, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.6.

bir süredir gündemde olan İngiliz ve Amerikan sistemlerindeki akımlar da olabildiğince az ve genel düzenlemeler yapılarak sektörel aktörlere mümkün olduğunca çok hareket alanı bırakma eğilimindedir. Ayrıca yaptırımın uygulamasından önce, özellikle ekonomik aktörler üzerinde faaliyetin ekonomik verimliliğinin gerekliliği ve deontolojik kuralların hatırlatılması gibi uyarı ve ikna yöntemlerine başvurulması ve ancak mutlak zorunluluk halinde yaptırım uygulanması ilkesi benimsenmektedir²⁷.

Günümüzde ise bu kavram, devletten bağımsız kamusal kurumlarca yapılan düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyeti olarak algılanmaktadır, zira 80'li yılların başından itibaren hizmet sağlayan Devletten hizmetin yürütülmesini sağlayan ve sağlanan hizmeti denetleyen devlet anlayışına geçilmiştir. Böylece devletin aynı anda hem hakem hem de oyuncu olamayacağı fikrinden hareketle ve Devletin hala birçok ekonomik faaliyeti dolaylı ya da doğrudan üstleniyor olması olgusu karşısında, regülasyon faaliyetinin merkezi idareden bağımsız çalışan kamusal organlar tarafından üstlenilmesinin daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır²⁸.

Öte yandan bazı kurumlar, kamu tüzelkişisi olarak yönetmelik çıkarma yetkisine sahipken (Anayasa m. 124), bazı kurumların kanunlarında çıkarılacak yönetmeliklerin Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacağı öngörülmüştür²⁹. Örneğin Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 20. maddesine göre kurum, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi olarak düzenlenmişken ilgili Kanununun 62. maddesinde Kurumun yetkilerini kullanışı, yönetim ve çalışma esasları, “Kurulca hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konacak yönetmeliklerle düzenlenmiştir³⁰.

Dolayısıyla düzenleyici ve denetleyici kurumların temel amacının yeni teknolojilerin ve mali enstrüman ve manipülasyonların bazı temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni tehdit ve ihlallere karşı koruma ve kollama olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir işlev ve ereğin gerçekleştirilebilmesi için kamusal ve özel güçlerden gelebilecek söz konusu tehlike ve zararları önleme ve yaptırıma bağlama yetkisine sahip organların oluşturulması ve görevlendirilmesi gereği açık ve kesindir. Siyasi iktidar ve ekonomik güç odakları karşısında ancak bağımsız ve güvenceli otoriteler, temel hak ve

²⁷ Ibid, s.22.

²⁸ Ibid, s.25.

²⁹ TAN, s.18.

³⁰ Turan YILDIRIM, “Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayın Bürosu No:59, Ankara 2000, s.203.

özgürlüklerle piyasa mekanizmalarının düzgün işleyişini, bunların müdahale, baskı ve etkileri olmadan sağlayabilir ve güvence altına alabilir³¹. Örneğin Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 19. maddesinin (d) fıkrasına göre, bir gerçek veya tüzel kişi doğrudan veya dolaylı olarak en fazla dört karasal yayın lisansına sahip medya hizmet sağlayıcı kuruluşa ortak olabilir. Ancak, birden çok medya hizmet sağlayıcıya ortaklıkta bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı hisse sahibi olduğu medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yıllık toplam ticarî iletişim geliri, sektörün toplam ticarî iletişim gelirinin yüzde otuzunu geçemez. Toplam ticarî iletişim geliri bu oranı aşan gerçek veya tüzel kişiler, Üst Kurul tarafından verilen doksan günlük süre içinde bu oranın altına inecek şekilde medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardaki hisselerini devreder. Verilen süre içinde Üst Kurul kararının gereğini yerine getirmeyen gerçek veya tüzel kişi hakkında, kararın gereğini yerine getirmediği her ay için Üst Kurulca dörtyüzbin Türk Lirası idarî para cezası uygulanır. Yine Anayasa'nın 167. maddesindeki devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler hükmünün SPK kanunu ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a dayanak olduğu söylenebilir³².

İşte bu kuruluşlar, bağımsız yapılanmalarından ve özel yetkilerle donatılmalarından dolayı organik ve fonksiyonel bakımdan her iki anlamda da gerçek birer otorite olarak ortaya çıkmaktadır. Şu kadar ki bu teşkilat devletin dışında olmayıp genellikle merkezi ve genel idare içinde ayrı bir konumda bulunmakta ve devlet adına idari işlem ve eylemler yapmaktadır. Bunların karar ve fiilleri doğrudan doğruya icrai niteliğe ve güce sahip olup bunlar yargısal ve idari denetime tabidir. Bazı konulardaki kararlar çekişmeli prosedür uyarınca verilse de yargısal işlem niteliğinde sayılmaz. Söz konusu organların yetkilileri güvenceye sahip olmakla birlikte yargıç statüsünde bulunmadıklarından bunların yargı mercilerinden sayılması mümkün değildir. Aslında bu kuruluşların genel olarak işlevi, toplum yaşamının duyarlı alanlarındaki kamusal ve özel etkinlikleri düzenlemek, izlemek, denetlemek, aykırı davranış ve durumları önlemek, yaptırıma çarptırmak suretiyle bazı temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni korumak ve güvence altına almaktır³³.

³¹ Lûtfi DURAN, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", *Amme İdaresi Dergisi*, C.30, S.1, Mart 1997, s.4.

³² DURAN, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", s.10.

³³ DURAN, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", s.4-5; Bu kapsamda 3046 sayılı Kanunun

Ayrıca düzenleyici ve denetleyici kurumların taşıdığı ünvanlardan da anlaşılacağı üzere bireylerin kişilik ve özel hayat hakları ve ekonomik çıkar ve özgürlükleriyle toplulukların siyasi hak ve özgürlüklerine ilişkin konulara idarenin ve güç odaklarının müdahale ve ihlallerini önlemek ve gerektiğinde yaptırım uygulamak esas görevleridir. Dolayısıyla düzenleyici ve denetleyici kurumlar, söz konusu hassas alanda etkinlikte bulunan makam, kişi ve toplulukların durum ve davranışlarını genel kural işlemlerle düzenleyerek birel işlemlerle ise belirlemek ve saptamak, aykırı eylem, işlem ve durumları gidermek, düzeltmek ve yaptırıma bağlamak amacını güder. Burada ilgilileri izlemek ve denetlemek yetkilerini kullanarak işlevlerini gerçekleştirebilirler. İşte bu görev ve yetkiler, idari kamu hizmeti niteliği taşımakla birlikte belirli bir edim sunmaya yönelik olmayıp hukuki tasarruf olarak da ortaya çıkabilir. Söz konusu işlemler, danışma, öneri, başvuru niteliğinde olduğu gibi, kesin icrai karar ve düzenleyici genel işlem güç ve etkisi de taşır³⁴.

4. DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KURUMLARIN YARGISAL DENETİMİ

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, idari otorite içinde yer aldığına, idari icrai kararlar verdiği ve tüzelkişi olup olmadıkları iptal davası açısından etkili bulunmadığına, konularıyla ilgili etkinlikler ve kişiler hakkında çeşitli eylemler ve işlemler yaptığına göre, hukuka bağlı idare ilkesi uyarınca, herhalde ve en azından kanunilik bakımından yargısal denetime tabi olması gerekir. Bunların işleminden çoğu danışma, öneri, tavsiye, bilgilendirme niteliğinde olduğundan sadece icrai - idari karar karakterini taşıyan bölümleri iptal davasına konu edilebilir. Geriye kalanları ise ancak asıl yetkili organ ve makamlarca benimsenip karara dönüştürüldüğünde dolaylı biçimde yargısal denetime tabi tutulabilir. Böylece bu otoritelerin her şeye rağmen idari organlar olarak kabul edilmesi doğal olarak bunların verdiği kararların yargısal denetimini de önemli hale getirmektedir, zira kararlarının etkin yargısal denetimi, bu kurumların uyguladıkları yaptırımlardan kaynaklanabilecek olumsuz durumların da giderebilmesini sağlar³⁵.

19. maddesinin A fıkrasına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, Bakanlık bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile, Başbakanlıkla veya diğer bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Söz konusu kuruluşların özel kanunlarında bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir. Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir.

³⁴ Ibidem.

³⁵ DURAN, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, s.7; ULUSOY, Bağımsız İdari Otoriteler, s.46.

Bu noktada öncelikle anglo - sakson hukuk sisteminde idarenin düzenleme yetkisinin yargısal denetimine değinmek gerekmektedir. Aslında İngiltere’de herhangi bir karar ve düzenlenen bir tasarruf bir kanuna veya bazı şartlarda bir ayrıcalığa dayanmıyorsa hukuki bir etki doğurmayacağı için ultra vires veya batıl sayılır. Başka deyişle düzenleme yetkisi üzerindeki denetim iki şekilde söz konusu olabilir: Birincisi idarenin düzenleyici işlemleri yaparken takip edeceği usulle; ikincisi de bu düzenleyici işlemlerin bizzat kendileriyle ilgilidir. İşte bu noktada yargısal denetim ikiye ayrılabilir: Usuli ve maddi ultra vires³⁶.

Usuli ultra vireste kanun tarafından idarenin yapacağı düzenleyici tasarruflar için bazı usuller yargısal denetim bakımından önem kazanırken (bazı mercilere danışılması, itirazların dinlenmesi, temsilcilerle görüşülmesinin istenmesi gibi), maddi ultra vireste idareye yetki veren hükümler ve mahkemelerin tutumu önem kazanmaktadır. İşte bu noktada bazen düzenleme yetkisinin çok genişlediği ifade edilebilir³⁷.

Nitekim İngiliz Parlamentosu, sahip olduğu egemenlik gereğince ülke içerisinde kanun yapmaya, kural koymaya yetkili tek bağımsız organ olmakla birlikte Parlamento bu yetkisini bazı kurul ve kişilere de devredebilir. Buna İngiliz Hukukunda “Delegated Legislation” adı verilmektedir. Burada Bakanlıklara tanınan yetkiler de örnek olarak gösterilebilir. Buna göre Bakanlıklar, Parlamentosunun kendilerine verdiği bir yetkiye dayanarak kararnameler çıkarır ve düzenlemeler yapar. İşte bu gibi düzenlemeler mahalli idari otoriteler ve bazı meslek örgütlerine de verilebilir. Başka deyişle yasama görevi, kural olarak Parlamentosunun veya yasama organının bir fonksiyonu olmakla birlikte yasama organı bu görevi tevkil ettiği zaman düzenleme yetkisi söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla yasama organınca çıkarılan kaideler ve tüzükler hakkında bu kuralın uygulanması mümkündür³⁸.

Bu tip yetki devirlerinin İngiliz Hukukunda bir zorunluluk olarak kabul edilmesinin nedeni, toplum hayatının her kesimi için gerekli olan yasaların hazırlanıp kabul edilmesinin Parlamentosunun işlemez hale gelmesine neden olabileceği düşüncesidir. Ayrıca her konu kendi koşullarına özgü olarak teknik özellikleri gerektirdiği için Parlamento, bu gibi kuralların temeline inerek

³⁶ KARAMUSTAFAOĞLU Tuncer, “İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini”, **Ord. Prof. Dr. Ernst. E.Hirsch’e Armağan**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1964, s. 71.

³⁷ Ibis, s. 73.

³⁸ Uğur MUMCU, “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1970, s.45; KARAMUSTAFAOĞLU, s.68.

ayrıntılı kuralları gereği gibi saptayamaz. Bu kural, “Delegated Legislation” bakımından da uygulanamaz; çünkü burada bir çeşit vekalet söz konusu olup bu yetkinin Parlamento tarafından her zaman geri alınabileceği de ileri sürülebilir³⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, adli idare rejiminde yargısal denetim, itiraz usulü esasına bağlı olarak sağlanır ve burada idari işlem hakkında hukukilik kararı verilir. Yani burada hukukilik denetimi önem taşır. Dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleri bakımından hiçbir varsayımsal dayanak yeterli olmayıp hukuki yetkinin açık şekilde gösterilmesi gerekmektedir⁴⁰.

Bu gruba dahil ülkelerde idare hukuku yazarları bu yolun idarenin kanunilik denetimi için uygun olduğu konusunda ittifak halinde olmayıp bazılarına göre, itiraz yürütmenin doğrudan idari nitelikli alana özgülenmedikçe bu konunun anlaşılamayacağını ileri sürse de diğer bazı yazarlar ortak hukuk ilkesi olan genel adalet ilkesini bu kapsamda yeterli görmüştür⁴¹.

İdari rejime tabi olan ülkelerde ise Parlatentonun ağır işlemesi ve kamu hizmetlerinin teknik nitelikte oluşu ayrıntılı düzenlemeyi, bu hizmetleri yapan yürütme organına ya da diğer kamu kuruluşlarına bırakmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla Parlamento bu alanda direktif niteliğinde ilkeler getirir, çerçeve çizer ve sınırları belirler. Parlatentonun getirdiği ilkeler doğrultusunda ve çerçevesinde ayrıntıyı düzenleyerek yasama fonksiyonunu tamamlamak, ise yürütme organına ve idareye aittir. Buna göre, yasamanın düzenleme yetkisi, bazı istisnalar dışında, kural olarak kanuna bağlı, kanunun gösterdiği ilkeler doğrultusunda ve çizdiği sınırlar çerçevesinde “secundum legem” bir düzenleme yetkisidir. Yürütmenin kanunların uygulanma görevi ve yetkisinden kaynaklanan bu tür düzenleyici işlemleri “ikinci el” düzenleyici işlemdir ve yürütmenin bu işlemlerle yaptığı düzenleme fonksiyonu “bağlı”, “türevsel” ve “tamamlayıcı” niteliktedir. Nitekim GÜNEŞ’e göre, idarenin sadece kanunu somutlaştırma şeklinde yaptığı işlemler dışında bağlı yetkiyle yaptığı işlemler de bulunmaktadır. Bunun dışındaki işlemlerde ise işlemi yapmak veya yapmamak noktasında veya bunun içeriğinin belirlenmesinde yürütme organı norm koyan bir takdir yetkisine sahip bulunmaktadır⁴².

³⁹ MUMCU, s.45-46.

⁴⁰ Hasan Nuri YAŞAR, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Der Yay., İstanbul 2014, s.136 ve s.136 dn. 200’den naklen.

⁴¹ Ibid, s.137.

⁴² Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.371; GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif**

Nitekim 1961 Anayasası'nın yasama-yürütme ilişkilerini yasamaya ağırlık veren bir düzene dayandırdığı kabul ediliyordu. Buna göre 1961 Anayasası'nın 6. maddesi, yürütmeyi “kanunlar çerçevesinde” Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilen bir “görev” olarak düzenlemişti. İşte bu dönemde kural işlem yapma yetkisinin ilkel ve genel olarak yasama organına ait olduğu, yürütme ve idarenin ise yalnızca türevsel, bağlı ve istisnai bir düzenleme yetkisine sahip olduğu kabul ediliyordu. 1961 Anayasası'nda yürütmenin yeterince güçlü olmadığı yönündeki eleştiriler ise 1971 Anayasa değişikliğinden sonra da devam etmiştir. Nitekim 1982 Anayasası (m.8), yürütmeyi “Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılan ve yerine getirilen bir yetki ve görev” olarak düzenlemesi gerek öğretide gerekse yargı kararlarında yürütmenin güçlendirilmesi olarak değerlendirilmiştir. Bununla birlikte yürütme yetki olsa da düzenleme yetkisi özerk hale gelmemiştir⁴³.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne göre, yürütmeye yetki olma gücünü veren esaslar Anayasa'nın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan bazıları yeni Anayasa'nın getirdiği olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara ilişkin kanun hükmünde kararname çıkarması; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisna ve indirim oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırları içerisinde değişiklik yapması örnek olarak verilebilir⁴⁴.

1982 Anayasası'nın “Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” kenar başlıklı 167. maddenin 2. fıkrası, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükleri dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir hükmünü taşımaktadır. İşte kanun koyucu bu hükme dayanarak, 2.2.1984 günlü 2976 sayılı Kanunla Bakanlar Kuruluna ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükleri dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve kaldırmaya ve ek mali yükümlülüklerin bütçenin dışında oluşturulacak bir fonda toplanılması ve bu fonun kaldırılması

Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, AÜSBF, Ankara 1965, s.87.

⁴³ Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.96-97.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, 13.6.1985 tarih ve 984/14 E., 985/7 K. Dış ticaretin ülke yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri mali yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlar da bu kapsamda değerlendirilebilir. GÖZÜBÜYÜK / TAN, s.97.

esaslarının düzenlenmesi yetkileri verilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesi, 11.1.1985 günlü, 1984/6 E. sayılı kararıyla 2976 sayılı Kanunun “Ek mali yükümlülükler” başlığını taşıyan üçüncü maddesinin Anayasaya aykırı olmadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında da açıklandığı üzere, yasama organı, Anayasa’nın 167. maddesinin 2. fıkrasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak “dış ticaretin düzenlenmesi”ni yürütme organına bırakmış ve Bakanlar Kurulu Anayasa’ya uygun olmak şartıyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını düzenleme yetkisine sahip kılınmıştır⁴⁵.

SONUÇ

İdarenin düzenleme faaliyetleri ve bunların neticesinde uygulanan yaptırımlar, aslında kamu gücünün tezahürü niteliğindedir. Bu kapsamda özellikle düzenleyici ve denetleyici kurumlar düzenleyici nitelikte işlemler yapabildikleri gibi bu düzenlemelerinin uygulanmasını sağlayıcı nitelikte yaptırım uygulama yetkisiyle de donatılmışlardır. Ayrıca bu kurumların diğer devlet kurumlarından farklı olarak özel alanlarda düzenleme ve hakemlik fonksiyonlarını yerine getirmesi, bunları düzenleyen kanun, üyelerinin belirlenme ve işleyiş biçimleriyle çok geniş bir özerklik ve bağımsızlığı ifade ettiği için bunların denetimi özellikle verilen yaptırımların da hukukiliğini belirlemek bakımından büyük önem arz eder.

KAYNAKÇA

AUTIN, Jean- Louis / BLANCO, Florent / CHIFFLOT, Nicolas / DARCY, Gilles / DUPRÉ DE BOULOUIS, Xavier / DURAN, Patrice / GAUDEMAR, Hervé / GESLIN, Albane / HAQUET, Arnaud / KRYNEN, Jacques / YONCOURT, Tiphaine / LINDITCH, Florent / MOREAU, Jacques / MOUTON, Jean-Denis / NICINSKI, Sophie / SAILLANT, Elodie / SUDRE, Frédéric / TINIÈRE, Romaine: AFDA (Association française pour la recherche en droit administratif): Acte du colloque organisé du 22 au 24 juin 2011 par L’Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit de l’université Pierre Mendès France de Grenoble II, **La puissance publique**, Lexis Nexis, Paris 2011.

⁴⁵ Ibid, s.98.

AYAYDIN, Cem: “Özel hukuk kişilerinin kamu kudreti kullanması sorunu ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı hakkında düşünceler”, **Yıldızhan Yayla’ya Armağan**, Galatasaray Üniversitesi, 2003.

BÜLBÜL, Erdoğan: **Kamu İştirakleri Bir Hukuki Niteleme Denemesi**, Beta Yay., İstanbul 2004.

DUPUIS, George: **Les privilèges de l’administration**, Thèse, Paris 1962.

DURAN, Lûtfi: “Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl 4, Sayı 1-3, 1984, s.33-42.

DURAN, Lûtfi: “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.30, S.1, Mart 1997, s.1-10.

DURAN, Lûtfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.

GENTOT, Michel: **Les autorités administratifs indépendants**, LGDJ, Paris, 1994.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, C. I, Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

GÜNEŞ, Turan: **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF, Ankara 1965.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer: “İngiliz İdare Hukuku ve Ultra Vires Doktrini”, Ord. **Prof. Dr. Ernst. E.Hirsch’e Armağan**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1964, s.45-73.

MUMCU, Uğur: “İngiliz Hukukunda Ultra Vires Kavramı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1970, s. 37- 66.

PAULIAT, Hélène, MORANGE, Jean, THERY, Jean François, BERNARD, Michel, DURAN, Lûtfi, ATAY, Cevdet, ÜSKÜL, Zafer, NALBANT, Atilla, ERKUT, Cilan, COŞKUN, Sabri, KABOĞLU, Ö. İbrahim: **Les autorités administratives independantes: actes du colloque franco-turc, Institut Français d’Istanbul = Bağımsız idari otoriteler: Türk-Fransız ortak kolokyumu metinleri**, Editör: İbrahim Ö. Kaboğlu, Alkım Yay., İstanbul 1996.

PECHEUL-DAVID, Tania-Marie: **La Prérrogative de puissance publique**, Thèse, Paris 2000.

RIVERO, Jean: “Existe-t-il un critère du droit administratif, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger”, 59e année, 1953, s. 279-296.

ROUSSET, Michel: **İdée de Puissance Publique en Droit Administratif Français**, Dalloz, Paris 1960.

SARICA, Ragıp: **İcra Uzunun Tanzim Salahiyeti**, Türk Hukuk Kurumu, İstanbul 1943.

TAN, Turgut: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurumlar”, **Amme İdaresi Dergisi**, C.35, Sayı 2, Haziran 2002, s.11-37.

TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa hukuku**, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.

ULUSOY, Ali: **Bağımsız İdari Otoriteler**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

YAŞAR, Hasan Nuri: **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Der Yay., İstanbul 2014.

YILDIRIM, Turan: **Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi**, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Danıştay Yayın Bürosu No:59, Ankara 2000.

İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASI SEBEBİ OLARAK AÇIK HATA

Halil ALTINDAĞ*

ÖZET

Hukuka aykırı ve hak doğurucu idari işlemlerin geri alınmasında idarenin sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı, idari işlemin ancak belli bir süre içinde geri alınabileceği kabul edilmektedir. Ancak bazı işlemlerin herhangi bir süre sınırı olmaksızın geri alınabileceği kabul edilmektedir. Yokluk, açık hata ve hile hallerinde idare hukuka aykırı idari işlemi her zaman geri alabilir. Ancak yokluk ve hile kavramlarının nazaran açık hata kavramı belirsiz bir alan yaratmaktadır. Bu çalışmada açık hata konusunda idari yargı kararlarında gözlemlenen iki eğilim ele alınmıştır. Açık hatayı mevzuatın yoruma ihtiyaç göstermeyeceği hallerde yapılan hata olarak tanımlayan ilk görüşün aksine, işlemin muhatabının farkedebileceği hata olarak tanımlayan ve hileye yaklaştıran dar anlamdaki yorumunun hakkaniyete uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler: açık hata, geri alma, kazanılmış hak, haklı beklenti, hile

MANIFEST ERROR AS A REASON FOR REVOCATION OF AN ADMINISTRATIVE ACT

ABSTRACT

It is well accepted that the Administration does not have unlimited authority to revoke an administrative act which is illegal but advantageous to its addressee. Administrative authorities can revoke these kind of acts only within certain period. However, it is also accepted that possibility of revocation is always open to certain administrative acts. Acts which are deemed inexistent or tainted with fraud or manifest error can always be revoked by responsible administration regardless of elapsed time. However, compared to inexistence or fraud, the notion of manifest error is more ambiguous and that nature makes it difficult to define. In this study, two main tendency observed in administrative jurisprudence regarding manifest error is examined. It is concluded that interpretation of manifest error in a narrow way, which assimilates it to fraud, is more equitable.

Keywords: manifest error, revocation, vested right, legitimate expectation, fraud

* Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, İdare Hukuku ABD. Araştırma Görevlisi. halilatindag@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 28.11.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12.01.2017

GİRİŞ

İdari işlemler idare tarafından genel itibariyle iki şekilde yürürlükten kaldırılmaktadır. Bunlardan ilki “kaldırma”, diğeri ise “geri alma” olarak adlandırılmaktadır. İdari işlemin kaldırılması, işlemin kaldırılma anına dek doğurduğu hukuki sonuçların korunarak geleceğe etkili olacak şekilde işlemin hukuk aleminden çıkarılmasıdır¹. Geri alma ise idari işlemin yapıldığı andan itibaren hukuk aleminden çıkarılması, başka bir deyişle işlemin hiç yapılmamış varsayılmasıdır². Dolayısıyla idari işlemin geri alınması bu bağlamda iptal davası sonucu verilen iptal kararına benzemektedir³. İdari işlemin geri alınması, istisnai durumlar bir kenara bırakılırsa, genel itibariyle hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılması amacını taşımaktadır. Uygulamada ortaya çıkan sorun hukuka aykırı işlemin hangi sürede geri alınabileceğidir. Yargı kararlarında ve doktrinde dava açma süresi ve makul süre gibi iki farklı kritere başvurulmakla birlikte; yokluk ve açık hata ile malül işlemler ile ilgilinin hilesi sonucu tesis edilen işlemlerin herhangi bir süre ile bağlı olmaksızın geri alınabileceği tartışmasız bir biçimde kabul edilmektedir. Ancak yargı kararlarında içeriği net bir biçimde ortaya konamayan açık hata kavramı, idari işlemin geri alınması bağlamında bir belirsizliğe yol açmaktadır.

Bu çalışmanın konusu, bir geri alma sebebi olarak açık hata kavramıdır. Çalışmanın temel problemiği, bir hataya açıklık vasfını veren olguyu tespit etmektir. Bu bağlamda açık hata gerekçesiyle geri alınan işlemlerde idari yargı organlarının bu kavrama yükledikleri anlamlar değerlendirilerek bir “açık hata” tanımı önerilecektir.

¹ Ender Ethem ATAY, *İdare Hukuku*, 4. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 541; Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, *İdare Hukuku*, 3. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 418.

² Yves GAUDEMET, *Droit Administratif*, 20. Bs., L.G.D.J, Paris, 2012, s. 332; İsmet GİRİTLİ / Pertev BİLGİN / Tayfun AKGÜNER / Kahraman BERK, *İdare Hukuku*, 5. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 1122; Turgut TAN, *İdare Hukuku*, 4. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 282; Turgut TAN, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 5; Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, Cilt I, 2. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 1112; Turan YILDIRIM / Melikşah YASİN / H. Eyüp ÖZDEMİR / Gül ÜSTÜN / Özge OKAY, *İdare Hukuku II*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 58; s. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 430; Erdoğan BÜLBÜL, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 19; Ramazan ÇAĞLAYAN, “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, *AÜEHFD*, Cilt 4, Sayı 1-2, 2000, s. 43.

³ René CHAPUS, *Droit Administratif General*, Tome 1, 15. Bs., Montchrestien, Paris, 2001, s. 1154; Didier TRUCHET, *Droit Administratif*, 4. Bs., Presses Universitaires de France, Paris, 2011, s. 253; GİRİTLİ ve diğeri, s. 1122; Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 10. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 171; ATAY, s. 542; Hasan Nuri YAŞAR, *İdare Hukuku*, 2. Bs., İstanbul, Der Yayınları, 2014, s. 303.

1. Geri Almaya İlişkin Temel Hususlar

İdari işlemin geri alınması, idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğünün bir görünümü olarak idari yargı yerlerince verilen iptal kararı ile benzer bir işlev görmektedir. Bu nedenle gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında idari işlemin geri alınması konusunda yapılan tespitlerde, iptal davasına ilişkin hükümlere ve değerlendirmelere atıf yapılmaktadır.

İdari işlemin geri alınmasında en temel problematik işlemin hangi süre içinde geri alınabileceğidir. Doktrinde bu konuda *hukuka uygun işlemler – hukuka aykırı işlemler, hak doğuran işlemler – hak doğurmayan işlemler* şeklinde ayrımlar yapılmaktadır⁴. Hak doğurmayan, hatta kişilere bir yükümlülük yükleyen veya bir yaptırım uygulayan işlemlerin her zaman geri alınabileceği kabul edilmektedir⁵. Hukuka uygun ve kişiler için hak doğurucu nitelikte olan işlemlerin ise hiçbir zaman geri alınamayacağı kabul edilmektedir⁶.

Süre konusunda temel tartışma hak doğurucu fakat hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması noktasında yoğunlaşmaktadır. Kişiler için hak doğurucu nitelikte olan hukuka aykırı idari işlemlerin hangi sürede geri alınabileceği konusunda hem süreye ilişkin hem de hukuka aykırılığın niteliğine ilişkin iki farklı değerlendirme yapılmaktadır.

Süreye ilişkin değerlendirmeler, geri alma işleminin dava açma süresinde mi yoksa somut olayın özelliklerine göre tespit edilecek makul bir sürede mi yapılabileceği hususundadır. İlk görüş geri alma işlemi ile iptal davası arasında yukarıda da ifade edildiği gibi bir kıyasa başvurmakta ve nasıl ki kişiler hukuka aykırı işlemlere karşı iptal davası süresinde dava açabiliyorsa, idarenin de hukuka aykırı işlemlerini dava açma süresi içinde geri alabilmesi gerektiği, bu süre geçtikten sonra işlemin geri alınmaması gerektiğini savunmaktadır⁷. Bu görüş, iptal davasında olduğu gibi, hukuk güvenliği ilkesi ve idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğü arasındaki tercihini ilki yönünde kullanmaktadır. İkinci görüş ise, dava açma süresi ile

⁴ Marceau LONG / Prosper WEIL / Guy BRAIBANT / Pierre DELVOLLE / Bruno GENVOIS, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, 18. Bs., Dalloz, Paris, 2011, s.813; GİRİTLİ ve diğerleri, s. 1125; GÖZLER, s. 1115; YAŞAR, s. 304; Ramazan ÇAĞLAYAN, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 350.

⁵ GİRİTLİ ve diğerleri, s. 1124.

⁶ Lütfi DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 422; GİRİTLİ ve diğerleri, s. 1225; GÖZLER, s. 1118; YAŞAR, s. 305.

⁷ GİRİTLİ ve diğerleri, s. 1127; GÖZLER, s. 1112; YILDIRIM ve diğerleri, s. 58.

geri alma süresi arasındaki paralelliği kabul etmemekte ve idarenin hukuka aykırı idari işlemi geri alma konusunda daha esnek bir yetkiye sahip olmasını, yargı kararlarında kullanılan ifadesiyle “makul bir sürede” idari işlemi geri alabilmesini savunmaktadır⁸. Bu görüşe göre, idari işleme karşı dava açma süresi içinde iptal davası açılmakla birlikte, idari işlemin iptali aylar – yıllar alabilmekte, oysa dava açma süresini işlemin geri alınmasına uyguladığımızda, idare yalnızca en fazla 60 günlük bir süreye sahip olmaktadır. Ayrıca idarenin hukuka aykırılığı tespit etmesi iç idari denetimlerle veya bu konuda idareye yapılan müracaatlarla mümkün olduğundan, dava açma süresinin hayli kısa olduğu ifade edilmektedir⁹. Dolayısıyla dava açma süresi kriterini uygulamanın bir eşitlik değil, tam aksine idare aleyhine bir eşitsizlik yarattığı savunulmaktadır.

Danıştay’ın geri almada süre konusundaki içtihadı incelendiğinde, belli konularda ilk görüşün, bunların dışında kalan alanlarda ise ikinci görüşün kabul edildiğini göstermektedir. Danıştay kanunsuz ödemelerin geri alınması konusunda 1973 tarihli içtihadı birleştirme kararında, bu ödemelerin ancak dava açma süresi içinde geri alınabileceğine karar vermiştir¹⁰. Ancak bunun dışında kalan konularda Danıştay makul süre kriterini uygulamaktadır¹¹. Danıştay’ın makul sürenin ne olduğu konusunda belirleme yaptığı bir içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır. 1952 tarihli bu İBK’ya göre, hukuka aykırı terfi işleminden sonra aynı memur hakkında müteaddid terfiler yapılmışsa hukuka aykırı terfi işlemi geri alnamayacaktır¹². Danıştay kararlarında “müteaddid terfiler” ifadesi en az iki derece yükselmesi anlamında yorumlanmaktadır¹³. Dolayısıyla 6 yıl geçtikten sonra hukuka aykırı terfi işleminin geri alnamayacağı kabul edilmektedir. Danıştay’ın içtihadı genel itibariyle yukarıda anlatıldığı gibi olmakla birlikte, zaman zaman bu genel tablo ile çelişen kararlarına da rastlanmaktadır. Örneğin, dava açma süresi kriterinin hatalı ödemelerin geri alınması yanında farklı konularda da uygulandığı kararlar bulunmaktadır¹⁴.

⁸ Onur KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 585.

⁹ KARAHANOGULLARI, s. 585.

¹⁰ Danıştay İBK, E.1968/8 K.1973/14, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹ GÜNDAY, s. 179; KARAHANOGULLARI, s. 595.

¹² Danıştay İBK, E. 1952/15 K.1952/244, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

¹³ Danıştay 5. Dairesi E.2002/1094 K.2005/3654, Danıştay Dergisi, Sayı 111, 2006, s. 177.

¹⁴ Danıştay 12. Dairesi, E.1995/2951 K.1995/1071, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 10. Dairesi, E.1997/78 K.1997/742, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınması konusunda Fransa'daki duruma bakıldığında yakın zamana kadar Conseil d'Etat'nın yukarıdaki birinci görüşe ağırlık verdiği gözlemlenmektedir. 1922 yılında verilen *Dame Cachet* kararında Conseil d'Etat, hukuka aykırı idari işlemlerin ancak dava açma süresi içinde; eğer işleme karşı dava açılmışsa dava sonuçlanıncaya kadar geri almanın mümkün olduğuna karar vermiştir¹⁵. Conseil d'Etat idari işlemin yargı kararı ile iptal edilmesi ile idare tarafından geri alınması arasında yukarıda da ifade edildiği şekilde bir paralellik kurarak süre konusunda ortak bir hukuki rejime tabi olmalarını amaçlamıştır¹⁶. Hem dava açma süresi hem de dava açılmışsa davanın sonuçlanmasına kadar geçen süre, idari işlemin yargı kararı ile iptal edilebileceği sürelerdir ve bu süreler geri alma konusunda idarenin de yetkisinin sınırı olarak belirlenmiştir. Esasen yukarıdaki birinci görüşe kıyasla daha rafine bir değerlendirme yapıldığı söylenebilir. Dava açma süresi kriterinin yanına dava açılmışsa davanın sonlanmasına kadar geçen süre kriteri de eklenerek dava açılması durumunda birinci görüşün idare aleyhine bir eşitsizlik yarattığını ileri süren ikinci görüşe de bir nebze haklılık verilmiş ve idare ile birey arasındaki eşitlik her iki durumda da muhafaza edilmeye çalışılmıştır. Ancak 1922 yılından beri uygulanagelen bu içtihat 2001 yılında verilen *Ternon* kararıyla değişmiştir¹⁷. Conseil d'Etat bu kararında, hak doğuran hukuka aykırı birel işlemlerin işlem tarihinden itibaren dört ay içinde geri alınabileceğini ifade ederek 1922 yılında dava açma süresi ile geri alma süresi arasında kurduğu paralellige son vermiştir¹⁸. Bu kararıyla Conseil d'Etat, 1973 ve 1952 tarihli İBK'larında yaptığı gibi geri almada makul süreyi belirleme yoluna gitmiştir. Conseil d'Etat içtihatlarıyla düzenlenen idari işlemin geri alınması konusu 1 Haziran 2016 tarihinden itibaren artık yasal bir zemine oturtulmuştur¹⁹. İdare ve Kamu Arasındaki İlişkiler Kanunu'nun II. Kitabının IV. Bölümü²⁰ idari işlemin yürürlükten kalkması başlığını taşımaktadır ve *Ternon* kararıyla getirilen dört aylık süre idari işlemlerin geri alınmasında genel kural kabul edilmiştir.

¹⁵ Conseil d'Etat, 3 Kasım 1922, *Dame Cachet kararı*, www.legifrance.fr.

¹⁶ CHAPUS, s. 1157; Pierre-Laurent FRIER / Jacques PETIT, **Droit Administratif**, 7. Bs., Montchrestien, Paris, 2012, s. 364-365.

¹⁷ Conseil d'Etat, Ass., 26 Ekim 2001, *Ternon kararı*, LONG ve diğerleri, s. 806.

¹⁸ GAUDEMET, s. 334; TAN, *İdare Hukuku*, s. 288.

¹⁹ 23 Ekim 2015 tarih ve 2015-1341 sayılı Kararname (Ordonance)'ın 9. Maddesinde, geri alma konusunda yukarıda zikredilen düzenlemenin 1 Haziran 2016 tarihinde yürürlüğe gireceği hükmü yer almaktadır.

²⁰ Code de relations entre le public et l'administration, www.legifrance.fr.

Geri almada süre konusunda Yargıtay'ın da bir içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır. Yargıtay 1973 yılında vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararında, hukuka aykırı idari işlemin dava açma süresi içinde, eğer iptal davası açılmışsa dava sonuçlanana kadar geri alınabileceğine hükmetmiştir²¹. Esasen Conseil d'Etat'nın *Dame Cachet* kararında kabul ettiği yukarıdaki kriter, 1973 yılında Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararıyla yeniden ifade bulmuştur. Türk idare hukuku doktrininde de bu görüşü savunan yazarlar bulunmaktadır²².

Süre konusundaki bu değerlendirmeler tüm hukuka aykırı idari işlemleri kapsar nitelikte değildir. Hukuka aykırılığın niteliğine göre de bir ayırım yapılmakta ve yukarıdaki değerlendirmeler olağan hukuka aykırılık halleri için geçerli kabul edilmektedir. Ağır hukuka aykırılık halleri olarak nitelenen *açık hata*, *ilgilinin hilesi* ve *yokluk* hallerinde hiçbir süreye bağlı kalınmaksızın idari işlemin geri alınabileceği Türk doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmektedir²³. Fransız idare hukuku doktrininde ise kesin hükümle bağdaşmayan idari işlemler, ilgilinin hilesi sonucu tesis edilen veya yoklukla malül idari işlemler süre sınırı olmaksızın geri alınabilecek işlemler olarak kabul edilmekte²⁴, ancak açık hata hali Fransız hukukunda bu bağlamda değerlendirilmemektedir. Nitekim Conseil d'Etat 1973 yılında vermiş olduğu bir kararında, açık hata ile sakat bir idari işlemin, dava açma süresi geçtikten sonra geri alınamayacağına hükmetmiştir²⁵.

²¹ Yargıtay İBK, 27.01.1973, E.1972/6 K.1973/2, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²² Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, 3. Bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 551; ATAY, s. 543; YAŞAR, s. 311.

²³ “*Dosyanın incelenmesinden; davacının Yakın Doğu Üniversitesi Bilgisayar Mühendisliği Bölümüne kaydolduğu, sadece hazırlık sınıfının ilk yarıyılı okuduğu ve isteği üzerine 07.05.1997 tarihinde kaydını sildirdiği, ilk üç sınıfa ait hiç bir dersi almadığı, sahte transkript ile davalı üniversiteye yatay geçişinin yapıldığı anlaşılmaktadır.*

Yatay geçiş işleminin davacının vekil tayin ettiği üçüncü kişi tarafından yapılmış olduğu iddiasının doğruluğu kabul edilse dahi, davacının sorumluluğu ortadan kalkmaz. Olayda, sadece hazırlık sınıfının ilk yarıyılına devam eden davacı, üçüncü sınıfa yatay geçişinin yapılamayacağını bilmek durumundadır.

Öte yandan, kazanılmış haktan söz edilebilmesi için, bu hakkın hukuka uygun olarak kazanılmış olması gereklidir. Hukuka aykırı elde edilmiş bir hakkın, hukuk düzeni tarafından korunması düşünülemez. Nitekim mahkeme kararında da değinilen 22.12.1973 gün ve E: 1968/8, 1973/14 sayılı İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında, ilgilisinin gerçek dışı beyanı ve hilesi durumunda, süre sınırı aranmaksızın yapılan ödemenin geri alınabilmesi öngörülmüştür.” Danıştay 8. Dairesi E. 2004/1570 K. 2004/3441, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

²⁴ CHAPUS, s. 1165.

²⁵ Conseil d'Etat açık hata kavramını “*erreur manifeste*” olarak ifade etmiştir. Conseil d'Etat,

Türk idare hukukunda üçüncü bir kriter olarak başvuru açık hata kavramı meseleyi belirginlikten uzaklaştırmakta ve açık hatanın tanımlaması ihtiyacını doğurmaktadır. Aşağıda yargı kararları ışığında açık hata kavramına ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

2. Danıştay Kararlarında “Açık Hata” Kavramı

Danıştay kararlarında açık hata kavramına birbiriyle çelişen ve hatta belli durumlarda açık hata halini dışlayan bir biçimde anlamlar yüklendiği gözlemlenmektedir. Danıştay’ın açık hata konusundaki ilk yaklaşımı, mevzuata aykırılık tek başına açık hata olduğu yönündedir. Bu tanım ilk bakışta olağan hata ile açık hata arasındaki farkı ortadan kaldırır nitelikte görünmekle birlikte, Danıştay mevzuata aykırılık ifadesini dar yorumlayarak yalnızca *mevzuatın açık hükmüne aykırılık* hallerini bu kapsamda değerlendirmektedir²⁶. Örneğin Danıştay 5. Dairesinin vermiş olduğu bir karara konu olayda davacı, bir belediyenin İktisat ve Kuşat İşleri Müdürlüğüne herhangi bir sınava tabi olmaksızın müfettiş olarak atanmıştır. Oysa ilgili mevzuatta “İktisat ve Kuşat

7 Şubat 1973, *Nguyen van Nang kararı*, www.legifrance.fr; CHAPUS, s.1156. Ancak ilginç bir biçimde Danıştay 1991 yılında vermiş olduğu bir kararda, açık hata halini tanımlarken bu kavramın Fransız Danıştay’ı tarafından da kullanılmaya başlandığını ifade etmiştir: “*Açık hata kavramı, Fransız Danıştay’ı tarafından yakın zamanlarda kullanılmaya başlanmış ve uygulama alanı gittikçe genişlemiş bir kavram olup, kavramda yer alan açık nitelemesi, hatalı işlemin hak doğurmaya engel olduğu, yoksa yalnızca hatanın hak doğurma niteliğini kaybetmeye yetmediği şeklinde anlaşılmaktadır. Danıştayımızın uygulamasına göre hata kavramı, işlemin unsurlarından birinde ve çoğu kez sebep unsurundaki sakatlığı, işlemin hukuka açıkça aykırı olmasını ifade etmektedir. Şu hale göre işlem hukuka açıkça aykırı ise de; idare, işlemi hataen tesis etmiş demektir ve bu işlemin, süre koşuluna bağlı olmadan geri alınması mümkündür.*” Danıştay 10. Dairesi, E.1991/235 K.1991/3727, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Danıştay’ın bu değerlendirmeyi hangi kaynağa dayanarak yaptığı merak konusudur. Zira idari işlemin geri alınması konusunda güncel Fransız literatüründe dahi “açık hata” kavramına rastlanılmamaktadır. Turgut Tan, İdari İşlemin Geri Alınması adlı eserinde, hak doğurmaya elverişli olmayan işlemler başlığı altında *Açık Hata (Erreur manifeste)* başlığına yer vermiş ve Fransız Danıştay’ının da bu kavramı kullanmaya başladığını ifade etmiştir, TAN, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 78. Ancak Conseil d’Etat’nın kullandığı açık hata kavramı *erreur manifeste d’appréciation*’dur ve takdir yetkisinin yargısal denetimi ile ilgili bir kavram olup idari işlemin geri alınması bağlamında ele alınmamaktadır. Nitekim Tan, Fransız Danıştay’ı ile Türk Danıştay’ının açık hata kavramına ilişkin yaklaşımlarının farklı olduğunu ifade etmekte ve bu mahkemelerin açık hata kavramına başvurduğu kararların aynı başlık altında ele alınmasının isabetli olup olmadığı konusundaki tereddütünü dile getirmektedir, TAN, İdari İşlemin Geri Alınması, s. 79.

²⁶ “*Açık hata, mevzuat hükmünün yorumuna ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmali içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış ise söz edilebilir.*” Danıştay 10. Dairesi E.2003/5754 K.2005/2591, Danıştay Dergisi, Sayı 111, s. 274; AKYILMAZ / ŞEZGİNER / KAYA, s. 440.

Müdürlüğüne en az dört yıllık yüksek okul mezunlarından, sınavla iktisat müfettişi alınacağı” düzenlemesi yer almaktadır. Danıştay on altı yıl sonra atamanın geri alınması yönündeki kararı aşağıdaki gerekçe ile hukuka uygun bulmuştur:

“... idarelerin, mevzuata aykırı işlemlerini süreyle bağlı olmaksızın her zaman geri alabileceği, bu ana ilkenin istisnalarından 26/09/1952 tarihli Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararının ise sadece terfi işlemlerine ilişkin olduğu, bu nedenle, söz konusu kararın, konusu kanuna uygun olmayan atama işleminin geri alınmasına dair olan bu uyuşmazlıkta uygulanma olanağı bulunmadığı hususları göz önünde bulundurulduğunda, davacının mevzuatta öngörülen koşulları yerine getirmeksizin atandığı müfettiş kadrosundan veri hazırlama ve kontrol işletmeni kadrosuna atanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir”²⁷

Mevzuatın açık hükmüne aykırılığın açık hata olarak değerlendirilmesine başka bir karara konu olayda ise belediye teşkilatı olmayan bir yerde verilen içkili yer açma ruhsatının geri alınması söz konusudur. Mevzuatta açıkça belediye teşkilatı olmayan yerlerde içkili yer açılmayacağı hükmü yer almaktadır. Hukuka aykırı olarak verilen bu ruhsatın geri alınmasına karşı açılan davada Danıştay 10. Dairesi şu gerekçe ile geri alma işlemini hukuka uygun bulmuştur:

“Yukarıda anılan Yönetmeliğin 8/a maddesi hükmüne göre, belediye teşkilatı bulunmayan ve içkili yer bölgesi olmayan yerlerde içkili yer açılmaz. Davacıya, yönetmeliğin bu açık hükmüne rağmen içkili yer ruhsatı verilmişse de; aktarılan açıklamalar ve Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı dikkate alındığında davalı idare hatalı olan bu işlemi geri alabilme olanağına sahiptir.”²⁸

Her iki kararda da görüldüğü üzere mevzuatta yer alan hüküm yeknesak bir uygulamaya müsait ise, başka bir deyişle mevzuat yoruma veya bir incelemeye ihtiyaç göstermeyecek açıklıkta ise Danıştay bu tip hükümlere aykırılığı açık hata olarak değerlendirmektedir²⁹. Ancak mevzuat hükmü

²⁷ Danıştay 5. Dairesi, E.2012/7438 K.2012/8775, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁸ Danıştay 10. Dairesi, E. 1996/4639 K.1998/5838, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁹ “...mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmal içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu

yeknesak bir uygulamaya imkan veren bir açıklık taşıyor ve uygulayıcıların yorumlamalarına ihtiyaç gösteriyorsa Danıştay mevzuata aykırılığı açık hata olarak kabul etmemektedir. Bu yönde bir yaklaşımın hakim olduğu bir karara konu somut olayda davacıya gümrük komisyonculuğu karnesi verilebilmesi için gümrük idarelerinde gümrük mevzuatı uygulanarak işlem yapılan birimlerde en az 10 yıl çalışmak gerektiği, oysa davacının 10 yıldan fazla çalışma süresi olmakla birlikte yukarıda aranan nitelikte bir birimde bu süreyi doldurmadığı tespit edilmiş ve gümrük komisyonculuğu karnesi 13 yıl sonra geri alınmıştır. Danıştay açık hata kavramına ilişkin yukarıdaki tespitini hatırlatarak bu geri alma işleminin açık hata olup olmadığını sorgulamış ve aşağıdaki gerekçe ile açık hata olmadığına karar vermiştir:

“Diğer taraftan, mevzuat hükmünün yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu, idare edenlerin kasıt ya da ihmal içinde olmadıkları sürece, hükmü uygularken hataya düşmelerinin beklenemeyeceği hallerde, maddi olaya ve mevzuatın açık hükmüne aykırı davranılmış ve bu durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış ise, idarenin açık hatasından söz edilebilir.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacının gümrük idaresinde çalıştığı sürenin 10 yılın üzerinde olduğunda ve bu sürenin bir bölümünün başmemurluktan daha üst görevlerde geçtiğinde çekişme yoktur. Bu sürenin, bilfiil gümrük idarelerinde gümrük mevzuatı uygulanarak işlem yapılan birimlerde geçmesi gerektiği hususu ise, yasa kuralının “amaç” yönünden yorumlanması suretiyle ulaşılan bir sonuçtur.

Yukarıdaki değerlendirmelere göre, gümrük komisyoncu karnesinin düzenlendiği aşamada, davacının gerçek dışı beyanı ve hilesi sözkonusu olmadığı gibi, idarenin işlemin dayanağı yasa kuralını uygularken açık hataya düştüğünden de söz edilemeyeceğinden, davacının elde ettiği hakkın; hukuka uygun olarak elde edilmiş bir hak olarak kabulü ile, kazanılmış hak ve idari istikrar ilkesi uyarınca korunması gerekmektedir.”³⁰

durum da işlemi yok denilecek kadar sakatlamış ise, idarenin açık hatasından söz edilebilir.” Danıştay 10. Dairesi, E. 2003/4745 K.2005/2591, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Benzer yönde kararlar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, E. 2008/4865 K.2010/5429, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 11. Dairesi, E.2000/10806 K.2003/1011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 8. Dairesi, E.2001/1430 K.2002/3454, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Danıştay 5. Dairesi, E. 2012/9592 K.2015/6248; KARAHANOGULLARI, s. 601.

³⁰ Danıştay 10. Dairesi, E:2003/4745 K.2005/2591, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; benzer yönde bkz. Danıştay 11. Dairesi, E. 2008/5396 K. 2010/9432, Danıştay Dergisi, Sayı 127, s. 351.

Kararda, idarenin işlemi geri alırken amaçsal yorumla ulaşılan bir gerekçeye dayandığı, yorum yoluyla ulaşılan tespitlerde açık hatadan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir. Danıştay somut olayda açık hata bulunup bulunmadığını değerlendirirken mevzuatın yoruma ihtiyaç duymasını geniş yorumlamakta ve mevzuatın uygulayan idare tarafından yorumlanamaması ve başka bir idareden görüş istenmesi yahut özel bir inceleme yaptırılması hallerinde de açık hata halinin bulunmadığına hükmetmektedir. Örnek bir olayda, Ticaret ve Turizm Yüksek Öğretmen Okulu mezunlarına mali müşavirlik ruhsatı verilmesi halinde bu ruhsatların geri alınıp alınamayacağı konusunda Danıştay 1. Dairesinden görüş istenmiş, 1. Daire ilgili idarenin konunun açıklığa kavuşturulması için başka bir idareden görüş istemesinin açık hata halinin olmadığına delil kabul etmiştir:

“İdarece, Ticaret ve Turizm Yüksek Öğretmen Okulu mezunlarına 3568 sayılı Kanuna göre ruhsat verilmesinde yokluk hali veya ilgililerin hilesi yahut gerçek dışı beyanı olduğu öne sürülemeyeceği gibi, konunun açıklığa kavuşturulması için idarenin Yükseköğretim Kuruluna başvurmuş olması karşısında ortada açık hatanın varlığı da kabul edilmeyeceğinden, bu kişilere verilen ruhsatların iptali, sözkonusu Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararına aykırılık oluşturur. Belirtilen nedenlerle, Ticaret ve Turizm Yüksek Öğretmen Okulunu bitirenlerin 3568 sayılı Kanun kapsamında işletme eğitimi veren fakülte veya yüksekokul mezunu sayılamayacağı ve dolayısıyla kendilerine serbest muhasebeci mali müşavirlik ruhsatı verilemeyeceği, ancak, bu ruhsatı önceden almış olanlar hakkında Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 1973/14 sayılı kararı uyarınca ruhsat iptali yoluna gidilemeyeceği sonucuna ulaşılarak, dosyanın Danıştay Başkanlığına sunulmasına karar verildi.”³¹

Benzer şekilde açık hata halinin ilk görüşte tespit edilemediği ancak başka bir idarenin veya kurulun araya girmesiyle ancak bulunabildiği başka bir somut olayda, teftiş kurulunun yaptığı inceleme sonrası davacıya fazla ödeme yapıldığı tespit edilmiş ve fazla ödemelerin iadesi talep edilmiştir. Geri alma işlemine karşı açılan davada Danıştay 12. Dairesi şu gerekçe ile işlemi hukuka aykırı bulmuştur:

“Olayda davacıya fazla ödeme yapılmasında davacının gerçek dışı beyanı ve hilesi bulunmadığı gibi ancak teftiş kuruluna yaptırılan

³¹ Danıştay 1. Dairesi, E. 1995/243 K. 1996/17, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

inceleme sonucu saptanabilen fazla ödeme işleminde açık hatadan da sözedilemeyeceği ve yapılan fazla ödemenin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında öngörülen süre içerisinde davalı idarece geri istenmediği de anlaşıldığından idare mahkemesince bu karar gözönüne alınmadan ve idarenin açık hataya dayalı işlemlerini her zaman geri alabileceğinden bahisle davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”³²

Mevzuatın yoruma ihtiyaç duymayacak kadar açık olduğu hallerde yapılan hataların açık hata, mevzuatın yoruma ihtiyaç duyduğu veya bir inceleme veya görüş sonrası hatanın tespit edilebildiği hallerdeki hatanın ise olağan hata olarak değerlendirildiği yukarıdaki içtihat kendi içinde bir tutarlılık arz etmektedir. Ancak mevzuatın yoruma ihtiyaç duymayacak kadar açık olduğu hallerde dahi idare edilenler, gerek konunun karmaşıklığı gerekse ilgili mevzuata aşına olmamaları sebebiyle idarece yapılan hataları fark edemeyebilirler. Mevzuatın yoruma ihtiyaç göstermemesi hallerinde idarece yapılan hataların açık hata olarak kabul edilmesi, açık hata halinin hayli geniş tutulması sonucunu doğuracak ve idari işlemin geri alınmasında içtihadı birleştirme kararlarıyla ortaya konan güvencelerin koruma alanını hayli daraltacaktır³³. Doktrinde açık hata konusuna en fazla değinen yazarlardan biri olan Yıldırım, idari işlemin yapılma sürecinde açıklık ilkesinin hakim olmadığını, bireyin idari işlemde pasif konumda olduğunu ve bilmediği ve bilmesinin mümkün olmadığı hataların sorumluluğunu ilgililere yüklemenin hakkaniyete uymayacağını ifade etmektedir³⁴.

Danıştay’ın açık hata konusundaki bu genişletici yaklaşımının yanı sıra açık hata halini hayli dar yorumlayan karar örneklerine de rastlanılmaktadır. Danıştay’ın açık hata halini dar yorumladığı hallerde, mevzuatın yoruma ihtiyaç duymayacak ölçüde açık olması kriteri, bu hatanın, işlemin muhatabı tarafından da farkedilebilecek açıklıkta olması kriteriyle desteklenmektedir. Başka bir deyişle, mevzuat yoruma ihtiyaç duymasa dahi, işlemin muhatabının

³² Danıştay 12. Dairesi, E: 1995/2082 K.1996/263, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; benzer yönde başka bir karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, E. 1991/108 K. 1994/529, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası. Ancak Danıştay 11. Dairesi’nin aksi yönde bir kararı bulunmaktadır. İlgili idare Maliye Bakanlığından görüş talep etmiş ve Bakanlığın görüşüne binaen geri alma işlemi tesis etmiştir. Danıştay somut olayda açık hata söz konusu olduğu için işlemin her zaman geri alınabileceğini ifade etmiştir. Oysa hata ilk bakışta fark edilememekte, Bakanlığın görüşü geri alma işlemine yol açmaktadır. Danıştay 11. Dairesi, E. 2006/7564 K. 2009/5346, Danıştay Dergisi, Sayı 122, s. 443.

³³ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 441.

³⁴ YILDIRIM ve diğerleri, s. 66.

kolayca farkedebileceği³⁵, mesleği icabı bilebileceği bir hata açık hata olarak değerlendirilmektedir. Nitekim 1973 tarihli ünlü İçtihadı Birleştirme Kararında da açık hata hali “*idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata*” olarak tarif edilmiştir³⁶. Dolayısıyla burada hileye yaklaşan bir durum söz konusudur. Zira işlemin muhatabının hatayı farketmesine rağmen sessiz kalarak idarenin hata yapmasına göz yumduğu varsayılmaktadır. Bu yönde bir değerlendirmenin yapıldığı bir karara konu somut olayda, malmüdürlüğünde muhasebe şefi olarak çalışan kişinin tedviren görevlendirildiği malmüdürlüğü vekilliğinde aldığı zam ve tazminat farklarının geri alınması yönünde bir işlem tesis edilmiştir. Bu işleme karşı açılan davada Danıştay geri alma işlemini şu gerekçe ile hukuka uygun bulmuştur:

“Malmüdürlüğünde muhasebe şefi olarak görev yapan davacının, tedviren görevlendirmelerde zam ve tazminat farkı alınmayacağını bilebilecek durumda olduğu halde anılan farkları alması ve açık hata niteliğindeki bu ödeme işlemine karşı idareyi haberdar etmemesi, yersiz ve hatalı olduğu konusunda idareyi uyarmaması nedeniyle iyiniyetinden söz edilmesi de olanaksızdır.

Buna göre, bu tür işlemlere dayanılarak yapılan ödemelerin her zaman geri alınabileceği hususu gözetilmeden, son ödemenin üzerinden 60 günden fazla sürenin geçmiş bulunması neden gösterilerek hatalı ödemenin geri alınamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin bu kısmının iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.”³⁷

Kararda açık hata tespitine, işlemin muhatabının iyiniyetinin olmadığı varsayımıyla varılmıştır. Burada iyiniyetin belirleyicisi, mevzuata hakim olmak ve hatayı meslek icabı veya başka bir sebeple kolayca farkedebilecek durumda olmaktır. Nitekim başka bir somut olayda Danıştay, yapılan hatalı ödemelerin geri alınması yönündeki işlemi denetlerken yine bu kriteri kullanmış ve somut olayda davacının mevzuatı bilebilecek durumda olmamasını karara dayanak olarak almıştır:

“...hatalı işlemde idare edilenin kolayca anlayabileceği kadar açık bir hata bulunmaktaysa ve idareyi bu konuda haberdar etmemişse, memurun iyi niyetinden söz etmeye olanak bulunmadığı ve bu işlemlere dayanılarak yapılan ödemeler için süre düşünülemezliği,

³⁵ GÜNDAY, s. 180; YILDIRIM ve diğerleri, s. 65.

³⁶ Danıştay İBK, E.1968/8 K.1973/14, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁷ Danıştay 11. Dairesi, E. 2000/9798 K.2003/1654, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

bu ödemelerin her zaman geri alınabileceği; ancak bunun dışındaki hatalı ödemeler için memurun iyi niyetinin istikrar ve kanunilik kadar önemli bir kural olduğu ve bu sebeple yukarıda belirtilen istisnalar dışındaki hatalı ödemelerin ancak dava süresi içinde geri alınabileceği vurgulanmıştır.

Yapılan ödemenin her zaman geri alınabilmesi olanağını tanıyan Açık hata halinin; yapılan ödemede, ödemenin muhatabı olan kişinin (idare edilenin) kolayca anlayabileceği kadar açık bir hatanın mevcudiyetini ifade ettiği kabul edilmektedir. Uygulamada bu çoğu kez ilgili mevzuata aykırı bir şekilde ve hiç gereği yokken yapılan ödemeler şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Dava konusu olayda ise, mevzuat hükümlerinin davalı idarece yanlış yorumlanması sebebiyle davacıya yapılan ödemelerde, davacının hilesinin, gerçek dışı beyanının neden olmadığı gibi açık hata halinin de bulunmadığı görülmüştür.”³⁸

Kanaatimce açık hata halini iyiniyeti esas alarak tespit eden ve açık hatayı hileye yaklaştıran yukarıdaki son yaklaşım olumlu olup hakkaniyete de uygundur. İdari işlemlerin süreye tabi olmadan geri alınabildiği hallerden olan yokluk halinde dava açma süresi işlemediği için idare ile birey arasında bir eşitlik olduğu söylenebilir. Hile halinde ise işlemin süreye tabi olmadan geri alınabilmesi işlemin muhatabının kötüniyetinin korunmaması ile açıklanabilir. Ancak açık hata halinde işlemin süre sınırı olmaksızın geri alınabilmesi, açık hatanın yukarıdaki geniş tanımıyla, idare ile birey arasında bir eşitsizlik yaratmaktadır. Şöyle ki, açık hata halinde idare işlemi her zaman geri alabilme imkanına sahipken, işlemin muhatabı yalnızca dava açma süresi içinde işlemi idari yargı önüne taşıyabilmektedir. İdari işlemin açık hata ile malül olması dava açma süresini uzatan bir hal değildir. Bu nedenle yoruma mahal bırakmayan bir kurala aykırılık, eğer işlemin muhatabı bu aykırılığı bilebilecek bir durumda değilse açık hata olarak kabul edilmemelidir. İşlemin muhatabının gerek mesleği gerekse bulunduğu statü gereği aşına olduğu bir kurala aykırılık halinde ise, somut olayın özellikleri de göz önünde bulundurularak açık hata yorumu yapılabilir. Örneğin ders geçme notu 50

³⁸ Danıştay 2. Dairesi, E. 2012/4255 K. 2012/10794, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; benzer yöndeki başka kararlar için bkz. Danıştay İDDK, E. 2003/477 K. 2006/3355, Danıştay Dergisi, Sayı 116, s. 49; Danıştay 11. Dairesi, E. 2002/2860 K. 2005/415, Danıştay Dergisi, Sayı 109, s. 328; Danıştay 2. Dairesi, E. 2012/8229 K. 2012/9842, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Danıştay 2. Dairesi, E. 2008/5951 K. 2009/1562, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

olan bir üniversitede 40 puan alan bir öğrencinin o dersi geçtiği yönünde bir işlem tesis edilmişse buradaki hukuka aykırılığın açık hata olduğu yorumu yapılabilir. Zira bir öğrencinin kendi okulundaki geçme notunu bildiği varsayılır. Yahut bir öğretim üyesi üç aylık yurt dışı görevlendirme talebinde bulunması halinde, görevlendirme işlemi öğretim üyesinin bağlı bulunduğu fakülte dekanı tarafından tesis edilmiş ise, bu görevlendirme işleminin de açık hata olarak kabul edilmesi mümkündür. Zira bir öğretim üyesi yalnızca bir haftaya kadar olan yolluksuz görevlendirmelerin dekan kararıyla, bir haftadan fazla olan görevlendirmelerin ise üniversite yönetim kurulu kararı ve rektör onayıyla kabul edilmesi gerektiğini mesleği icabı bilebilecek durumdadır. Elbette buradaki değerlendirmelerin de subjektif bir yönü olduğu kabul edilmelidir ancak kişinin statüsü ve mesleği gibi hususlar dikkate alındığından açık hata halini daha objektif bir zemine oturtmaktadır.

Son olarak, yukarıdaki açık hata tanımının uygulamaya yansıtılması durumunda, kamu düzeni ve kamu yararı açısından önem arz eden birtakım hukuka aykırılıklara rağmen geri alınamayacak idari işlemlerin söz konusu olabileceği yönündeki muhtemel bir eleştiriye de cevap vermek yerinde olacaktır. Bilindiği üzere, idari işlemin geri alınmasındaki kamu yararı ile idari işlemin korunmasındaki özel yarar arasında bir dengeleme yapılması halinde baskın bir kamu yararı söz konusu olursa, hukuka aykırı işlemin geri alınmasına ilişkin yukarıda detaylı olarak açıklanan süre koşulları uygulanmamakta ve ilgili kişinin yalnızca kişisel kazanımları korunarak idari işlem her zaman geri alınabilmektedir³⁹. Dolayısıyla işlemin muhatabının farkedemeyeceği fakat kamu düzeni ve kamu yararı açısından önem arz eden hukuki hataların varlığı

³⁹ “Ancak söz konusu içtihadı birleştirme kurulu kararları ile sağlanan korumanın da kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlı olduğunu; idarede istikrar ilkesi esas alınarak sağlanan bu korumanın, kamu düzenini ve bunun sonucu olarak kamu yararını ihlal eden, bozan bir sonuca ulaştığında artık sürdürülmesinin olanaklı olmadığını; korumanın, hukuka aykırı işlemin düzeltilmediği tarihe kadar ilgili kişi için doğurduğu kişisel kazanımlarla sınırlı kalacağını kabul etmek gerekmektedir. Daha açık bir anlatımla hukuka aykırı bir idari işlemle elde edilen statü ve bu statüye dayanılarak yapılan işlem ve eylemler kamuya yönelik etki ve sonuçlar doğuruyorsa bu statü korunmayacak; ancak idarece hatalı işlem düzeltilinceye kadar ilgili kişinin bu statü nedeniyle elde ettiği kişisel kazanımlara da dokunulamayacaktır. Çok kısa deyimle kanuna aykırı işlemle elde edilen yetkiler sürdürülmeyecek, sadece kişisel kazanımları korunacaktır. Örneğin tıp fakültesini bitirmenin doktorluk yapmanın önkoşulu olduğu objektif hukuk kurallarıyla düzenlendiğine göre, tıp fakültesini bitirmediği halde hukuka aykırı işlemlerle bu görevi yapmasına izin verilen kişinin, aradan belirli bir zaman geçtikten sonra bu görevin kendisi için kazanılmış hak teşkil ettiğini kabul etmenin mümkün olmadığı açıklanmasına gerek olmayacak kadar açıktır.”, Danıştay 5. Dairesi, E. 1994/7834 K. 1997/2030, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; aynı ifadenin yer aldığı başka bir karar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, E. 1996/1234 K. 1998/239, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

halinde idare, hukuka aykırı idari işlemi her zaman geri alabilir. Hatta somut olayın özelliklerine göre kişisel kazanımların korunmasının yanı sıra, geri alma işleminin yol açacağı maddi ve manevi zararların da tazmin edilmesi yoluna gidilebilir. Zira idarenin hukuka aykırı işlemine güvenerek –fakat bu hukuka aykırılığın farkında olmadan- hareket eden kişilerin birtakım haklı beklentileri olabilir. Geri alma işlemi her ne kadar hukuka uygun olsa da bu haklı beklentilerin gerçekleşmemesine sebep olacaktır. Bu nedenle kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi çerçevesinde, işlemin geri alınması kararıyla doğan maddi veya manevi zararın karşılanması gerektiği de söylenebilir.

SONUÇ

Hukuka aykırı ve hak doğurucu nitelikte olan idari işlemlerin geri alınmasında kural olarak idarenin süre yönünden sınırsız bir yetkisi olmadığı, bu yetkinin belli işlemlerde dava açma süresi içinde, bunların dışında kalan işlemlerde ise makul süre içinde kullanılması gerektiği Türk idari yargısı içtihatlarında yerleşik bir kural halini almıştır. Bu kurala istisna olarak yoklukla malül işlemler, hile sonucu tesis edilen işlemler ve açık hata ile yapılan işlemler sayılmaktadır. Yokluk ve hile hallerini tespit etmek nispeten kolay olsa da, açık hata kavramının genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Danıştay kararlarına baktığımızda iki farklı eğilim dikkat çekmektedir. Bir grup Danıştay kararında açık hata kavramı, mevzuatın yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık olduğu ve herhangi bir araştırma ve incelemeye gerek bulunmayan hallerde yapılan hukuki hatalar olarak kabul edilmektedir. Bazı kararlarda ise bu kavram daha dar bir içeriğe indirgenmekte ve işlemin muhatabının farkedebileceği nitelikteki hatalar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Böylece işlemin muhatabının farketmesine rağmen idareyi uyarmadığı haller açık hata kabul edilerek kavrama hileye yakın bir içerik atfedilmektedir. Bu sayede işlemin muhatabının iyiniyeti korunmaktadır. Oysa işlemin muhatabının mevzuata yabancı olması veya mevzuatın karmaşıklığı sebebiyle farkedemeyeceği hataların da açık hata kapsamına alınması, mevzuatta yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık fakat bir o kadar da teknik pek çok hüküm bulunduğu göz önüne alındığında, işlemin muhatabının iyiniyetine rağmen hatanın sorumluluğunu üstlenmesine yol açacaktır. Açık hata kavramının hileye yakın bir içerikle tanımlanması hem kişilerin idareye olan güvenlerini koruyacak hem de geri alma konusunda kabul edilen dava açma süresi ve makul süre kriterlerinin de uygulama alanını genişletecektir.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; **İdare Hukuku**, 3. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

ATAY, Ender Ethem; **İdare Hukuku**, 4. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

BÜLBÜL, Erdoğan; **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

CHAPUS, René; **Droit Administratif General**, Tome 1, 15. Bs., Montchrestien, Paris, 2001.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÇAĞLAYAN, Ramazan; “İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine”, **AÜEHFD**, Cilt 4, Sayı 1-2, 2000.

DURAN, Lütfi; **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

FRIER, Pierre-Laurent / PETIT, Jacques; **Droit Administratif**, 7. Bs., Montchrestien, Paris, 2012.

GAUDEMET, Yves; **Droit Administratif**, 20. Bs., L.G.D.J, Paris, 2012.

GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman; **İdare Hukuku**, 5. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2012.

GÖZLER, Kemal; **İdare Hukuku**, Cilt I, 2. Bs., Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 10. Bs., İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

KARAHANOGULLARI, Onur; **İdarenin Hukukla Kavranması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

LONG, Marceau / WEIL, Prosper / BRAIBANT, Guy / DELVOLLE, Pierre / GENEVOIS, Bruno; **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative**, 18. Bs., Dalloz, Paris, 2011.

ONAR, Sıddık Sami; **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1, 3. Bs., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

TAN, Turgut; **İdare Hukuku**, 4. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

TAN, Turgut; **İdari İşlemin Geri Alınması**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

TRUCHET, Didier; **Droit Administratif**, 4. Bs., Presses Universitaires de France, Paris, 2011.

YAŞAR, Hasan Nuri; **İdare Hukuku**, 2. Bs., Der Yayınları, İstanbul, 2014.

YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY, Özge; **İdare Hukuku II**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

www.legifrance.fr.

KOLLUK GÖZETİM KOMİSYONU

Çınar Can EVREN*

ÖZET

Kolluk personelinin sivil kişi ve makamlar tarafından denetlenmesi ve bunun için bağımsız kolluk denetim sistemi kurulması, bazı batılı ülkelerde hali hazırda uygulanmaktadır. AB üyelik sürecindeki Türkiye için de, ilerleme raporlarında, bu tür bir denetim sistemi kurulması gereği dile getirilmektedir. Bu gereklilik karşısında Türkiye’de 6713 sayılı Kanunla¹ Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmuştur.

AB üyelik kriterlerinin gerçekleştirilmesi ve kolluğun sivil kişi ve kurumlarca etkin bir şekilde denetlenmesi için bahsi geçen mekanizmanın mevcudiyeti tek başına yeterli olmayıp kurulacak denetim biriminin bağımsızlığının sağlanması; uygun yetkilerle donatılması da gerekmektedir. Bu makalede; yabancı ülke uygulama örnekleri ve literatürde yer alan görüşler ışığında kolluk denetim birimlerinin etkin olabilmesi için bu birimlerin sahip olması gereken nitelikler ve 6713 sayılı Kanunla kurulan Kolluk Gözetim Komisyonunun bu nitelikleri taşıyıp taşımadığı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *Kolluk faaliyetleri, kolluğun denetimi, sivil ve bağımsız denetim.*

POLICE OVERSIGHT COMISSION

ABSTRACT

Establishment of an independent monitoring system for the inspection of police officers by civilians and/or civil institutions is already implemented in some western countries. As a country that is on the path of EU membership, the need of such monitoring system is expressed in the progress reports. In response to these requirements, the Police Oversight Commission was established in Turkey with the Law No. 6713.

The presence of aforementioned mechanism for the effective monitoring as well as the fullfilment of the EU membership criteria is a necessity, yet not satisfactory. Ensuring the independence of the monitoring mechanism which is also equipped with appropriate authorities is also an obligation. In this article, the essential aspects which must be granted to such a comission for an effective monitoring is discussed by evaluating other countries’ practises and Turkish Police Oversight Comission.

Keywords: *Police actions, review to the police, civillian and independent review.*

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Doktor Araştırma Görevlisi. ccevren@hotmail.com

¹ RG, Tarih / Sayı: 20.05.2016 / 29717.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21.07.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20.12.2016

I. GENEL OLARAK

Kolluk görevlilerinin sahip olduğu yetkiler bireylerin hak ve hürriyetleri üzerinde önemli sonuçlar doğurur². Kolluk sahip olduğu durdurma, arama, el koyma, silah kullanma, dinleme gibi yetkileri sayesinde bireylerin yaşama hakkından haberleşme hürriyetine kadar pek çok alana müdahale edebilmektedir.

Kolluk sahip olduğu ayrıcalıklı ve üstün yetkileri kullanırken hukuka aykırı eylem ve işlemler gerçekleştirebilir. Hukuka aykırı işlem ve eylemlerin denetiminin yine kolluk personel ve makamlarına bırakılması; denetimlerin yeterince yapılmaması, hukuka aykırılıkların üstünün örtülmesi veya kamuoyunda bu yönde bir algı oluşmasına neden olur. Bu sakıncaların bertaraf edilebilmesi; etkin denetim mekanizmaları getirilmesini ve sivillerin bu denetimde etkin bir biçimde rol almasını gerektirir.

Denetim, hukuka aykırılık gerçekleştiğinde veya henüz gerçekleşmeden gündeme gelebilir. Hukuka aykırı eylem ve işlemten sonra delillerin tespiti, aykırılığın giderilmesi, failin cezalandırılması ve gerekli tedbirlerin alınması denetim içinde mütalaa edilebilir. Denetim kolluğun hukuku uygun davranmasını ve belirlenmiş sınırlar dışına çıkmamasını sağlamak için de kullanılır. Bu ise denetimin önleyici yönüdür³.

Kolluğun sivil denetimi, kolluğun sadece sivil toplum örgütleri tarafından denetleneceği anlamına gelmez. Nitekim bazı yazarlara göre bu en yaygın yanlış anlayıştır. Kolluğun denetiminde görev alacak “sivil”den kasıt; kolluk personeli olmayan kişiler veya bunlardan oluşan yapılardır. Parlamento, hükümet, yargı, hükümetten bağımsız kurumlar (ombudsman, bağımsız kolluk şikâyet birimi), kamu otoriteleri tarafından yetkilendirilmiş vatandaş grupları (insan hakları kurulu üyeleri) denetimlerde görev alacak sivillere örnek verilebilir⁴.

² İbrahim CERRAH, **Avrupa Konseyi Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Türkiye’de Güvenlik Personelinde Mesleki Sosyalleşme**, DCAF – TESEV Güvenlik Sektörü Çalışmaları Dizisi 3, 2008, s. 16.

³ Melikşah YASİN, **İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 4 vd.

⁴ Erhan KOYUNCU, “İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi”, **İdarecinin Sesi** - Kasım-Aralık 2010, s. 142, s. 113 vd; Seçkin YAVUZDOĞAN/Havva Şimşek AKIN, “Kolluğun Sivil Gözetimi”, **TAAD**, Y. 6, S. 20, s. 194.

Kolluğun sivil denetimi⁵ için farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bu cümleden olmak üzere; “demokratik denetim / gözetim”, “sivil denetim / gözetim”, “bağımsız denetim / gözetim”, “kolluğun hesap verebilirliği”, “harici denetim / gözetim”, “bağımsız kolluk şikâyeti” gibi terimler benzer ya da aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır⁶. Örneğin AB Komisyonu Türkiye İlerleme Raporlarının bir kısmında “Güvenlik güçlerinin sivil gözetimi” bir kısmında ise “Güvenlik güçlerinin sivil denetimi” ifadelerine yer verilmiştir⁷.

Sivil denetimin önemli bir türü olan bağımsız kolluk şikâyet sistemi bir kısım ülkede yarım asırlık bir geçmişe sahip olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kolluğun hukuka aykırı eylemlerinin etkin bir biçimde soruşturulması gerektiğini sıkça dile getirmektedir⁸. AİHM’nin bu içtihatları sonucu Avrupa Konseyi üyesi Devletler, AİHM içtihatlarıyla belirlenen standartlara⁹ uygun hareket etmenin, kolluk şikâyetlerini inceleyecek bağımsız bir sistemin kurulmasıyla mümkün olacağı görüşünde birleşmeye başlamışlardır¹⁰.

AB adaylık sürecinde, Türkiye ve diğer aday ülkelerle yürütülen müzakerelerde, kolluğun sivil denetimi gereği gündeme gelmiş ve bu ülkeler, kolluğun yasalara uygun olmayan davranış ve uygulamalarını soruşturmak

⁵ Uluslararası düzeyde kabul görmüş tek bir tanımı olmamakla beraber sivil denetim “Kolluk görevi yapan kurumların, bunların faaliyetlerinin ve politikalarının çok katmanlı ve sürekli olarak izlenmesi” şeklinde tanımlanabilir. İsmail FIRAT/Emrah ERDEM, “Türkiye’de İç Güvenlik Hizmeti Ve Kolluğun Sivil Denetimi”, **Sayıştay Dergisi**, Y. 2014, S. 94, s. 124.

⁶ YAVUZDOĞAN/AKIN, s. 194.

⁷ <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224>, (ET. 20.07.2016).

⁸ Ramsahai/Hollanda Kararı, Başvuru No. 52391/99; Nachova/Bulgaristan Kararı, Başvuru No. 43577/98 ve 43579/98; Isayeva/Rusya Kararı, Başvuru No. 5794/00, 57948/00 ve 57949/00; Ognyanova/Bulgaristan Kararı, Başvuru No. 46317/99, karar örnekleri için bkz. **Council of Europe (CE): Opinion Of The Commissioner For Human Rights Concerning Independent And Effective Determination Of Complaints Against The Police**, (CommDH(2009)4), s. 7 vd.

⁹ AİHM içtihatları uyarınca AİHS’nin 2. ve 3. maddeleriyle ilgili kolluk faaliyetlerine yönelik şikâyetlerde yapılacak incelemenin 5 temel ilkeyi gerçekleştirilmesi gerekir. Bu ilkeler; bağımsızlık (independence), yeterlik/uygunluk (adequacy), çabukluk (promptness), kamuoyu gözetimi (public scrutiny) ve mağdurun sürece katılımının sağlanmasıdır (victim involvement). Council of Europe, s. 12; Dominique WISLER, Police Governance: European Union Best Practices, Coginta, 2011, <http://www.dcaf.ch/Publications/Police-Governance-European-Union-Best-Practices>, (ET. 20.07.2016).

¹⁰ Türk Polisi ve Jandarması için Bağımsız Bir Polis Şikâyet Komisyonu ve Şikâyet Sistemi’nin Kurulması Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi, **Proje Brifingi**, 20 ŞUBAT 2007 - 01 ŞUBAT 2008, s. 3.

üzere sahip oldukları mevcut mekanizmaların etkinliğini artırmak için bazı adımlar atmak suretiyle bu beklentiyi karşılamaya çalışmışlardır¹¹. Türkiye için de uyum süreci açısından; “*kolluk kuvvetlerinin kendi iç denetiminden farklı olarak vatandaş taleplerine karşılık verebilen, tarafsız bir gözle kolluk kurumlarını denetleyebilen ve yaptırım uygulayabilen etkin bir şikâyet mekanizmasının oluşturulması zorunlu bir hal almıştır.*”¹²

AB Komisyonu Türkiye İlerleme Raporlarında (2005 - 2015) sürekli olarak kolluğun sivil denetimi hakkında Türkiye'nin yaptıkları ve yapmadıkları değerlendirilmektedir¹³. Bu bağlamda, bağımsız kolluk denetim mekanizması kurulması, 2008 Katılım Ortaklığı Belgesinde kısa vadeli öncelikler arasında sayılmış ve 2010 İlerleme Raporunda da, konuya ilişkin bir kanun tasarısı sunulması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir¹⁴.

Türkiye Cumhuriyeti İçişleri Bakanlığı ile İngiltere İçişleri Bakanlığı arasında imzalanan ve 06.02.2007 tarihinde yürürlüğe giren “*Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığını kapsayan Bağımsız Kolluk Şikâyet Mekanizması*” konulu Eşleştirme Projesi¹⁵ ile Türk polis ve jandarmasına yönelik yeni bir şikâyet sisteminin kurulması için bir yasal çerçeve hazırlanması amaçlanmıştır¹⁶. Bu noktada 2004 yılında bağımsız polis şikâyet komisyonu kurmuş olmalarından dolayı proje ortağı olarak Birleşik Krallık seçilmiştir¹⁷.

¹¹ **Proje Brifingi**, s. 2.

¹² FIRAT/ERDEM, s. 117.

¹³ Konumuzla doğrudan ilgili olan bir belirleme 2012 yılı raporunda yer almaktadır: “*Türk kolluk kuvvetleri tarafından uygulanan veya kendi içlerindeki insan hakları ihlalleri, kötü muamele ve görevin kötüye kullanılmasına ilişkin şikâyetlerin araştırılması için Bağımsız Kolluk Gözetim Mekanizması henüz kurulmamıştır.*” Avrupa Komisyonu Türkiye 2012 Yılı İlerleme Raporu: s. 13, <http://www.ab.gov.tr/index.php?p=46224>, (ET. 20.07.2016).

¹⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi **Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu**, 11.04.2012, Esas No: 1/584, Karar No: 13, s. 1.

¹⁵ “*Bu proje, müzakere sürecindeki adalet ve içişleri faslı kapsamındadır ve Türkiye'nin AB üye ülkelerindeki idari kapasiteyle uyum sağlamak için yürüttüğü kapsamlı çalışmalar çerçevesinde Bağımsız Bir Kolluk Şikâyet Mekanizması kurmayı amaçlamaktadır. Birleşik Krallık İçişleri Bakanlığının Eşleştirme ortağı olduğu bu proje, 20 Şubat 2007 tarihinde başlamıştır. Genel amaç, Türk Polisi, Jandarması ve diğer kolluk kuvvetlerinin, demokratik ilkelere uygun bir şekilde ve tüm vatandaşların sahip olduğu İnsan Haklarına saygıyı gözeterek kanunların uygulanmasına yönelik görev ve sorumluluklarını yerine getirirken güvenirliliğini, etkinliğini ve toplumun bu kurumlara duyduğu güveni artırmaktır.*” Türk Polisi ve Jandarması için Bağımsız Bir Polis Şikâyet Komisyonu ve Şikâyet Sistemi Kurulması Projesi, **Beşin Fırtınası Toplantısı**, 5 ve 6 Şubat 2008, s. 1.

¹⁶ **Proje Brifingi**, s. 2.

¹⁷ **Proje Brifingi**, s. 4.

Hazırlanmasında AİHS hükümlerinin ve AİHM içtihatlarının etkili olduğu Avrupa Polis Etiği İlkelerinin¹⁸ 13. maddesi¹⁹; 59. maddesi²⁰; 60. maddesi²¹, 61. maddesi²², 62. maddesi²³ ve 63. maddesinde²⁴ kolluğun sivil ve bağımsız organlarca denetlenmesine ilişkin kurallara yer verilmiştir²⁵,²⁶. Yine Avrupa Polis Etiği İlkelerine istinaden 24.10.2007 tarihinde kabul edilen, Dönemin İçişleri Bakanı Beşir Atalay ve Başbakan Yardımcısı ve Devlet Bakanı Hayati Yazıcı'nın imzasını taşıyan Kolluk Etik İlkeleri'nde de kolluğun hesap verebilirliğine ve bağımsız denetimine ilişkin hususlara yer verilmiştir²⁷.

Kolluk Gözetim Komisyonu, 20/05/2016 tarih ve 29717 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 6713 sayılı Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanunla hukuk sistemimize dahil olmuştur²⁸.

¹⁸ Council of Europe: **The European Code of Police Ethics**, Recommendation Rec(2001)10, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 September 2001 and explanatory memorandum.

¹⁹ “Kolluk, kolluk faaliyetlerini yerine getirirken sivil yetkililerin sorumluluğu altında olmalıdır.”

²⁰ “Kolluk; devlete, vatandaşlara ve onun temsilcilerine karşı sorumlu ve etkili bir dış denetime tabi olmalıdır.”

²¹ “Kolluk üzerindeki devlet kontrolü yasama, yürütme ve yargı erkleri arasında paylaştırılmalıdır.” Maddenin açıklaması uyarınca devletin bu üç erkle yapacağı denetim arasında bir denge sağlanması çok önemlidir.

²² “Kamu makamları, kolluk şikâyetleri için etkili ve tarafsız usuller getirmelidir.”

²³ “Kollukla toplum arasında iletişim ve karşılıklı anlamaya dayalı sorumluluk mekanizmaları geliştirilmelidir.”

²⁴ “Avrupa Polis Etiği ilkeleri temel alınarak oluşturulan Kolluk etik kuralları üye devletlerce geliştirilmeli ve uygun kurumlarca denetlenmelidir.”

²⁵ Avrupa Polis Etiği İlkeleri Avrupa Konseyine üyelik hasebiyle ülkemiz kolluk personel ve teşkilatı için de geçerli ilkelerdir. Burada her ne kadar “polis” ifadesi geçse de bu ilkeler sadece polise değil yine bir kolluk olan jandarmaya da uygulanmaktadır. YAVUZDOĞAN/ AKIN, s. 203.

²⁶ Cerrah'a göre Polis Etiği İlkelerinde en fazla vurgulanan denetim biçimi, sivil otoritelerin denetimidir. CERRAH, s. 43.

²⁷ “Kolluk personeli, eylemlerinden, ihmallerinden ve verdiği emirlerden şahsen sorumlu ve hizmet ettiği topluma karşı daima hesap verebilir olmalıdır. “Kolluk faaliyetleri, mevzuat dâhilinde yasama, yürütme ve yargı organlarının denetimine açıktır.” “Kolluk personeli aleyhine, usulüne uygun yapılan tüm şikâyetler derhal ve tarafsız bir şekilde soruşturulur. Soruşturma, etkin ve tarafsız yürütüldüğü konusunda şüphe duyulmayacak şekilde sonuçlandırılır ve soruşturma sonucu şikâyetçiye bildirilir.” “Kolluk görevine ilişkin ihbarlar da titizlikle araştırılır.” Paragraf: 21, 22, 23 ve 24, http://www.jandarma.gov.tr/personel/etik_ilkeler.doc, (ET. 20.07.2016).

²⁸ Bu yapının kurulmasında TÜSİAD ve Başbakanlık gibi kamu ve özel kesim raporlarının da etkili olduğu belirtilmektedir. YAVUZDOĞAN/AKIN, s. 205. Tasarının geneli üzerinde

6713 sayılı Kanun'un 1/2. fıkrası uyarınca Kanun “*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 işlemleri kapsar.*” Aynı maddenin 3. fıkrasına göre de “*Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilâtında görevli kolluk personelinin askerî görevlerinden doğan suçları, bu Kanunun kapsamı dışındadır.*” Kanun’un 8/1-ç bendi uyarınca da “*Cumhuriyet savcılarının doğrudan soruşturma yapabilmelerine ilişkin özel hükümler saklıdır.*” Bu hükümler uyarınca polis, jandarma ve sahil güvenlik komutanlığında görev yapan kolluk personelinin idari kolluk faaliyetlerini yerine getirirken yaptığı eylem ve işlemlere karşı yapılacak şikâyetler Kanun kapsamında olup; jandarma ve sahil güvenlik komutanlığında görev yapan personelin askerî hizmete ilişkin faaliyetleri ve ayrıca adli kolluk faaliyetleri Kanun kapsamında olmayacaktır²⁹.

Bu noktada 6713 sayılı Kanun’un neden sadece polis, jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personelinin idari kolluk faaliyetlerini kapsadığı ancak diğer bir kısım kolluk personelini ve bu arada özel güvenlik personelini kapsam dışında bıraktığı sorusu akla gelmektedir. Örneğin köy korucuları, gümrük kolluğu, orman kolluğu Kanun kapsamında değildir. Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporunda buna gerekçe olarak “*Gümrük Muhafaza Genel Müdürlüğü’ne bağlı kolluğun Tasarı kapsamı dışında tutulmasını eleştiren ve düzenleme kapsamına alınması gerektiğini savunan Komisyon üyelerimize cevaben, öncelikle sistemin oturtulmasının amaçlandığı, tedricen gümrük, orman vb. kollukların da Komisyonun görev alanına daha sonra dâhil edilebileceği*” belirtilmiştir³⁰. Bu gerekçe yanında Kanun kapsamında

Hükümeti temsilen yapılan açıklamalarda Komisyonun kurulma amaçları şu şekilde belirtilmektedir: 1) Bürokrasi üzerine yük getirmeden, halkın ve kolluk personelinin şikâyet sistemine güvenini kuvvetlendirecek daha etkin bir sistem oluşturmak. 2) Kolluk personelinin işlediği iddia edilen hukuka aykırı fiil ve haller hakkında idari soruşturma sisteminin zayıf yönlerini ortadan kaldırarak sistemi güçlendirmek. 3) Kolluk hakkındaki ihbar ve şikâyetlere ilişkin merkezi kayıt ve analiz sisteminin bulunmamasından doğan eksiklikleri gidermek. **23. Yasama Dönemi İçişleri Komisyonu Raporu:** 7/12/2010, Esas No: 1/924, Karar No: 20, s. 2.

²⁹ Avrupa Polis Etiği İlkelerinin 1. maddesinde “*Kolluğun amacı, kamu huzuru ve düzenini ayrıca bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumak ve bu hak ve hürriyetlere saygı duymak; suçu tespit etmek, önlemek ve suça karşı savaşmak; halka yardım ve hizmet sunmaktır*” hükmü yer almaktadır. Maddeden, Etik İlkelerinin kapsamına kolluğun adli ve idari görevlerinin girdiği ancak askerlik hizmetinin dâhil olmadığı anlaşılmaktadır.

³⁰ Türkiye Büyük Millet Meclisi **Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu**, 11.04.2012, Esas No: 1/584, Karar No: 13, s. 4.

sayılan üç kurumun içişleri bakanlığının bağlı kuruluşları olması da etkili olmuştur³¹. Ancak gümrük kolluğu, orman kolluğu, köy korucuları, ceza infaz memurları ve hatta Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı³² ve Milli İstihbarat Teşkilatı kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla hareket etmektedir. Bu noktada Kanun kapsamı belirlenirken işi yapandan ziyade işin niteliği esas alınmalıdır. Ayrıca Komisyonun yetkilerinin icrai olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, raporlama konusunda bu sayılan diğer kolluk birimlerinin de Kanuna dâhil edilmesi gerektiği söylenebilir.

Özel güvenliğin kolluk gözetim sistemine dahil edilmemesinin nedeni ise AB Komisyonu tarafından da dile getirildiği gibi kolluktan kastın kamu tarafından yerine getirilen faaliyetler olmasıdır³³. Ancak 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 7. maddesinde, özel güvenlik görevlilerine tanınan yetkiler göz önünde bulundurulduğunda, özel güvenlik görevlilerinin de en azından merkezi kayıt sistemine dahil edilmesi gerektiği söylenebilir.

II. KOLLUĞUN DENETİMİ

Kolluk farklı kişi ve kurumlar tarafından denetlenir³⁴. Yani, kolluğun denetiminde çeşitli mekanizmalar rol oynar³⁵. Bu mekanizmalar denetimi

³¹ 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun madde 2'de Bakanlığa “Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı, Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak” görevi verilmiş olup Kanunun 29. maddesi uyarınca Bakanlığın bağlı kuruluşları Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğüdür. Literatürde de iç güvenlik hizmetinin polis, jandarma ve sahil güvenlik olarak yapılandığı; Türkiye’de mevzuatın iç güvenlik hizmetlerinin sunulması görev ve sorumluluğunu İçişleri Bakanlığına verdiği; Bakanlığın bu görevi sayılan teşkilatlar marifetiyle yerine getirdiği belirtilmektedir. FIRAT/ERDEM, s. 119 vd; CERRAH, s. 16.

³² 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun madde 29 uyarınca bu Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı gibi İçişleri Bakanlığının bağlı kuruluşu olup bu noktada 6713 sayılı Kanun kapsamında bu Müsteşarlığın neden hariç tutulduğunu anlamak güçtür.

³³ CE, par. 4, (CommDH(2009)4).

³⁴ United Nations Office On Drugs And Crime (UNODC): **Handbook on Police Accountability, Oversight and Integrity, Criminal Justice Handbook Series**, New York 2011, s. 12 vd; OECD, **Handbook on Security System Reform Supporting Security And Justice**, 2007, s. 113.

³⁵ OECD, s. 113; Serkan ALTUNTOP, “Hesapverebilirlik Bağlamında Kolluğun Sivil Denetimi: Sivil Gözetim Kurulları”, **İnsan Hakları Yılığ**, Y. 2015, C. 33, s. 41. Avrupa Konseyine göre kolluk şikâyet mekanizmaları genel mahkemeler, kolluğun kendi içinde yapacağı

yapan birimin konumu itibariyle iç ve dış denetim olarak iki kısma ayrılır. Dış denetim kolluk teşkilatının dışındaki birimlerce gerçekleştirilirken, iç denetim kolluğun kendi içinde gerçekleştirdiği denetimidir³⁶.

Kolluk personelinin kolluk makamlarının hiyerarşi yetkilerine istinaden denetlenmesi **iç denetim**dir. Dış denetimde ise birden fazla devlet birimi görev alır. Öncelikle kolluk Devletin üç erki (yasama, yürütme, yargı) tarafından denetlenebilir. Ayrıca medya veya sivil toplum örgütleri aracılığıyla yapılacak kamuoyu denetimi³⁷ de dış denetime örnektir. Yine bir dış denetim türü olan bağımsız denetim ise kamu denetçisi, insan hakları kurumu, kolluk şikâyet komisyonları gibi idari birimler aracılığıyla yapılan denetimidir³⁸.

Bahsi geçen bu denetim mekanizmaları temelde birbirini tamamlar niteliktedir. Birleşmiş Milletlere (BM) göre bağımsız denetim sistemi (kolluk şikâyet sistemi) usulüne uygun kurgulandığı takdirde, iç denetim ve yasama denetimi yanında kolluğun hesap verebilirliğini sağlamada önemli bir boşluğu doldurur³⁹. Avrupa Konseyi'ne göre de kolluk şikâyet sisteminin ceza yargılamasına veya tazminat talebine alternatif değil bunlara ek olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁰.

denetim veya bağımsız kurumlar şeklinde olabilir. **Council of Europe** Parliamentary Assembly: Committee on Equality and Non-Discrimination Tackling racism in the police Report, Rapporteur: Mr David DAVIES, par. 83, (AS/Ega (2013) 41).

³⁶ ALTUNTOP, s. 41.

³⁷ Kamuoyu denetimi; kolluğa ilişkin şikâyetlerin, disiplin yaptırımları ve ceza davalarının periyodik olarak yayınlanması, soruşturma birimlerinin bilgi edinme kanunları kapsamında olması ve kararların halka açık alınmasıyla sağlanabilir. **Independent Investigation of Complaints against the Police**, Policy Briefing Paper, 2015, http://www.policeaccountability.org.au/wp-content/uploads/2015/11/CLCpaper_final.pdf, (ET. 20.07.2016), s. 12.

³⁸ Kolluğun bağımsız denetimine yönelik bir ihtiyaç olduğu özellikle çatışma sonrası Güney Afrika ve kolluğa güvenin az olduğu veya azaldığı İngiltere gibi ülkelerde gündeme gelmiştir. Swati MEHTA, Police Complaints Agencies in the Commonwealth, http://www.humanrightsinitiative.org/programs/aj/police/papers/police_complaints_agencies_in_cw.pdf, (ET. 20.07.2016), s. 1, (Commonwealth); Ian LEIGH, "Executive, Legislative and Judicial Oversight and Guidance over the Security Sector", in. United Nations Development Programme, Public Oversight of the Security Sector, A Handbook for Civil Society Organizations, 2008, s. 44.

³⁹ United Nations General Assembly: Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Study on Police Oversight Mechanisms, 2010, par. 26, (A/HRC/14/24/Add.8). Literatürde de bu birimlerin yapacakları inceleme ve alacakları kararların tamamlayıcı olduğu ve birimlerin hiçbir zaman mahkemelerin yerine geçemeyeceği de belirtilmektedir. Mark GUTHRIE/Siphosami MALUNGA, "Legal Assistance and Legal Reform", in. United Nations Development Programme, Public Oversight of the Security Sector, A Handbook for Civil Society Organizations, 2008, s. 280.

⁴⁰ CE, par. 25, (CommDH(2009)4).

Hesap verebilirlik⁴¹, dahili, harici denetim ve denge sayesinde kolluğun görevlerini hukuka uygun yapmasını ve yapmadığı hallerde bundan sorumlu tutulmasını sağlar⁴². Ancak kolluğun hesap verebilirliğinin sağlanması pek çok şartın bir arada bulunması gerektirir. Bağımsız denetim bunlardan sadece bir tanesidir⁴³.

İç denetimle bağımsız dış denetimin bir arada olması, birinin diğerinin eksikliklerini gidermesini; kolluğun iç denetimde daha adil davranmasını sağlar⁴⁴. Ancak pek çok ülkede kolluk denetiminin iç denetim; yasama, yürütme ve yargı denetimi şeklinde yapıldığı; bağımsız dış denetime yer verilmediği görülmektedir⁴⁵.

Gerek iç denetim gerekse bağımsız dış denetim mekanizmasının kendine göre artı ve eksileri vardır. Bağımsız dış denetim kamuoyuna daha inandırıcı gelmekle birlikte sistemin yeterli donanımına sahip olmaması mümkündür. Yine bu sistem kolluğun desteğini almadan amaçlarına ulaşamaz. İç denetim sisteminin başarılı olması için, kolluk amirlerinin gerçekten denetimden sonuç almayı istemeleri gerekir. Ancak genellikle amirler bu konuda çekingen davranmakta; iç denetim şeffaf biçimde yürütülmemekte; iç denetimde daha çok cezalandırma amacıyla hareket edilmekte, hukuka aykırı eylemlerin önlenmesine daha az önem verilmektedir⁴⁶.

Bağımsız dış denetimin uluslararası düzeyde kabul görmüş genel bir tanımı yoktur. Yavuzdoğan/Akın'a göre sivil gözetim, kolluğun atanmış,

⁴¹ Kolluğun hesap verebilirliğinden bahsedebilmek için; hakkı ihlal edilen bireyin şikâyet hakkına sahip olması, bu şikâyet sonucunda adil ve tarafsız bir inceleme yapılması, yapılan inceleme sonucunda sorumlulukları saptanan görevlilerin mahkeme önüne çıkarılması veya disiplin cezasıyla cezalandırılması ve bu arada zarar görenin de zararının giderilmesi gerekir. Amnesty International: Dutch Section, Police and Human Rights Programme, Short Paper Series No. 2, 2015, s. 11.

⁴² UNODC, s. iv.

⁴³ Bu şart yanında ayrıca; uluslararası hukukla uyumlu kolluğun görev ve yetkilerine ilişkin kanunlar ve bu kanunların sözüne ve ruhuna uygun ikincil mevzuat hazırlamak, kamuoyunun tereddütlerini ifade etmesine imkan veren mekanizmalar getirmek, kolluğu eğitmek, kolluğun önceliklerini belirlemek ve kolluğu uygun araç ve gereçlerle donatmak, açıklığı sağlayan bir çalışma kültürü geliştirmek, hukuka aykırı uygulamalarla başa çıkmaya yönelik adil ve etkili politika ve usuller geliştirmek, kolluğun tutum ve davranışlarını düzeltmesi için geri bildirimde bulunmak da gereklidir. UNODC: s. v.

⁴⁴ MEHTA, s. 1, (Commonwealth); Amnesty International: Spain: Report of Seminar "Police Complaints Investigation Mechanisms In The Spanish Context" Madrid 2008, s. 10, (Spain).

⁴⁵ Kolluğun denetiminde bağımsız dış denetime yer verilmeyip adı geçen iç ve dış denetimlerin yeterli görülmesinin nedeni, idare ve yargının bağımsız olacağı; yasamanın ise kamuoyunu temsil edeceği düşüncesidir. UNODC, s. 13.

⁴⁶ UNODC, s. 14.

seçilmiş kişiler ve sivil toplum örgütleri tarafından denetlenmesidir⁴⁷. Koyuncu'ya göre ise⁴⁸ bundan daha geniş olarak “*Kolluk birimlerinin faaliyetleri ile bunların dayanağını oluşturan politikaların aşamalı ve sürekli olarak sivil otoriteler tarafından izlenmesidir.*” Bu noktada ikinci tanım kapsamı itibariyle daha doğru görünmektedir. Zira bu tür mekanizmaların amacı sadece gerçekleşen hukuka aykırı fiilleri soruşturmak ve cezalandırmak değil aynı zamanda kolluğa ilişkin politikalar geliştirerek hukuka aykırılıkların kaynağını tespit etmek ve bunların tekrarlanmasını engellemektir.

III. BAĞIMSIZ DIŞ DENETİM HAKKINDA GÖRÜŞLER

Dış denetimin bir türü olan bağımsız kolluk denetim sistemi kurulması gerekip gerekmediği konusunda tartışma mevcut olup bu tür bir sistemin kurulması gerektiğine yönelik görüşler olduğu gibi aksi yönde görüşler de bulunmaktadır.

Kolluğa karşı yapılacak şikâyetlerde bağımsız kolluk denetim sistemi oluşturulması gerektiğini savunanlar⁴⁹ şunları ifade etmektedir:

- Etkin mekanizmalar getirilmesiyle, kolluk gücünün dengeleneceğini ve bu gücün hukuk içinde kullanımının sağlanacağını ifade etmektedir. BM'ye göre harici bir denetim mekanizması kurulmadığı sürece kolluk yine kolluğa şikâyet edilmekte; mağdurlar hukuka aykırılıkları, korkularından veya bir sonuç alınamayacağına yönelik inanışlarından dolayı kolluğa bildirmekte çekingen davranmaktadırlar⁵⁰.

- Bağımsız kolluk denetimi hukuka aykırı fiillere ceza ve idari yaptırımların uygulanmasını sağlamakla kalmaz aynı zamanda kolluğun meşruiyetinin güçlendirilmesinde de önemli bir rol oynar⁵¹.

- Bağımsız kolluk denetimi sonucunda elde edilen bulguların kamuoyu nezdinde kredibilitesi daha yüksektir⁵².

- Bağımsız denetim birimi yeterli kamu desteği alırsa müracaat veya şikâyette bulunan kişi ve kurumların birim kararlarını bir dilekçe ekinde

⁴⁷ YAVUZDOĞAN/AKIN, s. 195.

⁴⁸ KOYUNCU, s. 113.

⁴⁹ UN, par. 3, (A/HRC/14/24/Add.8); Amnesty International: s. 5; Bayram ERZURUMLUOĞLU, “*Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi*”, ABD, Y.67, S. 2, 2009, s. 51.

⁵⁰ UN, par. 3, (A/HRC/14/24/Add.8).

⁵¹ Amnesty International, s. 5.

⁵² Amnesty International, s. 5.

mahkemeye taşımaları durumunda önemli bir bağımsız denetim kurumunun desteğini arkalarına aldıklarından dolayı davalarında başarılı olma şansları daha fazla olur⁵³.

Bağımsız kolluk denetim sisteminin varlığına ihtiyaç olmadığını savunanlar⁵⁴ ise şu gerekçelere dayanmaktadır⁵⁵:

- Böyle bir sistem kurmak maliyetlidir⁵⁶.

- Kolluğun soruşturulması teknik bilgi ve soruşturma deneyimi gerektirir. Bu nedenle kolluğun kolluk personeli olmayanlar tarafından denetlenmesi güçtür⁵⁷.

- Sadece kolluk bir olaya acilen, deliller kaybolmadan müdahale edebilme imkânı sağlayan araç ve gereçlere sahip olup bağımsız denetim biriminin yapacağı inceleme yetersiz kalacaktır⁵⁸.

- Kolluk yapılacak denetimlerde bağımsız denetçilerle işbirliğine yanaşmaz; düşmanca bir tavır takınabilir⁵⁹.

- Yargının yapacağı denetim yeterli ve bağımsızdır⁶⁰.

IV. BAĞIMSIZ KOLLUK DENETİM SİSTEMİ VE BİRİMLERİ

Bağımsız kolluk denetim sisteminin temel amaçları şöyle sıralanabilir⁶¹:

- Şikâyetçinin yakınmalarını gidermek,

- Kolluğun hukuka aykırı eylem ve işlemlerini ortaya koymak,

⁵³ ERZURUMLUOĞLU, s. 51.

⁵⁴ Independent Investigation of Complaints against the Police: s. 14; UNODC, s. 13; Amnesty International, s. 7, (Spain).

⁵⁵ Independent Investigation of Complaints against the Police, s. 14 vd.

⁵⁶ Kuzey İrlanda kolluk teşkilatının 2014 yılında 798.5 milyon pound bütçesi olduğu, bağımsız gözetim biriminin ise sadece 9 milyon pound harcadığı belirtilmektedir. Independent Investigation of Complaints against the Police, s. 14.

⁵⁷ Denetim biriminde görev alacak personelin soruşturma teknikleri hakkında eğitim almış örneğin daha önce başka yerlerde çalışmış emekli kolluk personeli olmasıyla bu sorun çözülebilir.

⁵⁸ Denetim biriminin de kolluğun sahip olduğu araç ve gereçle donatılması mümkündür.

⁵⁹ Kanuni düzenlemelerle denetim biriminin emir ve talimatlarına uyulmaması suç olarak düzenlenip bunlara çeşitli yaptırımlar bağlanabilir.

⁶⁰ Savcılık makamının ve hatta mahkemelerin kollukla yakın çalışma ilişkisi içinde bulunması, bunların tamamen bağımsız addedilmelerini engelleyebilir. UNODC, s. 13; Amnesty International, s. 7, (Spain).

⁶¹ CE, par. 22, (CommDH(2009)4).

- Ceza ve disiplin yaptırımları veya idari tedbirler için delileri ortaya koymak,
- Kolluğun hukuka aykırı eylemlerini engellemek,
- Kolluğa, kolluk uygulamalarıyla karşılaşanlardan edindiği geri bildirimleri aktarmak,
- Kolluk standartlarının belirlenmesinde, bunlara uyulup uyulmadığının denetlenmesinde diğer idarelerle işbirliği yapmak,
- Kolluk eylemlerine karşı etkili başvuru yapılmasını kolaylaştırmak,
- Kolluk politika ve uygulamaları hakkında bilgi edinmek.

Bağımsız kolluk denetim birimlerinin görevleri ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Örneğin birime kişilerin şikâyetlerini veya meydana gelen olayı inceleme yetkisi verilebileceği gibi sadece veya bununla birlikte kolluğa ilişkin genel politikaların ve usullerin gözden geçirilmesi, hukuka aykırı uygulamaların temelinde yatan nedenlerin ortadan kaldırılması amaçlı yetkiler de tanınabilir⁶².

Bağımsız kolluk denetim birimlerinin yapıları da birbirinden farklıdır. Bunlar kamu denetçisi, sürekli kurul veya meclis komisyonu şeklinde örgütlenebilir⁶³. Yine birimin örgütlenme tarzına istinaden sadece polis eylemlerinde (polis ombudsmanı) veya idarenin bütün eylem ve işlemlerinde (ombudsman) yetkili olması da mümkündür⁶⁴.

AB üyesi ülkelerin çoğunda ulusal kamu denetçileri kolluk şikâyetlerinde de yetkiliyken Belçika, Fransa, Birleşik Krallık ve Kuzey İrlanda'da sadece kolluk şikâyetlerini incelemekle görevli birimler oluşturulmuştur. Ayrıca birden fazla bağımsız denetim mekanizmasına yer verildiği de görülmektedir. Örneğin Malta'da hem Kamu Denetçisi hem de Bağımsız Polis Kurulu, kolluk şikâyetlerinde yetkilidir⁶⁵.

⁶² Amnesty International, s. 5.

⁶³ Birimin yapısının belirlenmesinde ülkenin anayasal düzenlemeleri; kolluk politikaları; tarihi, politik ve kültürel özellikleri önemli rol oynar. CE, par. 35, (CommDH(2009)4).

⁶⁴ UN, par. 5, (A/HRC/14/24/Add.8).

⁶⁵ Uygulamada kamu denetçisinin kollukla ilgili şikâyetleri bağımsız polis kuruluna gönderme eğiliminde olduğu belirtilmektedir. Monica den BOER/Roel FERNHOUT, Policing The Police, Police Oversight Mechanisms in Europe: Towards a Comparative Overview of Ombudsmen and Their Competencies, 2008, s. 31.

Bir ülkede insan hakkı ihlalleri için oluşturulmuş birden fazla yapı olduğunda bunların görev ve yetki çatışması yaşaması ihtimal dâhilinde olup aynı sorun Türkiye için de geçerlidir. 6713 sayılı Kanunla Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmadan önce var olan İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Kamu Denetçiliği Kurumu ile Kolluk Gözetim Komisyonunun kolluk faaliyetleri konusundaki görev ve yetkileri konusunda açık bir düzenleme bulunmamakta olup bu konuda mutlaka kurumlar arasında koordinasyon sağlanmalıdır⁶⁶. Aksi halde aynı konuda görevli iki kurumun birbirinden farklı karar vermesi, örneğin birinin kolluğun eylemlerini hukuka aykırı olarak nitelerken diğersinin hukuka uygun bulması, mümkündür.

Brezilya Para Eyaleti Polis Ombudsmanı (*State of Pará Police Ombudsman*); İngiltere ve Galler Bağımsız Polis Şikâyet Komisyonu (*Independent Police Complaints Commission*); Kenya Bağımsız Polis Gözetim Otoritesi (*Independent Police Oversight Authority*); Yeni Zelanda Bağımsız Polis Yönetim Otoritesi (*Independent Police Conduct Authority*); Peru Ombudsmanı (*Defensoria del Pueblo*); Güney Afrika Bağımsız Polis Soruşturma Müdürlüğü (*Independent Police Investigative Directorate*); Belçika Polis İzleme Komitesi (*Standing Police Monitoring Committee*); Çek Cumhuriyeti Ombudsmanı (*Public Defender of Rights*), Danimarka Bağımsız Polis Şikâyet Otoritesi (*Independent Police Complaints Authority*); Macaristan Bağımsız Polis Şikâyet Kurulu (*Independent Police Complaints Board*), Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanı (*Police Ombudsman*) bağımsız kolluk denetim birimlerine Dünyadan verilebilecek örneklerden sadece birkaçıdır⁶⁷.

Kolluğun iç denetimi, kendi kendini denetleyeceği için yeterli sonuç vermeyeceği önyargısının oluşmasına neden olmaktadır. Bu durum özellikle hukuk devleti anlayışının ve kolluğa güvenin yeterince gelişmediği ülkelerde daha da fazladır⁶⁸. Bu nedenle bağımsız kolluk şikâyet mekanizmalarının geliştirilmesi gerekir. Ancak bu mekanizmanın varlığı da tek başına yeterli olmayıp, bu mekanizmanın çeşitli asgari standartları sağlaması gerekir.

Bağımsız kolluk denetim biriminin etkin olabilmesi bazı temel şartları sağlamasına bağlıdır. Öncelikle birim yeterli yetkilerle donatılmış olmalıdır.

⁶⁶ BM'ye göre farklı kurumların aynı konuda kendini görevli görerek yetki mücadelesine girmesi veya ikisinin de kendini yetkisiz görmesi nedeniyle şikâyetin incelenememesi mümkündür. UNODC, s. 68.

⁶⁷ Amnesty International, s. 12.

⁶⁸ UN, par. 25, (A/HRC/14/24/Add.8).

Birim hükümetten ve kolluktan bağımsız olmalı, ayrıca bunlardan destek de görmelidir. Birimin kaynakları görevleriyle uyumlu olmalıdır. Birim kamuoyu desteğini almalı, sivil toplum da birimin çalışmalarına iştirak edebilmeli ve birime güven fazla olmalıdır. Birimin faaliyetlerini şeffaflık içinde yürütmesi ve düzenli raporlar yayınlaması da son derece önemlidir⁶⁹.

V. BAĞIMSIZ KOLLUK DENETİM BİRİMİNİN KURULUŞUNA, YAPISINA, GÖREV, YETKİ VE İŞLEYİŞİNE YÖNELİK TEMEL GEREKLER⁷⁰

Aşağıda bağımsız kolluk denetim birimlerinden istenen sonuçların alınması için bu birimlerin sahip olması gereken özellikler üstünde durulacak ve Türkiye’de 6713 sayılı Kanunla kurulan Kolluk Gözetim Komisyonu’nun bu özellikleri taşıyıp taşımadığı incelenecektir.

A. Birimin Kuruluşu

Birim kanunla kurulmalıdır. Birimin kanunla kurulması, politik değişikliklerden etkilenmesini, çeşitli toplulukların baskısına maruz kalmasını engeller. Ancak birimin kanunla kurulması yeterli olmayıp aynı zamanda kanunda en azından bütün önemli konular da düzenlenmelidir. Önemli konuların idarenin takdirine bırakılması, birimin gerektiği gibi çalışmamasına neden olur. Kanunla düzenlenmesi gereken asgari konular ise; 1) birimin yetki alanı ve yetkileri, 2) şikayet usulü, 3) kararlarının niteliği, 4) birim bütçesi, 5) üyelerinin ve personelinin atanması ve görevden alınması, 6) sivil toplumun katılım koşulları ve 7) kararlarına karşı başvuru yolları şeklinde sıralanabilir.

Birimin yetki alanının ne olması gerektiği tartışmalıdır. Birim sadece kolluk faaliyetlerine yönelik (kolluk ombudsmanı) kurulabileceği gibi genel olarak idarenin eylem ve işlemlerini (ombudsman) denetlemek için de kurulabilir. Ancak ikinci olasılık, yani idarenin bütün eylem ve işlemlerini

⁶⁹ UN, par. 30, (A/HRC/14/24/Add.8); Independent Investigation of Complaints against the Police: s. 11 vd. Bunlara ilave olarak ayrıca birimin soruşturmanın makul sürede bitirilmesi, kamuoyu denetiminin sağlanması, sistemin kurbanı merkeze alan bir yapıda kurulması ve onun sürece dahil olmasına imkan vermesi, kararlarının uygulanabilir olması gerektiği de belirtilmektedir. Graham DOSSETT, Independent and Effective Police Complaints Mechanisms: Lessons Learnt from the European Context in **Strengthening Police Oversight and Accountability in Southern Africa**, Summary report on a workshop held in Johannesburg, South Africa, 4–6 December 2013, s. 11.

⁷⁰ Amnesty International, s. 13 vd; CE, par. 36 vd (CommDH(2009)4); UNODC, s. 49 vd; DOSSETT, s. 11; MEHTA, s. 3, (Commonwealth); Joel MILLER, Civilian Oversight Of Policing Lessons from the Literature, **Global Meeting on Civilian Oversight of Police**, Vera Institute of Justice, Los Angeles 2002, s. 13 vd.

denetlemekle yükümlü olması, kolluk şikâyetlerine yeterli dikkatin verilmemesine sebep olabilir. Ayrıca hassas konularda birim, iş yoğunluğunu bahane edip, kolluk eylemlerinden doğan şikâyetleri incelemekten kaçınabilir⁷¹.

Birimin yetkisine ilişkin bir diğer önemli konu ise birimin hangi fiiller konusunda yetkili olacağıdır. Ülke uygulamalarına bakıldığında; Kenya ve Danimarka'da yetkili birim disiplin yaptırımı veya ceza gerektiren bütün fiiller konusunda yetkiliyken Güney Afrika, İngiltere ve Galler'de ölüm, saldırı, tecavüz gibi ciddi ihlallerde yetkilidir. Birimin bütün kolluk eylem ve işlemlerini denetleme yetkisine sahip olması; denetim maliyetli bir iş olduğundan ve birimin aşırı iş yükü altında kalmasına neden olacağından tercih edilmemelidir⁷².

Bir diğer önemli konu da birimin hangi yetkilerle donatılacağıdır. Ülke uygulamalarına bakıldığında kolluk denetim birimlerinin farklı farklı yetkilerle donatıldığı görülmektedir. Bu yetkiler şöyle sıralanabilir: Şikayetleri almak, incelemek; dosyayı kolluğa (disiplin için) havale etmek; disiplin cezalarını uygulamak; dosyayı ceza davası için savcılığa havale etmek; kolluk davranışları hakkında çalışmalar yapmak; hükümete veya kolluk makamlarına yapılacak düzenlemeler için teklif sunmak⁷³. Önemli olan, birime tanınacak yetkilerin kolluğun hukuka aykırı eylemlerinin cezasız kalmasını önleyecek yoğunlukta olmasıdır⁷⁴.

Kolluk Gözetim Komisyonu 6713 sayılı Kanun'un 1/1 maddesi ile kurulmuş⁷⁵; Komisyon ve kolluk şikâyet sistemine ilişkin bir kısım konular da bu Kanunda düzenlenmiştir. Ancak Kanunun 6/2. maddesinde "*Sekretarya hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar; Bakanlık tarafından*

⁷¹ Amnesty International, s. 13.

⁷² Özellikle bütçe imkânlarının sınırlı olduğu durumlarda denetim birimlerinin belli başlı ve önemli konularda görevli olması, bu kaynakların en uygun şekilde kullanılmasını sağlar. Amnesty International, s. 14 ve 23. Avrupa Konseyi de şikayetlerin incelenme ve değerlendirme yöntemlerinin şikayet konusu fiilin önemine ve sonuçlarının ağırlığına göre değişiklik gösterebileceğini belirtmektedir. EC, par. 24, (CommDH(2009)4).

⁷³ UN, par. 27, (A/HRC/14/24/Add.8).

⁷⁴ UN, par. 31, (A/HRC/14/24/Add.8).

⁷⁵ "*Bu Kanunun amacı; kolluk şikâyet sisteminin daha etkili ve hızlı işlemlerini sağlamak, saydamlığını ve güvenilirliğini geliştirmek üzere, kolluk görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarından dolayı idari merciler tarafından yapılan ya da yapılması gereken iş ve işlemlerin merkezî bir sistemde kayıt altına alınması ve izlenmesi amacıyla Kolluk Gözetim Komisyonunun kurulması, Komisyonun görevleri, yetkileri ve çalışma yöntemi ile kolluk şikâyet sistemine yönelik diğer idari tedbirlere ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*"

hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir” ve 8/2. maddesinde “Kurul Başkanlığınca, bu madde ve 4 üncü madde hükümleri çerçevesinde verilen görevleri yürütmek üzere yeteri kadar mülkiye müfettişi tahsis edilir. Bu müfettişlere bu görevlerinin haricinde başka bir görev verilmez ve bunlar görev alanlarıyla ilgili konularda düzenli hizmet içi eğitime tabi tutulurlar. Bu müfettişlerin belirlenmesine ilişkin esaslar, görevlendirilme yöntemi ve hizmet içi eğitimleri ile benzeri hususlar, Bakanlık tarafından hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir” hükümlerine yer verilmek suretiyle pek çok husus yönetmeliğe bırakılmış olup bu durum Birime ilişkin önemli konuların kanunla düzenlenmesi gereğine aykırıdır.

B. Başvuru Usulü

Kolluğun eyleminden zarar gören, ailesi, tanıklar, kolluk personeli, kolluk makamları, diğer kamu görevlileri, vatandaşlar, sivil toplum örgütleri, yasama organı önceden başka bir yola başvurmak (kolluk teşkilatına) zorunda kalmadan, doğrudan birime başvurabilmelidir. Ayrıca birim resen harekete geçme yetkisine de sahip olmalıdır. Birime başvurabileceklerin sınırlandırılmamasının nedeni, birimin sadece bireysel ihlallerle ilgilenmekle yetinmeyip aynı zamanda kolluk uygulamalarının denetlenmesinde ve geliştirilmesinde de görev alacak olmasıdır. 6713 sayılı Kanun’un 2/1-d bendinde ihbar, “*kolluk görevlilerinin hukuka aykırı eylem, tutum veya davranışlarının, herhangi bir kişi tarafından yetkili mercilere bildirilmesi*” şeklinde tanımlanmış olup ihbar için kişi sınırlaması getirilmemesi yerinde bir düzenleme olmuştur.

Birimin denetim yetkisine sahip olduğu fiillerde, bu fiilin meydana gelmesi üzerine kolluğa bu fiili birime bildirme yükümlülüğü getirilmeli ve buna aykırı davranış suç olarak düzenlenmelidir. Nitekim Avrupa Konseyine göre kolluk gözetimi altındayken veya kolluk hizmetlerinin görülmesi sırasında meydana gelen bütün ölüm ve ciddi yaralanma olaylarının en kısa sürede kayıt altına almak için birime bildirilmesi gerekir. Yine birimin de ölüm ve ciddi yaralanma halinde şikâyet olmasa veya mağdurun veya yakınlarının rızasını alarak soruşturma başlatma yetkisine sahip olması gerekir⁷⁶.

Başvuru kolluğa veya birime, sözlü veya yazılı olarak; telefonla, internet yoluyla yapılabilmeli, başvuru halinde başvurana bunu belgelendiren bir belge ücretsiz verilmelidir. Yine birimin tüm ülke düzeyinde en azından

⁷⁶ CE, par. 48 ve 49 (CommDH(2009)4).

belirli bölgelerde teşkilatlanması da gerekir. Ayrıca yapılacak başvurularda, başvuruyu alacak görevlinin önceden eğitilmesi, şikâyet sisteminin temel özellikleri hakkında şikâyetçiyi bilgilendirmesi de gerekir⁷⁷. Bu sayede birime ulaşım kolaylaşacak ve birim görevlerini daha kolay bir biçimde yerine getirebilecektir.

6713 sayılı Kanun madde 5 uyarınca Komisyon, en az ayda bir defa olmak üzere, gerekli hâllerde toplanacak olup bu düzenleme Komisyonun etkin olabilmesi için yetersizdir. Ayrıca Kanunda, Komisyonun İçişleri Bakanlığının sürekli kurulu olarak görev yapacağı belirtilmiş; Komisyonun taşrada örgütlenmesine ilişkin bir hükme ise yer verilmemiştir.

Sadece Türkçe değil İngilizce gibi başvuru hakkının kullanılmasını kolaylaştıracak dillerde başvuru yapılması imkanı da tanınmalıdır⁷⁸. Zira başvuru sadece vatandaşlara değil ülkede bulunan yabancılara, göçmenlere ve mültecilere de tanınan bir haktır.

Şikâyet alındığında birimin makul sürede bir sonuca varması, gerekli kararları alması, ilgilileri alınan kararlar hakkında bilgilendirmesi gerekir. Bu süreler fiilin niteliğine göre değişebilir.

Başvuru halinde başvuran kişinin tehdit ve baskı altında kalmamasını sağlamak için gerekli önlemler alınmalıdır. Bunu sağlamak için birime tanığı veya mağduru koruma altına alma yetkisi verilebilir. Ayrıca belirli fiillerde şikâyet geri çekilse bile şikâyetin incelenmesine de devam edilmelidir.

Şikâyetçi sürece dahil olabilmelidir⁷⁹. Şikâyetçi ancak bu sayede haklarını koruyabilir⁸⁰. 6713 sayılı Kanun'un 8/4. fıkrasında “*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*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenleme ile idareye ilgilileri süreçten haberdar etme yükümlülüğü getirilmiş olması olumlu bir düzenleme olmakla birlikte bu bilgilendirmenin içeriğinin ne olduğu; ilgililerin süreçte başka herhangi bir hakları olup olmadığı belirsizdir. Avrupa Konseyine göre, şikâyetçi yapılan soruşturmanın usulüne uygun

⁷⁷ CE, par. 47, (CommDH(2009)4).

⁷⁸ Independent Investigation of Complaints against the Police, s. 12.

⁷⁹ Şikâyetçi sürece bizzat kendisi katılabileceği gibi bir üçünü kişi de onun adına katılabilir. Şikâyetçinin hukuki yardım almayı seçmesi halinde, kendisine mali destek sağlanmalıdır. CE, par. 45, (CommDH(2009)4).

⁸⁰ CE, s. 3, (CommDH(2009)4).

olmadığı düşünüyor veya soruşturma sonucu alınan kararı haksız buluyorsa; soruşturma kolluk tarafından yürütülmüş ve karar da kolluk tarafından alınmışsa bu karara karşı birime; soruşturma birim tarafından yürütülmüş ve karar da birim tarafından alınmışsa bu karara karşı da yargı yoluna başvurma hakkına sahip olmalıdır⁸¹.

C. Birimin Yetkileri

Birimin etkinliği birime tanınacak yetkilerle doğru orantılıdır. Birim, kolluk eyleminin hukuka aykırı olup olmadığını ortaya koyacak; delillerin toplanmasını sağlayacak, sorumluların belirlenmesine ve cezalandırılmasına imkan verecek ölçüde yetkiyle donatılmalıdır⁸².

Yapılacak denetimin istenen sonucu vermesi için birimin; gerekli bilgi ve belgeleri isteme, tanık dinleme, arama izni alma; arama ve el koyma, kolluk personelini ifade vermeye zorlama yetkilerine sahip olması gerekir⁸³. Birimin bu yetkilerini kullanmasını engelleyen veya geciktirenler içinse ceza yaptırımları öngörülmelidir.

Birime resen harekete geçme yetkisi de tanınmalıdır. Ancak bu noktada bir ayırım yapmak gerekir. Birim sadece belli fiillerle değil de bütün kolluk eylemleri üzerinde yetki sahibiyse birimin resen inceleme başlatması iş yükünün aşırı artmasına neden olur. Bu nedenle ciddi olmayan eylemlerde birimin resen incelemeye başlaması için çeşitli kriterler aranabilir. Bu cümleden olmak üzere; fiilin aydınlatılmasında kamu yararı varsa; mağdur toplum içinde önemli bir konumdaysa, ayrımcılık söz konusuysa birim basit fiillerin denetimini de şikâyet olmadan başlatabilmelidir. Ancak birim sadece ölüm, ağır yaralama, tecavüz, yolsuzluk gibi önemli fiillerde görevliyse bu durumda incelemeyi resen başlatabilmelidir⁸⁴.

Birime aşağıdaki yetkilerin tamamı veya bir kısmı, birbiriyle uygun düştüğü ölçüde, tanınabilir⁸⁵:

⁸¹ CE, par. 80, (CommDH(2009)4).

⁸² Birim soruşturmacılarının adil, etkili ve bağımsız bir soruşturma yapabilmeleri, soruşturmacılara polisler tanınan yetkilerin tanınmasını gerektirir. CE, par. 37, (CommDH(2009)4); CE, s. 3, (CommDH(2009)4).

⁸³ Amnesty International, s. 17.

⁸⁴ Amnesty International, s. 19.

⁸⁵ UN, par. 31 vd, (A/HRC/14/24/Add.8); Amnesty International, s. 18 vd; UNODC, s. 51 vd; Swati MEHTA, "Holding Police To Account For Misconduct: Police-Specific Complaints Agencies", (ET. 20.07.2016), s. 4 vd, (police).

- Şikâyetleri kabul etme; kayıt altına alma ve takip etme,
- Şikâyet konusu olayla ilgili bütün kurumların yardımından yararlanma; bunlardan gerekli bilgi ve belgeleri isteme,
- Eylemin suç niteliğinde olduğu görüşündeyse gereği için başvuruyu savcılığa gönderme⁸⁶ veya savcılık makamı yerine geçerek mahkemeye bizzat başvurma⁸⁷,
- Disiplin cezasını gerektiren bir fiilin varlığı halinde gereği için başvuruyu ilgili idareye gönderme⁸⁸,
- İddiaları bizzat soruşturma⁸⁹; yapılan soruşturmaları denetleme; soruşturmanın yeterli olmadığı görüşündeyse idareden eksikliklerin giderilmesini isteme veya soruşturmayı yeniden bizzat yürütmeye; idarenin soruşturmacı olarak atayacağı kişi veya kişilere onay verme veya idareden soruşturmacının değiştirilmesini isteme,
- Kolluk uygulamalarına ilişkin sorunların giderilmesi amacıyla kolluk politika ve usulleri konusunda görüş verme, tavsiyelerde bulunma⁹⁰,

⁸⁶ Savcılık makamı bu gönderme kararıyla bağlı olmamakla birlikte bunun gerekçesini doyurucu delilleriyle ortaya koymalı ve bu arada birime de karara karşı itiraz hakkı tanınmalıdır.

⁸⁷ CE, par. 86, (CommDH(2009)4).

⁸⁸ Disiplin amir ve kurulunun birimin bu kararıyla bağlı olup olmadığı Kanunda düzenlenmemiştir. Birimin kararı disiplin amir ve kurulları için bağlayıcı olmayacak olsa bile bu makamlara makul bir süre içinde hangi önlemlerin alındığı veya alınacağını gösteren, birim kararına neden tamamen veya kısmen uyulmadığının gerekçesini içeren bir yanıt verme yükümlülüğü getirilmelidir. Amnesty International, s. 20. Yine soruşturma açılmasına gerek olmadığını kararına karşı da birimin üst makama başvurma hakkına sahip olması gerekir.

⁸⁹ Örneğin New York Sivil Şikâyet İnceleme Kurulunun New York Polis Teşkilatı ile imzaladığı anlaşma çerçevesinde memurlar hakkında doğrudan disiplin işlemi uyguladığı belirtilmektedir. ALTUNTOP, s. 46. Birimin bizzat soruşturma yetkisi olmaz ve kolluk makamlarının yapacakları soruşturma sonucu verecekleri bilgi ve belgelere dayanmak zorunda kalırsa, birim “posta” hizmeti sunmaktan öteye gidemeyecektir. Kanunda soruşturmanın bizzat yürütülmesi halinde diğer kurum ve kuruluşlara soruşturmaya ilgili olarak birimin taleplerini yerine getirmesi yükümlülüğü getirilmelidir. BM’ye göre birime kolluk makamları tarafından yapılan soruşturmanın sadece denetlenmesi imkanı veren yetkiler tanınması yeterli olmayıp aynı zamanda bu soruşturmanın bizzat yapılmasına imkan veren yetkiler de tanınmalıdır. UN, Par 34 vd, (A/HRC/14/24/Add.8).

⁹⁰ Bu kararların bağlayıcılığı ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin Güney Afrika’da Bağımsız Polis Soruşturma Müdürlüğü yetkilileri aldıkları kararların bağlayıcı olmamasından yakınmaktadır. Kuzey İrlanda’da Birimin aldığı kararların kolluk tarafından usulü dairesinde uygulanmaması halinde Birim, kolluk amirinin görevine son verebilmektedir. Çek Ombudsmanı kolluğun yasal düzenlemeler yayınlamasını, mevcutlarda değişiklik yapmasını veya bunların yürürlükten kaldırılmasını tavsiye edebilmektedir. İlgili idare buna 60 gün içinde yazılı cevap vermekle yükümlüdür. Kolluğun bu yükümlülüğünü ihlal etmesi veya

- Şikâyetçinin hukuka aykırı eyleminden doğan zararın giderilmesine karar verme⁹¹,
- İnceleme sonuçları hakkında şikâyetçiyi ve kamuyu bilgilendirme,
- Toplumun sistemin varlığından haberdar etmek için çalışmalar yapma⁹²,
- Kolluk uygulamaları, disiplin soruşturmaları konusunda standartlar ve kurallar geliştirme⁹³,
- Kolluk hakkında yasal değişiklikler yapılmasını talep etme⁹⁴ veya ikincil mevzuatı hazırlama,
- Verdiği kararların uygulanıp uygulanmadığını tespit için kolluktan rapor isteme.

Birleşmiş Milletler'e göre birimin asgari şu yetkilere sahip olması gerekir⁹⁵:

- Şikâyetleri kabul etme, bunları kaydetme veya resen soruşturma başlatma,
- Soruşturma hakkında değerlendirme yapabilmek için tanık dinleme, davetiye çıkarma, gerekli bilgi ve belgeleri elde etmek için kolluk mekanlarına girme, arama ve el koyma; kolluk personeli dahil kişileri tanıklığa zorlama ve tanık koruma programından yararlandırma,
- Ceza ve disiplin yaptırımları teklif etme,

gerekli tedbiri almaması halinde Ombudsman, hükümeti veya kolluğun üstü olan makamı bu konuda bilgilendirmektedir. Amnesty International, s. 22; UN, par. 45, (A/HRC/14/24/Add.8).

⁹¹ Tazmin, tazminat şeklinde olabileceği gibi psikolojik destek sağlamak, özür dilemek şeklinde de olabilir. Amnesty International, s. 21; UNODC, s. 35.

⁹² Bunun için kamu spotu yayınlanabilir; kamusal alanlara, özellikle konuyla ilgili devlet dairelerine, kolluk binalarına, gözaltı odalarına veya sivil toplum örgütlerinin binalarına ilan ve afişler asılabilir; gözaltındaki kişilere böyle bir hakları olduğu yazılı olarak bildirilebilir; kolluk görevi başındayken yaptığı işlem ve eylemlerden şikâyetçi olduğunu söyleyenlere haklarına ilişkin bilgi kartları verilebilir. CE, par. 43, (CommDH(2009)4); UNODC, s. 34.

⁹³ Birime bu tür yetkiler tanınmadığı takdirde birim, kolluk eylem ve işlemlerini düzeltmediği için, sürekli olarak benzer ihlallerle uğraşmak zorunda kalacaktır. MEHTA, s. 5, (Commonwealth).

⁹⁴ İngiltere ve Galler'de IPCC'nin gözaltında bulunan bir kişiye ilişkin raporu sonrasında ilgili mevzuatta gerekli değişiklikler yapılmıştır. <https://www.ipcc.gov.uk/news/police-codes-change-following-ipcc-representations>, (ET. 12.07.2016).

⁹⁵ UNODC, s. 53.

- Soruşturulacak kolluk görevlisini geçici süreyle görevden uzaklaştırma,
- Yetki alanındaki kurum ve kuruluşları mutad olarak denetleme, bu kurum ve kuruluşlardan yazılı veya sözlü açıklamalar isteme,
- Hukuka aykırılıkların yeniden gündeme gelmemesi için kolluğa ilişkin yapısal değişiklikler teklif etme,
- Kolluğun verdiği cevaplar dahil olmak üzere bulgularını ve tavsiyelerini yayınlama,
- Kolluğu, vermiş olduğu kararlara uymadığı zaman konu hakkında gerekçe sunmaya zorlama,
- Kolluğun kararlarına uymaması halinde bu durumu kamuoyuyla paylaşma.

Kolluk Gözetim Komisyonunun görev ve yetkileri 6713 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Madde uyarınca *a) Kolluk şikâyet sisteminin işleyişine dair ilkeleri tespit ederek bunlarla ilgili olarak Bakanlığa önerilerde bulunmak, bu konudaki uygulamaları izlemek ve sistemin işleyişinde kamu kurum ve kuruluşları arasında koordinasyonu sağlamak b) Kolluk görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarından dolayı gerektiğinde yetkili merciler tarafından haklarında disiplin soruşturması yapılmasını istemek, c) Kolluk şikâyet sisteminin işleyişiyle ilgili konularda teftiş ve denetim yapılması için Bakanlığa önerilerde bulunmak, bu teftiş ve denetimler sonucunda düzenlenen raporları değerlendirmek, tespit edilen eksiklikler konusunda alınması gereken idarî tedbirleri belirleyerek Bakanlığa önermek ve bu raporlardan uygun gördüklerini kamuoyuna açıklamak, ç) Merkezî kayıt sisteminin etkili bir şekilde işlemesi ve geliştirilmesi için Bakanlığa önerilerde bulunmak ve bu sistemin işleyişini izlemek, d) Merkezî kayıt sisteminden elde edilecek veri ve bilgilere ilişkin istatistikler hazırlamak, veri tabanı oluşturmak, elde edilen veri ve bilgilerin analizini yapmak veya yaptırmak, strateji belirlenmesine ve uygulamaya ilişkin önerilerde bulunmak ve gerekli görülen hâllerde bu analizlerin sonuçlarını kamuoyuna duyurmak e) Görev alanına giren konularda tespit, görüş ve öneriler içeren yıllık raporlar hazırlamak ve bu raporları her yıl mart ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ile Başbakanlığa göndermek ve kamuoyuna açıklamak f) Kolluk görevlilerinin çalışma koşullarının iyileştirilmesine yönelik*

araştırmalar yapmak veya yaptırmak, kolluk hizmetlerinin geliştirilmesi ve iyileştirilmesine yönelik olarak yapılan çalışmaları izlemek, değerlendirmek ve bu konularda Bakanlığa önerilerde bulunmak g) Kolluk etik ilkelerinin uygulanmasını izlemek; bu ilkelerin etkin bir şekilde uygulanması konusunda yetkili makamlara önerilerde bulunmak ve bu konuda kolluk teşkilâtı ve diğer ilgili kuruluşlarla iş birliği yapmak ğ) Kolluk şikâyet sistemine kamuoyunun duyduğu güveni ölçmek ve halkın sisteme ilişkin görüş ve düşüncelerini değerlendirmek amacıyla en az iki yılda bir olmak üzere kamuoyu araştırmaları yapmak veya yaptırmak h) Görev alanına giren konularda üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve ilgili sivil toplum kuruluşları ile iletişim kurmak ve iş birliği yapmak, ı) Kolluğun hizmet içi eğitim programlarıyla ilgili olarak yetkili birimlere görüş bildirmek ve önerilerde bulunmak, i) Görev alanına giren konularla ilgili mevzuat düzenlemeleri hakkında görüş bildirmek Komisyonun görevleri arasında sayılmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında “Kolluk görevlilerinin disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili ihbar ve şikâyetlerin Komisyona intikal etmesi veya Komisyon tarafından resen öğrenilmesi üzerine Komisyon, Kurul Başkanlığından söz konusu ihbar veya şikâyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde disiplin soruşturması açılmasını isteyebilir. Bu istem üzerine Kurul Başkanlığınca genel disiplin hükümlerine göre işlem yapılır”; ve 3. fıkrasında ise “Daha önce disiplin amirlerince disiplin soruşturması yapılmasına gerek görülmemiş olan ihbar veya şikâyetler hakkında da ikinci fıkra hükümleri uygulanır” hükümlerine yer verilmiştir.

Düzenlemeden, Komisyonun daha çok öneride bulunma yetkisine sahip olduğu, Komisyon kararlarının bağlayıcı olmadığı görülmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de “... Komisyonun görevleri, icraî görevler olmaktan ziyade gözetim, izleme ve standart belirleme olarak tanımlanmıştır. ... Komisyonun kolluk hizmetlerinin etkinliğinin sağlanması yönünde öneriler geliştireceği de madde metninde belirtilmektedir. ... Madde ile Kolluk Gözetim Komisyonuna doğrudan soruşturma yapma yetkisi verilmemiştir. Bununla birlikte, Komisyona, kolluk görevlilerinin disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum ve davranışlarıyla ilgili ihbar ve şikâyetlerin doğrudan Başkana ya da Komisyona intikal etmesi veya doğrudan öğrenilmesi üzerine, Mülkiye Teftiş Kurulu Başkanlığından disiplin soruşturmasının yapılmasını isteme yetkisi verilmektedir” ifadelerine yer verilmiştir.

6713 sayılı Kanunla Komisyona verilen yetkiler icrai olmaktan uzak olup genel trendin aksi yöndedir. Komisyonun yeterince yetkiye sahip

olmaması kolluk denetim mekanizmasıyla elde edilmek istenen sonuçların alınmasına engel olacaktır. Oysa AB üyesi ülkelerde birimlere verilen yetkiler farklılık göstermekle birlikte bunlara bağımsız soruşturma yapma yetki ve kapasitesinin verilmesi yönünde belirgin bir eğilim olduğu belirtilmektedir⁹⁶.

6713 sayılı Kanununun 4. maddesinde yer alan Komisyon görevleri incelendiğinde büyük çoğunluğu icrai olmayan bu görev ve yetkilerde dahi çeşitli belirsizlikler bulunduğu görülmektedir. Örneğin madde 4/1-c’de “*raporlardan uygun gördüklerini kamuoyuna açıklamak*” ifadelerine yer verilmekle birlikte bu “uygunluk” neye göre belirlenecektir? Maddenin (d) bendinde yer alan “*gerekli görülen hâllerde bu analizlerin sonuçlarını kamuoyuna duyurmak*” ifadesi⁹⁷ de belirsizlik içermektedir. Bu noktada örneğin kolluk şikâyetine neden olan olayda geçen isimler, yer ve tarihler kapatılmak suretiyle hazırlanan raporlar yayınlanmalıdır. Bu sayede mağdurun kişilik hakları korunacağı gibi henüz yargı kararıyla kesin hüküm giymemiş olan kamu görevlisi de masumiyet karinesinden yararlanmış olur.

Maddenin (e) bendinde Komisyonun “*görev alanına giren konularda tespit, görüş ve öneriler içeren yıllık raporlar hazırlamak ve bu raporları her yıl mart ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ile Başbakanlığa göndermek ve kamuoyuna açıkla*”yacağı belirtilmiştir. Maddenin (c) ve (d) bentlerinde raporları gerekli görürse yayınlayacak olan Komisyonun (e) bendinde raporu kamuoyuna açıklayacak olması raporların içeriği arasında ne gibi farklar olduğu sorusunu gündeme getirmektedir. Ancak bu soru da cevapsız kalmaktadır⁹⁸.

Maddenin (h) bendinde “*görev alanına giren konularda üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve ilgili sivil toplum kuruluşları ile iletişim kurmak ve iş birliği yapmak*” hükmüne yer verilmiştir. Düzenleme uyarınca komisyonun sivil toplum kuruluşları, meslek örgütleriyle iletişim halinde olacak olması yerinde bir düzenleme olmakla birlikte sivil toplum kuruluşunun seçiminin, işbirliğinin usul ve esasların nasıl olacağı belirsizdir.

4. maddenin 2. fıkrası uyarınca Komisyon kolluk görevlilerinin disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili ihbar ve şikâyet

⁹⁶ WISLER, s. 30.

⁹⁷ Benzer bir hüküm Kanununun 5/8. fıkrasında da yer almakta olup fıkra uyarınca Komisyon, gerekli gördüğü durumlarda kararlarını uygun vasıtalarla kamuoyuna duyurabilir.

⁹⁸ 6713 sayılı Kanun’un 4/4 fıkrasında “*Birinci fıkranın (d) ve (e) bentleri uyarınca kamuoyuna yapılacak açıklamalarda, 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununda yer alan sınırlamalar dikkate alınır*” hükmü yer almakta olup bu fıkrada da (c) bendindeki raporlar için Bilgi Edinme Hakkı Kanununa atıf yoktur.

alır veya bunu resen öğrenirse Kurul Başkanlığından (İçişleri Bakanlığı Mülkiye Teftiş Kurulu) söz konusu ihbar veya şikâyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde disiplin soruşturması açılmasını isteyebilecektir. Bu istem üzerine Kurul Başkanlığınca genel disiplin hükümlerine göre işlem yapılacaktır. Fıkranın yazımından Komisyonun disiplin soruşturması açılması isteminin bağlayıcı olduğu görülmektedir. Ancak Teftiş Kurulunun yapılacak soruşturma sonrası kamu görevlisine disiplin cezası uygulamaması halinde Komisyonun bu karara karşı hangi yetkilere sahip olduğu veya bir yetkisi olup olmadığı belirsizdir.

Kanunun 5/9. maddesi uyarınca “*Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, Komisyonun istediği bilgi ve belgeleri talebi hâlinde Komisyona vermek zorunda*” olup bu hüküm Komisyonun etkinliği açısından olumlu bir düzenleme olmakla birlikte fıkrada geçen “özel hükümler”den ne anlaşılması gerektiği yine belirsizdir.

Kanunun 7. maddesiyle merkezî kayıt sistemi kurulmuştur. Kanunun 2/1-1 bendi uyarınca merkezi kayıt sistemi; “*Kolluk Gözetim Komisyonu ile bağlı kuruluşlar, valilikler ve kaymakamlıklar arasında, kolluk görevlileri hakkında idarî mercilerce yürütülen ceza ve disiplin işlemleriyle ilgili olarak gerekli bilgilerin kaydedilmesi ve yapılan uygulamaların izlenmesi amacıyla oluşturulan veri tabanını*” ifade etmektedir⁹⁹. Kanun’un 4/1-ç ve (d) bentleri uyarınca “*merkezî kayıt sisteminin etkili bir şekilde işlemesi ve geliştirilmesi için Bakanlığa önerilerde bulunmak ve bu sistemin işleyişini izlemek*”, “*merkezî kayıt sisteminden elde edilecek veri ve bilgilere ilişkin istatistikler hazırlamak, veri tabanı oluşturmak, ... veri ve bilgilerin analizini yapmak ... ve gerekli görülen hâllerde bu analizlerin sonuçlarını kamuoyuna duyurmak*”

⁹⁹ Kanun’un genel gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “*Kolluk görevlileri ile ilgili tüm şikâyet ve ihbarları kapsamı öngörülen sistem, Kolluk Gözetim Komisyonu tarafından izlenecek ve gözetlenecektir. Kolluk Gözetim Komisyonunun merkezî bir otorite sıfatıyla kolluk şikâyet sistemine ilişkin konularda Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı arasında uygulama birliğini sağlaması, oluşturulacak veri tabanı ile ileriye dönük politikalar geliştirilmesine katkı sağlaması, kolluk teşkilâtının hesap verebilirliği, etkinliği ve saydamlığını güçlendirmesi, kolluğa yönelik toplumsal güvenin artmasına katkı sağlaması hedeflenmektedir. Ülkemizde kolluk hakkında yapılan şikâyetlerle ilgili etkin bir şikâyet kayıt ve analiz sistemi bulunmamaktadır. Mevcut verilerle doğru politikaların üretilmesi, yaşanan problemlerin doğru şekilde teşhis edilmesi mümkün değildir. Ülkemizde şikâyet kaydı ile ilgili belirlenmiş standartlar olmadığı gibi, kolluk teşkilâtları arasında da bu anlamda bir yeknesaklık mevcut değildir. Bu nedenle, Tasarı ile Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli kolluk görevlileri hakkındaki ihbar ve şikâyetlerin kayıt altına alınmasını öngören merkezî bir kayıt sistemi oluşturulması öngörülmektedir.*”

Komisyonun görevidir¹⁰⁰. 7. madde uyarınca kolluk görevlileri hakkında Komisyona ve/veya diğer idarî mercilere¹⁰¹ yapılan her türlü ihbar ve şikâyet, merkezî kayıt sisteminden bir numara verilerek kayıt altına alınacak, bu numara ihbar veya şikâyette bulunana tebliğ edilecektir. İdarenin resen tespit ettiği, işlem yapılmasını gerektiren fiil ve hâller için de merkezî kayıt sisteminden bir numara verilecektir. Kanunda yazan şartları taşımamasından dolayı işleme konulmayan ihbar ve şikâyetlerle ilgili bilgiler de merkezî kayıt sistemine işlenecektir. İhbar ve şikâyetlere yönelik bir numara verilmesi ileride sürecin takip edilmesini kolaylaştıracağı gibi aynı konuda mükerrer inceleme yapılmasının da önüne geçebilir. Ancak merkezi kayıt sistemine adli makamların kolluk görevlileri hakkında başlatmış oldukları ceza soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin işlemlerin dâhil edilmemesi bir eksikliktir. Zira bu durumda kolluk personelinin hukuka aykırı eylemlerinin tam olarak kayıt altına alındığı söylenemez¹⁰².

Kanunun 8. maddesinde kolluk görevlileri hakkındaki hukuka aykırı eylemler nedeniyle idarece yapılacak ön inceleme ve disiplin soruşturmaları kapsamındaki işler düzenlenmektedir. Maddenin 1/a bendinde kolluk personelinin suç işlediğine yönelik olarak Kanunun 7/2. fıkrasındaki şartlara

¹⁰⁰ Kanun'un 4. madde gerekçesinde de “merkezî kayıt sistemi aracılığı ile Komisyona kolluk şikâyet sistemini izleme inkâmı sağlanmaktadır” ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁰¹ Türkiye’de kolluk faaliyetlerine yönelik şikâyetler Devletin farklı birimlerine yapılabilmektedir. Bu cümleden olmak üzere; Cumhurbaşkanlığı, TBMM Başkanlığı (İnsan Hakları İnceleme Komisyonu ve Dilekçe Komisyonu), Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, İçişleri Bakanlığı, Adalet Bakanlığı (cumhuriyet savcılıkları), Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı, valilik ve kaymakamlıklar, il ve ilçelerdeki kolluk makamları (emniyet müdürlük veya amirlikleri, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlıkları), il ve ilçe insan hakları komisyonları, Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER), Kamu Denetçiliği Kurumu, İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu başvurulara muhatap olabilmektedir. Kolluğa yönelik şikâyetlerin, birden fazla makama yapılabilmesi; aynı şikâyetle ilgili birden fazla Devlet biriminin işlem yürütmesine neden olmakta ve şikâyetin takibini zorlaştırmaktadır. Ayrıca aynı şikâyetle ilgili olarak farklı birimlerce mükerrer inceleme yapılması veya aynı konuda farklı kararlar alınması olasılığı da artmaktadır. Seçkin YAVUZDOĞAN, “İngiltere’de Bağımsız Kolluk Şikâyet Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 1245 vd; ALTUNTOP, s. 55.

¹⁰² Kanun’un 8/3. fıkrasında “Cumhuriyet savcıları, 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 bildirir. Bakanlık, valilik ve kaymakamlıklar ile idarî soruşturmayı yürüten görevliler, soruşturmanın gizliliğine zarar verilmemesine yönelik gerekli tüm tedbirleri alır” şeklinde bir hükme yer verilmesine rağmen adli makamların kolluk personeli hakkında yaptığı işlemlerin kayıt sistemine dâhil edilmemesi bir çelişki olarak değerlendirilebilir.

uygun herhangi bir ihbar veya şikâyet alındığında ya da böyle bir durum resen öğrenildiğinde, soruşturma izni vermeye yetkili mercilerin ve/veya disiplin amirlerinin 4483 sayılı Kanun ve/veya kolluk görevlilerinin tâbi oldukları disiplin mevzuatı uyarınca gerekli işlemleri yerine getirecekleri belirtilmekte olup bu düzenleme mevcut uygulama ve düzenlemenin tekrarı niteliğindedir.

8. maddenin 1/b bendinde, kolluk personeli tarafından işlendiği iddia edilen veya doğrudan öğrenilen öldürme, kasten yaralama, işkence, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili ön incelemelerin ve/veya disiplin soruşturmalarının mülkiye müfettişleri tarafından yapılmasının esas olduğu; olayın niteliğinin gerektirdiği hâllerde, ön incelemeyi ve/veya disiplin soruşturmasını yürüten mülkiye müfettişleriyle birlikte görev yapmak üzere bağlı kuruluşların müfettişlerinin de görevlendirilebileceği; söz konusu suçlarla ilgili ön inceleme ve/veya disiplin soruşturmalarının valiliklerce veya kaymakamlıklarca yapılması hâlinde ise bu işlemlerin imkânlar ölçüsünde mülkî idare amirliği hizmetleri sınıfında bulunan görevliler tarafından yürütüleceği belirtilmektedir. Maddenin gerekçesinde düzenlemenin amacı olarak *“kolluk görevlileri hakkındaki önemli hukuka aykırılık iddialarının soruşturmalarının kolluk birimleri dışında, uzmanlaşmış görevliler tarafından yerine getirilmesini sağlamaktır. Bu suretle bir taraftan yapılan soruşturmalar hakkında kamuoyunun güven duygusunun güçlendirilmesi hedeflenmekte, diğer taraftan yapılan soruşturmaların etkinliğinin artırılması”* gösterilmektedir.

Kanun’un 8/1-b bendi incelendiğinde; Komisyona önemli hukuka aykırılık iddialarını bizzat inceleme ve soruşturma yapma yetkisi verilmediği hatta bu konularda Komisyonun tamamen sürecin dışına itildiği görülmektedir. Nitekim Mülkiye Teftiş Kurulu, şikâyet sisteminin yürütülmesinde merkezde bulunmakta olup soruşturma ve ön incelemelerde görev alacak mülkiye müfettişleri Komisyona değil İçişleri Bakanlığına karşı sorumludur. Komisyona Kanunda belirtilen fiillere yönelik soruşturma ve ön incelemeleri gerçekleştirmek için kendi personelini bağımsız bir biçimde istihdam etme yetkisi verilmemiştir.

Kanun’un 8/2 fıkrasında, Teftiş Kurulu Başkanlığınca, 8 ve 4. madde hükümleri çerçevesinde verilen görevleri yürütmek üzere yeteri kadar mülkiye müfettişi görevlendirileceği; bu müfettişlere bu görevlerin haricinde başka bir görev verilemeyeceği; müfettişlerin belirlenmesi esaslarının, görevlendirme yöntemi ve hizmet içi eğitimleri ile benzeri hususların Bakanlık tarafından

hazırlanarak Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir¹⁰³. Bu fıkra uyarınca Komisyon müfettişlerin seçiminden tamamen yetkisizdir. Dahası müfettişlerin seçilme kriterlerinin, görevlendirme yöntemlerinin ve hatta Kanunun ismen zikretmeye bile değer görmediği pek çok hususun tamamen yönetmeliğe bırakılmış olması (6713 s. Kanun m. 8/2), idarenin kanuniliğine ve kamu görevlilerinin özlük işlerinin kanunla düzenlenmesini öngören Anayasal hükümlere ve denetim birimi personelinin bağımsız çalışması gereğine aykırıdır.

Genel Gerekçede hukuka aykırı fiillerin ön inceleme ve disiplin soruşturmalarının Mülkiye Teftiş Kurulu bünyesinde ve mülkiye müfettişlerinden müteşekkil bir grup müfettiş tarafından yapılmasının öngörüldüğü; Mülkiye Teftiş Kurulunun, Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik birimlerinin hiyerarşisinin dışında doğrudan İçişleri Bakanına bağlı olarak görev yapan bir denetim birimi olduğu; Türk kamu yönetiminde geçen yüz yıllık dönem içerisinde kolluk teşkilâtı üzerinde sivil denetimin sağlanması açısından çok önemli görev icra eden Mülkiye Teftiş Kurulunun yeni şikâyet sisteminin yürütülmesinde de temel bir fonksiyon icra edeceği belirtilmektedir. Ancak polis, jandarma ve sahil güvenliğin yerine getirdiği kolluk faaliyetlerinden sorumlu olan İçişleri Bakanlığının aynı zamanda denetim konusunda yetkili olması bağımsız denetim sisteminin mantığına aykırıdır. Bağımsız denetimin işlerlik kazanması Komisyonun yürütme ve idareyle ilişkisinin sınırlı olmasına; soruşturmacıların soruşturulacak olanlarla aynı hiyerarşiye tabi olmaması bağlıdır¹⁰⁴.

D. Birimin Kararları

Birim, yapılacak denetim sonucunda hukuka aykırılık tespit etmezse başka bir işlem yapılmasına gerek olmadığına karar verilebilir. Ancak birim, şikâyet konusu eylem hukuka aykırıysa, eylemin niteliğine göre ceza veya disiplin soruşturması başlatılmasını isteyebileceği gibi kolluk uygulamalarında çeşitli değişiklikler yapılması isteme yetkisine de sahip olmalıdır¹⁰⁵.

¹⁰³ Genel Gerekçede “Mülkiye Teftiş Kurulunun bir taraftan Gözetim Komisyonu sekreteryası görevini yürütmesi, diğer taraftan Kurul bünyesinde oluşturulacak müfettiş grubu aracılığıyla önemli nitelikteki ihlal iddialarının soruşturmalarının yapılmasından sorumlu olması öngörülmektedir” ifadelerine yer verilirken Madde gerekçesinde bu düzenlemeyle “kolluk görevlileri hakkındaki iddialarla ilgili olarak Mülkiye Teftiş Kurulu bünyesinde uzmanlaşmış bir grup oluşturularak, yapılan soruşturmaların daha etkili şekilde yürütülmesi sağlanaca”ğı belirtilmektedir.

¹⁰⁴ Amnesty International, s. 10, (Spain).

¹⁰⁵ DOSSETT, s. 11.

Birimin alacağı kararların bağlayıcı olması son derece önemlidir. Aksi halde birim ne kadar bağımsız ve düzgün bir süreç yürütmüş olsa da etkinliğinden söz edilemez¹⁰⁶. Bu noktada en azından tedbir alınmasını, idari ve cezai soruşturma açılmasını önerme yetkisinin birime tanınması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁷. Ayrıca birimin yapacağı inceleme sonucunda verilen kararlara karşı şikâyetçiye, birim içinde varsa daha üst bir makama veya başka bir devlet organına itiraz edebilme hakkı tanınması gerektiği de ifade edilmektedir¹⁰⁸.

6713 sayılı Kanun incelendiğinde; Kolluk Gözetim Komisyonu'nun icrai karar alma yetkisinden ziyade görüş bildirme yetkiyle donatıldığı görülmektedir. Dahası Komisyonun icrai nitelikteki olduğu söylenebilecek bir kısım yetkisinde bile çeşitli eksiklikler bulunmaktadır. Örneğin Kanun'un 4/1-b bendi uyarınca Komisyon *"Kolluk görevlilerinin işledikleri iddia edilen suçlardan veya disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarından dolayı gerektiğinde yetkili merciler tarafından haklarında disiplin soruşturması yapılmasını istemek"* yetkisine sahiptir. Ancak idarenin Komisyonun bu talebine uymak zorunda olup olmadığı belirsizdir. Dahası idarenin Komisyonun talebini cevapsız bırakması halinde Komisyonun ne tür hakları olduğu veya herhangi bir hakkı olup olmadığı da belirsizdir. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca *"Kolluk görevlilerinin disiplin cezasını gerektiren eylem, tutum veya davranışlarıyla ilgili ihbar ve şikâyetlerin Komisyona intikal etmesi veya Komisyon tarafından resen öğrenilmesi üzerine Komisyon, Kurul Başkanlığından söz konusu ihbar veya şikâyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde disiplin soruşturması açılmasını isteyebilir. Bu istem üzerine Kurul Başkanlığınca genel disiplin hükümlerine göre işlem yapılır."* Fıkranın yazılışı Kanun'un 4/1-b bendi uyarınca idareye istinaden Kurul Başkanlığını bağlar gözükse de Kurulun tesis edeceği işleme karşı Komisyonun hangi imkânlara sahip olduğu açık değildir. Bahsi geçen bütün bu düzenlemeler, Komisyonun kolluk üzerinde gerçek anlamda etkin olabilmesi önünde büyük engel teşkil etmektedir.

¹⁰⁶ Tanzania ve Hindistan'da birim kararlarına uyulmazsa veya bu kararların uygulanması geciktirilirse birimin bu kararların etkinliğinin sağlanması amacıyla mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır. MEHTA, s. 7, (Commonwealth).

¹⁰⁷ UN, par. 43 vd, (A/HRC/14/24/Add.8).

¹⁰⁸ Amnesty International, s. 30.

E. Birimin Bağımsızlığı

Birim kolluktan organik ve fonksiyonel anlamda ayrı¹⁰⁹; yürütme ve politik baskılardan uzak olmalıdır¹¹⁰. Bağımsızlığın sağlanması için ilk olarak karar mercilerinin sivil kişilerden oluşması gerekir. Ayrıca birimin çalışacağı ofis kolluk binaları dışında bulunmalı (ayrı bir binaya sahip olması)¹¹¹, birimin yeterli mali kaynağa sahip olmalı ve üstünde mali baskı bulunmamalıdır¹¹².

Birim, görevlerinin ifasında ihtiyaç duyacağı personeli kendisi seçmelidir. Kurul üyelerinin kolluk mesleğinden gelmemesi gereğine karşın birimde görev alacak personelin önceden kolluk geçmişi olması mümkün ve hatta gereklidir. Ancak bu halde de kolluk kökenli personelin, soruşturmada görevli toplam personel içinde azınlıkta kalması gerekir¹¹³.

Fonksiyonel bağımsızlık kurulun işlerini yaparken kolluğa ne düzeyde bağlı hareket ettiği ile yani soruşturmanın kolluk personeli tarafından yürütülüp yürütülmediği ile ilgilidir¹¹⁴. Yapılan soruşturmada delil toplama ve sonucunda konuyu adli makamlara taşıma ve dava açma yetkilerine sahip olma birimin fonksiyonel bağımsızlığı açısından önemlidir. Delil toplama gücünün olmaması, alınan kararların kağıt üstünde kalması ve tavsiye niteliği taşıması fonksiyonel bağımsızlık üzerinde olumsuz sonuçlar doğurur¹¹⁵.

Birimin bağımsızlığının sağlanması için öncelikle kanunla kurulması ve önemli konuların da bu kanunda düzenlenmesi gerekir.

Siyasi baskı birimin bağımsızlığını olumsuz etkileyecek bir durum olup bütçe üzerinde sınırlama getirmek suretiyle veya üye atamalarında ve görevden almalarda kendini gösterir¹¹⁶. Bu nedenle birim bütçesinin yasama organı tarafından belirlenmesi ve birimin bu bütçesini kullanırken herhangi

¹⁰⁹6713 sayılı Kanunun Genel Gereğesinde Komisyonun organik anlamda bağımsızlığından ziyade fonksiyonel anlamda bağımsızlığına yönelik düzenlemeler getirildiği açıkça ifade edilmektedir.

¹¹⁰Soruşturanla soruşturulan arasında kurumsal, hiyerarşik bir ilişki olmamalı; uygulamada da bağımsızlık sağlanmalıdır. CE, s. 3, (CommDH(2009)4).

¹¹¹UN, par. 52, (A/HRC/14/24/Add.8); ALTUNTOP, s. 50.

¹¹²Birimin bütçesi üzerinde içişleri bakanlığının yetkisi olmamalı; birim bütçesi doğrudan meclis tarafından belirlenmelidir. CE, par. 37, (CommDH(2009)4).

¹¹³Amnesty International, s. 25.

¹¹⁴ALTUNTOP, s. 51.

¹¹⁵ALTUNTOP, s. 51.

¹¹⁶UN, par. 55, (A/HRC/14/24/Add.8).

bir müdahale tehlikesiyle karşılaşmaması gerekir¹¹⁷. Ayrıca birimin karar organında (kurul, komisyon) görev alacak üyelerin seçimi, üyelerin taşınması gereken şartlar ve görevden alınma koşulları da birimi kuran kanunda açıkça düzenlenmelidir¹¹⁸.

Birim yürütmeden ziyade yasamaya karşı sorumlu olmalıdır¹¹⁹. Yasamanın üye seçiminde daha fazla rol alması birimin bağımsızlığını aynı oranda arttıracaktır¹²⁰. Bu görüşe istinaden örneğin 2008 yılında faaliyete geçen Macaristan Bağımsız Polis Şikâyet Kurulu, meclis tarafından 6 yıllık bir süre için seçilen beş üyeden oluşmakta ve sadece bir kere seçilebilmektedir¹²¹. Birim yasama¹²² yerine yürütmeye karşı sorumlu olduğu takdirde, kolluk da yürütmeye karşı sorumlu olduğundan, denetimden istenen sonuçlar alınamaz¹²³.

Bağımsızlık sadece kurul üyeleri için değil aynı zamanda personel için de mevcut olmalıdır. Ancak üyelerin aksine personelin birkaç yıl önce emekli olmuş kolluk personeli olması veya en azından başka yerlerde çalışan kolluk personeli olması mümkündür¹²⁴. Birim çalıştıracağı personeli, kanunda belirlenen kriterler çerçevesinde, kendisi atama yetkisine sahip olmalıdır.

Personelin seçiminde yeterlikleri esas alınmalı onun dışında siyasi veya başka nedenler atanmalarında göz önünde bulundurulmamalıdır¹²⁵. Ayrıca üyeler ve personelin belirlenmesinde toplumda yer alan çeşitliliğe özen gösterilmesi de gerekir. Altuntop'a göre *"IPCC'de pek çok farklı alan,*

¹¹⁷ UN, par. 60, (A/HRC/14/24/Add.8).

¹¹⁸ Amnesty International, s. 24.

¹¹⁹ Kuzey İrlanda Polis Ombudsmanı Kuzey İrlanda Meclisine karşı sorumludur. DOSSETT, s. 12. Fırat/Erdem'e göre de birim ve denetleyeceği kolluğun aynı bakanlığa bağlı olması, kararlarının tarafsızlığına ve şeffaflığına gölge düşürür. Bu nedenle üyelerin atama ile değil seçimle göreve gelmesi gerekir. FIRAT/ERDEM, s. 130. Bu önerilerin hiçbiri kabul edilmese bile yine de birim içişleri bakanlığı yerine adalet bakanlığına bağlanabilir.

¹²⁰ WISLER, s. 30.

¹²¹ CE, par. 88, (AS/Ega (2013) 41).

¹²² Meclis kolluk faaliyetlerinin siyasal denetimini; içişleri bakanını, başbakanı ve bakanlar kurulunu denetleyerek yerine getirir. Yine kolluğun mali denetimi de Meclis adına Sayıştay tarafından yapılır. Ancak kolluk faaliyetlerinin daha yakından denetlenmesine imkân veren mekanizmalar bulunmadığından Meclis bu konuda yetersiz kalmaktadır. Bu nedenle birimin meclise karşı sorumlu olarak kolluğu denetlemesi gerektiği; en azından kurulacak birimde üyelerden bir kısmının meclis tarafından seçilmesi gerektiği söylenebilir.

¹²³ Amnesty International, s. 26.

¹²⁴ UNODC, s. 50.

¹²⁵ UNODC, s. 49.

*etnik köken ve cinsiyetten kişilerin istihdam edilmesine özen gösterilmekte ve komisyon üyeleri arasında avukatlar, sağlık ve eğitim profesyonelleri, gönüllü kuruluşlardan, ticari ve sosyal kurumlardan gelen kişiler bulunmaktadır*¹²⁶.” Bu husus, çeşitli organizasyonların konuya ilişkin rapor ve tavsiye kararlarında da yer almaktadır¹²⁷.

Kurul üyeleri çeşitli alanlarda mesleki yeterlilik ve tecrübeye sahip olmalıdır. Örneğin Kenya ve Danimarka’da kurul üyelerinin bir kısmının hakim, avukat, öğretim üyesi olması zorunludur. Ayrıca yine kamuyu temsil adına iki temsilciye de birimde yer verilmektedir. Bu noktada hali hazırda polis olan veya önceden polislik yapmış kişilerin üye olmaması gerekir¹²⁸. Üye olarak atanamayacaklar konusunda bir diğer sınırlama ise siyasilere yöneliktir. Kenya’da siyasi partilerde görev almış kişilerin üyesi olması yasaklanmıştır¹²⁹.

Konuya ilişkin olarak 6713 sayılı Kanun’un 3/1. fıkrasında “*Bu Kanunla verilen görevleri, kendi yetki ve sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getirmek üzere Kolluk Gözetim Komisyonu kurulmuştur. Komisyon, İçişleri Bakanlığı bünyesinde sürekli kurul olarak görev yapar*” hükmü yer almaktadır.

Komisyonun kanunla kurulması; görevlerini kendi yetki ve sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getireceğinin belirtilmesi; hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Komisyonun kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceğinin, tavsiye veya telkinde bulunamayacağının açıkça ifade edilmesi; öğretim üyeleri ile serbest avukatlar arasından seçilecek üyelerin üyelikleri süresince Komisyondaki görevlerinden alınamayacak olması olumlu düzenlemeler olmakla birlikte, Kanunda Komisyonun bağımsızlığını engelleyen pek çok düzenleme bulunmaktadır.

Kanunda, Komisyonun İçişleri Bakanlığı bünyesinde sürekli kurul olarak görev yapacağını; Komisyonun faaliyetleri ve diğer ihtiyaçları ile yolluk giderleri için, her yıl İçişleri Bakanlığı bütçesine gerekli ödenek konulacağını (madde 5/10) ve Komisyonun sekreteryaya hizmetlerinin, Kurul Başkanlığı tarafından yerine getirileceğinin (madde 6) belirtilmesi Komisyonun bağımsızlığına gölge düşürecek niteliktedir.

¹²⁶ ALTUNTOP, s. 47.

¹²⁷Kenya polis gözetim biriminde birimi kuran kanun uyarınca birim üyeliği için yarışan adayların üçte ikisinden fazlasının aynı cinsiyetten olması yasaktır. Amnesty International, s. 24. Ayrıca bkz. CE, par. 38, (CommDH(2009)4). Ayrıca bkz. UNODC, s. 50.

¹²⁸ Amnesty International, s. 24.

¹²⁹ Amnesty International, s. 24.

Kanunun 3/2. fıkrası maddesi uyarınca “*Komisyon; Müsteşarın başkanlığında, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı, Kurul Başkanı, Bakanlık I. Hukuk Müşaviri, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü, üniversitelerin ceza ve ceza usul hukuku ana bilim dallarında görevli öğretim üyeleri arasından Bakanın teklif edeceği üç aday ile baro başkanı seçilme yeterliğine sahip serbest avukatlar arasından Adalet Bakanının teklif edeceği üç aday arasından Bakanlar Kurulunca seçilecek birer üyeden oluşur.*” Kanunun 5/1. maddesinde ise Komisyon toplantılarını Başkanın yöneteceği; Başkanın izin, hastalık veya başka bir nedenle görevde bulunmadığı hâllerde ise Kurul Başkanının, Başkana vekâlet edeceği belirtilmektedir. Bu hükümler de göz önünde bulundurulduğunda Komisyon’un başkanını seçmemesi, İçişleri Bakanlığı Müsteşarının Komisyonun doğal başkanı olması Komisyonun bağımsız bir biçimde çalışması önünde engel teşkil eder.

Komisyon üyelerinin pek çoğu üzerinde İçişleri Bakanının etkisi fazlasıyla görülmektedir. Öncelikle İçişleri Bakanlığı Müsteşarı, Teftiş Kurulu Başkanı, Bakanlık I. Hukuk Müşaviri doğrudan Bakana karşı sorumludur. Üniversitelerin ceza ve ceza usul hukuku ana bilim dallarında görevli öğretim üyeleri arasından seçilecek üyeyi teklif etmek de Bakanın yetkisine bırakılmıştır. Ayrıca Kanunun 6. maddesinde Komisyonun sekreteryaya hizmetlerinin, Kurul Başkanlığı tarafından yerine getirileceği; hizmetlerin sevk ve idaresinde Kurul Başkanına yardımcı olmak üzere, en az beş yıllık meslekî kıdeme sahip bir mülkiye başmüfettişi, Kurul Başkanının önerisi ve Başkanın teklifi üzerine Bakan onayı ile görevlendirileceği belirtilmektedir.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü’nün Komisyonun doğal üyesi olması, Adalet Bakanının serbest avukatlar arasından seçilecek üyeyi aday gösterme yetkisine sahip olması da Komisyon üzerinde tamamen yürütmenin etkin olduğunu göstermektedir.

Kanunda Komisyon üyelerinin belirlenmesinde sivil toplum katılımı hiçbir şekilde öngörülmemiştir. Oysa öğretim üyeleri ve avukatlar için sivil toplum kuruluşlarında çalışmış olma kriteri getirilmesi mümkündür. Ayrıca avukat üyenin belirlenmesinde Türkiye Barolar Birliği (TBB) sürece dahil edilebilir ve bu sayede birimin sivil ve bağımsız olması sağlanabilirdi. Aynı husus öğretim üyeleri için de geçerlidir. Burada da ceza hukuku öğretim üyelerinin kendi aralarından seçeceği bir öğretim üyesinin Komisyona katılması yönünde bir düzenleme yapılabilirdi.

Komisyonun teşekkülüne ilişkin bir diğer eksiklik ise hâkimlere yer verilmemiş olmasıdır. Komisyona Danıştay ve Yargıtay’dan belli sayıda

üyenin Mahkemelerin kendi içinde yapacağı bir seçim sonucu belirlenerek görevlendirilmesi düşünülebilirdi.

Kanununun 5/3. fıkrasında “*Öğretim üyeleri ile serbest avukatlar arasından seçilecek üyelerin, seçilmelerinden önceki son beş yıl içinde herhangi bir siyasi partiyle üyelik veya başka türde bir görev ilişkilerinin bulunmaması şartı*(1)” getirilmiştir. Öncelikle bu şart sadece öğretim üyeleri ve avukatlar için değil Komisyon’da görev alacak bütün üyeler için kabul edilmelidir. Dahası son beş yıllla sınırlamak yerine hiçbir şekilde bir siyasi partiyle ilişkili olmama şartı aranması daha yerinde bir uygulama olacaktır. Bunun yanında Komisyon üyeleri için sadece siyasi partiyle ilişki olmama değil aynı zamanda önceden kolluk personeli olarak görev yapmamış olma şartı da getirilmelidir¹³⁰.

F. Birimin Saydamlığı ve Rapor Yükümlülüğü

Birimin mevcudiyeti, bağımsız denetim sisteminden istenen sonuçların alınması için tek başına yeterli değildir. Bağımsız denetim sisteminden istenen sonucun alınması için; birimin etkinliğinin, kaynaklarını nasıl kullandığının ve kolluk üzerindeki etkilerinin neler olduğunun incelenmesi ve eksikliklerin giderilmesini gerekir¹³¹. Yani denetim birimi de kolluk kadar denetime açık olmalıdır¹³².

Düzenli rapor yayınlamak hem birimin hem de kolluğun hesap verebilirliğini sağlamak açısından önemlidir. Raporlama yükümlülüğünün usul ve esasları ise kanunla düzenlenmelidir. Bu cümleden olmak üzere raporda; verilen kararlar, bu kararlar üzerine idarelerce yapılan işlemler, idarelerin cevapları, şikâyetler hakkında yapılan işlemler ve detayları mağdur ve failin kimlikleri gizli kalmak suretiyle belirtilmeli ayrıca raporlarda istatistiki bilgilere de yer verilmelidir¹³³.

Raporlar ilgili bakanlığa sunulurken aynı zamanda bir örneği meclise gönderilmeli ve kamuoyunun bilgisine sunulmak amacıyla yayınlanmalıdır¹³⁴.

¹³⁰ Madde gerekçesinde “*Komisyonunda kolluk teşkilâtlarının (Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Sahil Güvenlik Komutanlığı) temsilcilerine yer verilmemiş olup, bununla Komisyonun fonksiyonel anlamdaki bağımsız niteliğinin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır*” ifadelerine yer verilmekle birlikte önceden kolluk personeli olarak görev yapmış kişilerin Komisyonunda görev almasını engelleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır.

¹³¹ UNODC, s. 68.

¹³² UNODC, s. 50.

¹³³ Raporlarda birim bütçesi ve harcamaları da belirtilmelidir. Amnesty International, s. 26 vd.

¹³⁴ UNODC, s. 50.

Ancak bu noktada tanıkların, mağdurun ve kolluk personelinin korunması açısından gerekli gizlilik ihmal edilmemelidir¹³⁵. 6713 sayılı Kanun madde 4/1-e uyarınca Komisyon, görev alanına giren konularda tespit, görüş ve öneriler içeren yıllık raporlarını her yıl mart ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ile Başbakanlığa göndermek ve kamuoyuna açıklamakla yükümlüdür.

6713 sayılı Kanun'un 5/8. fıkrası uyarınca Komisyon, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri saklı kalmak üzere, gerekli gördüğü durumlarda, kararlarını uygun vasıtalarla kamuoyuna duyurabilir. Aynı Kanunun 4/1-c bendinde ise Komisyona “*raporlardan uygun gördüklerini kamuoyuna açıklamak*” görevi verilmiştir. Görüldüğü üzere bu hükümler kararlarını ve bir kısım raporlarını yayınlayıp yayınlamama konusunda Komisyona takdir yetkisi vermektedir. Ancak takdir yetkisi yerine Komisyona gerekli tedbirleri aldıktan sonra kararlarını yayınlama yükümlülüğü getirilmesi daha uygun olacaktır.

G. Birim - Sivil Toplum İlişkisi

Avrupa Polis Etik İlkeleri madde 18 uyarınca kolluk, uygun olduğu ölçüde, diğer kurumlarla, yerel topluluklarla, hükümet dışı organizasyonlarla ve etnik azınlıklar dahil toplum temsilcileriyle etkili bir işbirliği içinde olacak tarzda düzenlenmelidir¹³⁶.

Birimin sivil topluma düzenli olarak istişarede bulunması; kolluk faaliyetlerine ilişkin politikaların oluşturulmasında sivil toplum örgütlerinin görüşlerini alması gerekir. Bu gereklilik özellikle, birim imkânlarının sınırlı olduğu durumlarda önem arz eder. Birim yapacağı bu toplantılarda, sivil toplumun bilgi ve tecrübesinden yararlanmak suretiyle geliştirilecek politikaları belirleyebilir. Örneğin İngiltere ve Galler’de kolluk reformu kanununun hazırlanmasında *Liberty* adlı sivil toplum örgütü etkili olmuştur. Buna ek olarak sivil toplumla yapılacak işbirliği hukuka aykırılık iddialarının birim önüne daha kolay götürülmesine ve toplumun birimin işe yarayacağına olan inancının artmasına yardımcı olur¹³⁷.

¹³⁵ UN, par. 61 vd, (A/HRC/14/24/Add.8).

¹³⁶ Cerrah’a göre yasama, yürütme, yargı devlet yapısı içinde kısmen birbirlerinden farklı ve bağımsız görünseler de sonuçta bir bütünün parçalarıdır ve bu erkler tarafından yapılması gereken denetimler gerekli ve hatta zorunlu olmakla beraber, hiçbir zaman sivil toplum tarafından yapılması gereken denetimin yerini tutamaz veya onu gereksiz kılamaz. CERRAH, s. 43.

¹³⁷ UN, par. 70, (A/HRC/14/24/Add.8).

Sivil toplum mevcut sistemin halka duyurulmasında kullanılabilir, birimin yaptığı incelemelerde birimin yanında yer alabilir, birimi harekete geçirebilir¹³⁸ veya bilgi vermek suretiyle birime yardımcı olabilir¹³⁹. Bütün bunlar sivil toplumun birimin çalışmasında etkili olabileme araçlarıdır.

6713 sayılı Kanun madde 4/1-h'de “Görev alanına giren konularda üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve ilgili sivil toplum kuruluşları ile iletişim kurmak ve iş birliği yapmak” hükmü yer alırken Kanunun 5/4. fıkrasında “İhtiyaç duyulması hâlinde, gündemdeki konularla ilgili olarak görüşlerinden yararlanılmak üzere kamu görevlileri, özel kuruluşların temsilcileri veya uzmanlar, Başkan tarafından Komisyon toplantılarına davet edilebilir” hükmü yer almaktadır. Her ne kadar Kanunda yaptırımı olmayan veya Komisyonun takdir yetkisi içinde olan düzenlemelere yer verilmişse de sivil toplumun Komisyonun çalışması sırasında gerçek anlamda etkin olabileceğini söylemek mümkün değildir. Zira Komisyon üyeleri arasında sivil toplum örgütlerinde görev yapmış kamu görevlileri yer almadığı gibi TBB gibi meslek örgütleri dahi üye seçiminden dışlanmıştır.

VI. SONUÇ

Devletler kolluğun bağımsız denetimine ilişkin birimler kurmaya başlamış olmakla birlikte bu tek başına yeterli değildir. Zira birimlerin yetkileri yetersiz kaldığı, birimler politik destek görmediği, mali ve personel açıdan yeterli kaynak ve bağımsızlığa sahip olmadığı ve kararları etkisiz kaldığı müddetçe, kağıttan kaplan “paper tiger” olmaktan ileriye gidemeyeceklerdir¹⁴⁰.

Kolluğa ilişkin etkin denetim mekanizmaları getirilmesi, kolluk gücünün dengelenmesi ve hukuk içinde kalmasını sağlar. Kolluk gözetimi sadece hukuka aykırı fiillerin gerçekleştirilmesini veya bu fiillere cezai ve idari yaptırımların uygulanmasını sağlamakla kalmaz aynı zamanda kolluğun meşruiyetinin güçlendirilmesinde de önemli bir rol oynar¹⁴¹. Bu cümleden olmak üzere, birimin bireysel şikâyetleri incelerken şikâyete konu fiillerin bir daha gerçekleşmemesine yönelik inceleme ve kararlar alma yetkisiyle donatılması da gerekir.

¹³⁸ Sivil toplum kuruluşlarının etkinliğini arttırmak için bunlara, herhangi bir ön şart olmadan, şikâyetçi olma hakkı tanınabilir.

¹³⁹ LEIGH, s. 45 ve 52.

¹⁴⁰ UN, par. 4, (A/HRC/14/24/Add.8).

¹⁴¹ Amnesty International, s. 5.

6713 sayılı Kanunla hukuk sistemimize giren Kolluk Gözetim Komisyonu bağımsız denetim sisteminden amaçlanan sonuçları alabilecek gibi görünmemektedir. Bu noktada eksiklik kendini özellikle Komisyonun yetkilerinin yetersiz ve bağımsızlığının sağlanamamış olmasında göstermektedir. Yine Komisyonun ülke çapında örgütlenmeyişi, personel sayısının azlığı, kamuoyunun Komisyonun mevcudiyetinden hemen hiç haberdar olmaması da denetim sisteminden beklenen sonuçların alınması önünde engel oluşturmaktadır.

Bütün bu açıklamalardan sonra son söz olarak, 6713 sayılı Kanunla kurulan Kolluk Gözetim Komisyonu'nun Türkiye'nin AB üyelik kriterleri için uğraştığı izlenimi vermeye yönelik bir çabadan ibaret olduğu söylenebilir¹⁴².

KAYNAKÇA

ALTUNTOP, Serkan: “*Hesapverebilirlik Bağlamında Kolluğun Sivil Denetimi: Sivil Gözetim Kurulları*”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Y. 2015, C. 33.

Amnesty International: Dutch Section, Police and Human Rights Programme, Short Paper Series No. 2, 2015.

Amnesty International: Spain: Report of Seminar “Police Complaints Investigation Mechanisms In The Spanish Context” Madrid 2008, (Spain).

BOER den Monica - FERNHOUT Roel: Policing The Police, Police Oversight Mechanisms in Europe: Towards a Comparative Overview of Ombudsmen and Their Competencies, 2008.

CERRAH, İbrahim: Avrupa Konseyi Avrupa Polis Etiği Kuralları ve Türkiye’de Güvenlik Personelinde Mesleki Sosyalleşme, DCAF – **TESEV Güvenlik Sektörü Çalışmaları Dizisi 3**, 2008.

Council of Europe Parliamentary Assembly: Committee on Equality and Non-Discrimination Tackling racism in the police Report, Rapporteur: Mr David DAVIES, (AS/Ega (2013) 41).

¹⁴²Türkiye’de fazla bir işlev görmeyen ve insan hakları alanında faaliyet gösteren ilk yapı Kolluk Gözetim Komisyonu değildir. Kolluk personel ve faaliyetlerine özgü olmamakla birlikte genel olarak insan hakları ihlalleri, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin incelenmesi için kurulan İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Kamu Denetçiliği Kurumu gibi yapılar da yeterli yetkiler tanınmadığı; sivil katılım yerine devlet bürokrasisine çok fazla ağırlık verdiği için istenen sonuçları verememiştir. ALTUNTOP, s. 55.

Council of Europe: Opinion Of The Commissioner For Human Rights Concerning Independent And Effective Determination Of Complaints Against The Police, (CommDH(2009)4).

Council of Europe: The European Code of Police Ethics, Recommendation Rec(2001)10, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 September 2001 and explanatory memorandum.

DOSSETT, Graham: Independent and Effective Police Complaints Mechanisms: Lessons Learnt from the European Context *in Strengthening Police Oversight and Accountability in Southern Africa*, Summary report on a workshop held in Johannesburg, South Africa, 4–6 December 2013.

ERZURUMLUOĞLU, Bayram: “Kolluk Kuvvetlerinin Demokratik Denetimi”, **ABD**, Y.67, S. 2, 2009.

FIRAT İsmail - ERDEM Emrah: “Türkiye’de İç Güvenlik Hizmeti Ve Kolluğun Sivil Denetimi”, **Sayıştay Dergisi**, Y. 2014, S. 94.

GUTHRIE Mark - MALUNGA Siphosami: “Legal Assistance and Legal Reform”, in. United Nations Development Programme, Public Oversight of the Security Sector, **A Handbook for Civil Society Organizations**, 2008.

Independent Investigation of Complaints against the Police, Policy Briefing Paper, http://www.policeaccountability.org.au/wp-content/uploads/2015/11/CLCpaper_final.pdf, (ET. 20.07.2016), 2015.

KOYUNCU, Erhan: “İç Güvenlik Sektörünün Sivil Gözetiminin Geliştirilmesi Projesi”, **İdarecinin Sesi** - Kasım-Aralık 2010, S. 142.

LEIGH Ian: “Executive, Legislative and Judicial Oversight and Guidance over the Security Sector”, in. United Nations Development Programme, Public Oversight of the Security Sector, **A Handbook for Civil Society Organizations**, 2008.

MEHTA, Swati: “Holding Police To Account For Misconduct: Police-Specific Complaints Agencies” http://www.humanrightsinitiative.org/programs/aj/police/res_mat/po_lice_specific_complaints_agencies.pdf , (ET. 20.07.2016), (police).

MEHTA, Swati: Police Complaints Agencies in the Commonwealth, , (Commonwealth).

MILLER, Joel: Civilian Oversight Of Policing Lessons from the

Literature, Global Meeting on Civilian Oversight of Police, Vera Institute of Justice, Los Angeles 2002.

OECD: Handbook on Security System Reform Supporting Security And Justice, 2007.

Türk Polisi ve Jandarması için Bağımsız Bir Polis Şikâyet Komisyonu ve Şikâyet Sistemi'nin Kurulması Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi, **Proje Briefingi**, 20 ŞUBAT 2007 - 01 ŞUBAT 2008.

Türk Polisi ve Jandarması için Bağımsız Bir Polis Şikâyet Komisyonu ve Şikâyet Sistemi Kurulması Projesi, **Beyin Fırtınası Toplantısı**, 5 & 6 Şubat 2008.

United Nations General Assembly: Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Study on Police Oversight Mechanisms, 2010, (A/HRC/14/24/Add.8).

United Nations Office On Drugs And Crime (UNODC): Handbook on Police Accountability, Oversight and Integrity, Criminal Justice Handbook Series, New York 2011.

WISLER, Dominique: Police Governance: European Union Best Practices, Coginta, 2011, <http://www.dcaf.ch/Publications/Police-Governance-European-Union-Best-Practices>, (ET. 20.07.2016).

YASİN, Melikşah: **İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.

YAVUZDOĞAN Seçkin – AKIN Havva Şimşek: “*Kolluğun Sivil Gözetimi*”, **TAAD**, Y. 6, S. 20.

YAVUZDOĞAN, Seçkin: “*İngiltere’de Bağımsız Kolluk Şikâyet Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği*”, **DEÜHFD**, C. 12, Özel Sayı, 2010, (Basım Yılı: 2012).

İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN İÇTİHADÎ KAYNAKLARI

Ayşe ÖZKAN DUVAN*

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, ulusal ya da uluslararası hukuk kaynaklarının mahkeme kararlarındaki yerini değil, mahkeme kararlarının insan hakları hukuku uygulamasına katkısını değerlendirmektir. Konuya ilişkin literatürde bugüne kadar yer bulmuş çalışmalar çoğunlukla ilgili mevzuatın mahkeme kararlarına etkisini konu etmiştir. Bu çalışmadaki amacımız ise konuyu tersten ele alarak içtihatların insan hakları uygulamasına etkisini saptamak, bu etkiyi maksimize etmenin getirilerini ortaya koymaktır. Özellikle Türk hukuk uygulamasında insan haklarına yönelik mevzuatın devamlı olarak değiştirildiği, her geçen gün anayasa ve yasa düzeyinde çok sayıda değişiklik gerçekleştirildiği halde, insan hakları uygulamasına ilişkin standartlar; mevzuat değişikliğinden kaynaklanan beklentiyi karşılayamamaktadır. Bu durumda üzerinde çalışılması gereken husus, insan hakları mevzuatının uygulayıcısı olan mahkemelerin içtihatlarının geliştirilmesi konusudur. İkinci bölümde tarihsel süreçte insan hakları hukukunun gelişimine içtihatlarıyla katkıda bulunmuş mahkemelerin deneyimlerinden faydalanmak ve üçüncü ile dördüncü bölümlerde Türk yargısındaki ve uluslararası mahkemelerin içtihatları arasındaki güncel etkileşimi değerlendirmek suretiyle, içtihat hukukunun insan haklarının gelişimine yönelik katkılarını somutlaştırabildiğimizi değerlendirmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, içtihat hukuku, anayasa yargısı, hukuk yaratma, içtihadî kaynaklar.

CASE LAW AS A SOURCE OF THE HUMAN RIGHTS LAW

ABSTRACT

The subject of this article is not about the effects of national or international human rights law sources to the case law, but on the contrary, to evaluate the contribution of the court's decisions to legislation. At the most of the legal publications related to human rights law, there is evaluation about the effects of legislative regulations to the legal practice. Our expectation from this work is by addressing the issues of case law to determine the effect of adverse human rights practices, the effect is to reveal the factors to maximize returns. In particular, Turkish law enforcement of legislations

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Genel Kamu Hukuku ABD. Öğretim Üyesi. e-posta: ayse.duvan@istanbul.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15.07.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01.11.2016

on human rights, which we change permanently at statutory or constitutional level even after the changes in legislation, standards on human rights practice, do not meet expectations arisen from legislative changes. At the second part we have tried to benefit from the historical judicial experiences of the courts which have contributed to the human rights case law. It must be underlined that development of the case law, which at the same time is a matter of enforcement of human rights legislations, is an important trigger mechanism in the development of human rights law. At the third and fourth part of the article we benefited from the Turkish and international examples to explain the power of the case law on the development in human rights.

Keywords: *human rights, case law, constitutional jurisprudence, law sources, creating law.*

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleriyle düzenlenmesi geleneksel bir yöntemdir. Ancak anayasa ya da yasalarda yer almayan birtakım hakların, temel hak ve özgürlük düzeyine yükseltilmesi yargısal içtihatlarla da mümkün olabilmektedir.¹ Kıta Avrupası sisteminin kabul gördüğü Türk hukukunda, yüksek mahkemeler tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları dışındaki mahkeme kararları hukukun asli (bağlayıcı) kaynakları arasında yer almamaktadır. Bu nedenle bir mahkeme belirli bir konuda vermiş olduğu bir kararı, aynı konuda yeniden dava açılması halinde tekrarlamak yükümlülüğü altında değildir. Kara Avrupası sisteminde ve Türk hukukunda mahkeme kararları tali (bağlayıcılığı bulunmayan) kaynak olma vasfındadır.² Bu nedenle Türk hukuk uygulamasında Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemelerin içtihatları bile diğer mahkemelerde ancak takdiri delil kategorisinde değerlendirilmektedir.

Kara Avrupası sistemine mahsus olan, içtihatların bağlayıcılık taşınamaması durumu, Anglo-Sakson hukuk sistemindeki aksine hukukun güncellenmesini kolaylaştırmak gibi bir netice doğurmaktadır. Öte yandan benzer hukuksal uyumsuzluklara ilişkin aynı mahkemenin ya da farklı mahkemelerin benzer kararlar çıkartmaması halinde bu sistem bir tür hukuksal

¹ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 65; Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 46.

² Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 57-58.

belirsizlik oluşturma potansiyelini bünyesinde barındırmaktadır. İşte bu yüzden Kara Avrupası sisteminde yargı mercilerinin benzer uyuşmazlıklarda benzer hukuksal çözüm yolunu izleyerek hüküm kurmaları şeklinde bir gelenek oluşmuştur. Daha önce verilmiş mahkeme kararlarından benzer olaylarda faydalanma geleneği içtihat hukukunu oluşturmaktadır. Ülkemizde özellikle derece mahkemeleri yüksek mahkemelerin kararlarına itibar ederek benzer olaylarda benzer kararlar çıkartmaya eğilim göstermektedir.³ Ancak insan hakları hukuku söz konusu olduğunda, derece mahkemelerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını izleyebilmesini sağlayacak teknik programlar geliştirildiği halde, henüz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile gelişen standartları yakalamada yeterli olunamadığı görülmektedir. Bu noktada Türk hukukundaki uygulayıcıların pozitif hukuk anlayışına sadık kalmasının etkisi ve bu alanda yürütülen çalışmaların yetersizliği gibi nedenlerle yargısal kararların, insan hakları hukukunun içtihatlarla beslenmesindeki işlevini güçlendirme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

1. İctihadî Kaynakların Niteliği ve Bağlayıcılığı Sorunu

Roma hukukundan köklerini alan Batı hukukunun içtihat hukuku olarak gelişim tarihi onuncu yüzyıla kadar gidebilmektedir. Hukuksal bir kararı ortaya koyabilmek için önceki davalarda verilen kararların esas alınması geleneğinin doğmasıyla Roma hukukunun yazılı yasa geleneğinden uzaklaşmış ve içtihat hukuku gelişmeye başlamıştır.⁴ İctihadın kelime anlamı örnek alınan mahkeme kararıdır. Başka bir deyişle içtihat, mahkemeler tarafından somut hukuksal uyuşmazlığı çözümleme izlenen yolu ve ulaşılan sonucu ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Yargı mercilerinin benzer uyuşmazlıklarda aynı çözüm yolunu izleyerek benzer kararlar çıkartması bir tür yargı geleneği ortaya çıkartmaktadır. Bu geleneğin devamlılık arz etmesiyle birlikte yargıya güven ve adalete inanç seviyesinde artış olması beklenir. Ancak yargı kararlarının bağlayıcı olup olmaması ya da hukuka kaynak olma değeri bulunup bulunmaması hususunda aksi görüşler de mevcuttur.

İctihat hukukunu kaynak olması bakımından değerlendirebilmek için öncelikle Kara Avrupası Hukuku ve İngiliz Hukuku ayrımını bilmek gerekmektedir. Bu ayrım on dokuzuncu yüzyıldan önce kesin sınırlara sahip olmamış, Kara Avrupası Hukuku ile İngiliz Hukuku arasındaki farklılıklar

³ Fırat Gedik- Emel Koç, "Hüküm Kurma ve İctihat", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 67, Sayı 2, Bahar 2009, s. 159.

⁴ Hagen Schulze, *Avrupa'da Ulus ve Devlet*, (Çev.) Timuçin Binder, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2005, s. 16.

henüz biçimlenmemiştir.⁵ İki sistem arasındaki farklılıklar oluşuktan sonra ise İngiliz hukukunun güncellenme ihtiyacını karşılamak üzere doğal olarak Kara Avrupası hukukuyla etkileşim içine girdiği belirtilmektedir.⁶ Bu konunun çalışmamız açısından önemli olan boyutu daha çok yargı kararlarının iki sistem içerisindeki konumu, hukuka kaynak olma değerinin düzeyidir. Dolayısıyla bu bölümde sistemleri kısaca tanıttıktan sonra ağırlıklı olarak içtihatların ne şekilde hukuka kaynaklık ettiği hususu üzerinde durulmaktadır.

İngiliz Hukuku, Anglo-Sakson Hukuku ya da Anglo-Amerikan Hukuku (*Common Law*) olarak adlandırılan sistem İngiltere’de doğmuş olup, Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya ve bazı eski İngiliz sömürgesi devletlerde uygulanmaktadır. Bu sistemde hukuk kuralları tedvin edilmediğinden hukuk, örf ve adet kuralları, mahkeme kararları ve çeşitli kanunlardan oluşmaktadır. Kara Avrupası sisteminde olduğu gibi düzenlenmiş kanunlar bulunmamaktadır. Kıta Avrupası hukukunun temel unsuru olan kamu hukuku-özel hukuk ayrımı da yoktur. Hukuk bütün dallarıyla tek bir alanı ifade etmekte olup, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar ile devletle özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar ortak kurallara tâbidir. Buna bağlı olarak Türk hukukunda olduğu gibi her yargı kolunun kendi yüksek mahkemesi de bulunmamaktadır.

İngiliz hukukunun en karakteristik özelliği içtihadî bir hukuk sistemi olmasıdır. *Common Law*, Ortaçağ’dan itibaren tekamül etmekte olan mahkeme kararlarıyla vücut bulmuş bir hukuk sistemidir. Bu sistemin geçerli olduğu ülkelerde yargı mercilerinin kararları kesin hüküm niteliği taşımasının ötesinde yasa gücünde kabul edilmektedir. Yargı organları verdikleri kararlarla hukuk yaratmaktadır. Bu bağlamda uygulayıcıya kolaylık sağlamak üzere yargı organları kararları *reports* denilen kitapçıklarda toplanmaktadır.

Kara Avrupası hukuk sisteminde hukukun temel kaynağını yazılı yasalar oluşturmaktadır. Tedvin edilmiş kanunlar hukukun birincil ve bağlayıcı kaynağı olup, mahkemeler kanunlara uygun şekilde karar vermekle yükümlü kılınmıştır.⁷ Hukukun yenileştirilmesi ihtiyacı yasa koyucunun yasama işlemleri aracılığıyla karşılanmakta, yargı kararları ise tarafları dışında bağlayıcı nitelikte olmayan ikincil nitelikte hukuk kaynağı olarak kabul edilmiştir. Prensip olarak bir mahkeme kararı, kararı veren mahkemenin

⁵ R. H. Helmholz, “Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions”, *Duke Law Journal*, Cilt 39, Sayı 6, Aralık 1990, s. 1208.

⁶ R. H. Helmholz, a.g.m., s. 1228.

⁷ Fırat Gedik- Emel Koç, a.g.m., s. 158.

kendisini, üst mahkemenin verdiği bir karar da alt mahkemeyi bağlamamaktadır. İngiliz hukukunda kabul olunanın aksine, belirli bir hukuksal uyumsuzluk hakkında karar veren mahkeme, benzer bir olayda tamamen farklı bir karar verebilmektedir. İlk derece mahkemeleri de üst derece mahkemelerinin aynı uyumsuzlukta verdiği kararı izlemeyebilmektedir.⁸

Ülkemizde de benimsenen Kara Avrupası hukuk sistemine göre, verilmiş bir mahkeme kararı, sonraki yargılama süreçlerinde ya da başka davalarda ne kararı veren mahkemenin kendisini, ne de diğer mahkemeleri bağlayıcı etkiye sahip değildir. Yasal düzenleme bu yönde olmasına karşın, mahkeme kararlarının hukuk gelişimine hizmet eden içtihat hukukundan faydalanmak ya da takdiri delil olarak değerlendirmek üzere uygulamada içtihat hukukuna başvurdukları bilinmektedir. Hatta Türkiye’de uygulayıcıların erişimine sunulmak üzere gerek ulusal yüksek mahkemeler ve anayasa mahkemesi, gerekse AİHM içtihatlarının derlendiği çok sayıda elektronik program üretilmiştir. Bu anlamda içtihat hukukunun teşkil ettiği birikimden faydalanma noktasında İngiliz Hukuku ile Kıta Avrupası Hukukunun birbirine belirli düzeyde yaklaştığını ifade edebiliriz. Her iki sistemde de yargı kararlarının bağlayıcı olması ya da olmamasına ilişkin spesifik konularda tartışmalar mevcuttur. Ancak konuya insan hakları hukuku cephesinden bakıldığında herhangi bir sistemde içtihat hukukunun, bağlayıcı olsun ya da olmasın insan hakları hukukunun gelişiminde çok büyük rolü olan kaynaklar arasında yer aldığı sabit olmaktadır.⁹

2. Ulusal Mahkemelerin İctihadî Kaynaklara Katkısı

İctihat hukukunun gelişim tarihi onuncu yüzyıla kadar götürülebilse de insan hakları hukukunda içtihatların kaynak değeri kazanmasının on sekizinci yüzyılın sonunda gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu tarih diliminde içtihatlarıyla insan hakları hukukuna kaynak oluşturan mahkemeler belirli ülkelerde ön plana çıkmıştır. İlk tarihsel örneklerinden başlamak gerekirse Amerikan ve Fransız devrimlerinin ardından kurulan Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyi’nin temel alınması gerekmektedir. Ardından İsviçre Federal Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemeleri ele alınabilir.¹⁰ Britanya’da ise *common law*

⁸ Kemal Gözler, **Genel Hukuk Bilgisi**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2008, s. 5.

⁹ Javaid Rehman, **International Human Rights Law: A Practical Approach**, Longman, England 2003, s. 21.

¹⁰ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, Afa Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 44.

ıctihadi hukuku, temel hakların başlıca kaynağıdır. Tekil bir yargı teşkilatının bulunmaması nedeniyle İngiltere bağımsız bir çalışma konusu olarak ele alınabilir.

2.1. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), kuruluşundan bu yana ıctihatlarıyla kişi hak ve özgürlüklerinin geliştirilmesi ve korunmasında önemli bir rol üstlenmiştir.¹¹ Mahkeme'yi bu rolü üstüne almaya iten nedenlerden biri, 1787 tarihli ilk Amerikan Anayasasının özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin hükümler içermemesi olabilir. İlk anayasa metni yedi maddeden ibaret oldukça özet hükümlerden oluşmaktaydı. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1789 yılında çıkarılan Adalet Yasası (Judiciary Act) ile kurulmuştur.¹² 1790 yılından itibaren faaliyete geçen Mahkeme, anayasal yargı denetimi, özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki ölçütler ve yargı denetiminin meşruiyet sınırları gibi hususlarda ilkleri gerçekleştiren ıctihatlarıyla dikkat çekmiştir.

Mahkemenin sistemdeki yerini güçlendiren başat faktör, 1787 Anayasası'nda düzenlenmediği halde Mahkeme'nin yasaların anayasaya uygunluk denetimi yetkisini kendinde görmüş olmasıdır. Amerikan Yüksek Mahkemesi kendi yetki alanını genişletici mahiyette ıctihat üreterek anayasa yargısı denetimini kendi görev alanı bünyesine eklemiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu doğrultudaki ıctihadına dayanak olarak 1787 Anayasası'nın 6. maddesini gösterenler bulunmakla birlikte; hukukun genel ilkelerini ıctihadın dayanağı olarak değerlendirenler çoğunluktadır. İctihat hukukuyla sağlanan bu gelişme daha sonraki tarihlerde anayasa hükümlerine yansiyacaktır. Ancak hukuksal dayanıklara ilişkin tartışmanın neresinde yer alırsa alınsın, gelinen noktada 1803 yılında *Marbury v. Madison* davası¹³ sonucunda oluşturulan ıctihatla Yüksek Mahkeme'nin anayasal yargı denetimi yetkisine sahip olduğu hususu devam eden yıllarda itiraz konusu edilmemiştir.¹⁴ Mahkeme hükmünün oybirliğiyle tesis edildiği *Marbury v. Madison* davasının yargıci olan Yüksek Mahkeme başkanı John Marshall anayasaya uygun olmayan bir yasanın, anayasaya uygun olan yasalar gibi geçerli sayılmaması gerektiğini belirtmiştir. Marshall mahkemenin bu tür bir yasayı uygulamaya

¹¹ Şeref Ünal, "İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, 1994, s. 52.

¹² Charles Warren, "New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789", **Harvard Law Review**, Cilt 37, Sayı 1, Kasım 1923, ss. 49-132.

¹³ *Marbury v Madison*, 5 U.S. 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

¹⁴ Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2014, s. 159.

zorunlu tutulamayacağını, hatta böyle bir durumda anayasaya uygunluk açısından yargısal denetimin bir hak olmanın ötesinde bir görev olduğunu vurgulamıştır.¹⁵ Yargıç Marshall anayasaya aykırı yasaların yasama organı tarafından çıkartılması halinde hukukun ne olacağını belirleyecek olanın yargı organı olduğunu savunmuş ve tüm dünyada kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir sistemin kurulması yolunu açmıştır.¹⁶ Mahkeme yargıçlarının uygulayacakları normların Anayasal çerçeveye uygun olup olmadığını denetlemesini yetki ve yükümlülük olarak değerlendiren daha geç tarihli bir başka karar da *United States v. Butler* kararıdır.¹⁷ Aynı görüşten yola çıkarak davanın yargıcı olan Owen Roberts Amerikan vergi yasasının anayasal ilkelere aykırılığına hükmetmiştir. Yargıç Marshall'ın hükmüyle başlayıp Federal Yüksek Mahkeme'nin benzer içerikteki diğer içtihatlarıyla gelişen anlayış, yasama işlemlerinin anayasal ilkelere uygunluğunu tetkik etmeyi yargı erkinin işlevi olarak değerlendirmiştir.¹⁸

Marshall'ın bu görüşü, parlamento tarafından çıkarılan yasaların bir başka organ tarafından denetlenebilmesine dönük kapıları açan bir anlayışa dayanmaktaydı. Bu nedenle dönemin Kıta Avrupası'nda kabul görmekten uzak olmuştur. Dönemin Avrupasında hâkim olan anlayış, J. J. Rousseau'nun ortaya koyduğu genel iradenin üstünlüğü anlayışını ve bu iradenin tercihlerinin esas olduğunu kabul etmekteydi.¹⁹ Genel iradenin ya da parlamentonun üstünlüğü ilkesinden beslenen hukuk anlayışı dolayısıyla yargı içtihatlarının hukuk kaynakları arasına girmesi Avrupa ülkelerinde daha geç bir dönemde gerçekleşmiştir. Avrupa toplumları yaşanan dünya savaşlarının ardından yasama iradesinin üstünlüğü görüşünden ödün vermeye hazır olabilmıştır. Yasama işlemi olan kanunların yargısal denetimini yapmakla yetkili mahkemeler olarak ilk kurulanlar, Çekoslovakya Anayasa Mahkemesi,

¹⁵ Alpheus Thomas Mason-Donald Grier Stephenson, **American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases**, Prentice Hall, New Jersey, 1990, s. 32-33; Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 41; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 343.

¹⁶ William M. Beaney, **American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases**, Prentice-Hall Inc., New Jersey, 1964, s. 13; Serap Yazıcı, "Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devleti", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 4, Ankara 2005, s. 83.

¹⁷ United States Supreme Court, *U.S. v. Butler*, No: 401, 06.01.1936.

¹⁸ Hasan Tunç, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 93; Alpheus Thomas Mason-Donald Grier Stephenson, **American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases**, Prentice Hall, New Jersey, 1990, s. 233-234.

¹⁹ Yılmaz Aliefendioğlu, a.g.e., s. 41.

Jellinek ve Kelsen'in de görüşlerine dayanılarak geniş yetkilerle göreve başlatılan Avusturya Anayasa Mahkemesi, Liechtenstein ve İspanya Anayasa Mahkemeleridir.²⁰

İçtihatlarıyla insan hakları hukukuna katkılar sunan Amerikan Yüksek Mahkemesi, ortaya koyduğu bazı kararlarla temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmada başvurulacak ölçütleri belirlemiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükler yönünden gerçekleştirdiği en önemli katkılardan biri, ifade özgürlüğü ile ilgili sınırlandırmanın, anayasayı yorumlama yetkisine sahip olarak ancak kendisi tarafından verilecek yargısal bir kararla mümkün olabileceğini öngörmüş olmasıdır.²¹

İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlandırma ölçütlerinden Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından ortaya konulanlar içinde ilki Yargıç Holmes tarafından 1919 yılında dile getirilmiştir. Holmes'un *Schenck v. United States* davasında²² ifade ettiği görüşe göre ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda değerlendirmeye esas alınacak öncelikli kriter, "ifadelerin açık ve mevcut bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığı"dır.²³ Bu kıstas dışında özgürlüklerin sınırlarını belirleme hususunda Yüksek Mahkemenin geliştirdiği diğer ölçütler arasında zararlı eğilim ölçütü, mutlak koruma kriteri ve menfaatleri dengeleme gibi ölçütler de yer almaktadır.²⁴ Özgürlükleri sınırlandırmada nazara alınacak kriterleri somutlaştırmış bulunması Yüksek Mahkeme'nin Amerikan devlet düzenindeki konumunu güçlendirmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin insan hakları hukukuna kaynaklık eden içtihatları daha erken tarihlerde üretilmişken, Avrupa ülkeleri özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında yargısal denetimin rolünü güçlendirmeye yönelmiştir. Yüz yılı aşkın bir zamanlama farkıyla birlikte içtihatlarıyla insan hakları hukukunun gelişimine katkıda bulunan güçlü bir Avrupa mahkemesi Fransız Anayasa Konseyi olmuştur.

²⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, a.g.e., s. 42.

²¹ İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, Astana Yayınları, Ankara, Eylül 2015, s. 98-99; Lawrence Baum, "The Supreme Court in American Politics", *Annual Review of Political Science*, Cilt 6, Haziran 2003, ss. 161-180.

²² *Schenck v United States*, 249 U.S. 47, 52, (1919).

²³ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.576; Elisabeth Zoller, "The United States Supreme Court and the Freedom of Expression", *Indiana Law Journal*, Cilt 84, Sayı 885, Yıl 2009, s. 908.

²⁴ İlyas Doğan, a.g.e., s. 99-100.

2.2. Fransız Anayasa Konseyi Kararları

1958 Fransız Anayasasıyla kurulan Anayasa Konseyi'nin (Constitutional Council) kuruluşundaki gecikmenin nedeni, 1789 ihtilâlcilerinin kanunların anayasaya uygunluğunu yargısal bir denetime bağlamayı reddetmiş olmalarıdır. Fransız Devrimi'nin parlamento üstünlüğüne dayalı anlayışı doğrultusunda, ihtilalciler daha anayasayı bile yapmadan, 1790 tarihli kanunla mahkemelerin yasama kuvvetine müdahalesini menetmişlerdir. Aynı yasak 3 Eylül 1791 tarihli Anayasa hükümleriyle tekrarlanmıştır. 1848 tarihli Anayasa'nın açtığı İkinci Cumhuriyet devrinde yargısal denetim örneği teşkil eden içtihatlar çıkmaya başlamış, 1875 Anayasasının kabulünden sonra Amerikan modeli yargı denetimi tartışmalarına öncülük eden Hauriou ve Duguit gibi hukukçular defî yoluyla mahkemelerin anayasaya uygunluk denetimi yapabileceğini savunmuştur.²⁵ Ancak bilim insanlarının çalışmalarına rağmen, Amerika'da yargıç Marshall'la başlayıp gelişen anayasaya uygunluk denetimi yolu, Fransız hukukunda İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurumsallaşabilmiştir. Yazılı ve sert anayasalı birçok Avrupa devleti, yasama organının milli iradeyi yansıttığı ve yargı organlarına kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi verilmesinin mahkemeleri milli iradenin üstüne çıkarmak anlamına geleceğini değerlendirmiştir.²⁶ Daha sonra Kelsen'in öncülüğünde kuramsal temelleri atılan model üzerinden gelişen Avrupa tipi anayasa yargısı Fransa'da 1958 yılında kabul edilmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi 1971 yılında verdiği bir kararla 1946 Anayasasının başlangıç bölümünde geçen hak ve özgürlüklerin anayasal önceliği olduğuna karar vermiştir.²⁷ Dönüm noktası teşkil eden bu kararlarından sonra Konsey, norm yaratma yetkisi kullanarak “anayasal değerlerde ilkeler” geliştirmiş, böylece geniş bir hak ve özgürlükler kataloğu ortaya koymuştur. Fransız Anayasa Konseyi 1979 yılında verdiği iki ayrı kararında “kuvvetler ayrılığı” ve “kamu hizmetlerinin devamlılığı” ilkelerinin hukukun genel ilkeleri olduğuna hükmetmiştir.²⁸ Konsey, Anayasada yazılı olmayan haklara eşitlik hakkı, grev hakkı, dernek özgürlüğü, katılma hakkı gibi hakları eklemiştir. Konsey, anayasal değerlerdeki hedefler kategorisinde

²⁵ Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, New York-Oxford 1992, s. 39 ve s. 227.

²⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 341-342.

²⁷ Cem Eroğul, a.g.e., s. 160.

²⁸ Tahsin Fendoğlu, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, s. 369.

“düşünce ve kanaatlerin özgür iletişim hakkı” ve “enformasyon iletilmesi özgürlüğü” nü tanıdır.29 Oluşturduğu içtihat hukukuyla Konsey, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi hükümleri ve eski Fransız Anayasalarının başlangıç hükümlerini anayasallık blokuna dâhil etmiş, günümüzde temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki en değerli güvencelerden biri haline gelmiştir.30

Belirtmek gerekir ki sadece Anayasa Konseyi değil, Fransız Danıştayı da içtihatlarında, temel hakları doğrudan Fransız Anayasasından değil, genel hukuk ilkelerinden istihraç ederek uygulamıştır.31 Sonraki bölümde görüleceği üzere, hukukun genel ilkelerinden yola çıkılarak temel hakların yorumlanması ya da somutlaştırılması, gerek ulusal gerekse uluslararası yargı düzeyinde tercih edilebilen bir yöntemdir.

2.3. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

Alman Anayasa Mahkemesi anayasa hukukunu anayasa metniyle sınırlı olarak yorumlamayan, yazılı olmayan anayasa hukukunu kabul eden bir başka mahkemedir. Önemle hatırlatmak gerekir ki prensip olarak Alman hukuk anlayışında anayasa yargısı yoluyla hukuk yaratma söz konusu değildir. Çünkü Alman hukukunda mahkemelerin kural koyma yetkilerinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Ancak temel hakların geliştirilmesi söz konusu olduğunda mahkemeler mevcut temel hakların geliştirilmesi yönünde kararlar çıkartabilmektedir.32

Doğal hukuk kökenli olan temel haklar anlayışı, insan eylemine ilişkin her türlü serbestiyi anayasal metinlerle somutlaştırmanın mümkün olmadığını kabul etmektedir. Yargı mercileri aracılığıyla gerçekleştirilen somutlaştırma sayesinde “isimsiz hürriyetler” ya da “örtülü anayasal hak ve özgürlükler” olarak adlandırılan haklar kabul görmüştür.33 Almanya’da Federal Anayasada düzenlenmeyen özgürlükler; Anayasanın 2. maddesinin ilk fıkrasında yer alan ve kapsayıcı özgürlük ya da toplayıcı temel hak olarak “genel bir fiil özgürlüğü”

²⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, a.g.e., s. 67; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitabevi, Ankara 2000, s. 141.

³⁰ Cem Eroğul, a.g.e., s. 161.

³¹ A. Fusun Arsava, “ATAD’ın Hukuk Yaratma Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 54, s. 16.

³² Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 176.

³³ Muhlis Ögütçü, “Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Özel Sayı 2005, s. 589.

niteliğini kazanan “kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı”nın koruma alanı içinde değerlendirilmektedir. Alman Anayasasındaki kişiliği geliştirme hakkına benzer biçimde kapsayıcı özgürlük olarak nitelendirilebilecek bir hüküm de Türk Anayasasının 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “yaşama, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı”dır. Türk Anayasasının “devletin temel amaç ve görevleri” başlıklı 5. maddesinde de, “Devletin temel amaç ve görevleri... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” Alman ve Türk anayasalarındaki bu hükümler “yazılı olmayan hürriyetler” çatısı altında başka hakları koruma kapsamına almaya müsait bulunan yasal hükümlerdir.³⁴

Federal Alman Anayasa Mahkemesi’ne göre, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ya da insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, sadece bireyin kaderini belirleme hakkı ve sadece genel hareket özgürlüğünü değil; aynı zamanda onun içerdiği yetkilerin kullanılmasını da teminat altına alan bir haktır. Mahkemenin anlayışına göre bu hakkın içeriği, devlet iktidarının hukuk devleti şartlarını karşılamayan saldırılarını yasaklamayı kapsamaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi kişiliğin geliştirilmesi ilkesini, gerçek kişiler ile yabancılar yanında özel hukuk tüzel kişilerinin de eylem özgürlüğünü teminat altına alacak şekilde geniş kapsamda değerlendirmektedir.³⁵ Kişiliğin korunması ilkesinin bu ölçüde geniş bir koruma çemberi getirmesine bağlanabilecek netice iki yönlü olarak ortaya çıkmaktadır. Birinci yönü kişiliğin korunması ilkesinin temel hak taşıyıcısının kendi yaşamını aktif olarak biçimlendirmesine ilişkindir. İkinci yönü ise devletten gelecek, Anayasaya uygun düzen içinde dayanağı olmayan tecavüzlere karşı özgürlüğün muteber kılınmasıdır.³⁶

Tarihsel sürece bakıldığında anayasa hükümleri arasında yer almayan bir hakkın, insan hakkı olarak anayasal değere sahip olmasını, norm yaratıcı rolü üstlenerek gerçekleştiren merciin genellikle uygulayıcı konumda bulunan Anayasa yargıcısı olduğunu görmekteyiz. Nitekim 1949 yılında Frankfurt’ta kurulan Federal Anayasa Mahkemesi’nin, Alman vatandaşları için temel haklarının korunmasında bir güvence kurumu olarak işlemeye başlaması tesadüf değildir.³⁷ Prensip olarak tüm yargıçlar için geçerli olan hukuk

³⁴ Muhlis Öğütçü, a.g.m., s. 590.

³⁵ Zafer Gören, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 9, Sayı 73, 1992, s. 174.

³⁶ Zafer Gören, , “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması” , a.g.m., s. 175.

³⁷ Rudolf Mellinshof, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, *Anayasa*

yaratma zorunluluğu, yorum konusunun özelliği ve kararlarının kapsamlı etkisi dolayısıyla Anayasa yargıcısı için öncelikle geçerlilik taşımaktadır.³⁸ Ayrıca bu misyonu üstlenen Alman Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikâyeti mekanizmasının işletilmesi suretiyle verdiği kararların, devlet organları üzerinde eğitici ve önleyici bir etkisi olduğu belirtilmektedir. Bu durum mahkeme içtihatlarının etki gücünü ve otoritesini yansıtan önemli bir göstergedir.³⁹ Mahkeme temel hakları tek tek sıralanmış bir güvenceler dizisi olarak değil, insan onurunun korunması ve kişinin serbestçe gelişimini amaçlayan tutarlı ve boşluksuz bir değerler sistemi olarak yorumlamaktadır. Bu anlayışın izinde ürettiği içtihatlarla Mahkeme, anayasada yer almayan adil yargılanma hakkı, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı, çevre hakkı gibi birtakım hakları yargısal koruma alanına dâhil etmiştir.⁴⁰ Bu nedenle Alman Anayasa Mahkemesi ülkede hukuk devleti ilkesini ayakta tutan temel direklerden biri olarak anılmıştır.⁴¹ Hatta Avrupa devletleri anayasa mahkemeleri içerisinde, en güçlü olanın Federal Almanya Anayasa Mahkemesi olduğu ifade edilmektedir.⁴²

2.4. İsviçre Federal Mahkemesi Kararları

1874 tarihli Federal Anayasasının yüz yılı aşkın bir süre yürürlükte kaldığı İsviçre'de, temel haklar kataloğundaki boşluğun yarattığı alan İsviçre Federal Mahkemesi tarafından değerlendirilmiştir.⁴³ 1 Ocak 2000 tarihinde yeni anayasası yürürlüğe giren İsviçre'de, bu tarihten önceki devrede Federal Mahkeme anayasa koyucunun iradesini gözetmek suretiyle, demokratik hukuk devleti anlayışının gereklerini nazara alarak ve anayasal hükümleri güncel ihtiyaçlara göre yorumlayarak yazılı olmayan anayasal haklar tanımıştır.⁴⁴ Yazısız hürriyetler olarak da adlandırılan söz konusu haklar, İsviçre Federal

Yargısı Dergisi, Sayı 26 2009, s. 32; A. Fusun Arsava, "Temel Hakların Alman Anayasa Hukuku Örneğinde, AİHK ve AB İlişkisi Çerçevesinde Yorumu", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 7, Sayı 27, s. 1-2.

³⁸ Zafer Gören, "Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 6, Sayı 14, Güz 2008, s. 3.

³⁹ Rudolf Mellinohof, a.g.m., s. 33; Mehmet Merdan Hekimoğlu, a.g.e., s. 15.

⁴⁰ İbrahim Kaboğlu, a.g.e., s. 67.

⁴¹ Cem Eroğul, a.g.e., s. 202.

⁴² Hasan Tunç, a.g.e., s. 130.

⁴³ Muhlis Öğütçü, "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", a.g.m., s. 595.

⁴⁴ Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Hukuk Yayınları, Mayıs 2011, s. 360; Muhlis Öğütçü, a.g.m., s. 596.

Mahkemesi tarafından anayasal hükümlerin yetersizliğine cevap vermek üzere içtihatlarla sokulmuştur. Oysa aynı anlayışla geliştirilen yazısız hürriyetler Alman Federal Mahkemesi tarafından faşizm döneminin pozitivismine tepki olarak yorumlanmış ve içtihat hukukunda yer bulmuştur.⁴⁵ İsviçre Federal Mahkemesi 1874 tarihli mülga İsviçre Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde belirlediği sıkı koşullar çerçevesinde kalmaya özen göstererek ihtiyatlı bir yaklaşım benimsemiş, sahip olduğu yargı yetkisinin sınırları içinde kalmayı tercih etmiştir.⁴⁶ Farklı bir yol izlemiş olsa da sonuç olarak İsviçre Federal Mahkemesi, Anayasa hükümleri içinde yer almayan kişi özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, bilgi edinme özgürlüğü, dil özgürlüğü gibi hak ve özgürlüklerin varlığını içtihatlarıyla tanımıştır.⁴⁷

İsviçre Mahkemesi'nin yazısız hürriyetler kategorisine yaptığı katkılar altmışlı yılların içtihatlarında göze çarpmaya başlamıştır. Federal yargıçlar yazılı olmayan temel hakları İsviçre yazısız anayasa hukukunun bir bölümü olarak kabul etmişlerdir.⁴⁸ İsviçre hukuku, bilimsel ve yargısal içtihatlar yoluyla “yazısız hürriyetler teorisi”nin geliştirildiği ve temel hakların klasik kaynakları arasına içtihat hukukunun eklendiği anlayışına öncülük etmiştir.⁴⁹ Bu çerçevede başvuru yazısız hak tanımında başlıca dört kıstasın nazara alındığı değerlendirilmektedir. İsviçre Mahkemesi'ne göre yazısız hak olabilmenin bir kriteri anayasa metninde sarih şekilde tanınmış bulunan bir başka hakkın kullanılma şartı olması ya da hukuk temeline dayalı demokratik düzenin vazgeçilmez unsuru sayılabilmesidir. 14 Haziran 1970 tarihli *Nöthinger* kararında Mahkeme, federal ifade hürriyetini siyasi hakların kullanılma koşulu olarak değerlendirmiştir. Bir başka kararında⁵⁰ yine ifade özgürlüğünü Federal Mahkeme sarih ya da zımnî olan diğer özgürlükler gibi kişi varlığını geliştirmede vazgeçilmez bir unsur olarak tanımlamış, hatta demokratik devlet anlayışının temeli olarak kişi özgürlükleri kataloğunda imtiyazlı bir yere sahip olduğunu beyan etmiştir.⁵¹

⁴⁵ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısı ve Normative Devreler Karşılaştırmalı Analizi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 6, 1989, s. 136-137.

⁴⁶ Muhlis Ögütçü, a.g.m., s. 596.

⁴⁷ İbrahim Kaboğlu, a.g.e., s. 66-67.

⁴⁸ Bakır Çağlar, a.g.m., s. 136.

⁴⁹ Bakır Çağlar, a.g.m., s. 137.

⁵⁰ Aleinick c. Cour de Justice et Procureur du Canton de Geneve, 24.06.1970.

⁵¹ Bakır Çağlar, a.g.m., s. 137.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatlarıyla somutlaştırdığı diğer bir kıstas, yazısız hürriyetin ortak bir değerler sisteminin hukuk dilindeki karşılığını oluşturmasıdır. Değerler sisteminden kasıt, tarihsel ve ideolojik değerler birikimidir. Dördüncü ve son kıstas ise yazısız hürriyetin yargılanabilirlik vasfını haiz olmasıdır.⁵² İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları bilimsel çalışmalarla birlikte “yazısız hürriyetler teorisi”nin inşasına öncülük etmiştir. Yazısız özgürlükler hususundaki öncü rolü nedeniyle, Mahkeme “normatif kurucu iktidar” olarak adlandırılmıştır.⁵³ Bununla birlikte anayasa metninde yazılı haklar ile içtihatlarda üretilen yazısız haklar arasında hiyerarşi bulunduğu sonucuna varılabilecek bir kararı nedeniyle Federal Mahkeme eleştiri almıştır.⁵⁴

1947 tarihli İtalyan Anayasasında temel haklar, ihlal edilemez (dokunulmaz) haklar adıyla düzenlenmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi bu bağlamda çeşitli kararlarıyla örgütlenme özgürlüğü, seçilme hakkı, evlenme hakkı, savunmayla bağlantılı adli hatanın giderilmesi hakkı, eşitlik ilkesi, insan onuruna saygıyı öngören hakları dokunulmaz haklar kapsamına dâhil etmiştir.⁵⁵ Ayrıca İtalyan Anayasa Mahkemesi, “ihlal edilemez haklar” deyiminden onur hakkı ve özel yaşam hakkı gibi hakları da çıkartmıştır.⁵⁶

Bahsi geçen tüm bu örnekler, anayasa yargıcının temel hak ve özgürlükleri koruyucu jürisprüdansını yansıtmaktadır. Anayasa metninde açıkça yer almayan haklar da insan hakkı olarak anayasal değere sahip olabilmektedir. Anayasa yargıcının anayasa hükümlerinin lafzı ile bağlı kaldığı taktirde, denetim yetkisi etkisizleşmektedir. Bu nedenle anayasal kurallara “kurucu” bir yorumla işlerlik kazandırmak yargıca düşmektedir.⁵⁷ Dünyadan tarihsel ve güncel örneklerin somutlaştırdığı bu durum anayasa yargıcının norm yaratma işlevinin⁵⁸ sonucu olarak değerlendirilebilmektedir.⁵⁹ Yasaların

⁵² Bakır Çağlar, a.g.m., s. 137.

⁵³ Muhlis Ögütçü, a.g.m., s. 597.

⁵⁴ Muhlis Ögütçü, a.g.m., s. 598-599.

⁵⁵ Yılmaz Aliefendioğlu, a.g.e., s. 180.

⁵⁶ İbrahim Kaboğlu, a.g.e., s. 148. ; Hasan Tunç, a.g.e., s. 107.

⁵⁷ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı 1-3, 1984, s. 8.

⁵⁸ Anayasaya uygunluk denetimi sonucunda yasalar “yargıç ürünü hukuk” olarak görülebilmekte, yasama işlemlerinin yasama mensupları ile birlikte yargıçların da yasa yapma sürecine katıldığı ifade edilmektedir; bkz: Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Yaklaşımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 25.

⁵⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, Ankara 2000, s. 148.

uygunluğunu yalnızca anayasanın yazılı hükümlerine göre değerlendiren pozitivist anlayışa göre özgürlüklerin kaynağı pozitif hukuk metinleridir. Buna karşın anayasadan çıkarılan yazılı olmayan ilke ve kurallara göre uygunluk denetimini kabul eden natüralist anlayışa göre hak ve özgürlükler anayasa metinlerinde yer almasalar da hukuk düzeninde tanınabilir; çünkü kaynağı hukuk ötesindedir. Buna göre anayasal adalet, temel hakların yargısal koruma aracı olarak yargıçların yaratıcı rolünün büyümesinin görünümü şeklinde vasıflandırılmıştır.⁶⁰

Anayasal yargı denetiminin meşruiyet sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği hususunda yapılan çalışmalardan biri John H. Ely'ye aittir. Ely Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1973 tarihli *Roe v. Wade* kararını çıkış noktası olarak almıştır. Yargıç White karşı oy görüşünde bu mahkeme kararıyla yeni bir anayasal hak yaratıldığını savunmuştur. Mahkemenin yetki sınırlarını tespiti yönelik bir başka çalışma Thomas Gray tarafından gerçekleştirilmiştir. Gray yargı denetimi modellerini “saf yorumcu” ve “yorumcu olmayan” denetim modeli olarak ikili bir ayrıma tabi tutmuş ve yasa koyucunun iradesinin açıklandığı anayasa diline sadık kalınmasını ifade eden “yorumcu olmayan” modeli meşru kabul ettiğini belirtmiştir.⁶¹ Bu iki örnek, pozitivist yaklaşımla bağdaşmakta ve anayasa yargıcının rolünün “uygun usul” anlayışıyla sınırlı kalması gerektiğini belirtmektedir.⁶²

Türk Anayasa yargısının da bu argümanlar ekseninde geliştirdiği bir içtihat hukuku mevcuttur. Gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin doğal hukuk anlayışıyla örtüşen gerekçelendirmelere yer verdiği söylenebilir. Modern hukukta anayasa mahkemeleri yorumlama faaliyetleri sonucunda sadece özgürlükleri koruyan ilkeler geliştirmekle yetinmemekte; anayasal değerdeki ilkelerden normlara giderek, norm yaratma yoluyla da insan haklarını zenginleştirmektedirler. Bu bağlamda anayasa hukukunun alanı anayasa metniyle sınırlı olmayıp, kurucu iktidarı da bağlayan supra-pozitif ilkeleri⁶³ de kapsayacak şekilde

⁶⁰ İbrahim Kaboğlu, a.g.e., s. 149.

⁶¹ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1-3, 1984, s. 8.

⁶² “Procedural Fairness” olarak adlandırılan uygun usul anlayışı, anayasa yargıcının yargısal denetimdeki rolünün kapsamını belirlerken usul ve maddi muhteva ayrımı yapmaktadır, bkz. Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, a.g.m., s. 8.

⁶³ İnsan haklarına dayalı sistemlerde “supranorm” olarak adlandırılan temel hak ve özgürlüklerin değerler hiyerarşisinin en üstünde yer aldığı kabul edilmektedir; bkz. Mehmet Merdan

genişlemiş olarak kabul edilmektedir.⁶⁴ Almanya, Fransa, İsviçre, İtalya'daki anayasa yargıçları, anayasal ilkelerin içerik ve çerçevesini saptama olanağına ve anayasal hakların genişletilmesi uygulamalarına, başvurdukları yorum faaliyetlerinin katkısıyla sahip olabilmişlerdir. Türk Anayasacılık tarihinde de 1924 Anayasası döneminden başlayarak içtihat yoluyla yasaların yargısal denetimi yolunda çalışmalar yapılmış ve doktriner tartışmalar yaşanmıştır.

3. Uluslararası Mahkemelerin İctihadî Kaynaklara Katkısı

Ülkemizde benimsenen Kara Avrupası hukuk sistemine göre, verilmiş bir mahkeme kararının, sonraki yargılama süreçlerinde ya da başka davalarda ne kararı veren mahkemenin kendisini, ne de diğer mahkemeleri bağlayıcı etkiye sahip olmadığını daha önce de belirtmiştik. Yasal olarak böyle olmakla birlikte, mahkeme kararlarının hukuk gelişimine hizmet edebilen içtihat hukukundan faydalanmak ya da takdiri delil olarak değerlendirmek üzere uygulamada yüksek mahkemelerin içtihatlarına başvurdukları bilinen bir gerçektir. Hatta Türkiye'de uygulayıcıların erişimine sunulmak üzere gerek ulusal yüksek mahkemeler ve anayasa mahkemesi, gerekse AİHM içtihatlarının derlendiği çok sayıda elektronik program üretilmiştir.

Uluslararası yargı mekanizmaları arasında da, insan haklarını ilgilendiren uyuşmazlıklarda mahkemelerin kendi bünyelerinde veya birbirleriyle ilişkilerinde, aralarında herhangi bir hiyerarşik ilişki kurmaksızın içtihat hukukunun gözetildiğini söyleyebiliriz. Ancak içtihat hukukunun gözetilmesi ile içtihatların birincil hukuk kaynağı olarak kabul edilmesi arasında önemli bir fark vardır. Kural olarak uluslararası hukukun yargı mercii olarak görev yapan uluslararası mahkemelerin kararları uluslararası hukukun yardımcı kaynaklarından olup taraflar dışında bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. Uluslararası hukuk gelişmekte olan nispeten genç sayılabilecek bir hukuk dalıdır. Bu nedenle İngiliz Hukukunda (common law) olduğu gibi, yargı kararları bağlayıcılıklarıyla hukukun birincil kaynağı olarak kabul edilmemektedir. *Common Law* sistemi, hukukun yasal bir dayanak bulunmaksızın köklü ve istikrarlı biçimde tekâmül arz eden yargı kararlarından beslenmesini ifade etmektedir. Başka bir deyişle bu sistemde yargı organları somut uyuşmazlıkları yargılama sürecinde ele alıp karara bağlarken hukuku

Hekimoğlu, *Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları*, Detay Yayıncılık, Ankara 2004, s. 14.

⁶⁴ Tahsin Fendoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 17, s. 364.

yaratmış olmaktadır. Yargı makamlarının yargılama işlevini yerine getirirken hukuku yarattığını kabul edebilmek için son derece gelişmiş tarihsel birikime sahip olmaları gerekmektedir. Böyle bir birikimden söz edilemeyeceğinden uluslararası hukukta geçmişteki mahkeme kararları hukukun bağlayıcı kaynağı olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla uluslararası mahkemelerin yargısal kararları, hukuk kuralı gibi gelecekteki benzer olaylarda uygulanma ya da emsal oluşturma işlevine sahip kılınmamıştır.⁶⁵

Mahkeme kararlarının yardımcı kaynak olarak kabul edilmesi ve gelişme aşamasında olduğu kabul edilen uluslararası hukuk alanında çok sınırlı sayıda yargı kararı olması bunların önemini azaltmamaktadır. Uluslararası uyuşmazlıkları çözmekle yükümlü yargı organları çoğunlukla daha önceki yargı kararlarını incelemekte ve kendi karar metinlerinde önceki kararlara atıfta bulunabilmektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın kararları ve danışma görüşlerinde, kendi oluşturduğu kural ve ilkeleri uyguladığı, hatta bu ilkelerin daha sonraki uyuşmazlıklarda yapılageliş hukukunun ögesi olarak ya da uluslararası anlaşma hükümleri arasında yer almak suretiyle kaynak değerine sahip olduğu gözlenmektedir. Hatta bazen ulusal mahkemelerin kararları da uluslararası mahkemeler yönünden kaynak değerinde kabul edilebilmektedir. Mesela uluslararası akarsuların kullanımına ilişkin federal yargı kararlarının uluslararası mahkemeler bakımından hukuk kaynağı olarak kabul edildiğine ilişkin örnekler mevcuttur.⁶⁶

Çalışmamız yönünden esas önem arz eden konu insan hakları hukuku bakımından içtihatların kaynak değeri oluşturmalarıdır. Uluslararası hukukta da insan haklarını korumaya yönelik yargısal mekanizmalardan söz açıldığında ilk akla gelen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. İnsan Hakları Mahkemesi 1975 yılında verdiği *Golder* kararında⁶⁷ Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde yer alan "hukukun üstünlüğü" ilkesi ve "hukukun genel prensipleri"ne dayanarak "adaletten yararlanma hakkı"nı, Sözleşme'nin 6. madde ilk fıkrasında tanınmış bulunan hakka bağlı bir hak olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'nin bu yorumu, normatif bir metin olan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taraf devletlere yeni borçlar yükleyecek genişlikte bir yorum olmadığı gerekçesiyle Mahkeme'nin kendisi tarafından başka bir

⁶⁵ Yücel Acer- İbrahim Kaya, **Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2015, s. 58-59.

⁶⁶ Yücel Acer- İbrahim Kaya, a.g.e., s. 59-60.

⁶⁷ ECHR, Case of *Golder v the United Kingdom*, App. No. 4451/70, 21.02.1975.

kararında⁶⁸ desteklenmiştir. Mahkeme adaletten yararlanma hakkını, adil yargı hakkı kapsamında ve 6. maddenin yansıması şeklinde açıklamıştır. Buna karşın, karşı oy görüşünü belirten yargıç Fitzmaurice, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin anti-pozitivist eğilimini eleştirerek, antlaşma hukukuyla ilgili Viyana Konvansiyonu'nun yorum kurallarına aykırılık meydana getirildiğini ve tarafların yerine geçerek boşluk doldurulamayacağını savunmuştur.⁶⁹

Literatürde geniş çapta kabul edilen anlayış, uluslararası mahkeme yargıçlarının yargı faaliyetleri esnasındaki yorumlarının uluslararası antlaşmalar hukukunun tekamülüne hizmet ettiği savına sahip çıkmaktadır. Yargı mekanizmalarının uygulayıcısı konumundaki yargıçların yorumlama faaliyetleri sonucunda uluslararası hukukun kaynağı mahiyetinde kararlar çıkartmasına en ideal örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gösterilmektedir.⁷⁰ İnsan Hakları Mahkemesi, zengin içtihatlarında insan hakları hukukuna ilişkin bilimsel yayınlar ve diğer yargı kararlarındaki doktrine dayalı gerekçelendirmelerden beslenerek hukuk yaratmıştır. Yukarıda belirttiğimiz 1975 yılına ait *Golder* kararı bu alanda nirengi noktası olmuştur.⁷¹ Ardından AİHM'nin verdiği *Loizidou* kararı⁷², temel hakların korunmasının sözleşme hükümlerinin kırk yıl önceki konuluş şartlarına göre değil günün koşullarına göre yorumlanması suretiyle etkin kılınabileceğini ortaya koymuştur. 1978 Tyer kararında⁷³ da AİHM yargıçları, Sözleşme hükümlerinin günün koşullarına göre dinamik bir yaklaşımla yorumlanması anlayışını pekiştirmiştir. Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yaşayan bir enstrüman olarak tanımlanmış ve güncel yorum yöntemine başvurma Mahkeme bakımından bir yükümlülük olarak değerlendirilmiştir.⁷⁴

Avrupa Birliği Adalet Divanı da AİHM gibi içtihatlarında temel hakları, Birlik hukukunun genel prensipleri olarak tanımlamakta ve demokrasinin uygulandığı ya da hukukun üstünlüğü prensibinin tanındığı üye devletler ortak

⁶⁸ ECHR, *National Union of Belgian Police v Belgium*, App. No. 4464/70 , 27.10.1975.

⁶⁹ Bakır Çağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı 1-3, 1984, s. 18.

⁷⁰ Daniel Costelloe - Malgosia Fitzmaurice, «Lawmaking by Treaty: Conclusion of Treaties and Evolution of Treaty Regimes in Practice », Cathrine Brölmann - Yannick Radi (Edit.), **Theory and Practice of International Lawmaking**, Elgar Publishing, Cheltenham UK-Northampton MA USA, 2016, s. 128.

⁷¹ Daniel Costelloe - Malgosia Fitzmaurice, a.g.e., s. 129.

⁷² ECHR, *Case of Loizidou v Turkey*, App. No. 15318/89, 18.12.1996.

⁷³ ECHR, *Tyer v United Kingdom*, App. No. 5856/72, 25.04.1978.

⁷⁴ Daniel Costelloe - Malgosia Fitzmaurice, a.g.e., s. 129.

anayasal teamüllerine dayanmaktadır. Hatta AB Adalet Divanı devletlerin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara, özellikle de AİHS'ne atıfta bulunarak bu tutumunu gerekçelendirmektedir. Divan, *Stauder*⁷⁵, *Nold*⁷⁶ ve *Hauer*⁷⁷ kararlarında bu tutumunu somutlaştırmış ve daha güçlü bir şekilde ortaya koymuştur.⁷⁸ ATAD, “*Hoechst*” kararından itibaren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni sadece AB üyelerinin ortak anayasa geleneklerinin yorumunda esas almadığını, ortak anayasa gelenekleriyle İnsan Hakları Sözleşmesini kaynak değeri bakımında hiyerarşik olarak eş düzeyde kabul ettiğini ortaya koymuştur.⁷⁹

Uluslararası yargı mekanizmalarında içtihat hukukuna başvurulmasına ilişkin olarak mevzuat cephesinden örnek vermek gerekirse, Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün⁸⁰ 38. maddesi “d” bendi üzerinde durmak gerekir. İlgili madde hükmünde mahkeme kararlarının hukukun kaynağı olduğu belirtilmiştir. Hangi mahkeme kararlarının kastedildiği açık şekilde belirtilmemekle birlikte mevzuat düzeyinde içtihatların hukukun kaynağı olarak nitelenmiş olması önem arz etmektedir. Ayrıca aralarında hiyerarşik ya da benzeri bir ayırım gözetmeksizin, ulusal, bölgesel ve uluslararası mahkeme içtihatları arasında herhangi bir formda gerçekleşen etkileşimin⁸¹ temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında hukuksal gelişmeye hizmet ettiği yaygın kabul gören bir husustur.⁸²

Bazı hallerde farklı uluslararası ya da bölgesel örgütler bünyesinde görev yapan uluslararası yargı organlarının birbirlerinin içtihatlarına atıflarda bulunduğu tanık olmaktadır. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *MC v Bulgaria* davasında⁸³ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatlarını esas alarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3. madde hükmünde düzenlenmediği halde cinsel saldırının işkence eylemi kapsamında

⁷⁵ EU Court of Justice, Case 29/69, 12.11.1969.

⁷⁶ EU Court of Justice, Case 4/73, 14.05.1974.

⁷⁷ EU Court of Justice, Case 44/79, 13.12.1979.

⁷⁸ Bakır Çağlar, a.g.m., s. 19.

⁷⁹ A. Füsün Arsava, a.g.m., s. 17.

⁸⁰ Statute of the International Court of Justice: <http://www.icj-cij.org/documents>

⁸¹ Konuyla ilgili tartışmalar ve karar örnekleri için bkz: Christopher McRudden, “Common Law on Human Rights: Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt 20, Sayı 4, Kış 2000, ss. 499-532.

⁸² Christine Chinkin, “Sources”, Daniel Moeckly-Sangeeta Shah-Sandesh Sivakumaran (Der.), **International Human Rights Law**, Oxford University Press, 2010, s. 115.

⁸³ ECHR, *MC v Bulgaria*, No: 646, 4 Aralık 2003.

değerlendirileceği sonucuna varmıştır.⁸⁴ Bu örnekten yola çıkarak tamamıyla farklı hukuk rejimlerinde yargılama yapan iki mahkemenin yargılama usulleri ve içtihatları arasında otomatik bir geçişkenlik bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte birisi ceza yargılaması, diğeri hukuk yargılaması yapan bu iki mahkemenin kararları arasındaki etkileşimden yola çıkılarak, içtihatların insan hakları hukukunun ikincil nitelikte kaynağını teşkil ettiğini net olarak ifade etmek mümkündür.⁸⁵ AB Adalet Divanı özellikle 1974 yılından sonra verdiği kararlarda AİHS hükümlerine daha sıkça istinat etmeye başlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Divan'ın bazı kararlarına gönderme yapmaktadır. Ceza yargısında savunma hakkını ilgilendiren uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda Uluslararası Ceza Mahkemesi de AİHM'nin sistematiğini uygulamaktadır. Şüpheli veya sanığın savunma hakkına ilişkin olarak AİHM'nin içtihatlarında geliştirdiği standartlar, Uluslararası Ceza Mahkemesi yargısında bire bir yansımaları bulabilmektedir.⁸⁶ Bu noktada ulusal, bölgesel ya da uluslararası mahkemeler arasında bir hiyerarşi bulunmadığını önemle vurgulama ihtiyacı vardır. Bu şekilde mahkemeler birbirlerinin insan haklarının korunmasına ilişkin kararlarına atıfta bulunarak dolaylı yoldan içtihat hukukuna katkıda bulunmuş, ya da içtihat hukukunun gelişmesine destek vermiş olmaktadır.

Uluslararası mahkemeler cephesinde ulusal mahkemeler cephesindeki gelişmelere benzer çerçevede içtihatların insan hakları hukukuna doğrudan doğruya da kaynaklık ettiği görülebilmektedir. Örneğin Avrupa Birliği'nin yargı organı olan Adalet Divanı dinlenme hakkı, aynı suçtan iki kez yargılanmama, eşitlik, orantılılık gibi yazılı olmayan hakları ve ilkeleri içtihatlarıyla benimsemiştir.⁸⁷ Avrupa Konseyi'nin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içtihatlarıyla çevre hakkını tanımıştır.⁸⁸ Ayrıca başka uyuşmazlık konularında verdiği kararlarıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kendi içtihat hukukunu geliştirmeye devam etmektedir. Adil yargılanma hakkında yola çıkarak Strazburg Mahkemesi, hakkaniyete uygun şekilde dinlenilme hakkını, mahkeme önünde hak arama özgürlüğünü, susma

⁸⁴ Christine Chinkin, "Sources", s. 116.

⁸⁵ Christine Chinkin, "Sources", s. 117.

⁸⁶ Nicolas A. J. Croquet, "The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence", **Human Rights Law Review**, Cilt 11, Sayı 1, 2011, ss. 91-131.

⁸⁷ İbrahim Kaboğlu, a.g.e., s. 69.

⁸⁸ İbrahim Kaboğlu, a.g.e., s. 69.

hakkını, taraflar arasında silah eşitliğini, yargılamada yüz yüzelik gibi hakları içtihatlarıyla Sözleşme'nin koruması kapsamına dâhil etmiştir.⁸⁹

AB Adalet Divanı yazılı olmayan hukukla çalışmak suretiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hukukun genel prensiplerini kullanmak suretiyle hukuk yaratmaktadır.⁹⁰ Buna göre tarihsel süreçte bazı ulusal anayasa mahkemelerinin ortaya koyduğu yazılı olmayan temel haklar kataloğunun kabulüne ilişkin anlayışın uluslararası mahkemeler düzeyinde de destek gördüğü ve yazısız haklar listesinin zenginleştirilmiş bulunduğu anlaşılmaktadır. Doğal hukuk doktrinini yansıtan bu anlayış İsviçre Federal Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi ve İtalyan Anayasa Mahkemesi gibi Avrupa mahkemeleri ile Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından kabul görmektedir. Pozitif hukuka üstün temel haklar kavramını kabul etmeyen pozitivist doktrin ise Kelsen'in hukuk teorisinden etkilenen Avusturya Anayasa Mahkemesinde görülmektedir.⁹¹

4. Türk Hukukunda İchtihatların İnsan Hakları Hukukuna Katkısı

Çalışmamızın başında belirttiğimiz gibi, yargısal içtihatların kaynak olma değeri bir hukuk sisteminden diğerine değişkenlik arz etmektedir. Anglo-Sakson hukuk sisteminin aksine, Kıta Avrupası sisteminin benimsendiği ülkelerde mahkeme kararları hukukun bağlayıcı kaynaklarından değildir. Bu halde yargıçlar sadece yürütme ve yasamaya karşı değil, yargı içinde de bağımsızdırlar. Yargıçlar baktıkları davalarda diğer mahkeme kararlarıyla bağlı olmadan kendi hukuksal anlayışına göre karar verebilirler. Bu ilkenin iki istisnası olan içtihadı birleştirme kararları ve Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcı niteliktedir.⁹² Amerikan modeli anayasal yargı denetiminin yol kat ettiği, Avrupa modelinin ise henüz ortaya çıkmadığı 1924 Anayasası döneminde, Türkiye'de anayasanın sertliğine dayanılarak somut norm denetiminin mahkemeler tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışmaları yaşanmaya başlamıştır.

Türk doktrininde tartışmaların bir cephesinde yer alan hukukçular, Amerikan Yüksek Mahkemesi Başkanı yargıç Marshall'ın *Marbury*

⁸⁹ Ergin Ergül, a.g.e., s. 191.

⁹⁰ Bakır Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı 1-3, 1984, s. 10.

⁹¹ Bakır Çağlar, a.g.m., s. 11.

⁹² Yüksel Metin, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 27, 2010, s. 224.

v. *Madison*⁹³ davasındaki kararında dayandığı gerekçelerden hareket ederek, mahkemelerin somut norm denetimi yoluyla yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemek için açık bir anayasal hükme ihtiyaç bulunmadığını savunmuştur. Diğer bir grup hukukçu ise 1924 Anayasası metnine göre mahkemelere anayasal yargı denetimi yetkisi vermenin mümkün olmadığı görüşünü ileri sürmüştür. Doktrindeki ikilik dönemin mahkeme içtihatlarına da yansımıştır. Derece mahkemelerinin yargısal denetimden yana kararlar vermeye başlamasına karşın, yüksek mahkemeler bu görüşü benimsemediği için yargısal denetim sistemi içtihat yoluyla yerleşmemiştir.⁹⁴

1961 ve 1982 anayasaları döneminde içtihatlar ve doktrinde yaşanan tartışmaları sonlandıran, anayasal yargı denetimi yetkisinin Anayasa Mahkemesi tekelinde tanınması olmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne tanınan anayasa organı statüsü ve bu statünün getirdiği fonksiyonun niteliği Anayasa Mahkemesine yargı organı içinde özel bir konum da kazandırmıştır.⁹⁵ Türk Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetimindeki işlevi yerleştikten sonra bu kez içtihat hukukunda öne çıkan husus, anayasal yargı denetiminin sınırları konusu olmuştur. Türk Anayasa Yargısı içtihatlarına bakıldığında, gerek 1961 Anayasası, gerekse 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin doğal hukuk anlayışıyla örtüşen gerekçelendirmelere yer verdiği söylenebilir. 1961 Anayasasından bu yana Türk Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklerin yasama çoğunluğuna karşı en temel güvencelerinden birisi olarak kabul görmüştür.⁹⁶ Bu işlevsel konumu dolayısıyla modern hukukta anayasa mahkemeleri yorumlama faaliyetleri sonucunda sadece özgürlükleri koruyan ilkeler geliştirmekle yetinmemekte; anayasal değerlerdeki ilkelerden normlara giderek, norm yaratma yoluyla insan haklarını zenginleştirmektedirler. Doktrinde “somutlaştırma”, “zenginleştirme” ya da “hukuk yaratma” adlandırılmasıyla yer alan yargısal yetki kullanma biçimleri, insan hakları hukukuna içtihatlarla katkı yapılmasının yolunu açmıştır.

Türk Anayasa Mahkemesi zaman zaman anayasa ya da yasa hükmüne bağlı olarak türevsel bir yetki kullanmak suretiyle yeni bir hak yaratma yoluna gitmiştir.⁹⁷ Mahkeme'nin bu anti-pozitivist pozisyonu, anayasaya

⁹³ *Marbury v Madison*, 5 U.S. 137, 2 L.Ed. 60 (1803).

⁹⁴ Ergun Özbudun, a.g.e., s. 344.

⁹⁵ Zafer Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, a.g.m., s. 4.

⁹⁶ Yusuf Şevki Hakyemez, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Yaklaşımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 57.

⁹⁷ Türk Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa hükmünde yer almayan bazı temel hakların

uygunluk denetimine konu oluşturan düzenlemelerin sahibi olarak yasama ve yürütme erkinin mensupları tarafından eleştiri konusu edilebilmektedir. Bununla birlikte Mahkeme tarafından gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetimi, siyasal kurumların taşkınlıklarını sınırlayabilecek tek mekanizma olarak güçlü bir meşruiyete sahip kabul edilmektedir.⁹⁸ Anayasa normlarının çoğunun zorunlu olarak soyut biçimde kaleme alınmış olmasına bağlı olarak kavramların somutlaştırılması gereksinimi, kendiliğinden anayasa yargıcına geniş bir takdir yetkisi alanı oluşturmaktadır. Soyut anayasal normların yorumlanması aynı zamanda onların geliştirilmesi anlamına gelmektedir.⁹⁹ Anayasada özellikle temel haklar alanında belirsiz ve geniş kavramlar vardır. Bu çerçevede siyasal iktidarın kötüye kullanılmasına karşı temel hakların korunmasını geliştirmeye hizmet eden mahkeme içtihatlarını, “yargısal aktivizm” zanlısı olarak değerlendirmek zorlama bir yaklaşımın sonucudur. Unutulmamalıdır ki anayasa yargısının meşruluğu, anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı ilkelerine dayanmaktadır. Öte yandan Türk Anayasa yargısında, yasama organının yasa çıkartırken Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen yasaların iptal gerekçelerini ve sonuçlarını da nazara almak zorunluluğu söz konusudur.¹⁰⁰ Buna göre Anayasa Mahkemesi içtihatlarının insan hakları söz konusu olduğunda önleyici denetim işlevine de sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Özellikle de Anayasa’nın 90. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde anayasa yargıçlarının temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk normlarına, insan hakları-devlet diyalektiğinde hukuk devletini derinleştirme işlevinde başvurdukları belirtilmektedir.¹⁰¹

Türk Anayasa Mahkemesi aynı zamanda hukukun genel ilkelerini anayasa üstü referans norm kabul ederek ve Anayasa’nın 2. maddesindeki

korunmasına içtihatlarında yer vermesi “hukuk yaratma tekniği”ne başvurulması olarak değerlendirilebilmektedir; Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, a.g.e., s. 191-192. Ancak bu gerçek anlamda bir hukuk yaratma değil, yargılamanın mantıksal sonucu olarak somutlaştırma yapılması anlamında bir hukuk üretimidir, Bkz. Zafer Gören, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 12, 1995, s. 211.

⁹⁸ İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye**, İmge Kitabevi, Ankara 2000, s. 189-190-191; Rui Manuel Moura Ramos, “21. Yüzyılda Hak ve Özgürlükler Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 29, 2012, s. 511 ve s. 514; İlyas Doğan, **Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma**, Cemre Yayınevi, Diyarbakır 2000, s. 16.

⁹⁹ Zafer Gören, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl 6, Sayı 14, Güz 2008, s. 3.

¹⁰⁰ AYM, 1993/26 E, 1993/28 K, 16.09.1993.

¹⁰¹ Tahsin Fendoğlu, a.g.m., s. 369.

hukuk devleti kavramının unsuru olarak yorumlamıştır.¹⁰² Bu doğrultuda aldıkları pek çok kararda Anayasa Mahkemesi yargıçları bazen karar gerekçesinde bazen de karşı oy görüşünde, kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlı olduğu anlayışını benimsemiştir.¹⁰³ Bu bağlamda anayasa yargısının içtihat hukukunda güçlü bir konumu olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun dayanağı da en açık şekilde Türk Anayasasının 90. maddesidir. Maddenin son fıkrasına göre “temek hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”. Bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesi temel haklara ilişkin uluslararası bildirgeleri ve antlaşmaları, anayasaya uygunluk denetimi yaparken verdiği kararlarda destekleyici standart normlar olarak kullanmaktadır. Özellikle Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru mekanizmasının kabulünden sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi anayasa yargısı içtihatlarında odak noktası haline gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi Strazburg Mahkemesi’ni ilgilendiren 90. ve 148. maddelerdeki atfın AİHM içtihatlarını da kapsadığı yorumunda bulunmuş ve iki mahkemenin içtihatları arasında etkileşim gelişmiştir. Soyut ve somut norm denetiminde Anayasa Mahkemesi açık bir mevzuat hükmüne ihtiyaç duymadan Strazburg Mahkemesi’nin oluşturduğu içtihat hukukuna uymaya çalışarak¹⁰⁴ kendi içtihatlarını oluşturmuştur. Mesela ana muhalefet partisi meclis grubu tarafında iptal davası açılması üzerine 16 Haziran 2011 tarihli kararında¹⁰⁵ Türk Anayasa Mahkemesi hem adil yargılamaya ilişkin AİHS hükmüne, hem de AİHM içtihatlarıyla varlık kazanmış olan “silahların eşitliği” ve “yüz yüzelik” ilkelerini ölçüt almıştır.¹⁰⁶

Anayasa yargıcının insan hakları alanındaki norm yaratıcı rolünün kabulüne esas teşkil eden anlayış, insan hakları hukukunun doğal hukuk anlayışından kaynak almasına dayanmaktadır. Dünyadaki tarihsel örneklere bakıldığında da aynı anlayışın izlerine rastlanır. Türk anayasa hukukundaki problematik, 1982 Anayasası’nın 12. maddesinin anayasada öngörülme

¹⁰² Tahsin Fendoğlu, a.g.m., s. 370.

¹⁰³ AYM, 1990/7 E, 1990/23 K, 21.06.1990; AYM, 1990/32 E, 1990/25 K, 16.10.1990; AYM, 1963/124 E, 1963/243 K, 11.10.1963.

¹⁰⁴ XVI. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Avrupa’daki Anayasa Mahkemelerinin İşbirliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raporu, 11-15 Mayıs 2014, s. 4.

¹⁰⁵ AYM, 2008/12 E, 2011/104 K, 16.06.2011.

¹⁰⁶ XVI. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Avrupa’daki Anayasa Mahkemelerinin İşbirliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raporu, 11-15 Mayıs 2014, s. 3.

durumları anayasal etki alanına çekme gücüne sahip olup olmadığı noktasında düğümlemektedir. 12. maddenin İtalyan Anayasasının 2. maddesi gibi çekimleme etkisine sahip olduğu kabul edildiği takdirde, değişkenlik gösteren tarihsel durum ve şartlarda siyasal ve hukuksal bilinçte maddileşen hak ve hürriyetler de 12. maddenin kapsamında değerlendirilebilecektir. Maddileşmenin şekillerinden birisi de, onaylanmamış da olsa, uluslararası antlaşmaları “dokunulmazlık” seviyesine çıkartarak anayasallaştırmaktır.¹⁰⁷

“İçtihat yoluyla anayasanın geliştirilmesi tekniği”¹⁰⁸ olarak ifade edilen anlayışa göre, anayasada düzenlenmemiş olsa bile hukukun üstünlüğü ilkesine dayanarak tüm norm programlarının uygulanması yoluyla anayasanın zenginleştirilmesi mümkündür. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi 1981 yılında verdiği bir kararında¹⁰⁹ Medeni Kanun’un 310. maddesinde, cinsel ilişki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedilemeyeceği kuralını iptal ederken anayasayı zenginleştirme tekniğiyle somutlaştırmıştır.¹¹⁰ Söz konusu kararda Mahkeme, uluslararası hukuk metinlerine gönderme yaparak dava konusu düzenlemenin temel hak ve özgürlüklerin niteliğine, kanun önünde eşitlik ilkesine ve ailenin korunması kuralına aykırılığına hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca insan onurunu değerlendirdiği bazı kararlarında da aynı tekniği uygulamıştır.¹¹¹ Ayrıca Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenmiş bulunan ölçülülük ilkesi, hakkın özüne dokunmama ilkesi ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ilkesi gibi AİHM içtihatlarından yer bulan ilkeler, temel hakların sınırlandırılmasında temel olan yasa koyucuya hitap etmektedir. Anayasa Mahkemesi bu sınırlama kriterlerini, özgürlükler lehine içtihat geliştirirken çıkış noktası olarak kullanabilmektedir.¹¹²

Anayasa Mahkemesi tarafından içtihat hukukuyla geliştirilmesi ihtiyacı bulunan durumlara dayanak oluşturan bazı anayasal hükümler ve Anayasanın başlangıç bölümü 6. paragrafidir. Türk Anayasa Mahkemesi’nin geliştirdiği yaklaşım bu yanı sıra yukarıda sözü geçen Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen anlayışla paralellik göstermektedir. Alman Anayasası 2.

¹⁰⁷ Bakır Çağlar, a.g.m., s. 137.

¹⁰⁸ Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000, s. 92-93.

¹⁰⁹ AYM, 1980/29 E, 1980/22 K, 21.05.1981.

¹¹⁰ Zafer Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, a.g.e., s. 93.

¹¹¹ AYM, 1963/57 E, 1965/65 K, 27.12.1965.

¹¹² Yusuf Şevki Hakyemez, a.g.e., s. 190.

maddesi 1. paragrafı “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir” hükmünü getirmektedir. Türk Anayasası başlangıç kısmınının 6. paragrafı ise “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” hükmünü getirmektedir. Anayasa 176. maddesine göre başlangıç kısmı anayasa metnine dâhil bulunduğuna göre her iki anayasal düzenlemenin bağlayıcılık düzeyleri de paralel olarak kabul edilebilir. Ayrıca başlangıç hükmünü destekleyen bir başka anayasal düzenleme 5. maddedir. Türk Anayasası 5. maddesi “Devletin temel amaç ve görevleri... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” hükmünü içermektedir. 5. madde gerekçesinde “...Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir...” ifadesi yer almaktadır. Yine Türk Anayasasının “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığını taşıyan 17. maddesi “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” hükmünü barındırmaktadır. 17. maddenin gerekçesinde, kişinin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin bu maddeden başlayarak önem dereceleri göz önünde tutularak belirlendiği vurgulanmakta, dolayısıyla Anayasa koyucu maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkınının Anayasayla garanti altına alınan insan haklarının en üst basamağında bulunduğunu kabul etmiş olmaktadır.¹¹³

Anayasa yargısı içtihatları, diğer yargı kolları bünyesinde görev yapan mahkemelere nispetle bağlayıcı olması hasebiyle insan hakları hukuku alanında ön plana çıkmakla beraber, başta idari yargı olmak üzere adli yargı ve diğer yargı kollarındaki mahkemeler de senelerden beri İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini ve İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını referans almaktadır. Ayrıca Türk Anayasasının 148. maddesinde düzenlenerek 2012 yılında uygulamasına başlanan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru mekanizması da, AİHS ve ek protokollerinin yargı mercileri tarafından doğrudan uygulanmasını güçlendiren önemli bir değişikliktir. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru mekanizması çerçevesinde Anayasa Mahkemesi, AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını dikkate

¹¹³ Zafer Gören, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 6, Sayı 12, Güz 2007/2, s. 26.

alma yükümlülüğü ile karşılaşmıştır.¹¹⁴ Bireysel başvurunun işlevi birey özgürlüklerinin korunmasıyla sınırlı değildir, ancak temel hakların içtihat hukukundaki kullanımını artıracığı açıktır.¹¹⁵

Türk mahkemelerinin yaklaşımında İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öne çıkmasının nedeni, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin taraf devletlerdeki yargısal uygulamaları denetleme yetkisine sahip olmasıdır. Buna göre ulusal mevzuatında AİHS hükümlerinin doğrudan uygulanmasına yer veren ya da vermeyen ülkelerde giderek daha ağırlıklı olarak yargı mercileri AİHM içtihatlarına uygun davranmakta ya da en azından istifade etme yoluna gitmektedir.¹¹⁶ Son yıllarda hâkim olan bu uygulamanın nedeni temel hakların yargısal düzeyde korunmasının ulusal sınırlardan uluslararası sınırlara taşınmış olmasıdır. Bu noktada AİHS hukuku ile birlikte AB hukukunun insan hakları korumasını da beraber değerlendirmek gerekmektedir. AB üye ülkelerinin ve AİHS'ye taraf olan ülkelerin Anayasa Mahkemeleri arasında yapılan müşterek çalışmalar Avrupa'da bir ortak insan hakları hukuku inşa süreci içinde bulunduğumuzun ipuçlarını ortaya koymaktadır.¹¹⁷ Avrupa Birliği'nin bağlayıcılık vasfı bulunan insan hakları bildirgesi olan Temel Haklar Şartı'na¹¹⁸ bir kararında Türk Anayasa Mahkemesi atıfta bulunmuştur. 8 Aralık 2011 tarihli kararında¹¹⁹ Anayasa Mahkemesi AB Temel Haklar Şartı'nın eşitlik ilkesine ilişkin 20. maddesine atıfta bulunmuştur. Birçok kararında Mahkeme, Uluslararası Adalet Divanı kararlarından faydalanmıştır.¹²⁰ Danıştay ve Yargıtay kararlarında ise Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesindeki pek çok Sözleşmeye atıf yapılmıştır. İdari yargı mahkemelerinden derece mahkemeleri de sıklıkla İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine karar gerekçelerinde yer vermektedir.¹²¹

¹¹⁴ XVI. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Avrupa'daki Anayasa Mahkemelerinin İşbirliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raporu, 11-15 Mayıs 2014, s. 2.

¹¹⁵ Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, XII. Levha, İstanbul 2015, s. 10.

¹¹⁶ İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, 2004, s. 181.

¹¹⁷ Alfonso Quaranta, "İtalyan Anayasası'nda Temel Hakların Korunması", **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 29, 2012, s. 788.

¹¹⁸ Funda Keskin, **Avrupa Birliği ve İnsan Hakları**, Siyasal Kitabevi, Ankara, Ocak 2013, s. 37.

¹¹⁹ AYM, 2010/119 E, 2011/165 K, 8.12.2011.

¹²⁰ XVI. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Avrupa'daki Anayasa Mahkemelerinin İşbirliği, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raporu, 11-15 Mayıs 2014, s. 3.

¹²¹ Hüseyin Bilgin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına**

Türk yargı mensuplarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine ve Strazburg Mahkemesi'nin içtihatlarına başvurmasının bir başka nedeni ulusal mevzuatımızın da bunu gerektirmesidir. Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrası ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruyu düzenleyen mevzuat hükümleri, yargıçlarımızın insan haklarına ilişkin uluslararası standartları takip etmesini gerektirmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Sözleşme hükümleriyle yetinmeyerek kendi içtihat hukukunu oluşturmaktadır. Mesela Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkına ek olarak, hakkaniyete uygun şekilde dinlenilme hakkını, mahkeme önünde hak arama özgürlüğünü, taraflar arasında silah eşitliğini, yargılamada vicahilik (yüz yüzelik) hakkını da içtihat etmiştir.¹²² Bu halde yargıçlarımız cephesinden Strazburg Mahkemesi'nin içtihat hukukunu takip etmek yükümlülüğü de kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede Türk Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru mekanizması çerçevesinde yapılan dört bini aşkın müracaatın kabul edilebilirlik kararlarını Strazburg Mahkemesi içtihatlarını nazara alarak vermiştir.¹²³

Sonuç

İnsan hakları hukukunun içtihadi kaynaklarına ilişkin çalışmamız, son yıllarda ihmal edilmiş olduğunu değerlendirdiğimiz bir konuya ışık tutmayı amaçlamaktadır. İnsan hakları hukukunu diğer hukuk dallarından ayıran temel özellik, yenilikçi ve güncel bir hukuk dalı olmasıdır. Diğer hukuk dallarında birey özgürlüğünü ilgilendiren boyutu bulunan pek çok uyuşmazlık, insan hakları hukukundaki çalışmalar sayesinde çözüme kavuşturulabilmektedir. Bu nedenle insan hakları hukukunun kaynaklarını sayarken içtihadi kaynakları ihmal etmemek gerekir. Mahkeme kararları mevzuatın uygulamadaki neticesi olmakla beraber, mevzuatta yer almayan, yazılı olmayan temel hak ve hürriyetlerin ve ilkelerin geliştirilmesine de hizmet eder niteliktedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması alanındaki her bir ileri adım, tüm hukuk dallarının gelişimine katkıda bulunabilecek potansiyeldedir. Bundan yola çıkılarak yirmi birinci yüz yıl Avrupasında mahkemelerin, ülkelerin ulusal anayasalarının başgardiyani olarak işleme gerektiği görüşü benimsenmiştir.¹²⁴

Yansımaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

¹²² Ergin Ergül, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Yolunun Anatomisi**, Temmuz 2015, s. 191.

¹²³ XVI. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, a.g.e., s. 3.

¹²⁴ Maartje de Visser, **Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis**, A&C Black, Temmuz 2014.

Anayasa Mahkemesi yargıçları başta olmak üzere yargı mensuplarının, diğer devlet organları, yasama ve yürütme karşısında kendi konumlarını tanımlarken, hukuksal sınırları tespit görevi ile hukuksal aktivizm arasında bir uzlaşmaya varmaları gerekmektedir. Bu denge sağlanabildiği takdirde mahkeme içtihatlarının insan hakları hukukuna kaynaklık etmesi yönünde yürütülen çalışmalar hukuksal gelişmeye hizmet edecektir. Özellikle Türk Anayasası hükümleri uyarınca temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin ulusal mevzuatı ve uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulamakla yükümlü kılınmasından sonra, ilk derece mahkemelerinin de dahil olmak üzere tüm yüksek mahkemelerin ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında insan hakları perspektifine daha ağırlıklı bir yer verilmesi gerekmektedir.

Bireysel başvuru mekanizmasının hukukumuzda girmesiyle birlikte Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu alandaki önemi daha da artmıştır. Çünkü bireysel başvuru mekanizmasının kabulüyle Anayasa Mahkemesi, AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarının yer verdiği, ancak ulusal hukukumuzda daha önce konu edilmemiş olabilecek hak ve özgürlüklerin korunması ve yeni koruma usullerinin geliştirilmesi gibi edimlerin yükümlüsü konumunu edinmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi yargıçlarının yetki sınırlarına ilişkin tartışmalarda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin çalışma alanını Anayasa Mahkemesinin diğer çalışma alanlarından ayırmak gerekmektedir. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulüyle götürülecek hukuksal uyuşmazlıklarda verilecek kararlar, insan hakları hukukunun etkin bir şekilde içtihatlarla beslenmesini güçlendirme potansiyeline sahiptir.

KAYNAKÇA

Acer, Yücel - Kaya, İbrahim, **Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2015.

Aliefendioğlu, Yılmaz, **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Arsava, A. Fusun, "Temel Hakların Alman Anayasa Hukuku Örneğinde, AİHK ve AB İlişkisi Çerçevesinde Yorumu", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt 7, Sayı 27.

Arsava, A. Füsün, “ATAD’ın Hukuk Yaratma Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 54, ss. 13-28.

Beaney, William M., **American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases**, Prentice-Hall Inc., New Jersey, 1964.

Bilgin, Hüseyin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İdari Yargısına Yansımaları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Bilgen, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

Chinkin, Christine, “Sources”, Daniel Moeckly-Sangeeta Shah-Sandesh Sivakumaran (Der.), **International Human Rights Law**, Oxford University Press, 2010.

Costelloe, Daniel - Fitzmaurice, Malgosia, «Lawmaking by Treaty: Conclusion of Treaties and Evolution of Treaty Regimes in Practice», Cathrine Brölmann - Yannick Radi (Der.), **Theory and Practice of International Lawmaking**, Elgar Publishing, Cheltenham UK- Northampton MA USA, 2016, ss. 111-131.

Croquet, Nicolas A. J. “The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights’ Jurisprudence”, **Human Rights Law Review**, Cilt 11, Sayı 1, 2011.

Çağlar, Bakır, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 6, 1989.

Çağlar, Bakır “Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt 5, Sayı 1-3, 1984.

Doğan, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, Astana Yayınları, Ankara, Eylül 2015.

Doğan, İlyas, **Alman ve Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma**, Cemre Yayınevi, Diyarbakır 2000.

Ergül, Ergin, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru: Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Yolunun Anatomisi**, Temmuz 2015.

Eroğul, Cem, **Çağdaş Devlet Düzenleri: İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya**, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2014.

Fendoğlu, Tahsin, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 17.

Gedik, Fırat - Koç, Emel, “Hüküm Kurma ve İçtihat”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 67, Sayı 2, Bahar 2009.

Gören, Zafer, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğın Korunması”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Sayı 73, Cilt 9, 1992.

Gören, Zafer, “Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 6, Sayı 14, Güz 2008.

Gören, Zafer, **Anayasa Hukuku**, Yetkin Hukuk Yayınları, Mayıs 2011.

Gören, Zafer, “Türk ve Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının Sınırları ve Yürürlüğü Durdurma Kararları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 12, 1995.

Gören, Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2000.

Gören, Zafer, “Avrupa Birliğı Temel Haklar Şartı'nın Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt 6, Sayı 12, Güz 2007/2.

Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

Gözler, Kemal, **Genel Hukuk Bilgisi**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2008.

Gözübüyük, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Hakyemez, Yusuf Şevki, **Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Yaklaşımı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Hekimoğlu, Mehmet Merdan, **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara 2004.

Helmholz, R. H., “Continental Law and Common Law: Historical Strangers or Companions”, **Duke Law Journal**, Cilt 39, Sayı 6, Aralık 1990.

Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayıncılık, İstanbul 1998.

Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Yargısı: Avrupa Modeli ve Türkiye*, İmge Kitabevi, Ankara 2000.

Kanadoğlu, Korkut, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, XII. Levha, İstanbul 2015.

Keskin, Funda, *Avrupa Birliği ve İnsan Hakları*, Siyasal Kitabevi, Ankara, Ocak 2013.

Lawrence, Baum, "The Supreme Court in American Politics", *Annual Review of Political Science*, Cilt 6, Haziran 2003.

Mason, Alpheus Thomas - Stephenson, Donald Grier, *American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases*, Prentice Hall, New Jersey, 1990.

McRudden, Christopher, "Common Law on Human Rights: Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, Cilt 20, Sayı 4, Kış 2000.

Mellinghof, Rudolf, "Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 26, 2009.

Metin, Yüksel, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 27, 2010.

Öğütçü, Muhlis, "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Özel Sayı 2005, ss. 555-615.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

Quaranta, Alfonso, "İtalyan Anayasası'nda Temel Hakların Korunması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 29, 2012.

Ramos, Rui Manuel Moura, "21. Yüzyılda Hak ve Özgürlükler Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 29, 2012.

Rehman, Javaid, *International Human Rights Law: A Practical Approach*, Longman, England 2003.

Schulze, Hagen, **Avrupa’da Ulus ve Devlet**, Çev. Timuçin Binder, Literatür Yayıncılık, İstanbul 2005.

Stone, Alec, **The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective**, Oxford University Press, New York-Oxford 1992.

Şahbaz, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, 2004.

Tunç, Hasan, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

Ünal, Şeref, “İnsan Haklarının Tarihi, Felsefi ve Hukuki Temelleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 1, 1994.

Visser, Maartje de, **Constitutional Review in Europe: A Comparative Analyses**, A&C Black, July 2014.

Warren, Charles, “New Light on the History of the Federal Judiciary Act of 1789”, **Harvard Law Review**, Cilt 37, Sayı 1, Kasım 1923.

Yazıcı, Serap, «Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devleti», **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 4, Ankara 2005.

Zoller, Elisabeth, “The United States Supreme Court and the Freedom of Expression”, **Indiana Law Journal**, Cilt 84, Sayı 885, 2009.

