

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: II

Sayı: 1

Bahar 2015



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel
Doç. Dr. Serdar Kale
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş
Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Kampüsü
Kavacık Mah. Ekinçiler Cad.
No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Tekin Ozalit İnterpano
Eğ. Ger. Paz. San. ve Dış.Tic.Ltd.Şti.
İmsan San Sit. E Blok No: 2
İkitelli-K.Çekmece/İstanbul
www.tekinozalit.com
Tel: 0212 696 53 00
Faks: 0212 696 53 01

ISSN

ISSN: 2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş
Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut
Yrd. Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Ahmet Hamdi Topal	5
Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü <i>Temporary Protection Regulation And The Legal Status Of Syrians in Turkey</i>	
Server Demirci	23
Nesiller Arası Adalet ve Ekonomik Krizler <i>Intergenerational Justice and Economic Crisis</i>	
Levent Korkut	31
Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları <i>Sovereignty Conception in The Public Law From The Emergence of The Nation State to The Present Day</i>	
Selman Karakul	79
Hukuk Yoluyla Demokrasi mi, Demokrasi Yoluyla Hukuk mu? Hukuk ve Demokrasi İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler <i>Democracy Through Law Or Law Through Democracy? Reflections On The Relationship Between Law And Democracy</i>	

ÖZEL HUKUK

Nevzat Koç	111
Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi <i>The Effect of Cancellation of The Right of Usufruct to The Lease Contract Concluded By Usufructuary Before The Cancelment</i>	
Serdar Kale	133
İflas Kapandıktan Sonra Borçluya Ait Yeni Mal Bulunması (İİK M. 255) <i>Finding New Property That Belonging to The Debtor After Closing of The Bankruptcy (Clause 255 Of Enforcement And Bankruptcy Law)</i>	

Abdullah Hızal-Serkan Çınarlı	143
Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı <i>The Scope of The Compensation in The Full Damage Cases That Arising From Medical Practice</i>	
Emrah Kulaklı	185
İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu <i>The Problem of Registration of The Property in The Confiscating Without Expropriating Cases in The Administrative Jurisdiction</i>	
Afra Uysal	199
Kamulaştırmaz El Atma Halinde Açılacak Davalar, Taraf Ehliyetleri ve Nitelikleri <i>The Lawsuits, Parties' Competence And Qualifications in Case of Confiscation Without Expropriation</i>	

KAMU HUKUKU

Geçici Koruma Yönetmeliği ve Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü

Temporary Protection Regulation And The Legal Status Of Syrians in Turkey

Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The ongoing civil war in Syria has triggered mass population movements in the country and millions of Syrian citizens have left Syria by seeking asylum in other countries. Since early days of the armed conflicts, Turkey, having a long border line with Syria, allowed Syrian citizens who escaped from the war and came to the border area for asylum, entering into her territories following an "open door" policy. Turkey, providing de facto temporary protection for Syrian citizens, enacted a Temporary Protection Regulation on 22nd of October, 2014 clarifying the legal status of these people.

Keywords: Mass influx, international protection, refugee, asylum seeker, conditional refugee, subsidiary protection, temporary protection

GİRİŞ

2011 yılında Tunus'ta başlayan ve kısa sürede diğer Arap ülkelerini de etkisi altına alan halk hareketleri ile birlikte, iktidardaki baskıcı yönetimlere karşı değişim talep eden toplumsal hareketler ortaya çıkmıştır. "Arap Baharı" şeklinde isimlendirilen bu süreç Suriye'ye de sıçramış, ülkede rejim aleyhine hürriyet ve demokrasi taleplerinin dile getirildiği gösteriler başlamıştır. Ancak kısa sürede ülke çapına yayılan gösterilerin rejime bağlı askerî birlikler tarafından, aşırı şiddet kullanılarak bastırılmak istenmesi karşısında çıkan çatışmalar, zamanla iç savaşa dönüşmüş, ülkede barış ve istikrar ortadan kalkmıştır. Başlangıçta hükümet kuvvetleri ile muhalif silahlı gruplar arasında yaşanan silahlı çatışmalar, farklı etnik ve dini inanç grupları arasında da yaşanmaya başlamış, ülke etnik ve

mezhep temelli bir ayrışma ve şiddet girdabına sürüklenmiştir.¹

Sayırsız hukuk ihlallerine sahne olan savaşın en ağır sonuçlarından biri de, güvenli bölge arayışı içine giren Suriyelilerin ülke içinde yer değiştirmeleri veya toplu hâlde komşu ülkelere sığınmaya başlamaları olmuştur. Söz konusu insan hareketliliğinin başlamasıyla birlikte, sayıları milyonlarla ifade edilen Suriyeli ülkelerini terk ederek diğer ülkelere sığınmak zorunda kalmıştır.² Türkiye de, söz konusu kitlesel akından yoğun bir şekilde etkilenmektedir. Çatışmaların başladığı dönemden itibaren 911 km'lik Türkiye-Suriye kara sınırında sayıları milyonlarla ifade edilen bir insan hareketliliği yaşanmıştır.³

Türkiye, çoğunluğunu kadın ve çocukların oluşturduğu Suriyelilerin barınma ihtiyacının karşılanabilmesi amacıyla farklı vilayetlerde kamplar açmış ve gelenleri bu kamplara yerleştirmeye başlamıştır.⁴ Ancak sınıra yakın vilayetlerde kurulan kamplarda yaşayanlardan daha fazlasının, yine sınıra yakın vilayetler başta olmak üzere farklı şehirlerde akrabalarının yanında veya kiraladıkları ya da satın aldıkları evlerde yahut açık alanlarda hayatlarını sürdürmeye çalıştıkları gözlemlenmektedir.⁵

- 1) Birleşmiş Milletler (BM), 15 Ocak 2015 itibarıyla Suriye'de 220 bin kişinin hayatını kaybettiğini ve 1 milyon kişinin de yaralandığını açıklamıştır. Bkz. Daily Press Briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General, <http://www.un.org/press/en/2015/db150115> (16 Nisan 2015).
- 2) *Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği* (BMMYK) verilerine göre, savaş öncesinde yaklaşık 23 milyon bir nüfusa sahip olan Suriye'de 4 milyon kişi evlerini terk ederek komşu ve civar ülkelere sığınmak zorunda kalmıştır. BMMYK, Suriye toprakları içinde can güvenliği kalmadığı için evlerini terk eden ve daha güvenli olduğu farz edilen bölgelere kaçanların sayısının da 8 milyona yakın olduğunu belirtmektedir. Bkz. UNHCR, "Turkey External Update, 31 March 2015", http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/unhcr_turkey_external_weekly_update_31_march_2015.pdf (16 Nisan 2015).
- 3) Suriye'den Türkiye'ye yönelik ilk toplu nüfus hareketi, çatışmalardan kaçan 252 Suriye vatantaşının 29.04.2011'de Hatay ili Yayladağı ilçesindeki Cilvegözü sınır kapısından Türkiye'ye girmesiyle gerçekleşmiştir. Bkz. AFAD, "Suriye'den Türkiye'ye Nüfus Hareketleri Kardeş Topraklarında Misafirlik", <https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/79-20150209111636-webform-atisuriyedenturkiyeyenufushareketleri.pdf> (18 Nisan 2015).
- 4) Hacettepe Üniversitesi Göç ve Siyaset Araştırmaları Merkezi tarafından yapılan ve Kasım 2014'te yayımlanan bir araştırmada; Türkiye'deki Suriyelilerin yüzde 53'ten fazlasının 18 yaşın altındaki çocuk ve gençlerden, yüzde 75'ten fazlasının da özel koruma ihtiyacı içindeki çocuk ve kadınlardan oluştuğu bilgisine yer verilmektedir. Ayrıca, Türkiye'de doğan Suriyeli bebek sayısının 60 bini aştığı tahmin edilmektedir. Bkz. Murat Erdoğan, "Türkiye'deki Suriyeliler: Toplumsal Kabul ve Uyum Araştırması", Hacettepe Üniversitesi Göç ve Siyaset Araştırmaları Merkezi, <http://www.hugo.hacettepe.edu.tr/HUGO-RAPOR-TurkiyedekiSuriyeliler.pdf> (17 Nisan 2015).
- 5) BMMYK'nin verdiği rakamlara göre, 31 Mart 2015 itibarıyla 1.738.448 Suriyeli ülkelerindeki savaştan kaçarak Türkiye'ye gelmiştir. Yine BMMYK'ya göre, barınma merkezlerindeki kayıtlı Suriyeli sayısı 255.198, barınma merkezleri dışında ikamet eden kayıtlı Suriyelilerin sayısı da 1.483.250'dir. Bkz. UNHCR, "Turkey External Update, 31 March 2015", http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/unhcr_turkey_external_weekly_update_31_march_2015.pdf (16.4.2015). Ancak kamp dışında yaşayan ve resmi kayda girmeyen Suriyelilerin toplam sayısı hakkında kesin bir rakam telaffuz edilememektedir. Dolayısıyla gerçek sayının BMMYK'nın verdiği rakamların üzerinde olduğu kesindir.

Türkiye, başlangıçta yaşanan kitlesel akının geçici bir durum olduğu, iç savaşın sona ermesiyle birlikte Suriyelilerin ülkelerine döneceklerini düşünerek hareket etmiş ve politikalarını bu doğrultuda şekillendirmiştir. Nitekim basında ve resmî beyanlarda, savaştan kaçarak Türkiye'ye gelen Suriyelilerin hukuken herhangi bir karşılığı bulunmayan “misafir” şeklinde tanımlandığı ve bu ifadenin sıklıkla kullanıldığı görülmektedir.⁶ Misafirlikleri sona erdiğinde ülkelere geri dönecekleri beklentisini içeren “misafir” ifadesinin yanı sıra “mülteci”, “sığınmacı” ve “geçici koruma altındaki bireyler” şeklinde değişik tanımlamalara şahit olunmaktadır. Yaygın bir şekilde birbirlerinin yerine kullanılan söz konusu kavramlar, aslında farklı anlamlar taşımakta ve doğal olarak farklı çağrışımlarda bulunmaktadır. Ortaya çıkan kavram karmaşası karşısında, öncelikle her biri farklı statüye tekabül eden söz konusu kavramların açıklığa kavuşturulmasının bir mecburiyet olduğu görülmektedir. Bu amaçla çalışmada ilk olarak, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde düzenlenen uluslararası koruma ve uluslararası koruma statüleri ele alınacaktır. Ardından, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) ve YUKK'ye istinaden çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği çerçevesinde ülkemizdeki Suriyelilerin hukukî statüsü incelenecektir.⁷ Böylece Türkiye'deki Suriyelilerin statüsü ve bu statünün uluslararası hukuk alanındaki karşılığı netleştirilmiş olacak, uluslararası toplumla yapılacak işbirliğinin hukukî zemini ve ölçüsü ortaya koyulacaktır. Kuşkusuz yaşanan insan hareketliliğinin sebep olduğu güvenlik başta olmak üzere siyasî, iktisadî, sosyal ve diğer sorunlar söz konusudur. Ancak çalışmada bahsi geçen sorunlardan bağımsız olarak Suriye'de hâlen devam eden iç savaş sebebiyle Türkiye'ye gelen ve Türkiye'de ikamet eden Suriyelilerin hukukî statüsü inceleme konusu yapılmaktadır.

I- Uluslararası Koruma ve Uluslararası Koruma Statüleri

1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne Dair Cenevre Sözleşmesi (bundan sonra 1951 Mülteci Sözleşmesi) ile bu Sözleşmeye dair 1967 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Protokol (bundan sonra 1967 tarihli Protokol), ulusla-

-
- 6) Mesela Başbakanlık Afet ve Acil Durum Yönetim Başkanlığı (AFAD) tarafından hazırlanan çalışmanın başlığı, “Suriyeli Misafirlerimiz Kardeş Topraklarında” şeklindedir. Bkz. <https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/98-2014061912629-suriyeli-misafirlerimiz.pdf>(23 Nisan 2015). Keza Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın da konuşmalarında “Suriyeli misafirlerimiz” ifadesini sıklıkla kullandığı görülmektedir. Bkz. “Erdoğan Suriyeli Sığınmacılara Seslendi”, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/27342780.asp>(23 Nisan 2015).
- 7) Ekşi'nin de işaret ettiği üzere, sığınma amacıyla Türkiye'ye gelen yabancılara sağlanacak korumanın türünün tespit edilmesi, gerek Türkiye'nin yükümlülüklerinin çerçevesinin çizilmesi gerekse uluslararası koruma altına alınanların hak ve yükümlülüklerinin tespiti açısından ehemmiyet arz etmektedir. Bkz. Nuray Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 6, 2014, s. 65.

rarası mülteci hukukunun temelini oluşturmaktadır. Bilindiği üzere, İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında bilhassa Avrupa'da yaşanan nüfus hareketliliği, iltica ve mülteci kavramlarını uluslararası toplumun gündemine taşımıştır. Bu kapsamda akdedilen ve mülteci statüsündeki kişilere devletlerce çeşitli haklar sağlanmasını öngören 1951 Mülteci Sözleşmesi, evrensel düzeyde mülteci konusunu düzenleyen ilk ve tek çok taraflı antlaşmadır.

1951 Mülteci Sözleşmesi mülteci kavramını tanımlamakta ve mülteciler için koruma sağlamaktadır. “Mülteci” kavramı madde 1(A)(2)'de; “ırkı, dini, tâbiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yahut tâbiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden mutadenikâmet ettiği ülke dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıs” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak İkinci Dünya Savaşı ve sonrasında yaşanan insan hareketlilikleri kapsamında karşılaşılan sorunlara çözüm bulabilmek için hazırlanan Sözleşmede, mülteci tanımına zaman ve yer bakımından sınırlandırma getirilmiş, 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle iltica talebinde bulunan şahısların mülteci statüsünden yararlanabileceği kabul edilmiştir.⁸ Fakat 1951 Mülteci Sözleşmesi, mülteci hareketlerinde yaşanan artışa rağmen Sözleşme metninde öngörülen yer ve zaman sınırlandırması sebebiyle yetersiz kalmıştır. Bu durum karşısında, uluslararası koruma ihtiyacı içindeki şahısların herhangi bir tarih ve coğrafi alan sınırlandırmasına tâbi olmaksızın mülteci statüsüne alınabilmesi amacıyla 1967 tarihli Protokol kabul edilmiştir.⁹ BM Genel Kurulunda kabul edilen ve 4 Ekim 1967'de yürürlüğe giren Protokol ile birlikte, 1951 Mülteci Sözleşmesi'nde değişikliğe gidilmiş ve madde 1(A)(2)'de yer verilen yer ve zaman sınırlaması Sözleşme metninden çıkarılmıştır. Böylece mülteci tanımının, herhangi bir tarih ve coğrafi alan sınırlaması olmaksızın tüm mülteci hareketlerine uygulanabilmesi sağlanmıştır.

Türkiye, uluslararası mülteci hukukuna esas teşkil eden ve uluslararası koruma yükümlülüklerinin düzenlendiği 1951 Mülteci Sözleşmesi ile 1967 tarihli

8) Daha fazla devletin Sözleşmeye taraf olmasını temin amacıyla, mülteci tanımına hem zaman hem de yer bakımından sınırlandırma getirilebileceği kabul edilmiştir. Böylece âkit devletler, Sözleşme'nin sadece 1951 yılından önce Avrupa'da meydana gelen olaylar sebebiyle iltica talebinde bulunan şahıslarla sınırlandırılması imkânına sahip kılınmışlardır. Bkz. Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 5. bs. Ankara (2014), Seçkin Yayıncılık, s. 228.

9) Savaş sebebiyle Avrupa'dan başka ülkelere sığınan mültecilerin büyük kısmının geri dönmesi, haklarının iade edilmesi ve Sözleşme'nin kabulünden sonra yaşanan iltica hareketlerinin Sözleşmede düzenlenen uluslararası koruma kapsamında değerlendirilememesi, yapılan bu değişiklikte önemli bir rol oynamıştır. Bkz. Çiçekli, s. 228.

Protokol'e taraftır.¹⁰ Ancak Türkiye, 1951 Mülteci Sözleşmesi'ne mülteci tanımına tarih ve coğrafi alan yönünden sınırlandırma getirerek taraf olmuştur. Dolayısıyla Sözleşme'nin, sadece 1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da cereyan eden hadiseler sebebiyle sığınma talep eden şahıslara uygulanması söz konusudur.¹¹ Türkiye, 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin tarih ve coğrafi alan sınırlandırması olmaksızın tüm mülteci hareketlerine uygulanmasını amaçlayan 1967 tarihli Protokole taraf olurken de coğrafi sınırlamanın geçerliliğini sürdürdüğünü, sadece Avrupa'da meydana gelen olaylar kapsamında mülteci statüsü tanımakla yükümlü olduğunu bildirmiştir.¹² Türkiye'nin her iki düzenlemeye de coğrafi sınırlama ile taraf olması, Avrupa ülkeleri dışından gelen sığınmacılara mülteci statüsü tanımaya-çağı anlamına gelmektedir.¹³

Anayasal sistemimize göre kanun değerine sahip 1951 Mülteci Sözleşmesi ile 1967 tarihli Protokol, iç hukukumuzda temel düzenlemeler olarak uygulanmıştır. Ancak Türkiye, 1991 yılında maruz kaldığı Kuzey Irak kaynaklı toplu nüfus hareketliliği başta olmak üzere giderek artan göç ve toplu sığınma olayları karşısında tarafı olduğu uluslararası düzenlemeleri de dikkate alarak kendi mevzuatını oluşturma yoluna gitmiştir. Bu kapsamda 30 Kasım 1994'te, *Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği*' (bundan sonra 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği) kabul etmiştir.¹⁴ Böylece Türkiye, Avrupa ülkeleri dışından gerçekleşen münferit sığınma ve sık sık karşılaşılan toplu sığınma olayları karşısında yapılması gere-

10) Türkiye, 22.04.1954'te yürürlüğe giren 1951 Mülteci Sözleşmesi'ne 29.08.1961 ve 359 sayılı *Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin Onaylanması Hakkında Kanun* ile taraf olmuştur. Bkz. R.G. 5.10.1961/10898. Türkiye 1967 tarihli Protokole ise, Bakanlar Kurulunun 01.07.1968 tarihli ve 6/10266 sayılı *Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmeye Şartlı Olarak Katılmamız Hakkında Kararı* ile taraf olmuştur. Bkz. R.G. 05.08.1968/12968.

11) Çiçekli, s. 238.

12) Çiçekli, s. 238.

13) Söz konusu çekincenin konulmasının sebebi, coğrafi konumu itibarıyla göç güzergâhı açısından önemli yerde bulunan Türkiye'ye yönelik muhtemel mülteci akınlarına mâni olabilmektir. Türkiye ile birlikte Monako, Kongo ve Madagaskar'ın söz konusu coğrafi sınırlandırma kaydını muhafaza ettiğini ifade eden Ekşi, Avrupa Birliği başta olmak üzere batılı ülkelerin Türkiye'den coğrafi sınırlanmayı kaldırması ve Avrupa dışından gelen yabancılara da mülteci muamelesi yapması yönünde talepte bulduklarına dikkat çekmektedir. Bkz. Nuray Ekşi, "Türkiye'de Bulunan Suriyelilerin Hukuki Statüsü", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 119, 2012, s. 7.

14) R.G. 30.11.1994/22127. 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nin ilk maddesine göre; bu düzenlemeyle birlikte, 1951 Mülteci Sözleşmesi ile 1967 tarihli Protokol gereğince Türkiye'ye münferiden iltica eden veya başka ülkelere iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden yabancılar ve topluca iltica veya sığınma amacıyla sınırlarımıza gelen yabancılara ve olabilecek nüfus hareketlerine uygulanacak usul ve esasların tespiti ile görevli kuruluşların belirlenmesi amaçlanmıştır.

kenleri düzenleme yoluna gitmiştir.

Coğrafi sınırlama sebebiyle, mülteci ve sığınma kavramları 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği'nde uluslararası mülteci hukukuna nazaran farklı bir anlam kazanmıştır. Söz konusu düzenlemenin 3. maddesi uyarınca münferiden iltica talebinde bulunanlar bağlamında Avrupa ülkelerinden gelen ve aranan şartlara sahip bireyler “mülteci”, Avrupa dışındaki diğer ülkelerden gelen ve aranan şartlara sahip bireyler “sığınmacı” olarak kabul edilmiştir. Sözleşme hükümlerine göre, mülteci statüsü kazanabilmek için gereken şartları taşımakla birlikte coğrafi sınırlama sebebiyle mülteci statüsüne hak kazanamayanlar “sığınmacı” şeklinde tanımlanmış ve güvenli bir üçüncü ülkeye yerleştirilene dek kendilerine geçici ikamet izni verilmesi öngörülmüştür.

Türkiye'nin gerek göç güzergâhı üzerinde bulunmasından dolayı transit ülke, gerekse gelişen iktisadî ve siyasî şartları temelinde yabancılar açısından sığınma arayışına girilen hedef ülke hâline gelmeye başlamasıyla birlikte bahse konu düzenlemeler yetersiz kalmaya başlamıştır. 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği ile bu düzenlemeyi takiben mevzuattaki eksiklikler ve uygulamadaki ihtiyaçlar doğrultusunda ilgili kurumlarca hazırlanan ve uygulanan diğer düzenlemeler, mülteci hukuku konusunda yeterli ve kapsamlı bir hukukî çerçeve sunamamıştır. Ayrıca bölgesinde yaşanan istikrarsızlıklar ve çatışmalar da, Türkiye'nin mülteciler ve sığınmacılar mevzuunu ihtiyaçlar doğrultusunda yeniden düzenlemesini zorunlu kılmıştır. Keza Avrupa Birliği (AB) üyelik süreci çerçevesinde, aday ülkelerin yerine getirmesi gereken şartlar kapsamında, ilgili mevzuatın AB müktesebatıyla uyum arz etmesi amacıyla yeniden düzenlenmesi gündeme gelmiştir.

Türkiye, ortaya çıkan mevzuat değişikliği yapılması zarureti karşısında 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nu (YUKK) kabul etmiştir.¹⁵ AB adaylık süreci doğrultusunda hazırlanan YUKK, aynı zamanda Türkiye'nin her geçen gün düzensiz ve kitlesel akınlar bakımından bir “hedef” ülke hâline gelmesi de dikkate alınarak yapılandırılmıştır. YUKK'nin amacı ilk maddede; yabancıların Türkiye'ye girişleri, Türkiye'de kalışları ve Türkiye'den çıkışları ile Türkiye'den koruma talep eden yabancılar sağlanacak korumanın kapsamına ve uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile İçişleri Bakanlığına bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemek şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur.

15) R.G. 11.04.2013/28615. YUKK'nin Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün kuruluş, görev, yetkiler ve teşkilatlanmasını belirleyen hükümleri, yayım tarihi olan 11.04.2013'te; yabancılar, uluslararası koruma, yabancılar ve uluslararası korumaya ilişkin ortak hükümler dâhil diğer hükümleri ise, 11.04.2014'te yürürlüğe girmiştir.

II- YUKK'de Yer Verilen Uluslararası Koruma Statüleri

YUKK'nin 3. kısmında “Uluslararası Koruma” başlığıyla yapılan düzenlemede; “Mülteci”, “Şartlı Mülteci” ve “İkincil Koruma” başlıkları altında üç ayrı hukukî statü oluşturulmuş ve her biri müstakilen düzenlenmiştir. Yine bu statüler dışında kitlesel akın hâlinde alınacak tedbirleri içeren ve insanî yardım sağlanmasını amaçlayan “geçici koruma” rejimine de yer verilmiştir.¹⁶ Ülkelerini terk ederek diğer ülkelere giden ve sığınma talep eden yabancılara sağlanan bu statülerden ilk üçünün bireysel statü olduğunu belirtmek gerekir. Geçici koruma ise, kitlesel akınla veya kitlesel akın döneminde bireysel olarak gelen yabancılara has bir uluslararası koruma türüdür.¹⁷

A- Mülteci

YUKK'nin 61. maddesi uyarınca 1951 Mülteci Sözleşmesi ile 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği'ndeki tanım aynen benimsenmiş, ancak mülteci statüsünün belirlenmesine yönelik coğrafi sınırlama kaydı muhafaza edilmiştir. Buna göre; *“Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar sebebiyle, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında mülteci statüsü verilir.”* Buna göre bir yabancı Türkiye tarafından mülteci kabul edilebilmesi için; mülteci başvurusuna neden olan olayın Avrupa ülkelerinde gerçekleşmiş olması; başvuruda bulunan yabancı ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti ve siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından korkması; başvuru sahibi yabancı vatandaşı olduğu ülkesi dışında olması ve ülkesinin korumasından yararlanamaması veya söz konusu korku sebebiyle yararlanmak istememesi gerekmektedir.

B- Şartlı Mülteci

YUKK'de, coğrafi sınırlama esas alınarak Avrupa dışındaki ülkelere gelip

16) Geçici koruma statüsü, YUKK'nin üçüncü kısmının ilk bölümünde yer alan ve “Uluslararası Koruma” başlığı altında kaleme alınan “Uluslararası Koruma Çeşitleri” kapsamında mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleri ile birlikte düzenlenmemiştir. Üçüncü kısmın dördüncü bölümünde, “Geçici Koruma ve Uluslararası Korumaya İlişkin Diğer Hükümler” başlığı altında ayrı bir statü olarak düzenlenmiştir.

17) YUKK uyarınca bireysel korumanın; Avrupa'dan gelenler için mülteci, Avrupa dışından gelenler için şartlı mülteci ve nereden geldiğine bakılmaksızın geri gönderme yasağı kapsamına girenler için ikincil koruma statüsü olmak üzere üç türü bulunmaktadır. Bkz. Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği”, s. 65.

uluslararası koruma talep edenler için 62. maddede “Şartlı Mülteci” statüsü düzenlenmiştir. 62. madde uyarınca, mülteci tanımında yer alan şartları yerine getirmekle beraber Avrupa dışından gelenler “şartlı mülteci” şeklinde tanımlanmaktadır. Böylece, YUKK öncesinde mülteci statüsüne sahip olması mümkün olmayanlar için kullanılan sığınmacı kavramı, YUKK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte kullanım imkânını yitirmiştir.¹⁸Söz konusu maddeye göre; “*Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir. Üçüncü ülkeye yerleştirilmeye kadar, şartlı mültecinin Türkiye’de kalmasına izin verilir.*” Madde metninden de anlaşıldığı gibi, YUKK ile uygulamaya kazandırılan “şartlı mülteci” statüsü mülteci olabilmek için aranan şartları haiz olmakla birlikte, Avrupa dışından geldiği için mülteci statüsü kazanamayan yabancıların güvenli bir ülkeye yerleştirilmelerini ve bu süre zarfında da Türkiye’de kalmalarına yönelik geçici ikamet izni almalarını öngörmektedir.

C- İkincil Koruma

YUKK 63. maddede ikincil koruma statüsü düzenlenmiş ve mülteci veya şartlı mülteci şeklinde nitelendirilemeyen kişilere bir uluslararası koruma statüsü olarak hangi hâllerde ikincil koruma sağlanacağı açıklığa kavuşturulmuştur.¹⁹ Buna göre; “*Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe*

18) 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği’nde olduğu gibi YUKK’de de, coğrafi sınırlama sebebiyle koruma statüleri açısından uluslararası terminolojiden ayrı müstakil bir statü oluşturulmuştur.

19) YUKK’de ikincil koruma şeklinde tanımlanan bu statü, tamamlayıcı koruma olarak da anılmaktadır. 1951 Mülteci Sözleşmesi ile 1967 tarihli Protokolün kapsamı dışında kalan yabancılara sağlanan bir koruma olarak tamamlayıcı koruma, gönderildiği ülkede işkence, insanlık dışı ya da haysiyet ve onur kırıcı muameleye maruz kalma riskinden dolayı geri gönderme ya da saği uyarınca ülkeden çıkarılmayan yabancılara ferden sağlanan bir korumadır. Geri gönderildikleri takdirde, insan hakları ihlâline maruz kalacakları endişesi doğrultusunda bu kişilerin haklarını korumak amaçlanmaktadır. Bkz. Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği”, s. 67.

ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir.” Görüldüğü üzere tamamlayıcı bir rol üstlenen ikincil koruma statüsü, emredici nitelikte bir uluslararası hukuk kuralı hâline gelen geri gönderme yasağı kapsamında öngörülmuş bir statüdür.²⁰

D- Geçici Koruma

Türkiye, münferit göçün yanı sıra kitlesel akınlara da maruz kalmıştır. Son olarak Suriye’de giderek şiddetlenen savaş sebebiyle yaşadığımız kitlesel akın, geçici koruma statüsünü gündeme taşımış ve YUKK’de Türkiye’ye giriş yapan yabancılar açısından “Geçici Koruma” adı altında farklı bir koruma statüsü daha tanımlanmıştır.²¹ Böylece, YUKK öncesinde 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği ve diğer düzenlemeler doğrultusunda uygulanan geçici koruma ilk kez kanunla düzenlenmiştir.²²

Geçici koruma statüsünün kanunî bir temele sahip kılındığı YUKK’de 91. maddeye göre; “(1) Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel akın hâlinde sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılar geçici koruma sağlanabilir.

20) Geri gönderme yasağının temelinde yer alan geri gönderilmeme ilkesi; ırkı, dini, vatandaşlığı, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî fikrinden dolayı yabancıların hak ve hürriyetlerinin tehlikeye düşeceği ülkeye gönderilmemesi yükümlülüğünü ifade etmektedir. Söz konusu ilke, 1951 Mülteci Sözleşmesi’nin 33. maddesinde düzenlenmiş ve mültecilerin sınır dışı edilmesi veya geri çevrilmesi, “kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin tehdit altında olması” ile sınırlı tutularak istisna hâline getirilmiştir. YUKK de, 1951 Mülteci Sözleşmesi ile yalnızca mülteci statüsü talep edenlere yönelik geri gönderilmeme ilkesini uluslararası korumadan yararlanan herkes için geçerli temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsüne tâbi olanların yanı sıra geçici koruma altına alınan yabancılar da geri gönderilmeme ilkesi kapsamındadır. Türkiye, coğrafi sınırlamayı dikkate almadan hangi ülkeden geldiklerine bakmaksızın bu ilkeyi uygulamak zorundadır. Bkz. Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği”, s. 81.

21) Geçici koruma uygulaması, 1990’lı yıllarda Yugoslavya’nın dağılması sırasında yaşanan savaşla birlikte uluslararası toplumun gündemine girmiştir. Yaşanan savaşlardan ve etnik temizliğe yönelik uygulamalardan kaçan insanların komşu ülkelere sığınması üzerine Avrupa Birliği Konseyi, 2001’de Geçici Koruma Yönergesi’ni (Temporary Protection Directive) kabul etmiştir. Yönerge’nin “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) fıkrasında “geçici koruma” kavramı; “üçüncü ülkelerden gelen ve kendi ülkelerine geri dönemeyen yerinden edilmiş kişilerin kitlesel sığınması ya da yakın bir kitlesel sığınma tehlikesi durumunda, özellikle de sığınma sisteminin bu akınlı, etkili işleyişi olumsuz biçimde etkilenmeksizin başa çıkamayacağına dair bir riskin bulunması durumunda, ilgili kişilerin ve koruma talep eden diğer kimselerin menfaatleri doğrultusunda bu tür kişilere acil ve geçici koruma sağlanması” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9541-2001-INIT/en/pdf> (28 Nisan 2015).

22) 1994 İltica ve Sığınma Yönetmeliği’nde “geçici koruma”dan söz edilmemekle beraber, Yönetmeliğin 8-26 maddelerinde sınırlarımıza “topluca” gelen yabancılar sağlanacak koruma düzenlenmiştir.

(2) Bu kişilerin Türkiye'ye kabulü, Türkiye'de kalışı, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den çıkışlarında yapılacak işlemler, kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirlerle ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlar arasındaki işbirliği ve koordinasyon, merkez ve taşrada görev alacak kurum ve kuruluşların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, geçici koruma bireysel statü belirleme usullerinin uygulanmasını imkânsız kılan ülkeler arasında yaşanan toplu nüfus hareketlerinde uygulanmakta ve geçici bir çözüm sağlamaktadır. Yerinden edilmiş çok sayıda kişinin söz konusu olduğu kitlesel akınlarda, hem söz konusu hareketliliğin geçici olması hem de sığınmacı sayısının çokluğu, bu kişilere uluslararası bireysel statü belirleme işlemlerinin uygulanmasını imkânsız kılmaktadır. Silahlı çatışma, sistematik ya da yaygın şiddet ve insan hakları ihlalleri gibi durumlara yönelik bir acil durum politikası olarak tasarlanan geçici koruma uygulaması, kitlesel akın hâlinde geri göndermeme yasağının bir gereği olarak bu kişilerin korunma ihtiyacını ve güvenli bir ortama kavuşmalarını sağlamak suretiyle temel insan haklarını teminat altına almaktadır. Bu uygulamayla birlikte, bir taraftan sığınma arayışındaki kişilere koruma sağlanmaktayken, diğer taraftan da bu insan hareketliliğinin yöneldiği devletin menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır.²³

III- Geçici Koruma Yönetmeliği

YUKK 91. maddede geçici korumaya ilişkin ana hatlar belirlenmiş, ayrıntıların bir yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu hükme istinaden Bakanlar Kurulu tarafından hazırlanan Geçici Koruma Yönetmeliği, 22.10.2014'te yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.²⁴ Yönetmeliğe eklenen geçici 1. maddeyle birlikte ülkemizdeki Suriyelileri de kapsamına alan bu düzenlemeyle birlikte, kitlesel akın hâlinde uygulanması öngörülen geçici korumanın şartları, usulü, geçici koruma altına alınanlara tanınan haklar ve verilen hizmetler ile geçici korumayı sona erdiren hâller açıklığa kavuşturulmuştur.

Geçici Koruma Yönetmeliği ile birlikte ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkesine geri dönemeyen, acil ve geçici koruma amacıyla kitlesel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan, YUKK madde 91 çerçevesinde, uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayanlara sağlanabilecek geçici koruma işlemlerinin usul ve esasları, bu kişilerin Türkiye'ye kabulleri, Türkiye'de kalışları, hak ve yükümlülükleri, Türkiye'den

23) Çiçekli, s. 311-312.

24) R.G. 22.10.2014/29153.

çıkışları, bu tür kitlesel hareketlere karşı alınacak tedbirler ile ilgili kuruluşlar arasında işbirliğini düzenlemek amaçlanmıştır.

Öte yandan Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde “geçici koruma”, “geçici korunan” ve bu statünün uygulamaya konulduğu “kitlesel akın” kavramları tanımlanmıştır. Madde 3(f)’ye göre “geçici koruma”; ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan korumayı ifade etmektedir. Madde 3(g)’de ise geçici koruma sağlanan yabancı “geçici korunan” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin j fıkrasında tanımlanan “kitlesel akın” kavramı da, aynı ülkeden veya coğrafi bölgeden kısa bir süre içerisinde ve yüksek sayılarda gerçekleşen ve söz konusu sayılar sebebiyle bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemlerinin usulen uygulanabilir olmadığı durumları nitelendirmektedir.

Geçici koruma kararı ise madde 9(1) uyarınca İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından alınacaktır. 10. madde; Bakanlar Kurulunun geçici koruma kapsamına alınacakları, geçici korumanın başlangıç tarihini, gerekli görüldüğü takdirde süresini, bu sürenin uzatılması veya sonlandırılması şartlarını belirleyebileceğini öngörmektedir.

Geçici Koruma Yönetmeliği ile beraber ülkelerindeki savaştan kaçarak Türkiye’ye gelen ve YUKK uyarınca bireysel uluslararası koruma sağlayan mülteci ve şartlı mülteci statülerinden yararlanamayan Suriyelilerin hukukî statüleri de açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin geçici 1. maddesine göre, Nisan 2011’den itibaren Suriye’den ayrılarak Türkiye’ye gelen Suriye vatandaşları ile vatansız kişiler ve mülteciler geçici koruma kapsamındadır: “28.4.2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti’nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti’nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mülteciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınır. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konmaz.” Hükmün devamında ikinci fıkrada, “Birinci fıkrada belirtilen yabancılardan 28.04.2011 tarihinden önce uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar, talepleri hâlinde geçici koruma altına alınır.” ifadesine yer verilmiştir.

Daha önceden de ifade edildiği gibi ülkelerinden kaçarak Türkiye’ye gelen Suriyeliler, iç savaşın uzun süreli olmayacağı düşünüldüğünden önce “misafir” şeklinde tanımlanmıştır. Ancak Türkiye, başlangıçtaki tutumundan bu vazge-

çerç Suriyelilere geçici koruma sağlama yoluna gitmiştir. Nitekim Türkiye'ye sığınan Suriyelilere ilişkin iş ve işlemleri yürütmek üzere İçişleri Bakanlığınca hazırlanan, “**Türkiye'ye Toplu Sığınma Amacıyla Gelen Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının ve Suriye Arap Cumhuriyetinde İkamet Eden Vatansız Kişilerin Kabulüne ve Barındırılmasına İlişkin Yönerge**” 30.03.2012'de kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur.²⁵ Ancak Geçici Koruma Yönetmeliği ile birlikte Suriyeliler dâhil geçici koruma altında olanlar ve gelecekte bu kapsamda değerlendirilmesi muhtemel yabancıların hukukî statüleri, mevcut durum ve ihtiyaçlar dikkate alınarak YUKK doğrultusunda tek bir belgede düzenlenmiştir.

A- Geçici Korumadan Yararlanacaklar

Geçici Koruma Yönetmeliği'ne göre, gerek geldikleri ülke veya coğrafi alan gerekse ülkeye giriş yapacakları coğrafi alan bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın kitlesel akınla veya kitlesel akın döneminde bireysel olarak gelenler geçici koruma kapsamında yer almaktadır. Nitekim 7. maddede, ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ülkesine geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel veya kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen ve sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancıların geçici korumadan yararlanacakları hükme bağlanmıştır.²⁶

B- Geçici Korumanın Kapsamı Dışında Tutulanlar

Yönetmeliğin 8. maddesinde, geçici koruma kapsamına alınmayacak yabancılar düzenlenmiştir. Buna göre; barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işleyenler, BM'nin amaç ve ilkeleriyle bağdaşmayan suçları işleyenler veya

25) Kamuoyu ile paylaşılmayan ve Suriyelilerin geçici koruma altında oldukları kabul edilen hizmete özel bu Yönerge'de; barınma, gıda, sağlık, güvenlik, sosyal aktivite, eğitim, ibadet, tercümanlık, haberleşme, bankacılık ve diğer hizmetlere ilişkin uygulamaların düzenlendiği belirtilmektedir. Kitlesel sığınma durumlarında ortaya çıkan acil koruma ihtiyacının karşılanması amacıyla sığınan ülkeye erişimin sağlanması, zulüm riski olan yere geri gönderilmeme ilkesinin gözetilmesi ve insan haklarına uygun temel asgarî standartların sağlanması şeklinde özetlenen geçici korumanın, Yönerge'nin ruhunu oluşturduğu ifade edilmektedir. Bkz. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, “Türkiye'de Geçici Koruma”, http://www.goc.gov.tr/icerik3/turkiye%E2%80%99de-gecici-koruma_409_558_1097 (7 Mayıs 2015).

26) Yabancı bir ülkenin **silahlı** kuvvetler mensupları ile asker olmamakla birlikte **silahlı** yabancıların da durumu açıklığa kavuşturulmuştur. 18. maddede, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla asker olmayan **silahlı** yabancılar ve ülkesinin **silahlı** kuvvetlerinin mensubu olup da askeri hizmetini tek taraflı olarak sonlandırmış olan yabancılara, 8. madde kapsamına girmemeleri kaydıyla geçici koruma verileceği, akabinde **silâh**tan arındırılarak sevk ve yerleştirme işlemlerinin yapılacağı ifade edilmektedir. Öte yandan 8. maddede belirtilen şartlar uyarınca, kapsam dışında tutulması gerektiği hâlde geçici koruma altına alınan yabancılara sağlanan koruma, madde 12(2)'ye göre bu durumun anlaşılmasıyla birlikte Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya valiliklerce iptal edilecektir.

bu suçları işleyenlere iştirak edenler ya da işlenmesini tahrik edenler; ülkesinde silahlı çatışmaya katıldığı hâlde bu faaliyetlerini kalıcı olarak sonlandırmayanlar; terör eylemlerini gerçekleştiren veya planlayan ya da bu eylemlere iştirak edenler; ciddî bir suçtan mahkûm olan ve durumları toplum açısından tehdit oluşturanlar; millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehlike oluşturanlar; Türkiye’de işlenmesi hâlinde hapis cezası verilmesi gereken suç veya suçları daha önceden işleyen ve bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk edenler; uluslararası mahkemelerce haklarında insanlığa karşı suç işlediğine karar verilenler; Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından birini işleyenler geçici koruma kapsamına alınmayacaklardır.

C- Geçici Korunanların Bireysel Koruma Dışında Tutulması

Ülkesini terk ederek sığınma amacıyla diğer ülkelere giden yabancılar için öngörülen statülerden geçici koruma statüsü hariç diğerleri bireysel statülerdir. Buna mukabil geçici koruma statüsü ise, kitlesel akınla veya kitlesel akın döneminde bireysel olarak gelenlere koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla Geçici Koruma Yönetmeliği ile geçici korunanlar bireysel koruma dışında tutulmakta; kitlesel akınla veya kitlesel akın döneminde bireysel olarak gelen yabancılar bireysel statü kapsamında değerlendirilmemektedir. Geçici koruma sağlanacak yabancıları düzenleyen madde 7(1)’de, “...*kitlesel veya kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen yabancılardan haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılar ...*” denilmek suretiyle bu husus netleştirilmiştir. Yine madde 7(3)’te de, geçici korunanların uluslararası koruma statülerinden herhangi birini doğrudan elde etmiş sayılmayacakları açıkça ifade edilmiştir. Benzer şekilde 16. maddede, geçici korumanın uygulandığı süre için Yönetmelik kapsamındaki yabancıların bireysel uluslararası koruma başvurularının, geçici koruma tedbirlerinin etkin şekilde uygulanabilmesi amacıyla işleme konulmayacağı hükme bağlanmıştır.²⁷

D- Geçici Korunanlara Sağlanacak Hizmetler

Yönetmelik kapsamındaki yabancılar sağlık, eğitim, iş piyasasına erişim, sosyal yardım ve hizmetler ile tercümanlık ve benzeri hizmetlerin sağlanacağı belirtilmiş ve bu konuda ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.²⁸ Ancak söz konusu hizmetlerin verilebilmesi için, geçici koruma kapsamına alınacak yabancıların

27) Bu kurala madde 14(3) ile bir istisna getirilmiştir. Söz konusu hükme göre, ülkesinde silahlı çatışmaya katılmış olanların silahlı faaliyetlerine kalıcı olarak son verdiklerinin anlaşılması hâlinde bireysel uluslararası koruma statü belirleme işlemlerine erişimleri sağlanacaktır.

28) Geçici korunanlara sağlanacak hizmetler, 26-32 maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre; 27. maddede sağlık, 28. maddede eğitim, 29. maddede iş piyasasına erişim, 30. maddede sosyal yardım ve hizmetler, 31. maddede tercümanlık hizmetlerine yer verilmiştir.

19. maddeye göre Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından kayıt altına alınmaları gerekmektedir.²⁹ Kayıt işlemlerinin tamamlanmasının ardından, 22. madde uyarınca bu kişilere “geçici koruma kimlik belgesi” verilecektir. 25. maddeye göre söz konusu kimlik belgesi, geçici korunan yabancılara Türkiye’de kalış hakkı sağlamakla birlikte, YUKK’de düzenlenen ikamet izni veya ikamet izni yerine geçen belgelere eşdeğer sayılmaz, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımaz, süresi ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı sağlamaz. Madde 29(2)’de; geçici koruma kimlik belgesine sahip olanların Bakanlar Kurulunca belirlenecek sektörlerde, iş kollarında ve coğrafi alanlarda (il, ilçe veya köylerde) çalışma izni almak için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına başvurulabilecekleri, 3. fıkrada yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere ilişkin mevzuatta yer alan hükümlerin saklı olduğu, 5. fıkrada da geçici korunanlara verilen çalışma izninin YUKK’de düzenlenen ikamet izni yerine geçmediği hükme bağlanmıştır.³⁰

E- Geçici Korumanın Sona Ermesi

Geçici Koruma Yönetmeliği 11. maddede geçici korumanın Bakanlar Kurulu kararıyla sonlandırılması, 12. maddede de geçici korumanın bireysel olarak sona ermesi düzenlenmektedir.

11. maddeye göre, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu geçici koruma uygulamasını sonlandırabilir. Bakanlar Kurulu sonlandırma kararıyla birlikte, geçici korumayı tamamen durdurarak geçici korunanların ülkelerine dönmesine, şartlarını taşıdıkları statünün toplu olarak kendilerine verilmesine veya uluslararası koruma talebinde bulunanların başvurularının bireysel olarak değerlendirilmesine ya da YUKK kapsamında belirlenecek şartlarda Türkiye’de kalmalarına karar verebilir.

Söz konusu uygulamanın geçici korunanlara bağlı sebeplerle bireysel olarak sonlandırılmasına ilişkin 12. maddeye göre; geçici korunanın kendi isteğiyle Türkiye’den ayrılması, üçüncü bir ülkenin korumasından faydalanması veya üçüncü bir ülkeye çıkış yapması, ölmesi ya da geçici korumanın iptali hâlinde geçici koruma ilgili kişi açısından sona ermektedir.

29) Geçici Koruma Yönetmeliği 19. madde uyarınca, geçici koruma altındaki yabancıları kaydetme yetkisi İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne verilmiştir.

30) Geçici korunanlara çalışma izni verilecek olması, Suriyeliler açısından özellikle önemlidir. İçinde buldukları şartlardan dolayı Suriyelilerin sigortasız ve Türk vatandaşlarına nazaran düşük ücretle çalıştırılması, hem bu kişiler açısından emek suiistimaline hem de vasıfsız işçi istihdamının söz konusu olduğu sektörlerde yerli işçiler açısından haksız rekabete sebep olmaktadır. Çalışma izni verilecek olması, her iki olumsuzluğun ortadan kaldırılmasına belirli ölçüde de olsa katkı sağlayacağı gibi, Suriyelilerin geçimlerini temin edebilmeleri ve sosyal hayata dâhil olmaları açısından da önem arz etmektedir.

SONUÇ

Ülkelerinde yaşanan iç savaş sebebiyle yaşadıkları toprakları terk ederek kitlesel akınla Türkiye'ye gelen Suriyeliler, Geçici Koruma Yönetmeliği ile birlikte "geçici koruma" altına alınmış ve ülkelerinde istikrarlı bir ortam oluşuncaya dek Türkiye'de kalmalarına imkân sağlanmıştır. Türkiye, geçici koruma rejimi kapsamında acil ve temel ihtiyaçlarını karşılamak suretiyle Suriyelilere koruma ve yardım sağlamaya devam etmektedir. Daha önceden de değinildiği üzere geçici korumada amaç, acil ve geçici koruma ihtiyacı olanların koruma altına alınmasıdır. Koruma ihtiyacı ortadan kalktığında, geçici korunanların kendi hür iradeleleriyle geri dönmeleri esastır. Ülkemize sığınan Suriyeliler açısından bakıldığında da, savaşın sona ermesi ve ülkenin tekrar istikrara kavuşmasıyla birlikte Suriyelilerin ülkelerine geri dönecekleri düşünülmüştür. Ancak mevcut şartlar itibarıyla, Suriyelilerin geri dönme ihtimalinin giderek zayıfladığını söylemek gerekir. Rejime bağlı silahlı birliklerle muhalifler arasında yaşanan çatışmaların yanı sıra etnik ve dini inanç grupları arasında yaşanan çatışmalarla birlikte, bir tür ayrışma sürecine giren ülkede savaşın yakın gelecekte sona ereceği söylenememektedir. Diğer taraftan savaşla birlikte Suriye'de yerleşim yerleri ve alt yapı büyük ölçüde yok olmuş durumdadır. Savaş bitse dahi Suriyelilerin büyük bir kısmının, yıkılan yerleşim yerleri tekrar yaşanabilir hâle getirilene ve hayat şartları normalleşene dek ülkelerine dönmek istemeyecekleri açıktır. Ayrıca muhalif Suriyeliler açısından mevcut yönetimin işbaşında kalmaya devam ettiği bir seçeneğin, geri dönüş açısından ciddi bir engel teşkil ettiği açıktır. Muhalif oldukları gerekçesiyle bir anlamda rejimin kara listesinde yer alan bu kişilerin geri döndükleri takdirde başlarına ne geleceği belirsizdir. Öte yandan Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 6. maddesinde düzenlenen "geri gönderme yasağı" gereğince, Türkiye'ye sığınan Suriyeliler kendi rızaları dışında geri gönderilemezler. Suriye'de mevcut durum ve bunun neticesi olan koruma ihtiyacı devam ettiği sürece, geçici korumanın sonlandırılarak Suriyelilerin ülkelerine dönmesi yönünde bir karar alınması söz konusu değildir. 6. maddeye göre, geçici koruma kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tâbi tutulacağı yahut ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısıyla hayatının ya da hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemeyecektir.

Dikkate alınması gereken bir diğer önemli husus, Türkiye'deki Suriyelilerin zaman geçtikçe Türkiye'de sürekli olarak kalma yönündeki eğilimlerinin arttığı gerçeğidir. Başlangıçta ülkelerine dönmeyi tek seçenek olarak gören Suriyeliler, ülkelerinde barış ve huzur ortamı sağlanırsa geri dönebileceklerini söyleseler de, artık bunun kısa ve orta vadede imkânsızlaştığını kabul etmektedirler. Afet ve

Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) tarafından 2013 yılında yapılan “Türkiye’deki Suriyeli Sığınmacılar 2013 Saha Araştırması”, bu konuda dikkat çekici veriler sunmaktadır. Araştırma sonuçlarına göre, kamplarda yaşayan Suriyelilerin yüzde 56’sı ve kamp dışında yaşayan Suriyelilerin yüzde 63’ü, ülkelerindeki karışıklıklar sona erdiğinde Suriye’ye dönmeyi planlamaktadır. Kamplarda yaşayanların yüzde 25’i ve kamp dışında yaşayanların yüzde 15’i ise, Suriye’de yönetim değiştiği zaman dönmeyi planlamaktadır. Kamplarda yaşayanların yaklaşık yüzde 9’u ve kamp dışında yaşayanların yaklaşık yüzde 10’u, Suriye’de yaşadıkları şehirdeki karışıklık sona erdiği zaman dönmeyi planlamaktadır. Kamplarda yaşayanların yüzde 5’i ve kamp dışında yaşayanların yüzde 8’i, Suriye’ye hiçbir zaman dönmeyi düşünmemektedir.³¹

Tüm bunlar, kısa süreli ve geçici bir durum olarak görülen sorunun gün geçtikçe kalıcı bir hâl aldığı ve geçici oldukları düşünülen Suriyelilerin belirsiz bir süre daha Türkiye’de kalmaları devam edebileceklerini göstermektedir. Suriye’deki savaşın ne zaman ve ne şekilde neticeleneceği, geçici koruma altındaki Suriyelilerin ülkelerine dönüp dönmeyecekleri ya da ne kadar süre Türkiye’de yaşamaya devam edecekleri belirsizliğini korumaktadır. Bu durumda, Suriyelilere yönelik politika ve uygulamaların sırf geçicilik üzerine inşa edilmemesi gerektiği anlaşılmaktadır. İlgili politika ve uygulamaların uzun vadeli bir şekilde planlanması ve yerel düzeyde Suriyeliler ile vatandaşlar arasında yaşanması muhtemel gerilim ve çatışmalar dâhil doğması muhtemel riskleri bertaraf etmeye yönelik kapsamlı tedbirlerin alınması bir zorunluluktur.

Hiç kuşkusuz Türkiye, bir yandan Suriye’de barış ve huzurun sağlanması ve Suriyelilerin ülkelerine gönüllü geri dönüşlerinin sağlanması hususunda çaba göstermeye devam etmelidir. Ancak sorunun geçici olduğu düşüncesiyle ertelenen veya ihmal edilen hususların, gelecekte beklenmeyen daha ciddi sorunları beraberinde getirmesi ve mevcut sorunların katlanarak büyümesi ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle Suriyelilerin ülkelerine dönebilmesi için iç ve dış politikada yapılması gerekenlerin yanı sıra hem geçicilik hem de kalıcılığa yönelik tedbirler alınmalı, eş zamanlı strateji ve politikalar geliştirilmelidir. Bu kapsamda sembolik kabullerin dışında isteksiz davranan batılı devletlerin bu isteksizliklerine rağmen, üçüncü ülkelere daimî yerleştirmeye yönelik yeniden yerleştirme yönünde uluslararası kamuoyu harekete geçirilmelidir. Yeniden yerleştirme, ülkesine dönemeyen Suriyeliler açısından kalıcı çözüm sağlayacağı gibi, yük paylaşımı ve uluslararası dayanışma açısından Türkiye ve benzer konumdaki

31) AFAD, “Türkiye’deki Suriyeli Sığınmacılar 2013 Saha Araştırması Sonuçları”, s. 54. https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/60-2013123015491-syrian-refugees-in-turkey-2013_bas_ki_30.12.2013_tr.pdf (16 Nisan 2015).

ülkelerin üzerindeki baskı ve külfeti de azaltacaktır. Diğer taraftan Suriyelilerin Türkiye’de sürekli kalma ihtimali dikkate alınarak, acil insanî yardım ve geçici koruma odaklı politikalarından çok yerel entegrasyon dâhil geniş kapsamlı ve uzun dönemli politikalara odaklanılmalıdır. İç istihdam dengesini bozmayacak şekilde geçici korunanların istihdam imkânlarını genişletmeye ve çocukların eğitimi başta olmak üzere uyum ve entegrasyon sürecini kolaylaştırmaya yönelik adımlar atılmalıdır.

KAYNAKLAR

- AFAD, “Suriye’den Türkiye’ye Nüfus Hareketleri Kardeş Topraklarında Misafirlik”, <https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/79-20150209111636-webformatisuriyedenturkiyeyenufushareketleri.pdf> (18 Nisan 2015)
- AFAD, “Suriyeli Misafirlerimiz Kardeş Topraklarında”,
- AFAD, “Türkiye’deki Suriyeli Sığınmacılar 2013 Saha Araştırması Sonuçları”, https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/60-2013123015491-syrian-refugees-in-turkey-2013_baski_30.12.2013_tr.pdf
- Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku*, 5. bs. Ankara (2014), Seçkin Yayıncılık.
- Daily Press Briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General, <http://www.un.org/press/en/2015/db150115> (16 Nisan 2015).
- “Erdoğan Suriyeli Sığınmacılara Seslendi”, <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/27342780.asp> (23 Nisan 2015).
- <https://www.afad.gov.tr/Dokuman/TR/98-2014061912629-suriyeli-misafirlerimiz.pdf> (23 Nisan 2015).
- İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, “Türkiye’de Geçici Koruma”, http://www.goc.gov.tr/icerik3/turkiye%E2%80%99de-gecici-koruma_409_558_1097 (7 Mayıs 2015).
- Murat Erdoğan, “Türkiye’deki Suriyeliler: Toplumsal Kabul ve Uyum Araştırması”, Hacettepe Üniversitesi Göç ve Siyaset Araştırmaları Merkezi, <http://www.hugo.hacettepe.edu.tr/HUGO-RAPOR-TurkiyedekiSuriyeliler.pdf> (17 Nisan 2015).
- Nuray Ekşi, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 6, 2014, s. 65-89.
- Nuray Ekşi, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilerin Hukukî Statüsü”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 119, 2012, s. 3-22.
- UNHCR, “Turkey External Update, 31 March 2015”, http://www.unhcr.org.tr/uploads/root/unhcr_turkey_external_weekly_update_31_march_2015.pdf (16 Nisan 2015).

ÖZET

Suriye’de yaşanan iç savaş, toplu nüfus hareketliliklerine sebep olmuş ve milyonlarca Suriyeli ülkelerini terk ederek komşu ülkelere sığınmıştır. Suriye ile uzun bir kara sınırına sahip olan Türkiye, savaştan etkilenen ve sınırlarına gelen Suriye vatandaşlarına yönelik olarak krizin başından itibaren “açık kapı politi-

kası” izlemiş ve sınırı geçmek isteyenlere izin vermiştir. Ülkesine sığınan Suriyelilere fiilen “geçici koruma” sağlayan Türkiye, 22 Ekim 2014 tarihinde çıkarmış olduğu Geçici Koruma Yönetmeliği ile birlikte bu kişilerin statüsünü hukuken açıklığa kavuşturmuştur.

Anahtar kelimeler: Kitlesele akın, uluslararası koruma, mülteci, sığınmacı, şartlı mülteci, ikincil koruma, geçici koruma

Nesiller Arası Adalet ve Ekonomik Krizler

Intergenerational Justice and Economic Crisis

Doç. Dr. Server Demirci

Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Yüksekokulu Bankacılık Bölümü Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The crisis that occurred in the US after 2007 was a financial crisis. The cause of the crisis was the mortgage-backed securities market. As in every crisis episode, economist tried to model that crisis as well and analysed the reasons behind. Only a handful of them have been able to predict the crisis. As in every crisis, the models did not include the human factor and human behaviour but some mathematical explanations. This study focuses on the shortcomings of such approach.

Keywords: Economic crisis, human behaviors, intergenerational justice, sustainable development

GİRİŞ

ABD’de 2007-2008 tarihlerinde ortaya çıkan ve ipoteye dayalı menkul kıymetlere dayalı olan finans krizi, hemen hemen dünyadaki tüm ülkeleri etkilemiştir. Yaşanılan her kriz gibi bu kriz de iktisatçıların yarıışı haline dönmüştür.

Kriz sonucunda Uluslararası Para Fonu’nun (IMF) ve Dünya Bankası’nın müdahale programları gündeme gelmiştir. Bunun akabinde de çeşitli kurtarma modelleri ortaya konulmuştur. Buna tepki olarak da kapitalizm sorgulanır olmuş ve sistem arayışları veya savaşları başlamıştır.

Ancak ne hazindir ki her kriz sonrasında insanlar daha da fakirleşmiştir. İnsan davranışları, gelecek nesillerin hakları ve nesiller arası adalet duygusu ya kriz arifesinde ya da kriz sonrasında hatırlanır olmuştur. İnsan psikolojisi, insan

davranışı ve insanın yaşadığı çevrenin özellikleri hep arka planda kalmıştır. Her kriz sonrasında nesiller arası adalet ihmal edilmiştir. Çünkü oluşan her kriz sonrasında alınan her tedbir insanları daha da fakirleştirmekte ve kişilerin hak ve menfaat kaybına yol açmaktadır.

Adalet kavramı, “1. Hak ve hukuka uyma, herkesin hakkını gözetme, doğruluktan ayrılmama, hakkaniyet. 2. Bir cemiyette kanun ve nizam yoluyla hakların karşılıklı olarak korunması ve dengeli tutulması. 3. Bir devlette hak ve hukuku uygulayan teşkilât.” gibi anlamlarda kullanılmaktadır¹.

Nesiller arası adalet ise şimdiki nesil ile önceki veya sonraki nesiller arasında kurulması gerektiği düşünülen dengenin literatürdeki adıdır. Kavram olarak nesiller arası adalet bazen hem geçmiş hem de geleceği kapsarken bazen de şimdiki ve gelecekteki nesiller arası ilişkileri kapsamaktadır². Söz konusu olan kavramın en geniş anlamı ise, sonraki nesiller yararına devleti ve sivil toplum tarafından paylaşılan ahlaki ödevleri de ihtiva etmektedir³. Bu ahlaki ödevler, çevresel adalet ve sürdürülebilir kalkınma başlığı altında toplanabilir. Ancak sürdürülebilir kalkınma daha geniş kapsamlıdır⁴.

Sürdürülebilirlik kavramı nesillerin menfaatini korumayı da içinde barındırmaktadır. Sürdürülebilirlik, kaynakların eşit ve dengeli dağılımının hem uluslararası hem de nesiller arası boyutunu ele almaktadır. Nesiller arası adalet ise geleceğe yönelik tedbirleri konu etmektedir. Birinci husus toplumsal sürdürülebilirlik başlığı altında uluslararası adalet, sosyal adalet, farklı cinsler arası adalet gibi konulara eğilmektedir. İkinci husus ise ekonomik ve çevresel problemlere eğilmektedir⁵.

Sürdürülebilirlik kavramı çerçevesinde insan davranışları tek bir kalıpta açıklanamayacak kadar karmaşıktır. İçinde yaşanan sosyal çevrenin ve içinde bulunulan ruh halinin rolü büyüktür. Ekonomik olayları salt bir takım modellerle açıklamaya çalışmak yani insanı yok farz etmek kolaycılığı daha pratik bir çözüm olmuştur. Genel olarak psikoloji, sosyoloji siyaset bilimi vb. alanlara girilmekten kaçınılmıştır. Hatta iktisadın konusu olan iktisat tarihi ve iktisat metodolojisi bile geri plana atılmıştır⁶.

Fakat iktisat gibi merkezinde insan olan bir ilim dalında olayların tahlili; ferdin sosyal davranışı, sosyal grupların davranışı ve sosyal organizasyonların ya da mü-

1) İlhan, Ayverdi, *Kubbealtı Lugatı*, (<http://www.kubbealtilugati.com/sonuclar.aspx?km=ADALET&mi=0>, erişim 20.05.2015).

2) Şule Şahin Ceylan, “Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Topluma Doğru”, *İÜHFMD C. LXXII, S.1, (2014)*, s.29.

3) Şule Şahin Ceylan, “Nesiller Arası Adalet Faydacı Yaklaşım”, *AÜHFMD, 61 (2), (2012)*, s.753.

4) Joerg Chet Tremmel, *A Theory of Intergenerational Justice*, London, (2009), Eartscan, s.7.

5) Ceylan, *Nesiller Arası*, s.753.

6) Gökmen Tarık Acar, *İktisadi Değişirmek*, 1. Baskı, İstanbul, (2008), İletişim Yayınları, s.87.

esseselerin faaliyetleri dikkate alındığında gerçekleşmektedir⁷. Hâlbuki matematiksel bir takım modeller matematiksel olarak ifade edilemeyen bir takım konuları dışlamaktadır⁸. Bu yüzden matematiksel modeller amaç yerine araç olmalıdır.

Öyle ki son krizde olduğu gibi karmaşık finans ilişkilerinde rasyonel beklentiler ve etkin piyasalar konularında bile insan davranışları geri plana itilmiştir. İnsanların hep rasyonel tepki vereceği varsayılmış, bunun dışındaki davranışın veya davranışların sebebi ya da sonucu üzerinde durulmamıştır⁹. Bu da sadece ABD ekonomisine ilk planda yaklaşık 800 milyar dolara mâl olmuştur.

Fakat iktisat biliminde hâkim rasyonalite kavramı, insan davranışlarını göz ardı eden ve kesin hükümler içeren bir kavramdır. Bu anlayış yüzünden de oluşabilecek aksaklıklara ya da krizlere de hazırlıksız yakalanılmaktadır¹⁰. Bu açıdan da iktisadi hayatın arkasında yalnız maldan ve eşyadan müteşekkil bir madde dünyası olmayıp, ruhu ve davranışıyla insan gerçeği yatmaktadır¹¹.

1929 Dünya Ekonomik Buhranı'ndan itibaren yaşanan bütün krizlerde ortaya çıkan iktisadi sonucun insani boyutunun anlaşılmasında matematiğin katkı yapmıyıp yapmadığı halen tartışılmaktadır. Yani bir iktisadi sorun olan "Kriz" in açıklanmasında kurulan modellerin üstüne uygun olan politikaların üretilip üretilmediği tartışma konusudur. Ayrıca söz konusu bu modellerin insanı merkez alan iktisadi politika üretmeye elverişli olup olmadığı da ayrı bir konudur¹². Hatta Stiglitz'in deyimıyla, krizden etkilenen ülkelere verilen reçetelerin/politikaların insanları nasıl etkileyeceği göz önüne bile alınmamaktadır¹³.

Çalışmamızın ilk başında da belirttiğimiz gibi krizler, uygulanan ekonomik sistem ya da sistemleri tartışma konusu haline getirmiş, kapitalizm ve küreselleşme eleştirisi konusu olmuştur. Marks'ın, kârın düşme eğilimi, düşük tüketim ve aşırı üretim kapitalizminin krize sürükleyeceği tahminleri doğru çıkmış ve bu krizler finansal krizlere dönüşmüştür. Reel ekonomi yanında bir de sanal ekonomi oluşmuş, aradaki değer farkının açılması da yeni krizlerin çıkmasına sebep olmuştur¹⁴.

7) Erol Güngör, *Sosyal Psikoloji*, 4. basım, İstanbul (1994), Ötügen Neşriyat A.Ş s.34.

8) Acar, s.97.

9) George A. Akerlof ve Robert J. Shiller, *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, New Jersey (2009), Princeton University Press, s.167-168.

10) Ayşe Buğra, *İktisatçılara ve İnsanlar*, 5. baskı, İstanbul (2005), İletişim Yayınları s.297.

11) Sabri F. Ülgener, *Zihniyet, Aydınlar ve İzm'ler*, İstanbul (2006), Derin Yayınları, s.8.

12) Charles P. Kindleberger, *Cinnet, Panik ve Çöküş*, 2. baskı, İstanbul (2008), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.313.

13) Joseph E. Stiglitz, *Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı*, 3. baskı, İstanbul (2004), Plan b s.13.

14) Mahfi Eğilmez, *Küresel Finans Krizi*, 5. basım, İstanbul (2009), Remzi Kitabevi, s.92-93.a

Yine ABD'deki talebin dünya talebinin üçte ikisini oluşturduğu düşünülürse durumun daha da vahim olacağı anlaşılmaktadır. Üstelik ABD'de gerçek ücretler 1970'lerden beri artmadan günümüze kadar ulaşmıştır. Ayrıca işsizlik artmaya devam etmekte ve oluşan finansal krizler sosyal eşitsizliği artırmaktadır. Ortaya çıkan sosyal eşitsizlikler düzelmedikçe yoksulluk, açlık ve ölümlerle mücadele o derece zorlaşmaktadır. Hatta son yıllara değin, tam rekabet piyasası teorisi bile bu durumun yaşandığı cemiyeti/toplumu ya da kurumları sadece veri olarak almaktaydı. Söz konusu bu yapılar analiz edilmemekteydi. Bunlar iktisatın konusundan çıkıp, sosyoloji ve siyaset bilimi gibi sosyal bilimlere bırakılıyordu¹⁵.

19. yüzyıldan itibaren yaşanan krizlerin oluşmasında teknolojinin büyük bir rolü olmuştur. 20. yüzyılda başlayan ve 21. yüzyılda devam eden, insan unsurunun geri planda kaldığı küreselleşmeyle birlikte krizlerin varlığı ekonomik faaliyetin farklı dallarında oluşan teknik gelişmelerdeki eşitsizlikten de kaynaklanmaktadır¹⁶.

Son yaşanan kriz bir de iktisat ilmine olan güveni sarsarak, bu ilmin ağır eleştiriler almasına sebep olmuştur. Belirsizlikler hesaplanabildiği için riskin de en aza indirildiği savunulmuştur. Şoklar ve hatalar olabilir ama bunlar birbirlerini dengeler; bu şekilde, genelde, tahminler tutar. Böyle bir görüşün önermesi, hisse senedi fiyatlarının her zaman doğru bir şekilde fiyatlandırıldığıdır. Bunun da temelinde daha önce bahsettiğimiz gibi finansal iktisata hâkim olan sözde rasyonel piyasalar hipotezi vardır. Bu hipotez, bankacıları, matematiksel tahmin modellerine kör bir inançla bağlanmasına yol açmıştır. Ayrıca hükümetleri ve düzenleyicileri finansal piyasaların şiddetle içlerine doğru çökebileceği olasılığını azımsamaya ve (FED başkanlığından ayrıldıktan sonra) Alan Greenspan'ın onu "riskin tüm dünyada düşük fiyatlandırılması" olarak tanımlamasına itmiştir¹⁷.

Günümüzde "iktisat"ın bir bilim dalı olarak yarattığı en temel etik sorunu ise şudur: İnsanı, onun kurumlarını, gelişmişlik düzeyini dışlayıp, birilerini çok zenginleştirip birilerini de çok yoksullaştıran bir düzenin işleyişini "işte tek yolu budur" diye kuramsal düzlemde yasaya döndürmek ve "bu bilimdir" diye beyin yıkamak işin bir boyutudur¹⁸.

15) William K. Tabb, Michael Perelman vd, *Neoliberalizm ve Kriz*, İstanbul (2008), Kalkedon Yayınları, s.237 ve 312.

16) Jacques Ellul, *Teknoloji Toplumu*, İstanbul (2003), s.165 ve Douglas Dowd, *Kapitalizm ve Kapitalizmin İktisadi*, İstanbul (2006), Bakış Yayınları Yordam Kitap, s.259.

17) Korkmaz İlkorur, "İktisat Üzerine Tartışmalar 1", *Radikal*, (<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalYazarYazisi&ArticleID=970487&Yazar=KORKMAZ%20İLKO-RUR&>), 15.04.2015.

18) Prof. Dr. Gülten Kazgan, "İktisat ve Etik", http://kazgan.bilgi.edu.tr/docs/iktisat_ve_Etik.doc, 15.04.2015.

Ayrıca iktisat bir “moral bilim” olma niteliğini kaybetmiştir. İnsandan ve insani konulardan uzaklaşmıştır. Tüm bu tespitlerin arkasında olan nedenlerin başında da iktisadın gereğinden fazla “matematikleştirilmiş” olması gelmektedir. Bunun arkasında da finansal iktisadın iktisat biliminde ağırlığını arttırmış olmasıdır. Lord Skidelsky, iktisadın yeniden itibarına kavuşturulmasının üniversitelerdeki eğitim ile başlayacağını; buradaki iktisat eğitiminin, onu ilgilendiren “insani” konularla genişletilmesi ve iktisat diploması içinde matematiğin ağırlığının azaltılması gerektiğini savunuyor¹⁹.

Buna mukabil iktisadi olayların daha da gerçekçi açıklanabilmesi için son yıllarda insanların duyguları ve heyecanları gibi soyut kavramları içeren, adına da bilişsel ekonomi adı verilen çalışmalar gündeme gelmiştir²⁰.

Bütün bu insan odaklı iktisat açıklamalardan sonra dünyada yaşanan krizlerin etkilerine kısaca değineceğiz.

1929’da oluşan Büyük Bunalım’da işsizlik çok artmış, geçim sıkıntısı baş göstermiş ve ekonomiler küçülmüştür. Krizden etkilenen birçok ülke, altın ve döviz rezervini dengede tutabilmek amacıyla ithalata çok sıkı denetimler getirmiştir. Para birimleri diğer ülke para birimleri karşısında hızla değer kaybetmiş, dövizle işlem yasaklanmıştır. Buna mukabil ülkeler arası ticaret azalmıştır²¹.

1970’lerde yaşanan petrol krizi ise şöyle gelişmiştir: ABD, doların karşılığı olan altın standardını kaldırmıştır. Arkasından aynı yolu birçok ülke takip etmiştir. Hatta bu yüzden karşılıksız para basma artmış, doların değeri düşmüştür. Petrolün satışı dolarla olduğu için petrol üreten ülkeler büyük zarara uğramıştır. Bu yüzden söz konusu ülkeler petrol üretimini altına bağlamıştır. Sonuçta hem bu durum hem de bu dönemde yaşanan İsrail-Arap Savaşı petrol fiyatlarının hızla artmasına yol açmıştır²².

1997’deki Asya Krizi ise şöyle gelişmiştir: 2. Dünya Savaşı’ndan sonra Japonya’da oluşan tasarruf fazlası bankalarda değerlendirilerek sanayiye kredi olarak yönlendirilmişti. Piyasaların doyuma ulaşmasıyla biriken fonlar öncelikle hisse senedi ve gayrimenkul piyasasına aktarılmıştı. Burada fiyatlar şiştikçe oluşan suni artışlar bir balon gibi patladı. Japon bankaları ayrıca Asya ülkelerine aşırı esnek davranarak bol bol kredi verdi. Söz konusu bu ülkelerde de Japonya’dakine benzer balonlar oluşup patladı. Dünya bu yüzden bir ekonomik

19) Korkmaz İlkorur, “İktisat Üzerine Tartışmalar 2”, Radikal, (<http://www.radikal.com.tr/Default.aspx?aType=RadikalYazarYazisi&ArticleID=970846>), 15.04.2015.

20) Paul Bourguine, Jean-Pierre Nadal, “Cognitive Economics”, Springer; 1 edition, Berlin, 2004, s.1-3.

21) Melih Gürsoy, *Ekonomik ve Finansal Krizler*, İstanbul (2009), MG Yayınları, s.44-64.

22) Eğilmez, s.62-63.

krizle karşı karşıya kaldı. Ekonomiler küçüldü ve menkul kıymet fiyatları düştü. Bankalar büyük bir borç krizine kapıldı. Batık krediler arttı ve hisse senetlerinin fiyatı düştü²³.

Ertesi yıl Rusya'nın krize girmesi ve IMF'nin kaynak yetersizliğine düşmesi sebebiyle Rusya'ya destek vermemesi büyük bir paniğe yol açmıştı. Zira yatırımcılar her halükârda IMF'nin Rusya'yı kurtaracağını varsayarak yatırımlarına devam etmişlerdi²⁴.

2007-2008'e gelindiğinde ise ABD'de ipotek kredileri ve ipoteye dayalı menkul kıymetler merkezli büyük bir kriz ortaya çıkmıştır. Bu kriz kredibilitesi düşük kişi ve kurumlara verilen kredilerden dolayı çıkmıştır. Bir önceki dönemden gelen serbestleşme ve kuralları azaltma eğilimi türev ürünlerin kontrol edilememesi sonucunu doğurmuştur. Gelişmiş ülkelerde büyümenin düşmesi, gelişmekte olan ülkelerden yapılan ithalatı azaltmıştır. Gelişmekte olan ülkelerin dış ticaret gelirleri azalarak ekonomileri küçülmüştür. Bütün bunlar da petrol ve metal fiyatlarında hızlı bir düşüşe yol açmıştır.

Kısacası gelişmiş ülkeler ellerindeki "ekonomik artık"ı uzun vadeli yatırımlar yerine spekülasyon etkinliklere yönlendirerek büyük bir hataya düşmüş bu da krizin bütün bir dünyayı etkilemesine yol açmıştır²⁵.

Sonuç olarak yaşanan her kriz gelişmiş ülkelerin kendi vatandaşları arasında bile hayat standartlarını etkilerken, gelişmiş ve gelişmemiş ülkelerin refah seviyeleri açısından farkı daha da artırmaktadır. Bu yüzden iktisadi olayları doğru okuyabilmek için iktisadın öznesi olan "insan"ı doğru tanıyabilmek; onun duyguları, düşünceleri ve davranışları olduğunu bilmek gerekir. Ayrıca yaşadığı toplumun özelliklerini iyi tespit etmek gerekir. Bununla birlikte iktisadi olayların açıklanmasında matematiğin amaç değil de aynı sosyoloji, psikoloji, tarih, felsefe, mantık, siyaset bilimi alanları gibi araç olması gerekmektedir. Böylece iktisatta insanın yeniden keşfedilebilmesi daha da kolaylaşacaktır.

KAYNAKLAR

- Acar, Gökmen Tarık; *İktisadi Değişirmek*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008.
- Akerlof, George A. ve Robert J. Shiller; *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton University Press, New Jersey, 2009.
- Akman, Vedat; *Modern Dünyadaki En Büyük Kriz*, Rota Yayınları, İstanbul, 1998.

23) Vedat Akman, *Modern Dünyadaki En Büyük Kriz*, İstanbul (1998), Rota Yayınları, s.20-21.

24) Eğilmez, s. 65-66.

25) Eğilmez, s. 68-69. ve John Bellamy Foster, *Kapitalizmin Malileşmesi ve Kriz*, İstanbul (2008), Kalkedon Yayınları s.50.

- Ayverdi, İlhan; *Kubbealtı Lugatı*, (<http://www.kubbealtilugati.com/sonuclar.aspx?km=ADALET&mi=0>, erişim 20 Mayıs 2015).
- Bourguine, Paul, Jean-Pierre Nadal; “Cognitive Economics”, Springer; 1 edition, Berlin, 2004.
- Buğra, Ayşe; *İktisatçılar ve İnsanlar*, 5. baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.
- Ceylan, Şule Şahin; “Gelecek Nesillerin Haklarına Gewirth Formülü: Bireyden Toplumla”, *İÜHFMC. LXXII, S.1*, 2014.
- Ceylan, Şule Şahin; “Nesiller Arası Adalete Faydacı Yaklaşım”, *AÜHFD, 61 (2)*, 2012.
- Dowd, Douglas; *Kapitalizm ve Kapitalizmin İktisadı*, Yordam Kitap, İstanbul, 2006.
- Eğilmez, Mahfi; *Küresel Finans Krizi*, 5. basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2009.
- Ellul, Jacques; *Teknoloji Toplumu*, Bakış Yayınları, İstanbul, 2003.
- Güngör, Erol; *Sosyal Psikoloji*, 4. basım, Ötügen Neşriyat A.Ş., İstanbul, 1994.
- Gürsoy, Melih; *Ekonomik ve Finansal Krizler*, MG Yayınları, İstanbul, 2009.
- İlkorur, Korkmaz; “İktisat Üzerine Tartışmalar 1”, *Radikal*, (<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalYazarYazisi&ArticleID=970487&Yazar=KORKMAZ%20İLKORUR&>, erişim 15 Nisan 2015).
- Kazgan, Prof. Dr. Gülten; “İktisat ve Etik”, (http://kazgan.bilgi.edu.tr/docs/iktisat_ve_Etik.doc, 15 Nisan 2015).
- Kindleberger Charles P.; *Cinnet, Panik ve Çöküş*, 2. baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- Stiglitz, Joseph E.; *Küreselleşme Büyük Hayal Kırıklığı*, 3. baskı, Plan b , İstanbul, 2004.
- Tabb, William K., Michael Perelman vd; *Neoliberalizm ve Kriz*, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2008.
- Tremmel, Joerg Chet; *A Theory of Intergenerational Justice*, Eartscan, London, 2009.
- Ülgener, Sabri F.; *Zihniyet, Aydınlar ve İzm'ler*, Derin Yayınları, İstanbul, 2006.

ÖZET

ABD’de 2007 yılından sonra oluşan kriz bir finans krizidir. Krizin sebebi ise ipotega dayalı menkul kıymetlerdir. Ancak her krizde olduğu gibi bu krizde de iktisatçılar kriz modelleri ortaya koymuş ve sebeplerini araştırmışlardır. Bunlardan pek azı krizi önceden tahmin edememişlerdir. Ancak her krizde olduğu gibi insan ve insan davranışları göz önünde bulundurulmamış, kriz sadece bir takım matematiksel modellemeler üzerinde açıklanmaya çalışılmıştır. İşte bu çalışmada da bunların mahsurları üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Ekonomik krizler, insan davranışları, nesiller arası adalet, sürdürülebilir kalkınma

Ulus Devletin Ortaya Çıkışından Günümüze Kadar Kamu Hukukunda Egemenlik Kavramlaştırmaları

Sovereignty Conception in The Public Law From The Emergence
of The Nation State to The Present Day

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Sovereignty is one the fundamental concepts of nation state. Nation state has constructed a different understanding of sovereignty since 17th century. In this article, the different definitions of and approaches to the concept produced by the prominent legal scholars in last four hundred centuries have been summarized and the transformation of the content of the concept has been analyzed. This historical review indicates the fact that absolute and individual will oriented understanding of classical sovereignty has evolved into an institution and law focused conceptualization. The most important result of this change in understanding of the concept in positive legal theory is to move away from the discourse resembling state and individual will and reducing law to the will of the person, to the perspective identifying the state with law which is defining the borders of the power of the state organs. The article is also touch upon the impact of international and supranational structures on construction of the discourse of sovereignty.

Keywords: Sovereignty, nation state, legal theory, international law, supranational law.

A- Klasik Egemenlik Kuramının Ortaya Çıkışı

1- Bodin ve Klasik Egemenlik Kuramı

Ulus devletler çağına girerken klasik egemenlik öğretisinin temelleri on altıncı yüzyılda atılmıştır. Egemenlik kavramını bugünkü anlamına yakın ilk kullanan düşünür olan Bodin, klasik egemenlik kuramının kurucusu olarak kabul edilir. Bodin egemenlik konusundaki ünlü çalışması “Devlet Üzerine Altı Kitap”

(*Les six livres de la république*) adlı eserinden önce yayınladığı “Tarihin Kolay Anlaşılabilmesi İçin Metot” (*Methodus ad facilem historiarum cognitionem*) başlıklı çalışmasında egemenliğin görünüm biçimlerini ele alır. Yazar, bu eserde özel hukuka dayanan Roma hukukunun temel yapıtı *Corpus Juris Civilis* ile bir imtiyazlar kataloğundan farklı olmadığını ileri sürdüğü feodal ortaçağ hukuk metinlerinden uzaklaşarak eski Yunan felsefecilerinin görüşlerine yönelir. Bodin, Aristoteles, Polybius ve Dionysius’un eserlerinden hareketle egemenliğin beş farklı görünüm biçimi olduğunun tespitini yapar.¹ Bu görünüm biçimlerinden ilki ve en önemlisi yüksek bürokratların atanması ve görev alanlarının belirlenmesi iktidardır. Egemenlik, ikinci olarak, yasa çıkarma ve var olan yasaları yürürlükten kaldırma iktidarını içerir. Daha sonra sırasıyla; savaş ve barış ilanı, yüksek hâkimlerin başvurularının nihai karara bağlanması ve bireylerin yaşamlarını bağışlama iktidarlara gelir.

Bodin “Devlet Üzerine Altı Kitap” adlı çalışmasında egemenliğin görünüm biçimlerine yeniden değinir ancak bu kez önemli bir değişiklik göze çarpar. Eserin Birinci Kitabı’nın “Egemenlik Üzerine” başlığını taşıyan 8. Bölüm’ünde, egemenliğin birinci görünüm biçiminin yasa koyma gücü olduğu ve devletin bu gücünün genel emir verme gücüne dayandığı; egemenliğin diğer tüm görünüm biçimlerinin emir verme gücünün bir uzantısı olduğu görüşüne yer verilir. Bodin bu birincil görünümünden hareketle egemenliği, bir siyasi sistem içinde vatandaşlar ya da buyruk altında bulunanların tabi olduğu mutlak ve daimi iktidar olarak tanımlar.²

Egemenliğin mutlaklığı, yasama gücünün tek elde toplanması ve daha üstün bir otorite olmaması anlamına gelir. Egemen iktidar başka bir güç tarafından sınırlandırılmaz çünkü bu iktidar belli yükümlülükler ve koşullara tabi tutulmaya çalışıldığında ortada egemenlik kalmaz. Bir devlet sistemi içindeki tüm iktidar ve yetkiler egemenlikten kaynaklanır. Egemen, yasa yapma tekelinin yanında mevcut yasaları bozma ve ortadan kaldırma üstün iktidarına da sahiptir. Egemen, yasaları yaparken ve ortadan kaldırırken dilediği gibi hareket eder; ne kendi yasalarına ne de daha önce yapılmış yasalara bağlıdır. Kısacası, yasa egemenin buyruğudur.³ Yasa bu yönüyle hukuktan da ayrılır. Hukuk, hakkaniyet ve doğruluğa işaret eder; Bodin’e göre hukuk, etikdir. Egemenin mutlak buyruğu

1) Yazarın böyle bir yaklaşımı benimsemesinde yaşamı boyunca hukuk tarihi ve karşılaştırmalı hukuk alanlarında çalışmasının etkisi yadsınamaz. Ancak bir diğer etken Bodin’in bir ayağı antikçağda ve ortaçağda bir ayağı yeniçağda bir düşünür olmasıdır. Bkz. George H. Sabine (1961) **A History of Political Theory**, Holt, Rinehart and Winston, New York, s. 400.

2) Jean Bodin (1992) **On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth** (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge, s. 1-4.

3) Bodin, a.g.e., s. 11.

olan yasa hukuktan önce gelir ve ona üstündür.⁴ Bir devlet sistemi içinde tüm diğer iktidarlar egemenin bu yasama iktidarına tabidir. Böylece Bodin, yargı iktidarının yasama iktidarına tabi olduğunu vurgular. Tanrıdan sonra egemen gelir.⁵

Egemenliğin ikinci unsuru daimiliği ya da sürekliliğidir. Egemen ile devletin çeşitli organlarında görev yapan yöneticiler birbirine karıştırılmamalıdır. İnkincilerin yetkileri görev süreleri ile sınırlıdır. Bu nedenle bu yetkileri kullananlar egemen değil sadece yönetici olabilirler. Yöneticinin meşruiyeti egemene dayanır ve yönetici ne egemenin iradesine ne de onun vazettiği yasalara karşı çıkabilir. Kısacası, devlet sistemi içindeki tüm yöneticiler egemenden kaynaklanan türev bir iktidarı kullanırlar. Egemen ise, iktidarını ömrü boyunca kullandıktan sonra kendisinden sonra gelene devreder. Egemenlik hiçbir kopukluk olmadan kuşaktan kuşağa aktarılır. Bu süreklilik sayesinde siyasi iktidar, onu kullananlardan bağımsız bir varlık kazanır.⁶

Devletin somut bir olgu haline gelmesi bu süreklilik düşüncesinin ürünüdür. Bodin'in egemenliğin bir unsuru olarak ortaya koyduğu süreklilik, onun modern devlet kuramına yaptığı en önemli katkı olarak görülmektedir. Süreklilik, siyasi iktidarın onu kullanan kişi ya da kişilerden bağımsızlaşması anlamına gelir. Devletin, yöneticileri, prensleri, kralları aşan bir gerçekliği vardır.⁷

Egemenliğin mutlaklığının ve sürekliliğinin önemli bir sonucu bölünmezliğidir. Egemenlik toplumun tümünde ya da bir kişide olabilir ancak parçalanamaz. Bodin, üstün iktidarın parçalanmaya çalışılmasının onu yok edeceğini ve devleti yozlaştıracağını savunur. Egemenliğin bölünmeye çalışılması, düzensizlik ve kargaşanın kabul edilmesi demektir.⁸

Bodin, egemenlik konusundaki yaklaşımının evrenselliğine de işaret etmiştir. Yazar, farklı rejim türleri olabileceğini kabul etmekle birlikte, farklı devlet türleri olmadığını görüşündedir. Bu nedenle monarşi, aristokrasi ya da demokrasi olmalarına bakılmaksızın tüm devletler için egemenlik aynı niteliklerden oluşur. Monarşide egemenlik kralda; aristokraside bir grubun elinde; demokraside ise halktadır. Egemenliğin en iyi kullanımı monarşilerde olanaklıdır. Fakat bu, diğer rejim türlerinin reddi anlamına gelmez; yeter ki egemenlik parçalara bölünmeden kullanılabilir.⁹

4) M. A. Ağaoğulları, C.B. Akal ve L. Köker (1992) **Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı**, İmge Kitabevi, Ankara, s. 20.

5) Bodin, a.g.e., s. 4.

6) Bodin, a.g.e., s. 3 vd.; Ağaoğulları, Akal ve Köker, a.g.e., s. 22-23.

7) Ağaoğulları, Akal ve Köker, a.g.e., s. 23, 25.

8) Bodin, a.g.e., s. 104-105

9) Bodin, a.g.e., s. 89 vd.

Bu mutlak egemenlik anlayışına rağmen, Bodin kralın egemenliğinin tamamen sınırsız olmadığı görüşündedir. Doğal hukuk ve gelenek hukukunun yerleşmiş ilkeleri kralın mutlak yetkilerinin sınırlarıdır. Bodin'e göre kral doğal hukuka saygı duymalı, tebaanın mülkiyet hakkını ve kişisel özgürlüklerini yok edecek düzenlemelerden kaçınmalı, yeni vergiler koyacağı zaman mahkemelerin görüşünü almalıdır. Kral gelenek hukukunun yerleşmiş ilkelerini ihlal etmemeye de özen göstermelidir. Bodin'in "temel yasalar" adını verdiği bu kurallar arasında, kralların tahta geçişlerinde uygulanan ardıllık ilkesi ve kamu mülkiyetindeki toprakların başkalarına devredilmemesi ilkesi yer alır.¹⁰

Bodin'i egemenlik kuramının kurucusu konumuna getiren, günümüze kadar etkisini sürdüren ve "klasik egemenlik kuramı" olarak adlandırılan yaklaşım, bu egemenlik tanımından hareketle oluşturulmuştur. Bu yaklaşım ile Bodin, çağının karşılıklı yükümlülükler dayalı ve kademelendirilmiş feodal iktidar anlayışına aykırı biçimde, tüm yetkilerin kaynağını kralın üstün emir verme gücünde bulduğu bir kuramsal çerçeve inşa etmiştir. Kralın iktidarını belirleyen artık ne feodal soylular ne papalık ne de Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'dur. Feodal iktidar merkezlerinin kralın üstün iktidarına tabi kılınması ve Hristiyan dünyasında egemenliğini sürdüren, gerek dini gerek laik evrensel iktidarların sınırlandırılması, ulus devletin doğuşunun habercisidir.

Bodin'in iki eseri arasındaki farklılık çarpıcıdır. 1566 yılında kaleme alınan "Tarihin Kolay Anlaşılması İçin Metot", kralın otoritesini sınırlayan, dönemin geleneksel Fransız anayasacılığının etkisini yansıtır. Bodin bu eserinde egemenliğin bir yetkiler toplamından oluştuğuna işaret eder. On altıncı yüzyılın ilk döneminde yaşamış Claude de Seyssel'e kadar uzanan klasik yaklaşım geleneği, kralın üstün yetkilerini ve egemenliğini kabul etmekle birlikte bu üstün otoritenin hukuka uygun davranmasını ve yerel ya da genel yarı-bağımsız konseylerin onayı alınmadan yasalarda değişiklik yapılmamasını savunur. Kral, gelenek hukuku ve temel yasalarla bağlıdır, dolayısıyla yetkileri mutlak değildir. Buna karşın tam on yıl sonra, 1576'da yazılan "Devlet Üzerine Altı Kitap"ta egemenlik, basit bir yetkiler toplamı olarak değil mutlak ve daimi iktidar olarak tanımlanmıştır. Bu tanım her şeyden önce mutlakiyetçi iktidarı meşrulaştırmaya yönelik bir çabayı yansıtır.¹¹

Bodin'in görüşleri üzerinde dönemin siyasi gelişmelerinin etkisi belirleyici bir öneme sahiptir. 1560'larda Fransa'da Protestanlar ile devlet güçleri arasında zaman zaman silahlı çatışmalar çıksa da Bodin, iyimser bir görüşle, sivil savaş

10) Julian H. Franklin, **Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory** (1973) Cambridge University Press, Cambridge, s. 30.

11) Julian H. Franklin (1992) "Introduction", **On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth** (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge, s. ix-xxvi.

çıkmayacağı düşüncesindedir. Durum on yıl sonra çok değişmiştir. St. Bartholomew Günü katliamından sonra sivil savaşın kaçınılmaz olduğu düşüncesi ağırlık kazanmıştır. Bodin, devletin varlığının tehlikeye girdiği düşüncesindedir. Fransa kralına mutlak iktidar tanınması siyasi istikrarın en önemli koşuludur.¹²

Yazarın doğal hukuka ve gelenek hukukuna yaptığı vurgular, kendisinin katı bir mutlakiyetçi olmadığını göstermektedir. Siyasi düşünceler tarihçisi Jean-Jacques Chevallier'e göre Bodin, din savaşlarından ve bu savaşların kraliyetin birliğine yönelik tehditlerinden etkilenmiş ve bu nedenle mutlakiyet ile doğal hukuku uzlaştırarak siyasi iktidarın üstünlüğünü öne çıkaran bir egemenlik anlayışı geliştirmiştir. Bodin'in egemenlik anlayışı, kralı Katolikler ile Protestanlar arasındaki gerilimi yatıştıracak bir hakem konumuna getirmek amacını güder. Fransa kralı bu hakem konumunu ancak her türlü yetkiyi kendisinde toplayarak elde edebilir. Papanın ve imparatorun emirlerine boyun eğen bir kral ise böyle bir hakemliği gerçekleştirecek tarafsızlığa sahip olamaz.¹³

2- Kuramdan Uygulamaya

Bodin tahminlerinde yanılmamıştır. Savaş 1618 yılında başlar ve Avrupa'nın çeşitli bölgelerinde 1648 yılına kadar devam eder.¹⁴ Otuz Yıl Savaşları adıyla tarihe geçen savaşın temel nedeni Katolikler ile Protestanlar arasındaki çatışma olmakla birlikte siyasi sorunlar ve ticari çıkarlar da savaşın geniş bir alana yayılmasında rol oynamıştır. Otuz Yıl Savaşları 1648 Westphalia Barış Antlaşması ile sona erer.¹⁵ Leo Gross'a göre Westphalia sıradan bir antlaşma değil, günümüze kadar süre gelen ve ulus devleti temel alan bir uluslararası düzenin kurucu belgesidir.¹⁶

12) Franklin, a.g.m., s. xiii-xiv.

13) Jean-Jacques Chevallier (1963-1964) **Histoire des idées politiques**, Fascicule I, Les Cours de Droit, Paris, s. 21-22. Bodinci egemenlik öğretisinin bu yönü ileride iç ve dış egemenlik olarak egemenliğin iki ana görünüm biçimine vücut verecektir. Bkz. Bruo de Witte (1998) "Sovereignty and European Integration, the Weight of Legal Tradition", **The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence** (der. Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ve J. H. H. Weiler), Hart Publishing, Oxford, s. 279.

14) Otuz Yıl Savaşları birbiriyle bağlantılı bir dizi savaşın tümüne verilen addır. Savaş Avusturya'daki Habsburg Hanedanı'nın Bohemya'da yaşayan Protestan tebaaya Katolikliği zorla kabul ettirme girişimiyle başlar. Bu zorlama karşısında Protestanlar Katoliklere karşı direnir. Direniş kısa zamanda başka çatışmalara yol açar ve Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu Fransa'ya; Alman prenslikleri de İmparatorluğa karşı savaş ilan eder. Fransa ayrıca Habsburgların kontrolindeki İspanya ile savaş başlatır. İsveç, Danimarka, Polonya, Rusya, Hollanda ve İsviçre de savaşa dahil olur.

15) Din Savaşlarını sona erdirecek barış antlaşmasının görüşmeleri 1644 yılında Münster ve Osnaabrück kentlerinde başlar. Görüşmelere küçüküklü büyüklü 194 Avrupa devleti katılır. Dört yıl süren görüşmeler sonunda 24 Ekim 1648 tarihinde antlaşma imzalanır.

16) Leo Gross (1998) **The Peace of Westphalia, 1648-1948, International Law, Classic and Contemporary Readings** (der. Charlotte Ku ve Paul F. Diehl), Lynne Rienner Publishers, Londra, s. 60.

Din savaşlarının sona erdiği dönemde Avrupa'nın siyasi coğrafyası üç farklı yapıdan oluşuyordu. Bunlardan ilki papalığın kutsal otoritesi altında hüküm süren Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'ydu. Osmanlı İmparatorluğu hariç tüm Hristiyan Avrupa bu evrensel iktidarın egemenlik alanı içindeydi. Papalık ve İmparatorluğun evrensel devlet modelinin tehdidini daima hisseden ancak özerk olmaya gayret eden Avrupa krallıkları ikinci grubu oluşturuyordu. İngiltere ve Fransa, daha 1300'lerde özerkliklerini sağlamışlardı. Özerk Batı Avrupa monarşilerinde henüz merkezîyetçi iktidarlar kurulmamıştı. Bu devletlerin kendi sınırları içinde de kademeli feodal iktidar alanları vardı. Son grubu, küçük coğrafi alanlara sıkışmakla birlikte ticaret merkezleri haline gelen ve dolayısıyla zenginleşen özerk şehir devletleri oluşturuyordu. Bu şehir devletleri özellikle Kuzey Avrupa'da, Hansa Konfederasyonu bölgesinde ve Güney Avrupa'da, İtalya'da ortaya çıkmıştı. Papalık ve İmparatorluk bu iki grup üstünde ruhani ve laik egemen yetkilere sahipti ya da fiilen egemen olmasa da bu iddiadaydı. Özetle 17. yüzyıl Avrupası, siyasi örgütlenme bakımından, imparatorluktan feodal beylere kadar uzanan, karşılıklı imtiyazlara dayalı, karmaşık, kademeli ve iç içe geçmiş bir iktidarlar bütünüydü.¹⁷

Parçalanmış iktidarların toplamından oluşan orta çağ Avrupası'nda, Bodin tarafından kurgulanan ve günümüzde de geçerliliğini koruyan bir egemenlik anlayışının varlığından bahsetmek olanaklı değildi. İsa-taklitçi iktidar anlayışına dayalı ortaçağ siyasi düzeni din temelinde kurgulanmıştı. Bu ruhani düzene göre, doğru inanç sahibi Hristiyanlar tek bir organizmanın üyeleri idi. Her birey kendi kimliğine ve amacına ancak bu birlik içinde kavuşabilirdi. Tüm Hristiyan dünyası tek bir organizma olarak algılanıyor ve herkes aynı hukuka ve aynı ahlaka bağlı olduğu için hiçbir otoritenin kendini diğerinden bağımsızlaştırması meşru görülüyordu. Organizmanın farklı parçaları arasında iş bölümü vardı. Bu nedenle karmaşık bir hiyerarşik yapı içinde papa, imparator, krallar, baronlar, dukeler, kontlar ve köylüler birbirlerine karşılıklı imtiyaz ve sorumluluklarla bağlanmıştı. Kilise nasıl İsa'nın vücudunda birleşmişse, toplum da kilisenin çatısı altında bir araya gelmişti. Evrensel kiliseden başka bir devlet kabul edilemezdi (*Nulla communitas dicitur vera respublica nisi ecclesiastica*).¹⁸

Kutsal vücut metaforuna dayalı Hristiyan devletinin (*Res Publica Christiana*), Thomas Aquinas gibi düşünürlerce ortaya konan ideal şekliyle yaşama geçirilip geçirilmediği tartışılabilir. Ancak kesin olan şey, orta çağda papa ve imparator

17) Perry Anderson (1974), **Lineages of the Absolutist State**, NLB, Londra, s. 15-41.

18) H. Kantorowicz (1957) **The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology**, Princeton University Press, Princeton; Michael Wilks (1963) **The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages**, Cambridge University Press, Cambridge.

da dâhil olmak üzere hiç kimsenin mutlak anlamda egemen olmadığıydı.¹⁹ Gerçi papistler papanın iktidarından (*potestas, sacerdotum*), Dante ve Marsilyalı Padda gibi düşünürler ise imparatorun iktidarından (*imperium*) bahsediyorlardı ancak tüm bu görüşler kuramdan öteye geçemiyordu. Gerek papa, gerekse imparator, krallıkların ve diğer soylulara ait bölgelerin içişlerine müdahale etse de bu müdahalenin sınırları vardı. Krallar ve soylular gerektiğinde gelenek hukukuna dayalı imtiyazlarını ileri sürerek müdahalelere karşı çıkabiliyordu. Bu kademelendirilmiş iktidarlar hiyerarşisi, dönemin Avrupası'nı Asya devletlerinden ayıran önemli bir özellikti.²⁰

Orta çağda bugünkü anlamda bir anayasadan bahsetmek olanaklı değildi. Papa ve kilise mahkemeleri, evrensel etik standartları uygulama ve yorumlama yetkisine sahiplerdi ancak egemen bir devlette olduğu gibi, kuvvet kullanmaya yetkili organların, hakların ve hukuki usullerin yasalar ile belirlenmesi söz konusu değildi. Siyaset bilimci John Ruggie bu tablodan hareketle Avrupa orta çağında yad erklığın (*heteronomy*) geçerli olduğunu söyler. Yad erklik, özerklığın karşıtıdır ve dışarıdan gelen yasa ya da buyruğa itaat ya da bunlara göre hareket etme anlamına gelir.²¹

Westphalia Antlaşması papalık ve imparatorluğun evrensel yetkilerini kısıtlamış; organizmacı ve Roma Kilisesi'ne dayalı devlet anlayışının ciddi darbeler almasına yol açmıştır. Barış ile Avrupa'da ilk kez ve uzun bir dönem için güçler dengesi sağlanmıştır. Antlaşma metninin hiçbir yerinde egemen devletlerden bahsedilmez ancak barışın sürdürülmesi misyonu, güçler dengesine ve devletler sistemini oluşturan bağımsız birimlere verilmiştir. Bu, her şeyden önce, papalığın evrensel otoritesinin ve üstünlüğünün reddi anlamına gelmektedir.²²

Westphalia'nın galibi başta Fransa ve İsveç olmak üzere Avrupa monarşileridir. Antlaşma, Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nun Avrupa'nın tümüne hâkim olmaya yönelik girişimlerini engelleyecek yeni bir uluslararası düzen kurmuştur. Kralların, imparatorluğun müdahalesi olmaksızın kendi tebaası üzerinde tam iktidar kullanacağı kabul edilmiş; yasa yapımı, vergi koyma ve dış politika konularında krallıklar karar alıcı bağımsız birimler konumuna getirilmiştir. Öte yandan, Avrupa'da dokuz yüze ulaşan feodal siyasi birimlerin sayısı üç yüze indirilmiştir. Böylece krallıklar evrensel iktidarın egemenliğinden çıkarken, ye-

19) Daniel Philpott (1999) "Westphalia, Authority, and International Society", **Political Studies**, Cilt XLVII, s. 579.

20) Anderson, a.g.e., s. 398.

21) John G. Ruggie (1986) "Continuity and Transformation in the World Polity: Towards a Neorealist Synthesis", **Neorealism and its Critics** (der. Robert O. Keohane), Columbus University Press, New York, s. 131-158.

22) Gross, a.g.m., s. 62.

rel iktidarların imtiyazlarının bir kısmından da kurtulmuşlardır. Antlaşma ile Birleşik Vilayetler (bugünkü Hollanda) ve İsviçre'nin kuruluşuna da karar verilmiş, şehir devletlerinin bağımsızlıkları kabul edilmiştir.²³

Westphalia'nın papalık ve imparatorluğun evrensel iktidarını sarsan önemli hükümlerinden biri "krallın dini, ülkenin dinidir" (*cuius regio, eius religio*) kuralıdır. Bu kural ile krallar, kendi ülkelerindeki egemenliklerini evrensel iktidara karşı koruma şansı bulmuşlardır. Aslında aynı ilkeye sadece Alman prenslikleri bakımından 1555 Augsburg Antlaşması'nda da yer verilmiş ancak uygulanmamıştır. Bu ilkenin uygulamaya geçirilmesi ile birlikte Avrupa artık tek bir kilisenin otoritesine tabi olmaktan çıkmıştır.²⁴

Orta çağ Avrupası'nın siyasi örgütlenmesi, cemaati esas alan ve belli bir ülkeye bağlı olmayan kademelendirilmiş iktidarlara dayanıyordu. Siyasi iktidar özerk değildi; iktidarı kullananlar başkalarının koyduğu kurallara uymak zorundaydı. Son olarak da, siyasi otorite meşruluğunu tamamen iç referanslardan sağlıyordu ve dış meşruiyet söz konusu değildi. Yeni düzen ile egemen devlet, uluslararası sistemin temel birimi haline getirildi. Avrupa, özerk devletler ve ülkeler olarak algılanmaya başladı ve devletlerin yetkileri kendi ülkeleriyle sınırlandırıldı, dışarıdan müdahaleler önendi, feodal birimlerin imtiyazları azaltıldı. Devletlerin meşruiyeti iç unsurlar yanında bir dış referansa, uluslararası hukuka bağlandı.²⁵

Westphalia Antlaşması ne kralların egemenliklerine, ne de Kutsal Roma-Germen İmparatorluğu'nun gelecekteki statüsüne ilişkin doğrudan bir hüküm içerir. Bununla birlikte Antlaşma organizmacı söylemin tüm meşruiyetini ortadan kaldırmıştır. İktidarın bölgelere dağıtılması sonucunda, uyum ve ruhani temelli organizmacı yaklaşım yerini anarşik bir düzene bırakmıştır. Bu anarşik düzende uluslararası hukuk, Westphalia sonrası dönemde devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk alanı olarak kendini kabul ettirecektir.²⁶

3- Ortaçağ İktidar Anlayışının Klasik Egemenlik Kuramına Etkileri

Ruhani alanda papalığın evrensel otoritesini, siyasi alanda da organizmacı devlet anlayışını sarsan Westphalia Antlaşması, Bodin'in egemenlik üzerine dü-

23) M. L. Bush, **Renaissance, Reformation and the Other World 1450-1660** (1967), Harper Colophon Books, New York, s. 285; Gross, a.g.m., s. 61.

24) Gross, a.g.m., s. 57.

25) Gross, a.g.m., s. 61-63.

26) Papalık bu nedenle ne Westphalia'yı ne de uluslararası hukuku kabul etmiştir. Papa Innocent X, Westphalia Antlaşması'nın imzalanmasından hemen sonra, 26 Kasım 1648 tarihinde bir papalık bildirisi (*Zel Dormus*) yayımlayarak antlaşmaları geçersiz, meşruiyetten yoksun, lanetli, adil olmayan ve etkidenden yoksun metinler olarak ilan etmiştir. Papalık 1900'lere kadar uluslararası hukuku bir Protestan bilimi olarak görmüş ve önemli uluslararası hukuk eserlerini sansüre tabi tutmuştur. Bkz. Gross, a.g.m., s. 62.

şünceleri ile örtüşen hükümler içerdiğinden, bu yaklaşımın uluslararası düzene hâkim kılınması olarak yorumlanabilir. Bununla birlikte Bodin'in, egemenlik kuramını ortaya atarken temel hareket noktasının, ulus devletin temellerini oluşturmak olduğunu iddia etmek güçtür. "Devlet Üzerine Altı Kitap", orta çağa hâkim olan siyasi örgütlenme tarzını değiştirmeye yönelik bir bakış açısıyla kaleme alınmamıştır. Bodin, devleti bireylerden bağımsız ve sürekliliği olan bir kurumsal yapı olarak kurgularken yenilikçidir ancak pek çok bakımdan modernite öncesi değer ve kurumları savunan bir düşünürdür. Egemenlik üzerine görüşleri yeni bir devlet modeli önermekten çok dönemin siyasi ve sosyal sıkıntılarını aşabilmek amacıyla Fransız kralının iktidarını güçlendirmeye odaklanmıştır. Orta çağın kurumsal yapılarına bağlı olan Bodin'in eserlerini yorumlayanlar onu eski ile yeninin arasında bir geçiş düşünürü olarak görür.²⁷ Bu nedenle Westphalia Antlaşması sadece Bodin'in görüşlerini yaşama geçirmekle kalmamış, aynı zamanda bu görüşlerin yeni kurulan devlet söylemi ve uluslararası düzenin temelini yerleşmesini ve kalıcı olmasını sağlamıştır. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyılda Westphalia'nın getirdiği "yeni düzen" giderek genişleyen ve kabul gören bir dünya sistemine dönüşmüştür. Özetle, Westphalia, Bodin'in egemenlik yaklaşımını tüm modernite öncesi anlamlarıyla birlikte gelecek çağlara taşımıştır.

Klasik egemenlik anlayışının günümüze kadar taşıdığı temel çelişki de burada yatar. Bodin, devletin sürekliliği tezi ile modern bir yaklaşıma öncülük etmekle birlikte devleti kişileştirme şeklinde tezahür eden orta çağ alışkanlığından vazgeçmemiştir. Egemenliğin, bir devlet yetkileri bütünüünün ötesinde, mutlak, devredilmez ve bölünmez bir iktidar olarak tanımlanması, devleti kişileştiren bu geleneğin izlerini taşır. Bodin'in egemenlik anlayışı, egemenin sahip olduğu siyasi otoriteyi kişileştirir ve ilahileştirirken; otoritenin sembolü olarak sunduğu ilahi nitelik taşımayan kurumsal bir devlet anlayışını kabul eder.²⁸ Bu nedenle Bodin, kurumsal bir yapı olarak devlet ile devletin yönetimi ya da hükümet arasında bir uçurum yaratmıştır.²⁹ Bu uçurumun kapatılması için egemenin ya da kralın devletle özdeşleştirilmesi gerekmiştir. Üretilen bu çözüm, takip eden çağlarda

27) Sabine'e göre Bodin eski ile yeninin özel bir karışımıdır, modern bir düşünür değildir, ama tam anlamıyla orta çağı da yansıtmaz. Bkz. George Sabine (1961) **A History of Political Thought**, Holt, Rinehart and Wiston, üçüncü bası, New York, s. 400.

Günümüz yazarlarından Bartelson, Bodin'in bilgiye bakışımın modern düşünüş biçiminden oldukça uzak olduğu görüşündedir. Bodin'in söyleminde analize dayalı modern düşünce (*mathesis universalis*) yerine söylence, imaj ve hikayelere dayalı ortaçağ düşüncesi (*exempla*) baskındır. Bu nedenle Bodin'in modernizmi yapay bir modernizmdir. Jean Bartelson (1995) **A Genealogy of Sovereignty**, Cambridge University Press, Cambridge, s. 141-143.

28) Bartelson, a.g.e., s. 138; Nannerl O. Keohane (1980) **Philosophy and the State in France: From the Renaissance to the Enlightenment**, Princeton University Press, Princeton, s. 17.

29) Bodin, a.g.e., s. 199.

devletin modern bir kurum olarak gelişmesinin önünde en büyük engel olacaktır. Söz konusu yaklaşımın hukuk alanına yansımaları ise hukuku tümüyle siyasi iktidarı elinde bulunduranların iradesine indirgeyen, siyasi iktidarı hukukun yaratıcısı olarak gören (*rex facit legem*) bir hukuk anlayışının egemen olmasıdır. Hukukun, siyasi iktidarı belirleyiciliğinin kabulündeki ya da hukukun üstünlüğüne (*lex facit regem*) dayalı devlet modelinin ortaya çıkışındaki gecikmede klasik egemenlik anlayışının etkisi büyüktür. Son tahlilde, Bodin'in kişi dışı devlete yaptığı vurgu ikinci planda kalmıştır. Kişi metaforuna dayalı egemenlik ve egemenliğin bölünmezliği yaklaşımı, kişi dışı devletin egemen yetkileri ile siyasi iktidarın egemenliğini birbirinden ayırmada başarısız olmuştur.³⁰

Kişi dışı devlet kurgusunun ortaya atılmasına rağmen, Bodin sonrasında da uzun bir süre siyasi iktidar ile devlet ayrımı yapılmamıştır. Bodin'in ortaçağ ile modernite arasında geçiş düşünürü olması yaşadığı çağ itibarıyla normal olmakla birlikte, hukukun üstünlüğüne dayalı devlet modelinin ancak yirminci yüzyılda yaşama geçirilebilmesi ilk bakışta anlaşılması zor bir durumdur. Bununla birlikte, bu gecikmenin ve kişi metaforuna dayalı devlet anlayışının varlığını sürdürmesinin önemli bazı nedenleri vardır.

B- Klasik Egemenlik Kuramının İnşa ve Pekişme Süreci

1- Mutlak Monarşilerin Kuruluşu

Westphalia Antlaşması ile güç kazanan Avrupa krallıklarında mutlak monarşik sistemler kuruldu. Ulus devletin doğuşu sürecinde evrensel ve yerel iktidar odaklarının tasfiyesi, siyasi alanı kralların tekeline bıraktı. Fransa'da XIV. Louis döneminde tüm devlet aygıtı kralın mutlak otoritesi altına girdi. Feodal kurumlar ortadan kaldırılarak merkezi devletin güçlenmesi sağlandı. Mahkemelerin etkisi azaltıldı ve kralın fermanlarına itiraz hakları kaldırıldı. Yerel konseylerin vergi düzenlemelerine müdahalesi önlendi. Yerel otonomi yok edilerek merkezi devletin denetimine alındı. Soylular, kendi bölgelerinden koparılarak yeni yapılan Versailles Sarayı'nda yaşamaya zorlandı. Tüm geleneksel kurumlar etkisini yitirdi.³¹ Özetle, ciddi bir muhalefetle karşılaşılmaksızın, kralda cisimleşen iktidar merkezileşti, rasyonelleştirildi ve etki alanı genişledi. Fransa'nın merkezizetçi modeli daha sonra, İspanya, Portekiz ve Prusya gibi Kıta Avrupasının önemli devletleri tarafından da benimsendi.³²

Ortaçağ krallıklarında, kralın mutlak yetkilere sahip olduğu alan (*guberna-*

30) Friedrich Meinecke (1998) **The Doctrine of Raison de'État and Its Place in Modern History**, (İngilizceye çev. Douglas Scott), Transaction Publishers, New Brunswick, s. 59.

31) Anderson, a.g.e., s. 100-101.

32) Anderson, a.g.e., s. 102.

culum) ile kralın bu yetkileri kullanamadığı haklar alanı (*iurisdictio*) belli bakımlardan birbirinden ayrılmıştı.³³ Westphalia sonrası mutlakiyetçi rejimler ise kralı her iki alanın mutlak hâkimi kılarak orta çağ krallıklarında hukuka tanınan bir tür otonomiye ortadan kaldırdı. Orta çağ Avrupa krallıklarında kral, hukukun hem üstünde hem de altında bir statüye sahipti (*rex infra et supra legem*).³⁴ Bu ikili ve belki de çelişik statünün temelinde ilahi doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki ayrım yatıyordu. Kral ilahi hukuka tabi ama pozitif hukukun üstünde bir konumdaydı.³⁵ Gerçi ortaçağ öğretileri, antik felsefenin etkisiyle hukuktan bağımsız bir devlet fikrine yönelmişlerdi, ancak devlet ve hukukun birbirleri için ve birbirlerine bağlı olarak var oldukları düşüncesi orta çağa yabancıydı. Dolayısıyla, devlet gibi hukukun da özerk bir alanı mevcuttu. Devlet-hukuk ikilemi sorunu ise pozitif hukukun karşısına doğal hukuk öğretisi konarak çözülmeye çalışılıyordu. Orta çağ boyunca yeryüzündeki en üstün iktidarın bile meşruiyetini doğal hukuka borçlu olduğu anlayışı genel kabul görmüştür.³⁶

Mutlak monarşilerin ortaya çıkmasıyla birlikte ilahi hukuk da eski gücünü yitirmeye başladı. Kralın iradesi tek hukuk kaynağı olarak görülmeye başladı. Bu gelişmeler, hukukun tüm ülkede yeknesak uygulanması, geleneğin ve ilahi hukukun yerini pozitif ve din dışı yazılı hukuka bırakması gibi modern hukuk sistemlerinin bugün de geçerliliğini sürdüren ana özelliklerinin oluşturulmasına destek verdi.³⁷ Ama aynı zamanda kişi metaforuna dayalı devlet anlayışı güç kazandı. Egemenlik, üstün, hukuk-ötesi mutlak bir iktidar olarak kralın şahsında toplandı ve siyasi iktidar ile devlet bütünleştirildi. *Rex facit legem*, hâkim hukuk söylemi haline geldi. André Duchesne ve Richelieu gibi on yedinci yüzyıl Fransız düşünürlerinin eserleri bu mutlak iktidarın nasıl kuramsallaştırıldığına örnek verilebilir. Her iki yazar da teokratik ilkelere dayanmaksızın mutlak monarşinin ve kralın sınırsız egemenliğin savunusunu yapmışlardır.³⁸

33) C. H. MacIlwain (1958) **Constitutionalism: Ancient and Modern**, Cornell University Press, Ithaca, New York, s. 75 vd.; Kantorowicz, a.g.e., s. 143-192.

34) Kantorowicz, a.g.e., s. 143-164.

35) Hollandalı hukukçu Krabbe'ye göre ortaçağ katolik dünyasında "hukukun üstünlüğü" anlayışı, günümüzde olduğu gibi pozitif hukukla değil, ilahi doğal hukukla temellendirilmiştir. Fakat, çağdaş hukuk sistemlerinden farklı olarak Tanrı'nın doğal hukuku ile kralın pozitif hukuku bir çifte iktidara varlık kazandırmıştır. Bkz. Hugo Krabbe, **Devlet Teorisinin Tenkitli İzahı**, (1965) (çev. Muammer-Vassaf Tolga), İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları sayı: 37, İstanbul, s. 211.

36) Otto Gierke (2000) "Orta Çağ'da Siyasi Kuramlar" (İngilizceden çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu), **Devlet Kuramı** (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, s. 130.

37) Bu noktaya özellikle Weber işaret eder. Bkz. Max Weber (1954) **On Law in Economy and Society**, (der. Max Rheinstein, İngilizceye çev. Edward Shils), Simon and Schuster, New York.

38) Meinecke, a.g.e., 113-116.

2- Güvenlik İhtiyacı

Kişi metaforuna dayalı devlet anlayışının varlığını sürdürmesinin başka ve daha önemli bir nedeni, Westphalia sonrası dönemde Avrupa devletlerinin yaşadığı güvenlik sorunudur. Daha önemlidir çünkü ulus devletlere dayalı dünya sisteminin bir sonucu olarak mutlak monarşiler sona erdikten sonra da varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Hristiyan cemaatine dayalı ve şu veya bu ölçüde evrensel bir siyasi örgütlenmeye sahip orta çağ Avrupası'ndan, etnik ve dini ayrımlara dayalı, evrensel bir üst siyasi örgütlenmenin bulunmadığı, bağımsız devletlerden oluşan anarşik bir uluslararası düzene geçiş beraberinde sorunlar da getirmiştir. Rekabete dayalı bu uluslararası düzende, devletler birbirleriyle yarış içine girmişlerdir. Orta çağ düşüncesine hâkim olan evrensel imparatorluk düşüncesi, ulus devletlerin ortaya çıkışıyla birlikte artık gerçekleştirilmesi imkânsız bir hayale dönüşmüştür. Böyle bir ortamda devletlerin sadece güçlerini koruması yeterli görülmemiş, yapılarının sürekli olarak güçlendirilmesi düşüncesi hâkim olmaya başlamış ve sonuçta devletin kendi ereği olduğu görüşünü temel alan hikmet-i hükümet³⁹ (*raison d'état*) anlayışı yaygın bir uygulama alanı bulmuştur.

Oysa “devlet” sözcüğü bile on altıncı yüzyıla kadar yaygın bir kullanıma kavuşmamıştı. Orta çağda devlet sözcüğünün karşılığı olarak *res publica*, *civitas* ve *regnum*'a yer verilmiştir. Bu sözcüklerden *civitas* başta İtalya olmak üzere Avrupa'nın değişik yerlerinde gelişmekte olan site-devlete karşılık olarak kullanılmıştır. *Regnum*, yerel monarşileri, *res publica* ise tüm Hristiyanları tek çatı altında toplayan *respublica christiana*'yı ya da organik evrensel devleti tanımlar.⁴⁰

Devlet sözcüğü, yaygın kullanımını Machiavelli'ye borçludur.⁴¹ Machiavelli, hikmet-i hükümetten hiç bahsetmemekle birlikte geliştirdiği devlet öğretisi ile gücün nihai neden (*ultima ratio*) olabileceği görüşünü ortaya atmıştır. Bu, antikçağda da bilinen bir görüş olmakla birlikte Machiavelli onu, kendi deyimiyile, güçlükler içinde bulunan “yeni hükümdarlığa” ya da kendi çağına uygulayan ilk düşünürdür. Anarşinin hâkim olduğu bir dünyada devlet, uyumun, düzenin ve güvenliğin tek koşuludur. Devletin güvenliği ise kendi uyrukları ile komşu

39) Bazı yazarlar hikmet-i hükümet karşılığı olarak devlet uslamı ya da devlet aklı kavramlarını kullanmaktadır. Kavramın sadece akıl kullanmayı değil aynı zamanda bu aklın kendinde bir üstünlük bulunduğunu vurgulaması nedeniyle ‘hikmet-i hükümet’ daha açıklayıcı bulunmuştur.

40) Britanya Krallığı'nda *respublica christiana*'nın karşılığı olarak *commonwealth* kullanılmıştır. Alessandro Passerin d'Entrèves (2000) “Devlet Kavramı”, (Fransızcadan çev. Başak Baysal), **Devlet Kuramı** (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, s. 194.

41) Bodin, *Devlet Üzerine Altı Kitap*'ta “*respublica*”yı tercih etmiştir. Bu, yazarın ortaçağ düşüncesi ile bağlarının ne kadar kuvvetli olduğunun göstergelerinden biridir.

devletleri kontrol altına almaktan geçer.⁴² Machiavelli, devletin kurucu unsurları olarak iyi yasaları ve askeri gücü gösterir. Ancak sadece askeri gücün olduğu yerlerde iyi yasalar ortaya çıkar.⁴³ Machiavelli sonrası dönemde, Botero, Paruta, Ammirato, Boccacini ve Palazzo gibi İtalyan hukukçular ve siyaset bilimciler, hikmet-i hükümetten hareketle siyasi ve askeri güç merkezli bir devlet öğretisini savunmuşlardır.⁴⁴ Ancak bu yaklaşım asıl etkisini Fransa ile Almanya'da ve egemenlik kuramı ile birleştirildikten sonra göstermiştir. Kişi metaforuna dayalı egemenlik kuramı somut kişilerin bir yana bırakılarak devletin bizzat bir kişi gibi algılandığı yeni bir çehreye kavuşmuştur. Böylece hikmet-i hükümet anlayışı en sofistike düzeyine ulaşmıştır.⁴⁵

Devletin güvenliği sorunu, Anglo-Sakson dünyada daha farklı bir şekilde formüle edilmiştir. Geleneksel orta çağ anlayışlarından hiçbir zaman sert bir kopuş yaşamayan İngiliz düşüncesinde hikmet-i hükümet öğretisi tam bir kabul görmemiştir. Buna karşın, Hobbes ile birlikte otoriter devlet anlayışının destek kazandığını söylemek mümkündür. Hobbes'u Kıta Avrupası'ndaki çağdaşlarından ayıran, sosyal sözleşmeci yönüdür. Hobbes'un sosyal sözleşmesi herkesin herkesle savaştığı bir doğal yaşamı sona erdiren ve anarşiye düzen getiren, dolayısıyla devleti ve güvenliği öne çıkaran bir anlam taşısa da sonuçta faydacı bir anlayıştan hareketle, bireylerin kendi rahat ve huzurları için devlet otoritesine boyun eğmeleri fikrini de içerir. Bu nedenle Hobbes'un mutlakiyetçiliği negatif anlamlar yüklese de bireyi dışlamaz. Tüm mutlakiyetçi doğasına karşın Hobbescu yaklaşım, devletin son tahlilde bireylerin mutluluğu için var olduğunu kabul eder. Bu tutum, İngiliz kamu hukuku düşüncesini derinden etkilemiştir. Hobbes sonrası Anglo-Sakson düşünürleri, kendi için bir amaç olan ve bireyi dışlayan devlet anlayışına sıcak bakmamışlardır. Ancak, Hobbes, devlet ile siyasi iktidarı özdeşleştirmiş ve hukuku egemenin buyruğuna indirgemekten kaçınmamıştır. Hobbes'a göre hukuk buyruktan ibarettir. Ancak bu buyruk sıradan bir insandan değil kendisine itaat borcu duyulan egemenden yöneltildiği zaman hukuk niteliği kazanır. Egemen ister monarşilerde olduğu gibi tek kişiden, ister demokrasilerde olduğu gibi bir grup insandan oluşsun, siyasi sistemin tek yasa yapıcısıdır. Bu konumu nedeniyle yasaların ortadan kaldırılmasında da tek yetkili yine egemendir. Otorite sahibi kendisine itaat edilmesini ister, bireyler bu itaati

42) Passerin d'Entrèves, a.g.m., s. 199.

43) Niccolò Machiavelli (1985) **The Prince** (İngilizceye çev. Harvey C. Mansfield), University of Chicago Press, Chicago, s. 48.

44) Meinecke, a.g.e., s. 65-90, 117-146.

45) Burada Hegel, Fichte, Ranke, Treitschke gibi Alman idealizminin ve tarihçi okullarının temsilcilerini zikretmek gerekir. Bu yazarların hikmet-i hükümet konusundaki görüşleri için bkz. Meinecke, a.g.e., s. 343-409.

göstermekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, hukuku meşru kılan, siyasi iktidar tarafından emredilmiş olmasıdır (*autoritas, non veritas facit legem*).⁴⁶

3- Fransız Devrimi'nin Etkileri

Klasik egemenlik öğretisinin hem kişi dışı hem de kişi metaforuna dayalı çelişik devlet anlayışı Fransız Devrimi ile de kırılmamıştır. Tam tersine, devrim bu anlayışın gelecek yüzyıllara taşınmasını sağlayan temel unsurlardan biri olmuştur. Ulus devletin oluşum süreci Westphalia Barışı ile başlasa da bu konuda son noktayı koyan ve ulus devleti günümüzdeki yapısına kavuşturan Fransız Devrimi'dir. Bu nedenle, devrimin etkilerinin ve kurumlarının günümüze kadar varlığını sürdürmesi şaşırtıcı değildir.

Fransız Devrimi'nin fikri temelleri ise Rousseau tarafından atılmıştır. Rousseau egemenlik anlayışı, egemenliğin nitelikleri bakımından Bodin'in tanımını aynen korur. Egemenlik, üstün, tek, bölünmez ve devredilmez iradedir. Rousseau sadece egemenliğin öznesini değiştirir ve kralın yerine halkı koyar. Ancak, Rousseau yaklaşım halkın iradesi olan genel iradenin, onu oluşturan bireylerin tekil iradelerinin bir toplamı olup olmadığı konusunda belirsizlikler içerir. Rousseau, bireylerin iradelerinin toplamı olan genel iradeyi, kendi kurucu unsurlarından bağımsız aşkın bir varlık olarak düşünür. Genel irade, her zaman durağan, değiştirilmez ve saftır, yok edilemez ve bozulamaz. Doğal durumda yaşayan bireyler, sosyal sözleşme ile bu durumdan çıkar ve o andan itibaren adeta toplumun içinde erirler.⁴⁷

Genel irade yasama gücünü elinde bulundurur. Böylece yönetilenler aynı zamanda yasama organını oluşturur. İdeal olan hiç kuşkusuz yönetilenlerin yasama faaliyetine doğrudan katılmasıdır. Ancak büyük toplumlarda bu olanaklı değildir. Dolayısıyla iktidar gücünün devri mümkündür. Ancak bu, iradenin kendisinin devri anlamına gelmez. Kolektif bir varlık olan egemen ancak kendisi tarafından temsil edilebilir. Yine aynı nedenle egemenliğin bölünmesi de düşünülemez. Rousseau'ya göre irade ya geneldir ya da değildir. Genel irade toplumun kendisi tarafından kullanıldığı için yanılmaz ve kamu yararına yöneliktir.⁴⁸ Rousseau kuvvetler ayrılığı görüşüne de karşı çıkar. Kuvvetlerin ayrılması, egemenliğin bölünmezliği ilkesine aykırıdır. Egemen güç, ayrı ayrı parçaların birbirine eklenmesi ile oluşturulamaz. Yasama ve yürütme işlevleri egemenliğin belirtilerinden ibarettir ve kendi başlarına egemenlik işlemi değildir. Yürütme gücü

46) Sabine, a.g.e., s. 455-477; Ağaogulları, Akal ve Köker, a.g.e., s. 188-210, 222-242.

47) Jean Jacques Rousseau (1971) "The Social Contract or Principles of Political Right", **Jean Jacques Rousseau: Authoritarian Libertarian?** (der. Guy H. Dodge), D.C. Heat and Company, Lexington, s. 14-15.

48) Rousseau, a.g.m., s. 16-18.

yasaların uygulanmasından ibarettir. Egemenliğin parçaları sanılan haklar ona sıkı sıkıya bağlıdır ve her zaman için sadece egemende olan yüksek iradenin varlığına gereksinim duyarlar. Özetle, Rousseaucu genel irade, özel nitelikleri olan bir iradedir. Genel irade kendi kendisini belirleyen, yetkisini kendi yetkisinden alan, dolayısıyla başka iradelere bağımsız olan, haklara sahip ama ödevleri olmayan, buyurucu bir iradedir.⁴⁹

Rousseau egemenin kaba kuvvete dayanmadığını savunur. En güçlü otorite dahi kendi gücünü meşru kılmadıkça, bireylerin kendisine itaatini de ödev haline getirmediği sürece sürekli bir iktidar kuracak güce erişemez. Gücün meşruluğa kavuşabilmesi ancak insanların gönüllü iradeleriyle olanaklıdır. Genel iradenin sosyal sözleşmeye dayanması onu kaba güçten ayırır; sosyal sözleşmeye aykırı olmamak kaydıyla iradenin başkalarına karşı yükümlülük altına girebileceğini kabul eder. Çünkü egemen başkaları ile ilişkilerinde herhangi bir kişiden farksızdır. Böylece yazar, devletlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin, toplumsal sözleşmeye aykırı olmamak kaydıyla mümkün olabileceği görüşündedir.⁵⁰

Rousseaucu genel irade öğretisinin, kralın egemenliğini halka atfederek teokratik temeller üzerinde şekillenen orta çağ anlayışından uzaklaştığı doğrudur. Onun öğretisi, tebaayı yurttaşla dönüştürmesi bakımından devlet-birey ilişkisine yeni bir boyut getirir. Ama ulusa, bireylere ait bir özellik olan iradeyi yüklediğinden ve bu iradeyi devlet ile özdeşleştirdiğinden teokratik nitelik taşımayan ve cismani olmayan bir ulus-kışı yarattığı da yadsınamaz. Rousseaucu genel irade bu yönleriyle, nitelikleri bakımından kralın iradesinden farklı değildir,⁵¹ sadece cismani kraldan cismani olmayan ulusa geçmiştir. Duguit'nin işaret ettiği gibi irade her şeyden önce bir kişiyi akla getirir. Kendisinin, hareketlerinin, yaptığının ya da yapmadığının bilincinde olan her varlık irade sahibidir. Dolayısıyla, ulusun ve onunla özdeşleştirilen devletin bir iradesi olduğunu ileri sürebilmemiz, onun kişi olduğunu kabul etmemizi gerektirir.⁵² Bu kişileştirilmiş ulus iradesinin dışı yansıyış biçimi ise çoğunluk onayıdır. Diğer bir deyişle, ulusun iradesi çoğunluğun iradesidir.

Rousseau'nun görüşleri 1791 Fransız Anayasası'nın üçüncü faslına girişindeki ilk maddede ifade edilmiştir: "Egemenlik, tek, bölünmez ve devredilmezdir." Bu formül, diğer ulusların anayasalarına örnek teşkil etmiş ve birçok anayasa-

49) Rousseau, a.g.m., 18 vd.

50) Sabine, a.g.e., 586-589.

51) Maurice Hauriou (1912) **La souveraneté nationale**, Recueil Sirey, Paris, s. 177.

52) Léon Duguit (2000) "Egemenlik ve Özgürlük" (Fransızcadan çev. Didem Köse, Sedef Koç), **Devlet Kuramı** (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, s. 387.

da yer almıştır. Rousseaucu yaklaşım, gücü her şeyin üstünde gören hikmet-i hükümet anlayışından farklı olarak halk ile devlet arasında bir bağ kurar. Bu bağın oluşumu sosyal sözleşme ile açıklanır. Bu nedenle kaba güç devleti kurmaya yeterli değildir, gücün meşru olması gerekir. Ancak, sosyal sözleşme bir kez akdedildikten sonra onu oluşturan bireylerin iradelerinden bağımsız bir subjektif irade, bir “egemen varlık” iradesi ortaya çıkar. İşte bu nedenle, Bodin’in kişi metaforuna dayalı egemenlik öğretisinin temel unsurları Rousseau tarafından korunmuştur. Rousseau ile Bodin arasında önemli yaklaşım farkları bulunmasına rağmen egemenin nitelikleri konusunda her iki görüşün uzlaşmasının temel nedeni de budur. Rousseau egemenliğin irade ile tanımlanması geleneğini sürdürmüştür.⁵³

C- Egemenlik Anlayışının Evrimi

1- Anayasacılık Hareketi ve Egemenlik

On sekizinci yüzyıldan günümüze kadar anayasacılık hareketinin temel konularından biri devlet egemenliğinin sınırlarını belirlemek olmuştur. Devletlerin, kendi güçlerinin sınırlanmasına nasıl rıza gösterdikleri kamu hukukunun çalışma alanlarından biridir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki kişi dışı bir modern devlet kurgusu, organları ve kurumları gerekli kılar. Klasik egemenlik öğretisinin temel çelişkisi, kişi dışı bir devlet kurgusu ile kişi metaforuna dayalı egemenliği bağdaştırmaya çalışmasıdır. Modern devlet kurumsal yapısıyla ortaya çıktıkça kişi metaforuna dayalı egemenlik anlayışında değişim yaşanması doğaldır. Son iki yüzyıldır yaşanan, “bir egemen irade”nin adım adım kendini sınırlamasından çok kurumlara dayalı modern devlet yapısının hâkim olmaya başlamasıdır. Kişi dışı modern devletin gelişimi, siyasi iradenin tercihinden çok sosyal ve iktisadi nedenlerle açıklanabilir. Klasik egemenlik anlayışı nasıl bir sosyal inşa ise inşanın yapı bozumu da bir sosyal süreçtir.

Anayasacılık hareketi devletin ve egemenlik anlayışının evriminde önemli bir rol oynamıştır. Günümüz anayasalarında yer verilen belli başlı kurumlar, klasik egemenlik anlayışına rağmen varlık kazanabilmiştir. Anayasacılık hareketinin sonucu ortaya çıkan yazılı ve sert anayasa, bireysel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye kavuşturulması, kuvvetler ayrılığı, federalizm, yasaların anayasa-ya uygunluğunun denetimi gibi kurumlar, modern devletin kişi dışı yapısını öne çıkarmıştır.

53) Jeremy Jennings (1996) “From ‘Imperial State’ to ‘Etat de Droit’: Benjamin Constant, Blandine Kriegel and the Reform of the French Constitution”, **Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives** (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford, s. 89.

Yazılı sert anayasaların ortaya çıkışı, modern devletin kurumsal yönünü vurgulayan önemli bir gelişmedir. Birey hak ve özgürlüklerinin anayasalar ile güvence altına alınması ve devletin bireysel alana müdahalesini sınırlayan anayasal hükümler, egemenliğin ancak hukuk yoluyla kullanılabilmesine ve orta çağ monarşileri ile mutlakiyetçi rejimlerde olduğu gibi egemenin hukuki çerçeveyi istediği gibi oluşturamayacağına işaret eder. Anayasal yargının ortaya çıkışıyla birlikte sert anayasa, yargı yoluyla da korunmuştur. Yazılı anayasaya ya da sert anayasa geleneğine sahip olmayan ülkelerde ise temel hukuki kurumlar gelenekleşerek süreklilik kazanmıştır.

Kuvvetler ayrılığı, egemenliğin bölünmezliği fikri ile çelişir. Klasik egemenlik kuramının öncüleri “karma devlet” olarak kavramlaştırdıkları kuvvetler ayrılığı anlayışına daima karşı olmuşlardır. Bodin, kuvvetler ayrılığını egemenliğin bölünmezliğine aykırı, gerçekleşmeyecek bir hayal olarak değerlendirir.⁵⁴ Hobbes ise kuvvetler ayrılığının kabulünün devletin (*commonwealth*) parçalanması ile sonuçlanacağını ileri sürer.⁵⁵ İradeye dayalı egemenlik anlayışları için bu yargılar öğretileri içinde bir tutarsızlık oluşturmaz. Bu nedenle, kuvvetler ayrılığına karşı çıkışın temelinde sadece monarşizmin savunusunu görmek yanıltıcıdır. Egemenliğin halka ait olduğunu kabul eden Rousseau da “genel irade” görüşünden hareketle kuvvetler ayrılığı fikrine karşı çıkmıştır.

Devlet erklerinin ayrı organlara verilmesi suretiyle yatay bir iş bölümü yaratılması, erklerin tek elde toplanması yerine anayasal denge ve kontrol mekanizmaları çerçevesinde birden çok organın varlığını gerekli kılar. Kuvvetler ayrılığı fikrinin savunulması iradeci olmayan bir egemenlik anlayışını gerekli kılar. Dolayısıyla, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulandığı bir anayasal sistemde ne tek bir irade ne de birbirinden tümüyle bağımsız ayrı ayrı iradeler vardır; sadece, anayasanın çizdiği çerçeve içinde faaliyet alanları belirlenen, çatışmaları hukuk yoluyla giderilen, dolayısıyla nihai olarak birbirine ters düşmeyen yetkilerin toplamından bahsetmek olanaklıdır. Bu yetkilerin kullanımı ve oluşturulmaları bir iradeyi gerekli kılabilir ancak yetkilerin kendileri irade değildir. Hauriou, farklı kuvvetlerin uyumlu hareket etmelerini kendi aralarındaki iş birliğine bağlar.⁵⁶ Eğer farklı kuvvetlerin uyumunu işbirliğinde arayacaksa böyle bir işbirliğini mümkün kılan tek şey anayasadır. Dolayısıyla, kuvvetler ayrılığı ilkesine yer veren bir sistemde yetkilerin bütünlüğü anayasal kurumlar aracılığı ile sağlanır.

Kuvvetlerin dikey olarak da ayrıldığı federal devletlerin ortaya çıkışı, klasik egemenlik tanımını etkileyen bir diğer gelişme olmuştur. Federal devlet yapısını-

54) Bodin, a.g.e., s. 89-109.

55) Thomas Hobbes (1968) **Leviathan**, Collier Books, Londra, s. 240.

56) Hauriou, a.g.e., s. 125-128.

da hem merkezi federal devletin hem de onu oluşturan birimlerin egemenliğe sahip oldukları ileri sürülmüştür. Amerikan federalizminin kurucu düşünürlerinden Hamilton, eyaletlerin tam egemenliğinden bahsederken aynı zamanda ulusal egemenliğin kurucu parçası olduklarını vurgulamıştır.⁵⁷ Bu çifte egemenlik çelişkinin temelinde hem federal devletin hem de onu oluşturan birimlerin devletin temel işlevlerini görmeleri yatar. Gerçekten, bir federal devlette, federal düzeyde işlevlerini yerine getiren temel organların yanında her eyaletin de kendine ait, özerk yasama, yürütme ve yargı organları mevcuttur. Bununla birlikte, federal devletin anayasal düzeni, bütün yetkilerin kaynağıdır. Kelsen'e göre eyaletler kendi organlarına sahip olsalar bile bu organlar aynı zamanda daha üst hukuk sistemi olan federal anayasanın organlarıdır. Dolayısıyla salt devlet işlevlerinin özerkliği bir eyaleti egemen devlet kılmaya yetmez. Çünkü bu özerklik, federal devletin anayasası ile kazanılmıştır.⁵⁸ Ancak bu durum federalizmin klasik egemenlik anlayışı ile çelişkinin ortadan kaldırmaz. Klasik egemenlik öğretisi yetki devri ile özerk yetkilerin oluşturulması fikrine yabancıdır.

2- Uluslararası Hukuk ve Egemenlik

a- Uluslararası Hukukun Erken Dönemi

Anayasacılık hareketi ve anayasal kurumlar, kişi metaforuna dayalı egemenlik kurgusundan kişi dışı kurumlara dayalı ve hukukla sınırlı egemenlik anlayışına geçişi ve modern devlet anlayışının evrimini olanaklı kılmıştır. Castiglione'nin vurguladığı gibi anayasa, politik alanı kuran, temel yapısını belirleyen ve bu temel yapı içinde iktidarın siyasi kullanımını sınırlayan üstün hukuk kurallarından oluşur.⁵⁹ Çağdaş anayasal demokrasilerde yetkilerin kullanımı ancak anayasal yollarla olanaklıdır ve bunun bir sonucu olarak da egemenlik ancak anayasa aracılığı ile algılanabilir. Bu bağlamda çağdaş devlet, birey-devlet ve sivil toplum-devlet ilişkilerini anayasa ile yönlendiren kurumsal bir çerçeve niteliğine bürünmüştür.

Acaba aynı şeyi egemenliğin dış boyutu için de ileri sürebilir miyiz? Egemenliğin dış boyutu, bir ulus devletin diğer devletlerden bağımsızlığını ifade eder. Bağımsızlık, ilk başta devletlerin egemen eşitliği anlamına gelir. Egemen eşitlik, devletlerin hukuk önünde eşit olmasını, her devletin egemen haklarını tam olarak kullanabilmesini, her devletin kendi iktisadi, sosyal ve siyasi sistemini

57) Alexander Hamilton (1982) James Madison ve John Jay, **The Federalist Papers**, Bantam Books, Toronto, no. 9, s. 31, 32.

58) Kelsen'in *Allgemeine Staatslehre* adlı eserinden aktaran kaynak için bkz. Sobei Mogi (1969) **The Problem of Federalism: A Study in the History of Political Theory**, II. Cilt, George Allen and Unwin Ltd., Londra, s. 250.

59) Dario Castiglione (1996) "The Political Theory of the Constitution", **Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives** (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford, s. 9-10.

özgürce oluşturma hakkını, devlet ülkesinin bütünlüğünü ve siyasi bağımsızlığını ifade eder. Bir devletin iç ve dış işlerine müdahale edilmemesi, devletin kendi ülkesindeki kişiler üzerinde yasama, yürütme ve yargı işlevleri bakımından münhasır yetkiye sahip olması, rızası alınmadan uluslararası bir mahkeme ya da hakemlik organı tarafından yargılanamaması, savaş ilan edebilmesi bağımsızlığının diğer sonuçlarıdır.⁶⁰

Westphalia Antlaşması'nın ulus devletin ortaya çıkışındaki rolüne yukarıda değinmiştik. Westphalia, aynı zamanda, devletler arasındaki ortak hukuk düzeni olan uluslararası hukukun yerleşmesinde önemli bir rol oynar. Bu tespit, Westphalia öncesi dönemde toplumlar arası hukuki ilişkiler ve antlaşmalar olmadığı anlamına gelmez, sadece Westphalia sonrası kurulan düzenin kendine özgü özellikleri olduğunu vurgular.⁶¹ İnsanoğlu ayrı topluluklar kurduklarından beri toplumlar birbirleri ile hukuki ilişkiler geliştirmişlerdir. Modern uluslararası hukuk, egemen ve eşit haklara sahip ulus devletlerin aralarındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı⁶² olarak, diğer toplumlar arası hukuk düzenlerinden farklılaşır.⁶³ Egemenliğin dış boyutu ve uluslararası hukuk, ulus devletin oluşmasında önemli bir rol oynasa da on dokuzuncu yüzyılın sonuna kadar bu alandaki gelişmeler, uluslararası hukukun Avrupa merkezli olmaktan çıkarak evrenselleşmeye başlaması ile sınırlı kalmıştır. Dolayısıyla on sekizinci yüzyıl sonlarında egemenliğin dış boyutu ile ilgili gelişmeler, iç boyutunda görülen fikri çeşitlilik ve değişimi göstermez. Devlet egemenliği ve uluslararası hukuk konusunda asıl tartışmalar on dokuzuncu yüzyıldan sonra başlamış ve günümüze dek giderek yoğunlaşmıştır.

Uluslararası hukukun kuruluş döneminde temel sorunlar, devletlerin uluslararası alanda nasıl bir statüye sahip olacakları, ülkesel egemenlik alanlarının hangi ölçütlerle belirleneceği ile savaş ve barış başta olmak üzere devletlerin birbirleri ile ilişkilerinin nasıl düzenleneceği olmuştur. Bu konuların düzenlenmesinde asıl güçlük ise uluslararası pozitif hukuk düzenlemelerinin sınırlılığıdır. On dokuzuncu yüzyıla gelinceye kadar uluslararası antlaşmaların asıl işlevi savaş sonrasında barışın tesisi, ülkelerin yeniden belirlenmesi ve savaş tazminatlarıdır.

60) Ruth Lapidoth (1992) "Sovereignty in Transition", **Journal of International Affairs**, Kış, Cilt 45, Sayı: 2, s. 329-331.

61) Christopher Harding ve C. L. Lim (1999) "The Significance of Westphalia: An Archaeology of the International Legal Order", **Renegotiating Westphalia** (der. Christopher Harding ve C. L. Lim), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, s. 1-25.

62) Lassa Oppenheim (1905) **International Law**, Longmans, Green and Co., Londra, s. 44.

63) Antik dünyadan başlayarak Roma hukukunda *ius gentium*, Çin ve Uzak Asya'da Sino-merkezci sistem, Müslüman dünyada *siyar* uluslararası hukuk sistemlerine örnek olarak verilebilir. Bkz. Onuma Yasuaki (2000) "When was the Law of International Society Born? –An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective", **Journal of the History of International Law**, Cilt 2, s. 1 vd.

Bu nedenle erken dönem uluslararası hukuk doğal hukuka yönelmiştir. Ulus devletin ortaya çıkışının her devletin iç hukuk sisteminde pozitif hukuka güç kazandırdığına, doğal hukukun ise dışlandığına yukarıda değinmiştik. Devletlerin uluslararası ilişkilerinde ise pozitif düzenlemelerin sınırlı olması nedeniyle doğal hukuk önemini korumuştur. Örneğin, günümüzdeki gibi antlaşmaların yorumlanması konusunda uluslararası bir yazılı düzenleme olmadığı için yorumlama faaliyetinde doğal hukuktan yararlanılmıştır.⁶⁴ Devletler, doğal durumda yaşayan bireyler gibi düşünülerek aralarındaki ilişkilerin düzenlenmesinde pozitif nitelik taşımayan temel hukuk ilkelerine başvurulmuştur.

Dönemin uluslararası hukuk çalışmalarına bakıldığında bu durum tüm açıklığı ile görülebilir. Francisco de Victoria, Francisco Suarez, Alberico Gentili, Lipsius ve Grotius başta olmak üzere uluslararası hukukun kurucularının çalışma alanları arasında, denizlerin statüsü örneğinde olduğu gibi uluslararası hukukun mekânsal kuralları, başta savaş olmak üzere devletlerin birbirlerine müdahalelerine ilişkin hukuki çerçeve, günümüzde devletlerin egemen eşitliği başlığı altında ele alınan egemen devletlerin birbirlerine göre statüleri, devletler arası temel ilişkilerin yürütülmesini sağlayan diplomasi hukuku bulunmaktadır. Yeni Stoacılık geleneğinin etkisi altındaki bu hukukçular çalışmalarında doğal hukuka önemli bir yer vermişlerdir.⁶⁵

Ulus devletin ortaya çıkışında, imparatorluğa ve Roma'ya, dolayısıyla da orta çağ "evrensel düzen" anlayışına karşı çıkış olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle uluslararası hukuk yeni devlet düzenini koruyacak, egemen devletlerin haklarını belirleyecek ve uluslararası örgütlenmenin bulunmadığı, çok sayıda egemen devletten oluşan bir dünyada devletler arasındaki temel ilişkileri düzenleyecek bir hukuk dahı olarak görülmüştür. Henüz orta çağ düşünce yapısından kurtulamamış olan uluslararası hukukun kurucuları eskinin izlerini taşısalar da on sekizinci yüzyılda yaşayan Vattel ve çağdaşı hukukçuların eserlerinde bu eğilim daha belirgindir.⁶⁶ Her ulusun ne yapmak istediğine sadece kendisinin karar vereceğini savunan Vattel, bağımsızlık ve egemenliği öne çıkarır. Vattel, yeni

64) David J. Bederman (2001) "Grotius and his Followers on Treaty Construction", **Journal of the History of International Law**, Cilt 3, s. 22 vd.

65) Christopher A. Ford (1996) "Preaching Propriety to Princes: Grotius, Lipsius, and Neo-Stoic International Law", **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cilt 28, Sayı: 2 (Bahar), s. 313 vd.; James Skillen (1996) "Natural Law Before and After Sovereignty", **Sovereignty at the Crossroads?** (der. Luis E. Lugo), Rowman and Littlefield Publishers, Lanham (Maryland), s. 63 vd., 69.

66) Jeremy Rabkin (1997) "Grotius, Vattel, and Locke: An Older View of Liberalism and Nationality", **Review of Politics**, Cilt 59, Sayı: 2 (Bahar), s. 293 vd. Yazar, bu makalede, liberal bir hukukçu olmasına rağmen Vattel'in ulus merkezli uluslararası hukuk yaklaşımlarına dikkat çekerek Grotius'tan bir yüzyıl sonra ulusa ve milliyetçiliğe yapılan vurgunun öneminin arttığı görüşünü savunur.

uluslararası düzenin anarşik karakterini en iyi ifade eden yazar olmuştur. Devletler uluslararası ilişkilerinde öyle bir özgürlüğe sahiptirler ki, kendilerinden kaynaklanmayan hiçbir kurala uyma zorunlulukları yoktur. Vattel'e göre tek evrensel değer egemenliktir.⁶⁷ Dönemin hukukçularından G. F. Martens daha da ileri gider; Martens'e göre uluslararası hukuk devletler de dâhil olmak üzere yabancılara uygulanan kamu hukuku kurallarıdır. Diğer bir deyişle, devletin ulusal hukukundan başka bir hukuk alanı yoktur.⁶⁸

b- Uluslararası Örgütlerin Kurulması

Uluslararası hukukun erken dönemini sonlandıran ve kapsamını değiştiren başlıca gelişme, uluslararası örgütlerin ortaya çıkmasıdır. Aslında, toplumlar arası örgütlenme antik çağa kadar uzanan bir tarihe sahiptir. Örneğin *Delian Ligi*, Pers saldırılarına karşı savunma amacıyla Atina önderliğinde deniz ticareti ile uğraşan İyon şehir devletlerinin M.Ö. beşinci yüzyılda kurdukları bir konfederasyondur. Konfederasyonun işlevi, günümüzdeki savunma paktlarına benzer.⁶⁹ Orta çağda, siyasi örgütlenmedeki bütün parçalanmışlığa rağmen din temelli üst otoriteler ortaya çıkmıştır. Roma kilisesi bunlar arasında en etkilisidir ve ulus devlet hâkim olana kadar varlığını korumuştur.

Ancak, günümüzdeki anlamda uluslararası örgütler on dokuzuncu yüzyılda kurulmaya başlamıştır. Fransa, Hollanda ve beş Alman devleti tarafından 1831 Mainz Andlaşması ile kurulan Ren Nehri Komisyonu, ulus devlet döneminin ilk uluslararası örgütlenme girişimidir. Gerçek anlamda ilk uluslararası örgüt ise 1865'de kurulan Uluslararası Telgraf Birliği (ITU)'dir. 1903 yılında Paris'te oluşturulan Uluslararası Kamu Sağlığı Bürosu sosyal refah alanında faaliyet gösteren ilk uluslararası kuruluştur.⁷⁰ Özetle, ilk modern uluslararası örgütler ekonomik, yönetsel ve sosyal refah alanlarında (nehir trafiği düzenlemeleri, ulaşım ve posta hizmetleri vs.) varlık kazanmıştır. Siyasi alanda küresel ilk örgüt ise Birinci Dünya Savaşı sonunda kurulan Milletler Cemiyeti'dir. Milletler Cemiyeti ile birlikte küresel nitelikli bir uluslararası yargı organı olan Uluslararası Sürekli Adalet Divanı da oluşturulmuştur.⁷¹ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bu örgütlerin yerini Birleşmiş Milletler (BM) ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD) almıştır.

1945'ten günümüze kadar uluslararası örgütlerin sayısı ve çeşidinde önemli

67) Skillen, a.g.m., s. 65.

68) Erim, a.g.e., s. 130.

69) John S. Gibson (1991) **International Organizations, Constitutional Law, and Human Rights**, Praeger Publishers, New York, s. 6-7.

70) Gibson, a.g.e., s. 16-18.

71) Seha L. Meray (1977) **Uluslararası Hukuk ve Örgütler**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, s. 263-264.

bir artış kaydedilmiştir. Modern iletişim sistemlerinin gelişmesi, sermayenin, insanların, fikirlerin ve suçluların devlet sınırlarını aşan hareketlilikleri, savaş teknolojisinin savaşları tüm dünya için bir tehdit haline getirmesi, çevre sorunlarının tüm dünyayı etkileyen bir boyuta ulaşması uluslararası örgütlenmeye daha fazla önem verilmesi sonucunu yaratmıştır. Ortak pazar antlaşmaları ile başlayan bölgesel oluşumlar siyasi sonuçlar doğurmuş ve klasik uluslararası örgütlerin yanında Avrupa Birliği gibi “ulus üstü örgütler”e varlık kazandırmıştır.⁷²

Uluslararası örgütlenmenin sonuçlarını yargı alanında da görmek mümkündür. Uluslararası yargı organları ilk olarak devletler arasındaki uluslararası nitelik taşıyan anlaşmazlıkların hukuk yoluyla çözüme kavuşturulması amacıyla kurulmuşlardır. Uluslararası yargı organlarının çoğu bir uluslararası örgüte bağlı olarak faaliyet gösterirler. Bu nedenle, uluslararası yargı organlarının varlığı uluslararası örgütlerin kurulmasına bağlıdır. Günümüzde, uluslararası yargı organları dört grup altında toplanabilir:⁷³ Küresel nitelikli yargı organları,⁷⁴ bölgesel nitelikli yargı organları,⁷⁵ *ad hoc* nitelikli mahkemeler⁷⁶ ve uluslararası memurlar için kurulmuş idare mahkemeleri.⁷⁷ Bu mahkemelerin yanında uluslararası hakemlik mahkemeleri ve yargı benzeri işleve sahip uluslararası organlar da bulunmaktadır.⁷⁸

72) Joseph A. Camilleri ve Jim Falk (1994) **The End of Sovereignty? –The Politics of a Shrinking and Fragmenting World**, Edward Elgar, Vermont, s. 1-10; Lapidoth, a.g.m., s. 334-336.

73) Tasnif için Bkz. Henry G. Schermers ve Niels M. Blokker (2001) **International Institutional Law**, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague 1999, s. 407-451; Thomas Buergenthal, “Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad”, **Leiden Journal of International Law**, Cilt 14, s. 267-275.

74) 1945 yılında kurulan Uluslararası Adalet Divanı, 2002’de faaliyete başlayan Uluslararası Ceza Mahkemesi.

75) Avrupa Birliği Adalet Divanı, 1953 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1960’da kurulan Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi, 1965 yılında kurulan Benelüks Adalet Divanı, 1979’da kurulan Andlar Adalet Divanı, 1992 yılında kurulan EFTA Adalet Divanı ile Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı Adalet Divanı.

76) 1993 ve 1994’te kurulan Savaş Suçları ve İnsanlık Karşısı Suçlar için Eski Yugoslavya ve Runda Ceza Mahkemeleri.

77) Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi (UNAT), Uluslararası Çalışma Örgütü İdari Mahkemesi (ILOAT), Dünya Bankası İdare Mahkemesi, Uluslararası Para Fonu İdare Mahkemesi. Bu mahkemelerin yanında bölgesel nitelikli uluslararası idare mahkemeleri de bulunmaktadır. Uluslararası idare mahkemeleri, uluslararası kuruluşlar ile çalışanları arasındaki idari sorunları giderirler. Ancak, bu mahkemeler insan hakları alanında da önemli bir işleve sahiptir; bu nedenle uzmanlaşmış birer insan hakları mahkemesi özelliğine de sahiptirler. Bkz. Buergenthal, a.g.m., s. 269.

78) Bu organlara örnek olarak BM İnsan Hakları Komitesi, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, BM Irk Ayrımcılığının Önlenmesi Komitesi, BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, BM Çocuk Hakları Komitesi verilebilir.

Günümüzde uluslararası örgütler aracılığı ile genel kurallar koyan evrensel ve bölgesel antlaşmalar oluşturulmakta, bu antlaşmalar çerçevesinde medeni hukuktan idare hukukuna kadar birçok hukuk dalını ilgilendiren düzenlemeler yapılmakta, bu düzenlemelere aykırı hareket eden devletler uluslararası örgütlerin bünyesindeki yargı organları tarafından yargılanmakta, önceleri münhasır olarak devletlerin anayasaları ile düzenlenen insan hakları ve devlet teşkilatına ilişkin konular uluslararası örgütler bünyesinde oluşturulan antlaşmalar ile de düzenlenmektedir. Böylece, içerik bakımından anayasalardan farklı olmayan ve genel kurallar koyan küresel ve bölgesel nitelikli uluslararası antlaşmalar bir yandan bireyleri de uluslararası hukuk süjesi yaparken diğer yandan anayasalar ile uluslararası hukuk metinleri arasında bağlantıların doğmasına neden olmuştur.

Uluslararası örgütlerden bazıları “ulus üstü nitelik” kazanarak egemen devletlerin münhasır yetki alanlarında bulunan yasama, yürütme ve yargı işlevlerine ait konularda düzenlemeler yaparak devlet teşkilatı alanında da anayasal nitelikte üstün hukuk sistemlerinin oluşmasında rol oynamıştır. Tüm bu gelişmeler toplu olarak, uluslararası hukuk içinde, klasik uluslararası hukukun çerçevesini aşan uluslararası ve ulus üstü hukuk rejimlerinin doğmasında rol oynamıştır. Bu rejimler, ne uluslararası hukuk ne de ulusal kamu hukuku ile bire bir örtüşen fakat her ikisinin de özelliklerini taşıyan, içeriği itibarıyla ulusal anayasalara benzerlik gösteren ancak devlet sınırları ötesinde, kaynağını uluslararası hukuktan ve özellikle de uluslararası antlaşmalardan alan, uluslararası örgütlerin bünyesinde hazırlanan ve bu örgütlerin bünyesinde kurulmuş yargı organlarının yaptırımlarına tabi normatif düzenlemelerle kurulmaktadır.

3- Ulus ötesi Kamu Hukuku Alanları

a- Kant: Kuramsal Öncü

Ulusal sınırları aşan ve uluslararası hukuktan farklılaşan bir kamu hukuku alanının varlığından hareket ederek oluşturulan ulus ötesi kamu hukuku yaklaşımları hatırı sayılır bir geçmişe sahip olsa da özellikle ulus üstü örgütlerin ortaya çıkışından sonra yaygınlık ve çeşitlilik kazanmışlardır.

Ulus ötesi kamu hukukunun kuramsal temelleri ilk kez Kant tarafından atılmıştır. Kant'a göre devletlerin birbirleriyle ilişkileri, sosyal sözleşme öncesi doğal durumda bireylerin birbirleriyle ilişkilerine benzer. Bu doğal özgürlük durumu, aynı zamanda bir sürekli savaş halini ifade eder. Dolayısıyla, tıpkı bireyler arasında yapıldığı gibi, kalıcı barışın garanti altına alınabilmesi için devletler arası bir sosyal sözleşmeye ihtiyaç vardır.⁷⁹

79) Immanuel Kant (1965) **The Metaphysical Elements of Justice**, (İngilizceye çev. John Ladd), Macmillan Publishing Company, New York, s. 123-124, 116.

Kant, devletler arasında akdedilecek bu sosyal sözleşme ile kurulacak siyasi yapıya da değinmiştir. Ulus devlet sonrası dönemde devletleri dış saldırılardan korumaya yönelik bir milletler cemiyetinin kurulması fikrini ilk ortaya atan yazar olan Kant, ulusal anayasalardan farklı olarak bu cemiyetin hukuki temelini, “iktidar haritası” çizmeyen, fakat ulusların birbirleriyle ilişkilerini haklar ve sorumluluklar temelinde evrensel yasalarla düzenleyen, evrensel ve kalıcı barışın kurulmasını amaçlayan bir dünya hukuku (*jus cosmopolitanum, das weltbürgerliche Recht*) olduğunu söyler.⁸⁰ Bu nedenle, devletlerin sosyal sözleşme temelinde kendi aralarında oluşturacakları birlik, federasyon değil egemen üstünlüğe dayanmayan bir çeşit konfederasyondur. Kalıcı dünya barışını sağlayacak bu konfederasyon, devrimci yöntemler yerine, belli ilkeleri temel alan aşamalı reformlarla kurulmalıdır. Bu ilkeler dünya hukukunun üzerinde şekilleneceği yapı taşları olacaktır.⁸¹ Kant’a göre uluslararası hukuk, egemen devletler arasındaki antlaşmalar ile oluşturulan bir hukuk alanı olmayıp, egemen devletlerin içinde yer aldığı ideal bir *civitas maxima*’yı (en geniş siyasi birlik) ifade eder.

Uluslararası hukukun Kant’ın öngördüğü biçimde içeriklendirilmesi, ulus devlet düzenlerinin kendi içlerine kapalı olmadığına, gerek iç gerekse dış sınırlamalara tabi tutulduğuna işaret etmesi bakımından dikkat çekicidir.⁸² Günümüzde bir yandan Avrupa Birliği gibi bölgesel nitelikli, diğer yandan küresel nitelikli uluslararası hukuk düzenleri,⁸³ anayasacılık hareketinin son üç yüz yıldır devletlerin iç egemenlik alanlarında yarattığı etki ve dönüşüme benzer bir gelişmenin uluslararası alanda da gerçekleşmesi ihtimalini gündeme getirmiştir. Aşağıda önce siyaset teorisinde sonra da hukuk genel teorisinde uluslararası rejimlerin kuramsal temelleri ortaya konacaktır.

b- Çağdaş Siyaset Kuramında Ulus ötesi Alan

aa- Küresel Düzey

Küresel düzeyde ulus ötesi kamu hukuku öğretileri İkinci Dünya Savaşı sonrasında şekillenmeye başlamıştır. İdealist bir girişim olarak ortaya çıkan federal dünya devleti yaklaşımı, dünya barışını sağlamanın ve küresel sorunlarla baş edebilmenin asıl yolunu dünya çapında federal ilkelerden hareketle oluşturula-

80) Kant, a.g.e., s. 116, 125.

81) Kant, a.g.e., s. 127-129, 116.

82) Bkz. Hans Kelsen (1920) **Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts – Beitrag zu einer Reiner Rechtslehre**, Mohr, Tübingen, 9. Bölüm.

83) Uluslararası hukuk rejimlerine uluslararası anayasa hukuku, uluslararası idare hukuku, uluslararası ekonomi hukuku, uluslararası ceza hukuku, uluslararası güvenlik hukuku adlarını veren, bu alanların içeriklerini tanımlayan bir eser için bkz. Philip Allot (2001) “The Emerging Universal Legal System”, **International Law Forum-Forum du droit international**, Cilt 3, s. 12-17.

cak bir küresel yönetim modelinin (*global governance*) kurulmasında görür.⁸⁴

Günümüzde federalist hareket iki seçenek üzerinde durmaktadır. Bunlardan ilki Birleşmiş Milletler'in, Avrupa Birliği örneğinden hareketle ve güçler dengesi, ortak güvenlik ve hukukun üstünlüğü temelinde reforma tabi tutulması ve yeniden örgütlenmesidir. İkinci model ise, merkezileşmiş bir federal yönetimin özgürlüklerle bir tehdit oluşturabileceği düşüncesiyle, hiyerarşik olmayan bir federal sistemi öngörür. Bu görüş de Avrupa Birliği'nin kurumlarının örnek alınmasından yanadır ve Avrupa Birliği Konseyi ve Birliğin politikalarının gözden geçirildiği Bakanlar Komitesi gibi kurumların küresel bir uygulama alanı bulabileceği tezini savunur.⁸⁵

Küresel ulus ötesi kamu hukuku bağlamında bir başka bakış açısı kozmopolit demokrasi çalışmalarında sunulmaktadır.⁸⁶ David Held'in savunduğu küresel demokrasi, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere, uluslararası örgütlerin karar alma ve yargı organlarının demokrasi temelinde yeniden yapılanması düşüncesinden hareket eder. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun devletleri değil doğrudan vatandaşları temsil eden bir yapıya kavuşturulması, Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisiyle donatılması, Güvenlik Konseyi'nde belli sayıda devlete tanınan veto yetkisinin kaldırılması, tam yetkili bir Uluslararası Ceza Mahkemesi oluşturulması ve devletlerin yanında sivil toplum örgütlerinin karar alma süreçlerine katılması kozmopolit demokrasi yaklaşımının temel önerileridir.⁸⁷ Kozmopolit demokrasi okulunun görüşleri henüz pozitif hukuk düzenlemelerine dönüşmemekle birlikte Uluslararası Ceza Mahkemesi örneğinde olduğu gibi uluslararası hukuk rejimlerinin oluşmasına fikri katkılarda bulunmuştur. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin elli yıl önce normatif bağlayıcılığı olmayan bir iyiniyet bildirgesi olarak hazırlandığı, ancak kısa sürede birçok uluslararası hukuk rejiminin ortaya çıkmasına katkıda bulunduğu gerçeği dikkate alındığında, küresel demokrasi çalışmalarının normatif alanda yakın gelecekte

84) 1947 yılında kurulan Dünya Federal Devleti için Dünya Hareketi, 1956 yılında Dünya Federalistleri Dünya Birliği, 1994 yılında ise Dünya Federalist Hareketi adını almıştır. Bkz. J. Preston Baratta (1999) "The International Federalist Movement", **Peace and Change**, Cilt 24, Sayı: 3, s. 340.

85) Baratta, a.g.m., s 353 vd.; Ronald J. Glossop (1993) **World Federation? A Critical Analysis of Federal World Government**, McFarland and Company, Jefferson, s. 49-95.

86) Bkz. David Held (1993) "Democracy: From City States to a Cosmopolitan Order", **Political Studies**, Cilt 40, özel sayı, s. 10 vd.; Daniele Archibugi, "The Reform of the UN and Cosmopolitan Democracy: A Critical Review", **Journal of Peace Research**, Cilt 30, Sayı: 3, s. 301 vd.; David Held, **Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance** (1995) Polity Press, Cambridge, 5. ve 6. Bölümler; Daniel Archibugi (1998) "Principles of Cosmopolitan Democracy", **Re-imagining Political Community – Studies in Cosmopolitan Democracy** (der. Daniele Archibugi, David Held ve Martin Köhler), Polity Press, Cambridge, s.198 vd.

87) Archibugi, "The Reform...", s. 301-302; Archibugi, "Principles...", s. 221.

oynayabileceği rol daha iyi değerlendirilebilir.

bb- Avrupa Yapılanması

Avrupa Birliği, Avrupa Toplulukları adı altında iktisadi iş birliği ile malların, sermayenin, hizmetlerin ve insanların serbest dolaşımını sağlamaya yönelik bir uluslararası örgüt olarak Roma Antlaşması ile kurulmuş, daha sonra 1987’de yürürlüğe giren Tek Senet ile yapısal değişim geçirmiş ve 1992 Maastricht Antlaşması ile adını değiştirerek siyasi birliğe dönüşmüş bir ulus üstü örgüttür. Birincil Topuluk hukuku olarak geçen antlaşmalar, günümüzde Avrupa Birliği Anayasası olarak adlandırılmaktadır.

Avrupa Birliği, dünyanın önde gelen ulus üstü örgütlenmesi olarak, ulus ötesi kamu hukuku rejimleri konusunda en önemli çalışma alanıdır. Avrupa Birliği’nin birincil hukuki düzenlemelerinin anayasal nitelik taşıdığı konusunda bir görüş birliği mevcuttur.⁸⁸ Buna karşın birliğin anayasal çerçevesi, demokratik meşruiyetten yoksun olması, bir anayasanın içermesi gereken hak ve özgürlükler listesine yer vermemesi, iktisadi ve mali alanlarda federalizme benzer bir yapı kurmakla birlikte kapsamlı bir üst siyasi örgütlenme öngörmemesi, topluma ve vatandaşlığa ilişkin düzenlemelerin yetersizliği gibi nedenlerle eksik bir anayasal düzen olarak görülmektedir.⁸⁹ Bu eksikliklerden hareketle Avrupa Birliği’nin yapısı ve geleceği üzerine çeşitli kuramsal bakışlar da oluşturulmaktadır. Bu yaklaşımlardan en önemlileri federalizm ve uluslar topluluğu modelleridir.

Federalistler iki alt grupta incelenebilir.⁹⁰ Bir kısım federalist, klasik federalizmden hareketle, birliğe üye ulus devletlerin otonomileri yanında Avrupa Birliği’nin temel merkezi kurumlara dayanması görüşünü savunur.⁹¹ Evrenselci

88) Federico G. Mancini (1991) “The Making of a Constitution for Europe”, **The New European Community** (der. R. Keohane ve S. Hoffmann), West View, Boulder, s. 177 vd.; Joseph Weiler (1991) “The Transformation of Europe”, **Yale Law Journal**, Cilt 100, s. 2403 vd.; G. Folke Schuppert (1995) “The Evolution of a European State: Reflections on the Conditions of and the Prospects for a European Constitution”, **Constitutional Policy and Change in Europe** (der. J. J. Hesse ve N. Johnson), Oxford University Press, Oxford, s. 329 vd.; Jo Shaw (1999) “Postnational Constitutionalism in the European Union”, **Journal of European Public Policy**, Cilt 6, s. 579 vd.; John Erik Fossum (2000) “Constitution Making in the European Union”, **Democracy in the European Union** (der. Erik O. Eriksen ve J. Erik Fossum), Routledge, Londra, s. 111 vd.; Neil Walker (2000) “Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe”, **Harvard Jean Monnet Working Paper** 12/99, Cambridge; Günter Frankenberg (2000), “The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism”, **European Law Journal**, Cilt 6, Sayı: 3, s. 257-276.

89) Neil McCormick (1999) **Questioning Sovereignty –Law, State and Nation in the European Commonwealth**, Oxford University Press, Oxford.

90) Bellamy ve Castiglione, a.g.m., s. 421 vd.

91) Schuppert, a.g.e. s. 356 vd.; (Schmitter, “Imagining...”, s. 131 vd.) P. C. Schmitter (1996) “Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts”, **Governance in the European Union** (der. G. Marks), Sage, Londra, s. 131 vd.

ve idealist bir söyleme dayanan klasik federalizm yanlıları, ortak bir Avrupa kültürünün anayasal yoldan kurulmasına ağırlık verirler. Avrupa Birliği, dinamik bir değişim ve bütünleşme süreci içinde iş birliğine dayalı bir federal devlete dönüşecektir.⁹² İkinci grupta yer alan federalistler ise daha kozmopolit bir federal Avrupa modeli öngörür. Kozmopolit federalizm, ne ulusal ne de federal düzeyde klasik anlamda bir devlet örgütlenmesine gidilmesini; Avrupa'nın sivil, klasik devlet yapılarına dayanmayan, yatay ve yeni bir örgütlenme modeli geliştirmesini savunurlar.⁹³ Kozmopolit federalizm, yukarıda ele aldığımız kozmopolit demokrasi öğretisinin Avrupa düzeyinde bir uzantısı niteliğindedir. Kozmopolit federalizm yanlıları, Avrupa Birliği'nin siyasi değil ama hukuki anlamda bir federal yapıya dönüşmesi gerektiğini vurgularlar. Diğer bir deyişle, devleti olmayan bir federal hukuk kurulmalıdır. Hukuki çerçeve ile siyasi örgütlenmeyi birbirinden ayıran bu yaklaşım ortaçağ anayasa kuramlarındaki hukuku (*jurisdiction*) yönetimden (*gubernaculum*) ayıran anlayışla benzerlikler gösterir.⁹⁴

Uluslar topluluğu modeli, Avrupa Birliği'nin *sui generis* anayasal yapısından hareket eder. Avrupa Birliği'nin anayasal düzeni ne federalist ne de ulus merkezli bakış açılarıyla kavranabilir. Çok-merkezli bir siyasi oluşum olan Avrupa Birliği'nin kurucuları devletlerdir. Buna karşın birlik, uluslararası ilişkilerde hükümet ile cismanileşen kişi merkezli geleneksel egemenlik anlayışının ötesine geçerek kişi dışı ve çok katmanlı bir yönetim (*governance*) modeli kurmaya çalışmaktadır. Bu yönetim sisteminin çalışma mantığı henüz bir netliğe kavuşmamakla birlikte ulusal kurumların kendi ülkeleri üzerinde kontrollerini sürdürdüğünü, düzenleyici işleve sahip Avrupa kurumlarının ise ulusal mekanizmaları tamamlayıcı bir rol oynadığını söylemek mümkündür.

Kozmopolit federalizm ile uluslar topluluğu modellerini savunanlar geleneksel siyasi yapılara şüpheyle bakarlar. Kozmopolit federalizm, Avrupa Birliği'nin ne üniter devletin ne de klasik federal sistemin ilkeleriyle örtüşen ama her ikisinin özelliklerinin bir karışımı olan yeni bir siyasi yapı ve bu yapıya hukuki varlık kazandıran bir anayasal düzen inşa etmesi gerektiğini savunur. Bu siyasi oluşumun ilkeleri, tüm siyasi aktörlerin kendi kimlik ve uygulamalarını yeniden tanımlamaları ile belirlenecektir. Dolayısıyla Avrupa Birliği'nin anayasal sistemi ve kurumları zaman içinde, diyalog ve deneme yanılma yöntemleriyle ortaya çı-

92) Schuppert, a.g.e., 329 vd.

93) T. W. Pogge (1994) "Cosmopolitanism and Sovereignty", **Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives** (der. C. Brown), Routledge, Londra 1994, s. 89 vd.; Zenon Bańkowski ve Emiliós Christodoulidis (1998) "The European Union as an Essentially Contested Project", **European Law Journal**, Cilt 4, Sayı: 4, s. 341 vd.

94) Bellamy ve Castiglione, a.g.m., s. 421 vd.

kacaktır.⁹⁵ Özetle, Avrupa Birliği'nin anayasal sistemi dinamik ve oluşum süreci henüz tamamlanmamış bir sistemdir. Ancak tüm bu eksikliklerine rağmen Avrupa Birliği ulus ötesi bir anayasal düzene sahiptir.

D- Uluslararası Hukuk ve Genel Hukuk Kuramı

Küresel ve bölgesel uluslararası kamu hukuku öğretileri, egemenlik, insan hakları, siyasi rejim, demokrasi, vatandaşlık gibi ulus düzeyinde kamu hukuku alanını ilgilendiren konuların farklı bir düzleme taşınması ile oluşturulmaktadır. Kant'ın öncü düşünceleri bir yana bırakılacak olursa, uluslararası kamu hukuku öğretileri 1945 sonrası dönemde ortaya çıkmış ve özellikle son yirmi yılda yaygınlık kazanmıştır. Konuya olan ilginin hukukçularla sınırlı kalmaması, siyaset teorisi, siyaset felsefesi, uluslararası ilişkiler alanlarındaki sosyal bilimcilerin de bu öğretilere yönelmeleri anlamlıdır. Bununla birlikte, çoğu geleceğe bakarak oluşturulan bu öğretiler pozitif hukuk bakış açısıyla bir değerlendirilmeye tabi tutulmadıkça ulusötesi kamu hukukunun bugününü değerlendirmekte yetersiz kalacaktır. Böyle bir değerlendirme, öncelikle, uluslararası rejimlerin meta düzeyde pozitif hukuk öğretisi ile ne ölçüde uyum sağlayabileceğinin belirlenmesini gerekli kılar. İkinci olarak, uluslararası rejimlerin gerçekten anayasal nitelik taşıyıp taşımadıklarını, kapsamlarını, normlarının bu rejimlere tabi devletlerin ülkesinde ne ölçüde uygulandıklarını normatif bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Bu normatif değerlendirmenin, ulus ötesi kamu hukuku düzeni olduğu ileri sürülen her bir uluslararası hukuk rejimi için ayrı ayrı yapılması gerekir.

Çağdaş hukukçuları etkileyen belli başlı hukuk kuramlarının tamamına yakını egemenlik ile hukuk arasındaki ilişkiye öncelik verir. Aşağıda çoğunlukla yirminci yüzyılda yaşamış hukukçuların egemenlik kuramı ve uluslararası hukuka bakışları ele alınarak genel pozitif hukuk kuramının egemenliğin dış boyutu konusunda nasıl bir çerçeve sunduğunu göreceğiz. Bu bakış, hukuki pozitivizm akımının temel argümanlarını yansıttığı için İngiliz analitik pozitivizm geleneğini temsil eden Bentham, Austin ve Hart ile birlikte en fazla Kıta Avrupası hukuk düşüncesini etkileyen normatif pozitivizmin kurucusu Kelsen'in hukuk öğretileri yanında sosyolojik hukuk anlayışının kurucularından Duguit'nin ve yirminci yüzyılın genel yaklaşımına ters düşen Carl Schmitt'in öğretilerini kapsamaktadır.

1- Anglo-Sakson Yaklaşımı

a- Jeremy Bentham

Daha önce değindiğimiz gibi Hobbes'un yaklaşımında hukuk ile egemen ir-

95) Dedrier Curtin (1993) "The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces," *Common Market Law Review*, Cilt 30, s. 17-69.

de bütünleşmiştir. Hukuk kuralı, toplumu yöneten iradenin yazılı ya da sözlü ya da başka türlü yöntemlerle verdiği buyruktur. Hobbes'un hukukun kaynağı konusundaki yaklaşımını genel hatlarıyla sürdüren bir diğer İngiliz düşünür Bentham'dır. "Yasalar Üzerine" adlı eserinde yazarın temel kavramları Hobbes'un kullandıklarından farklı değildir. Hukuk kaynağını egemenin iradesinde bulur. Egemen ise siyasi toplumun kendisine itaat edeceğini düşündüğümüz bir kişi ya da gruptur.⁹⁶ Egemen dışında salt zora dayanan buyruklar hukuk olarak nitelendirilemez. Böyle bir durum yasa dışı tahakküm olarak nitelendirilebilir. Bununla birlikte Bentham, buyruk verme gücünden oluşan egemenliğin bölünebileceği görüşündedir. Eğer siyasi toplum farklı otoriteleri aynı anda egemen olarak kabul ediyorsa egemenliğin bu farklı otoriteler arasında bölündüğünü söylemek olanaklıdır.⁹⁷ Bentham'a göre egemenlik sınırsız da değildir. Halka yönelik sıradan yasaların yanında, egemene yönelik ve onu sınırlayan aşkın yasalar da vardır. Bentham, bu aşkın yasalara ilke yasalar (*laws in principem*) adını verir. İlke yasalar iki türdür. Bunlardan ilki egemenin de katıldığı paktlar ya da sözleşmelerdir. İkincisi ise, egemenin bizzat kendisini ya da varislerini de bağlayan üstün buyurma gücünü sınırlandırıcı beyanlardır.⁹⁸

Bentham, doğal hukuka sıcak bakmayan İngiliz pozitivistizminin kurucusudur.⁹⁹ Ona göre insanların doğuştan bir takım doğal haklara sahip olduğu görüşü temelden yoksundur. Bentham, hukukun amaçları arasında güvenliği sağlamayı ön sıraya yerleştirirken özgürlükten hiç söz etmez. İnsan için doğal olan sadece "haz" ve "ızdırıp" duygularıdır. Bu nedenle halk ile devlet arasında akdedilen doğal hukuk kaynaklı sosyal sözleşme Bentham'ın yaklaşımına yabancıdır. İktidarın temelinde sosyal sözleşme değil alışkanlıklar ve örf yatar. Egemenlik etik ilkelere atıfla açıklanamaz, temelinde sosyal bir olgu olan itaat alışkanlığı yatar. İktidar ile halk arasındaki ilişkilerin mutlaka şekli bir anayasa ile düzenlenmesi gerekli değildir. Eğer iktidara itaat alışkanlığı varsa, düzen ve siyasi toplum varlık kazanır ve tümünün varlığı hukuku olanaklı kılar. Tüm bu sosyal formasyonun oluşumu ise çok sayıda etmene bağlıdır ve kurgulanamaz. Bentham bu görüşleriyle, egemenin iktidarını doğal hukuka yer vermeksizin açıklayan ve bu iktidarın yine pozitif hukukla sınırlanacağını ileri süren ilk düşünürdür.

Bentham'ın hukuka yaklaşımındaki önemli bir diğer yön, egemenin hukuku bizzat kendi iradesi ile vazetmesi dışında, başka irade açıklamalarını benimse-

96) Jeremy Bentham (1970) **Of Laws in General**, (der. Herbert Hart), Athlone Press, University of London, s. 18-28.

97) Bentham, a.g.e., s. 64-71.

98) Bentham, a.g.e., s. 64-71.

99) M. D. A. Freeman (1994) **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, altıncı bası, ELBS with Sweet and Maxwell, s. 205-269.

mesi yoluyla da hukuk yaratabileceğini kabul etmesidir. Hukukun tanımını yaparken bu ayrıma özen göstermiş ve benimseme yoluyla hukuk yaratma boyutunun da altını çizmiştir.¹⁰⁰ Yazar böylece, egemenin iradesiyle hukuk kuralını bütünüyle özdeşleştiren indirgemeci anlayıştan uzaklaşarak egemenin kendi iradesi ile oluşturulmayan, ama sonradan bu irade ile benimsenen hukuk kurallarının var olabileceği görüşünü savunmuştur.

b- John Austin

İngiliz hukuki pozitivism geleneğinin en çok tanınan yazarı Austin'dir. Austin'in egemenlik konusundaki görüşleri oldukça katıdır. Egemenliği tanımlarken Bentham'ın tanımından hareket eder ama bazı noktalarda ondan farklılaşır. Bu farklılık noktalarından ilki, halkın itaat alışkanlığının tek başına egemenliğe varlık kazandırmaya yetmeyeceği, aynı zamanda egemenin bağımsız olması, yani hiç kimseye itaat gösterme alışkanlığı içinde olmaması gerektiği düşüncesidir. Böylece, egemenliğin varlığı biri pozitif diğeri negatif iki koşulun gerçekleşmesine bağlanır.¹⁰¹ Austin'i Bentham'dan farklı kılan bir diğer yön, egemenliğin bölünmezliğini ve sınırsızlığını savunmasıdır. Eğer egemenliğin bölünebilirliğini kabul edecek olursak aynı hukuk sistemi içinde birden fazla yasama gücünün olabileceğini de peşinen kabul etmemiz gerekir. Egemenliğin sınırlandırılması ise üstün iradenin bir başka iradeye tabi olması anlamına gelir. Kaldı ki üstün iktidarın pozitif hukukla sınırlandırılabilmesi iddiası kendi içinde çelişiktir.¹⁰² Egemene hukukla sınırlandırmalar getirilmesi, onun belli yasal sorumlulukları olduğunu kabul etmek anlamına gelir. Eğer egemenlik üstün iktidar ve buyruk verme gücü ise devletin hiçbir yasal sorumluluğunun olmaması gerekir. Egemen ne haklara ne de sorumluluklara sahiptir. Bir iradenin kendisi için hak yaratması olanaklı olmadığı gibi aynı şey sorumluluklar için de geçerlidir.

Austin siyasi iktidarı hukukun kaynağı kılan en saf yaklaşımı üretmiştir. Bentham'ın izinden giden yazar, onun doğal hukuk karşıtı söylemini tümüyle benimser. Hukuk biliminin konusu sadece pozitif hukuktur, pozitif hukuk ise siyasi iktidarı elinde tutan egemenin yönetilenlere verdiği buyruklardır.¹⁰³ Her kanun ve hukuk kuralı bir buyruktur. Austin yasaları genel olarak ilahi yasalar, insan ürünü yasalar, insan ürünü yasalar esas alınarak benzeşimle oluşturulmuş yasalar ve mecazi yasalar olmak üzere dört başlık altında toplar. Benzeşimle oluşturulmuş yasalar, insanların kendi davranışlarını düzenlemeye yönelik his-

100) Bentham, a.g.e., s. 1-5.

101) John Austin (1954) **The Province of Jurisprudence Determined**, The Noonday Press, New York, s. 194.

102) Austin, a.g.e., s. 254.

103) Austin, a.g.e., s. 126.

leri ve kanaatleri ile oluşturdukları kurallardır. “Saygı kuralları,” “âdetler” bu tür yasalardandır. Bu yasalardan ilk iki grup gerçek anlamda yasalardır, son iki grup ise yasa olmadıkları halde öyle adlandırılan yasalardır. İlahi yasaların pozitif bir yönleri yoktur, insan tarafından oluşturulan yasalar ise egemenin buyruklarından oluşan pozitif yasalar ile siyasi üstünlüğe dayanmayan ilişkiler ile oluşturulmuş yasalar şeklinde iki gruptur ve bunlardan sadece egemenin buyruklarına dayanan yasalar pozitif hukuka varlık kazandırır. Austin, hukukta yaptırımın rolünü önemser. Buyruklar yaptırımlarla ayakta durur. Bir yasanın pozitif hukuk kuralı olabilmesi için yaptırıma bağlanmış olması en önemli unsurdur. Benzeşime dayalı yasalar, egemenin siyasi üstünlük sıfatı dışında eşit bir birey gibi oluşumuna katıldığı hukuki düzenlemeler ile doğal durumda yaşayan insanların oluşturduğu kurallar pozitif ahlak adını alır. Her iki gruba da pozitif denmesinin nedeni insan ürünü olmalarıdır.¹⁰⁴

Austin’e göre uluslararası hukuk pozitif hukuka değil, pozitif ahlaka dâhildir. Buna karşın ahlakta olduğunun aksine “iyi” ve “kötü” değer yargılarına dayanarak oluşturulmadığı için gerçek anlamda yasalardan oluşur. Diğer bir deyişle, uluslararası hukuk ahlaktan çok pozitif hukuka yakındır. Ancak uluslararası hukuku pozitif hukuk olarak nitelendirmek olanaklı değildir çünkü bir egemenin siyasi üstünlüğüne dayanarak vazedilen kurallardan oluşmaz, dolayısıyla da yaptırımdan yoksundur.¹⁰⁵ Austin, anayasa hukukunu da tam anlamıyla bir pozitif hukuk dalı olarak görmez. Anayasa hukuku, ya tek başına pozitif ahlaktan ya da pozitif hukuk ile pozitif ahlakın birleşiminden oluşan bir hukuk alanıdır. Bu ikinci durumda anayasa hukuku esas olarak egemenin kişisel özelliklerini belirleyen ya da egemenlik birden fazla kişi tarafından kullanılıyorsa iktidarın bu kişiler arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin kuralları içeren bir kurallar alanı oluşturacaktır.¹⁰⁶

c- Herbert Hart

Herbert Hart, İngiliz hukuki pozitivism geleneğine bağlı kalmakla birlikte, hukuku iradeye indirgeyen yaklaşım tarzını reddeden bir analitik hukuk öğretisi yaklaşımını benimsemiştir. Hart bu yönüyle İngiliz pozitivist geleneğinde önemli bir değişim yaratmıştır. Hart, Austin’in egemeni hukukun üstüne yerleştiren öğretisini reddeder. Austin’in hiç kimseye itaat etme alışkanlığı içinde olmayan egemeni, Hart’a yabancıdır. Hart, Kelsen’in kişiye dayalı buyruk anlayışına karşı çıkışını destekler, ancak bu yaklaşımın kişiye bağlı olmayan bir buyruk kavramı

104) Austin, a.g.e., s. 9-15, 122-128, 134-142.

105) Austin, a.g.e., s. 142.

106) Austin, a.g.e., s. 258-259.

ile ikamesini yetersiz bulur.¹⁰⁷

Hart, hukukun tanımını açısından Kelsen'i eleştirmesine rağmen birçok konuda ondan esinlenmiştir. Kelsen gibi hukukun sistem olarak anlaşılmasından yana olmuştur. Kelsen'in temel norm üzerine düşünceleri de Hart'ı derinden etkilemiştir. Ancak, kendi öğretisinde, temel normun *a priori* ve açıklıktan yoksun olduğu eleştirisinden hareketle, "kabul kuralı" adını verdiği ve işlevi temel norma benzer ama sosyolojik gerçekliğe dayanan yeni bir kavramlaştırmaya gitmiştir.¹⁰⁸

Hart'ın hukuka bakışı iki eksene oturur. Bu eksenlerden ilki hukukun birincil ve ikincil nitelikteki kurallardan oluştuğuna yönelik sosyolojik gelişimi esas alan sistem yaklaşımı, ikincisi ise hukuk kuralının geçerliliği sorununa yazarın kabul kuralından hareketle geliştirdiği normatif yaklaşımdır.

Hart'a göre hukuk kuralları iki türdür. Birincil kurallar bireylerin belli eylemleri yapmasını ya da bu eylemlerden kaçınmasını öngörür. Küçük, homojen ve ilkel toplumlarda hukuk sistemi salt bu kurallardan oluşur. Daha karmaşık ve heterojen toplumlar ise birincil kurallar ile yetinemezler ve birincil kuralların değiştirilmesine, onlara yenilerinin eklenmesine ve ortadan kaldırılmasına ilişkin kurallara ihtiyaç duyarlar. Hart, bu grup kurallara ikincil kurallar adını verir.¹⁰⁹ Bünyesinde ikincil kurallara yer veren bir hukuk düzeninin yasama organına, mahkemelere, yaptırımlara, usul hukukuna, argümanda bulunma olanağına, kodlaştırılmış medeni hukuk ve ceza hukukuna, hukuk sisteminin kurallarına kaynaklık teşkil edecek anayasal kurallara yer vermesi gerekir.

Kabul kuralı Hart'ın hukuk öğretisinin temel kavramlarından biridir. Hukuka geçerliliğini veren nihai kurala karşılık olarak kullanılan kabul kuralı, Kelsen'in temel normu ile benzerlikler taşır. Bir hukuk sisteminin kabul kuralı açık bir şekilde ifade edilmez ve kendi geçerliliği başka bir kurala dayanmaz. Bu nedenle kabul kuralı diğer hukuk kurallarından farklılaşan bir meta normdur. Kabul kuralı, gerçekliğe dayanır ancak temelinde normatif bir iddia bulunduğundan sosyolojik gerçekliğin basit bir yansıması değildir.¹¹⁰ Etkililik, bir hukuk kuralının geçerliliğine temel olabilirse de kabul kuralı etkililiğe indirgenemez. Kabul kuralı, mahkemelerin, diğer resmi makamların ve özel kişilerin norm belirleme faaliyetleriyle varlık kazanır.¹¹¹ Örneğin, pozitif bir hukuk sisteminde anayasal kurallar çerçevesinde yasama işlemleri, mahkeme kararları ve geleneğe üstün-

107) Michael Martin (1987) **The Legal Philosophy of H. L. A. Hart**, Temple University Press, Philadelphia, s. 16; H. L. A. Hart (1997) **The Concept of Law**, ikinci baskı, Oxford University Press, Clarendon Law Series, New York, s. 35-42.

108) Martin, a.g.e., s. 16.

109) Hart, a.g.e., s. 79-91.

110) Martin, s. 34.

111) Hart, a.g.e., s. 101.

dür. Bu üstünlüğü belirleyen kabul kuralı ölçütüdür.¹¹² Kabul kuralı ölçütleri, hukukun çeşitli kaynaklarından elde edilebilir. Anayasa, yasalar, mahkeme içtihatları bu ölçütlerin çıkarıldığı kaynaklardır.¹¹³

Hart, hukukun bir tanımını yapmaktan kaçınmıştır. Onun yerine hukuk sistemini tanımlar.¹¹⁴ Bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için iki asgari koşul gerekir. Her hukuk sisteminin temelinde, nihai bir ölçüte göre geçerlilik kazanan, uyulması zorunlu davranış kuralları vardır. Ama bu kuralların varlığı yeterli değildir. Hukuk sistemi aynı zamanda, hukuki geçerlilik ölçütlerini belirleyecek kabul kurallarına ve resmi makamların davranışlarını ortak bir kamusal standarda kavuşturacak, etkili yargılama ve değişim kurallarına yer vermelidir.¹¹⁵

Hart'ın uluslararası hukuka bakışı da iki esasa dayanır. Bunlardan ilki, uluslararası hukuku hukuk olarak nitelendirmeyen Austinci yaklaşımı reddetmesidir. Bununla birlikte, Hart'a göre uluslararası hukuk, sadece birincil nitelikte kurallardan oluşan, ilkel bir hukuk dalıdır. Uluslararası bir yasama faaliyetine, zorunlu yargılama yetkisine sahip organlara ve merkezileşmiş yaptırım mekanizmalarına yer vermeyen uluslararası hukuk ikincil kurallardan yoksundur. Ancak, bu belirleme mutlaklık taşımaz. Hart, tıpkı Kelsen gibi dinamik bir yaklaşımı benimsemiştir. Zaman içinde uluslararası alanda ikincil kurallar oluşabilir ve uluslararası hukuk ile ülkelerin hukuk sistemleri arasında hiçbir fark kalmayabilir.¹¹⁶

Kişi-merkezli klasik egemenlik anlayışı uluslararası hukuk ile bağdaşmaz. Egemeni, doğası gereği hiçbir hukuk kuralına bağlı olmayan ve hukuku sadece kendisi üreten bir güç olarak algıladığımızda uluslararası hukuku reddetmemiz gerekir. Bu olanaklı değildir. Çünkü ikincil kurallara yer vermese de uluslararası hukuk devletler için yükümlülükler getirir.¹¹⁷ Hart'a göre egemenlik ancak bağımsızlık olarak algılanabilir. Günümüzde devletler birincil ve ikincil kurallardan oluşan bir hukuk sistemi içinde sınır ötesi otoritelerin ya da kişilerin hukuki ve siyasi kontrolünden görece bağımsız örgütlenmişlerdir.¹¹⁸ Ancak bağımsızlık, devletlerin mutlak bir niteliği değildir. Devletler mutlak bağımsızlığa sahip olmadıkları gibi, bağımsızlıklarının kapsamı da değişebilir. Bununla birlikte bu değişim, uluslararası alanda yasama ve yargı organlarının oluşması ve merkezi yaptırım mekanizmalarının kurulması gibi sosyal gelişmeler ile olanaklıdır.¹¹⁹ Bu

112) Martin, a.g.e., s. 33.

113) Hart, a.g.e., s. 116.

114) Martin, a.g.e., s. 39.

115) Hart, a.g.e., s. 116.

116) Hart, a.g.e., s. 213-237.

117) Hart, a.g.e., s. 213 vd.

118) Hart, a.g.e., s. 222.

119) Hart, a.g.e., s. 224.

gelişmelerin ne tür bir ulus ötesi forma dönüşeceği ise önceden belirlenemez. Ancak, uluslararası hukuk antlaşmalarla kurulan bir hukuk dalı olduğu sürece, değişimin hukukçuların çalışmalarına, ulusal ve uluslararası mahkemelerin faaliyetlerine ve devletlerin deklârasyonlarına ve rızalarına bağlı olacağı söylenebilir.¹²⁰

2- Kıta Avrupası Yaklaşımı

a- Léon Duguit

Duguit, kuramında egemenlik kavramına yer vermeyen bir hukukçudur. Duguit'e göre insan, egemenliği ya üstün bir güçle açıklamıştır ya da bizzat egemenliğin kendisini kutsallaştırmıştır. Birinci yaklaşım teokratik, ikinci yaklaşım demokratik öğretilerin dogmasıdır ve her dogma gibi kendi müritleri vardır. Oysa egemenlik kuramının hiçbir sosyal gerçekliği yoktur ve pozitif hiçbir yaklaşım böyle bir kuramı kabul edemez. Teokratik egemenlik anlayışının pozitif temeli olmadığı ortadadır. Egemenlik eğer bir ülkedeki siyasi iktidarı somut olarak elinde tutan irade için kullanılıyorsa bu durumda da beşeri bir iradenin diğer bir beşeri iradeye üstünlüğünden bahsediyoruz demektir ki; hiçbir sosyal olgu insanların iradeleri bakımından birbirlerinden üstün ya da aşağı olduklarına dair bir kanıt sunmamaktadır.¹²¹

Egemenlik kuramına karşı çıkan Duguit, yasayı da egemenin buyruğu olarak görmez. Yasa, parlamento tarafından vazedildiği için bağlayıcı olan bir emir değil "hukuk kuralı"nın (*règle de droit*) hayata geçirilmesi, ifade edilmesinden ibarettir. Yasa ancak hukuk kuralı niteliği kazandığında yurttaşlardan itaat bekleyebilir. Hukuk kuralı ise ekonomik ve ahlaki normlarla birlikte sosyal normların bir türüdür. Ahlak normları, belirli bir ülke ve dönemde yaşayan tüm insanlara yönelen ve onları belli bir davranış biçimine zorlayan kurallar, moda ve benzeri alışkanlıklar, dinsel pratiklerin toplamıdır. Bu kurallara uyulmaması durumunda kendiliğinden oluşan ve kesin bir reaksiyon gösterilir. Ekonomik normlar ise zenginliklerin üretim, tüketim ve dolaşımı ile beşeri ihtiyaçların karşılanmasına yönelik her türlü kuraldır; bireylerin iradi, bilinçli eylemlerinden ortaya çıkarlar ve bu kurallara uymayanlar çeşitli sosyal reaksiyonlarla karşı karşıya kalırlar. Hukuk kuralları özünde ya ahlaki ya da iktisadi bir normdur. Ancak onlardan farkı, bu kuralların ihlalinde sosyal bir cebrin müdahalesi ile karşılaşmamızdır. Duguit böyle bir sosyal cebrin kaynaklarını sosyal dayanışmanın sonucu olan sosyallik duygusu ile bireylerdeki adalet duygusunda bulur. Özetle, hukukun kaynağı egemenin iradesinde değil sosyal olgudur.¹²²

120) Hart, a.g.e., s. 226.

121) Léon Duguit (1927) **Traité de droit constitutionnel**, 3. baskı, Cilt 1, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris, s. 552.

122) Léon Duguit (1928) **Traité de droit constitutionnel**, 3. baskı, Cilt 2, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris, s. 226.

b- Carl Schmitt

Carl Schmitt, siyasi iradeyi hukukun üstüne yerleştiren iradeci yaklaşımı savunan bir yirminci yüzyıl hukukçusudur. Yazara göre modern devlet kuramının tüm önemli kavramları, sekülerleştirilmiş ilahiyat kavramlarıdır.¹²³ Egemenin üstün iradesi, aslında Tanrı'nın üstün iradesinin dindışı yeniden kurgulanmasıdır. On dokuzuncu ve yirminci yüzyıllarda, monarşik meşruiyete duyulan tepki ile kişi temelli bu egemenlik algısı kırılmaya çalışılmış, siyasi iktidar parçalara bölünerek karşıt iradeler haline getirilmiştir. Demokratik meşruiyet, kuvvetler ayrılığı, güçler dengesi gibi anayasal liberalizmin temel fikirleri bu parçalanmaya önderlik etmiştir. Böylece hukukun egemenliği, egemenin iradesinin yerini almıştır. Kısacası, liberal anayasal devlet, lidersiz bir siyasi toplumu hedeflemiş ve bu yolda önemli adımlar atmıştır. Schmitt, bu tarihi dönüşümü ve çağdaş anayasal gelişmeleri tümüyle reddetmez ancak egemenliğin özünde vazgeçilmez bir unsur olarak gördüğü kişisel unsurunu öne çıkaran ve çağdaş anayasa çerçevesine kişide somutlaşan üstün iktidarı yeniden sokmaya çalışan bir kamu hukuku yaklaşımını savunur. Ona göre çağdaş devlet, en azından devletin tehditle karşılaştığı durumlarda otoritesi tartışılmaz bir gücün iradesine tabi olmalıdır. Çünkü lidersizlik, devleti iç ve dış tehditlere açık hale getirir.

Schmitt kişiye ve onun iradesine dayalı üstün otoritenin modern anayasal devletin korunması için vazgeçilmez bir unsur olduğunu ileri sürer. Bu görüşün arkasında geçmişe duyulan özelemler değil, düzeni sağlama ihtiyacı yatar. Hikmet-i hükümet kavramına dayanan Schmitt, bir devletin düzeni ve istikrarı sağlayabilmesi için bütünlüğünü sürdürmesine, bunun için de devlete yönelik tehditleri ortadan kaldırma gücüne sahip kararlı bir devlet eylemine gereksinim olduğunu savunur. Böyle bir iktidar, iradenin parçalanması ile değil tek elde toplanması ile mümkündür. Schmitt düzen ve güvenliğe yaptığı vurgular nedeniyle Hobbescu yaklaşımın çağdaş bir temsilcisi olarak görülür. Kendisi de Hobbes'un iradeci yaklaşımlarına oldukça sıcak bakar. Ancak tamamen bir kolektivist olan Carl Schmitt, Katolik düşüncenin etkisi altındadır. Bu yönüyle de bireyi analizinin temeline yerleştiren Hobbes'tan farklılaşır.

Schmitt'e göre kişisel iradeye üstünlük veren ve modern anayasal devletin dışına taşındığı düşünülen egemenlik anlayışı, aslında anayasaların genel kuralla istisna getiren hükümlerinde, özellikle de olağanüstü dönemlerde siyasi iktidara verilen yetkilerde varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle egemenliğin gerçekten kime ait olduğunu görebilmemiz için genel kurallara değil, istisna getiren hükümlere bakmamız gerekir. Yazar bu görüşlerini çarpıcı bir egemenlik tanımıyla

123) Carl Schmitt (1988) **Political Theology**, MIT Press, Cambridge, s. 36.

özetler: “Egemen, istisnaya karar verendir.”¹²⁴ Dolayısıyla Schmitt’in egemeni, normal zamanlarda uykuya dalan ancak devletin bütünlüğünü tehdit eden olağanüstü dönemlerde uyanıp sınırsız iktidarı kullanmaya başlayan ikili bir karaktere sahiptir. Liberal devlet, lideri yok etmeye çalışmıştır ama o olağanüstü dönemlerde yeniden canlanarak varlığını gösterir ve ona asıl niteliğini bu olağanüstü dönemlerdeki karakteri kazandırır.¹²⁵

Schmitt, “Dünyanın Düzeni”nde (*Der Nomos der Erde*) pozitivist olmayan bir hukuk kavramlaştırması geliştirmeye çalışmıştır. Ona göre hukuk, siyaset ve ekonomi ile birlikte mekânsal düzenin inşasının bir parçasıdır. Hukuk, siyaset ve ekonomi düzenlerinden koparılamaz. Bu nedenle, yazar hukuk yerine “hukuk düzeni” (*nomos*) kavramını kullanır. Dolayısıyla hukuk düzeni, politik ve iktisadi olan dışlanarak açıklanamaz. Mekânsal düzenin inşası mülk edinme, mülke el koyma ve ülke edinmeyi de içeren geniş bir anlama sahiptir. İnsan uygarlığı, önce kara ve deniz üzerinde egemenlik kurmuş,¹²⁶ yirminci yüzyılda ise egemenliğin konusu hava ve uzayı da kapsar hale gelmiştir. Her ülke edinme biçimi, kendi hukuk düzenini yaratır. Kara egemenliği kontrol edilebilir bir ülke üzerindedir. Oysa deniz ve hava aynı kontrol olanağını vermez. Hugo Grotius, nasıl denizden hareketle Avrupa-merkezli uluslararası hukuku inşa ettiyse, farklı mekânsal kurguları olan her yeni düzen uluslararası hukukta değişim yaratacaktır. On beşinci yüzyıldan beri süregelen kara ve deniz uygarlıkları arasındaki karşıtlık ve onun ürünü olan ulus devlet egemenliği artık yeni bir boyutun eklenmesi ile ortadan kalkacak, dünya yeni “düzen”ini kuracaktır. Schmitt’e göre bu düzende tek bir dünya devletinin oluşması zayıf bir olasılıktır. Buna karşın çok sayıda toplumun çoğulcu bir bütünlük içinde yeniden örgütlenmesini düzenleyen bir uluslararası hukukun gelişmesi olasılığı güçlüdür.¹²⁷

c- Hans Kelsen

Normatif pozitivistin kurucusu olan Kelsen devlet ile hukuk düzenini bütünlendiren bir kuram kurmuştur. Kelsen’e göre hukuk düzeni devletin kendisidir, aralarında bir fark yoktur. Siyasi bir organizasyon olan devlet görece merkezi-

124) Schmitt, a.g.e., 5-15. Eserin “Egemenliğin Tanımı” başlığını taşıyan bu bölümü, yazarın egemenlik konusundaki düşüncelerinin bir özeti niteliğindedir.

125) Yazar bu görüşlerinden hareketle 1929’dan sonra siyasi çalkantılara sahne olan Almanya’da Weimar Anayasası’nın 48. maddesinin işletilerek olağanüstü hal ilan edilmesini ve tüm siyasi gücün cumhurbaşkanının elinde toplanmasını savunmuştur.

126) Yazarın kara ve deniz uygarlıklarının farklılıkları üzerine eserleri için bkz. Carl Schmitt (1997) **Land and Sea**, Plutarch Press, Washington.

127) G. L. Ulmen (1993) “The Concept of ‘Nomos’: Introduction to Schmitt’s Appropriation/Distribution/ Production”, **Telos**, Bahar, Sayı: 95, s. 39-52.

leşmiş bir hukuk düzenidir.¹²⁸ Egemenliğin devletin asli unsurlarından biri olduğunu söylemek, devletin üstün “otorite” olduğunu söylemekle eş anlamlıdır. Otorite, uyulması zorunlu buyruk verme gücü ya da hakkı olarak tanımlanabilir. Otorite sahibi bir birey, buyruk verme hakkına da sahiptir. Bir bireye böyle bir hak ya da güç ancak normatif düzen tarafından aktarılabilir. Bu nedenle otoritenin temelinde normatif düzen vardır.¹²⁹

Sadece normatif düzen egemen olabilir. Yani sadece normatif düzen üstün otoriteye sahiptir. Bir bireye tanınan otoritenin sonucu olan buyruk verme hakkının ve diğer bireylerin bu buyruğa uyma yükümlülüğünün meşruluğunu belirlemenin nihai ölçüsü normatif düzendir. Salt doğal bir olgu olan fiziki güç ise hiçbir şekilde egemen olamaz. Fiziki gücün egemenliğini kabul edebilmemiz için onu hukuk düzeninin ilk nedeni olarak ele almamız gerekir. Ancak doğada nedensel ilişkiler zinciri içinde böyle bir ilk nedenin belirlenmesi olanaklı değildir. Çünkü her neden başka nedenin sonucudur. Eğer doğal gerçeklikte ilk nedenden bahsedemiyorsak, egemenlik de bir ilk neden olarak görülemez.¹³⁰

Kelsen, devletin hukuk otoritesi olma kapasitesi bakımından hukuk düzeni ile aynı anlama geldiğini ileri sürer. Dolayısıyla bir devletin egemenliği, ulusal hukuk düzeninin üstün olması ve onun üzerinde hiçbir otoritenin bulunmaması anlamına gelir. Ulusal hukuk düzeni üzerinde üstünlüğü ileri sürülebilecek tek düzen ise uluslararası hukuk düzenidir. Uluslararası hukuk düzeninin üstünlüğü, ulusal hukuk düzeninin meşruluğunu bu düzenden alması anlamına gelir. Bununla birlikte, bir hukuk düzeni ile bir diğeri arasındaki ilişki, doğal nesnelerin aralarındaki ilişki gibi algılanamaz. Diğer bir deyişle, her iki hukuk düzeninin içeriğine bakarak birinin diğerine üstün olup olmadığı tespit edilemez. Bu nedenle uluslararası hukukun üstün olup olmadığı sorununun çözümü, her iki düzen arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğuna bağlıdır. İkinci yaklaşım hukukun tekliği fikrini reddettiğinden iki ayrı hukuk düzeni arasında bir altlık üstlük ilişkisi kurulamayacağını savunur. Her iki hukuk kendi alanında geçerlilik taşır ve uluslararası hukuk ancak devletin hukuk sistemine aktarıldıktan sonra ulusal hukukta etki gösterir. Tekçi yaklaşım ise iki farklı hukuki hipotezden hareket eder. Bu hipotezlerden ilki benimseme kuramına (*recognition theory*) varlık kazandırır. Benimseme kuramına göre, uluslararası hukukun ulusal hukuk düzeninin meşruluğunu sağlayabilmesi, kendisinin meşru görülmesiyle olanaklıdır ve bu meşruiyet uluslararası hukukun devlet tarafından benimsenmesiyle sağlanır.

128) Hans Kelsen (1967) **The Pure Theory of Law**, (İngilizceye çev. Max Knight), University of California Press, s. 280-282.

129) Hans Kelsen (1999) **General Theory of Law and State**, The Lawbook Exchange, Union-New Jersey, s. 383.

130) Kelsen, *General Theory...*, s. 383-384.

Bu nedenle uluslararası hukukun ulusal hukuka meşruluk kazandırması ancak görelî bir anlama sahiptir. Ulusal hukuk düzeninin temel normu, ister ulusal ister uluslararası olsun, hukukun meşruluğunun asıl kaynağıdır. Diğer bir deyişle ulusal hukuk uluslararası hukuka üstündür, dolayısıyla egemenlik devlete aittir. İkinci hipotez ise birincinin tam tersidir ve uluslararası hukukun üstünlüğü tezine dayanır. Ulusal hukuk düzeni meşruluğunu uluslararası hukuktan alır ve dolayısıyla devlet egemenliğinden bahsedilemez.¹³¹

Eğer hukuk, ulusal hukukun üstünlüğü tezinden hareketle yorumlanırsa, sadece bir ulusal hukuk düzeni ve dolayısıyla sadece tek bir devlet, tam anlamıyla egemen olarak kabul edilmelidir. Eğer uluslararası hukuk, egemen bir devletin ulusal hukuk düzeninin benimsemesiyle meşruluğunu kazanıyorsa, tek bir devlet dışında hiçbir ulusal yapı egemen olamaz. Diğer devletler, meşruluklarını egemen devletin benimsemesiyle meşruluğa kavuşan uluslararası hukuktan alırlar ve anayasal düzenleri bakımından sadece görelî bir egemenliğe sahip olabilirler. Çünkü onlara bu görelî egemenliği tanıyan uluslararası hukukun meşruluğu, egemen devletin ulusal hukuk sisteminden kaynaklanır.¹³²

Kelsen ikinci hipotezi benimsemekle birlikte her iki hipotezin de hukuk bilimi bakımından eşit meşruluğa sahip olduğu görüşündedir. Devlet egemenliği gözlemlenebilir bir dış dünya olgusu değildir. Devlet ne egemendir ne de egemen olmadığından söz edilebilir. Sadece egemen olduğu ya da olmadığı öngörülebilir. Bu öngörülerin temelinde hukuk kuramı değil, felsefi ve siyasi düşüncelerimiz vardır. Milliyetçi bakışlar, ulusal hukuka; uluslararası bütünleşmeden yana görüşler, uluslararası hukuka üstünlük tanır. Siyasi bakımdan her iki görüş de savunulabilir. Bu nedenle, pozitif hukukun içeriğini bu hipotezlerle temellendirmemiz olanaklı değildir. Hukuk bilimi için bu hipotezlerden birinin kabulü veya reddi bir önem taşımaz. Hukuk bilimi, sadece hukukçuların seçimlerinin nedenlerini ve benimsedikleri hipotezin doğasını fark etmelerine yardımcı olur ve onların bu hipotezlerden pozitif hukukun izin vermediği sonuçları çıkarmalarını engeller.¹³³

Kelsen'in egemenlik üzerine görüşleri hukuk kuramında önemli bir rol oynar. Hukukun tanımı ancak siyasi iktidarın da tabii olduğu normatif düzen esas alınarak yapılabilir. Bununla birlikte yazar, egemenlik kuramından hareketle bir pozitivist tutum geliştiren iradeci pozitivistlerin, özellikle de Austin'in "buyruk" yaklaşımını genel hatlarıyla benimser. Ancak Kelsen'e göre Austin'in yaklaşımı, hukukun normatif boyutunu ihmal eder. Austin devlet ile hukuk düzeni arasında

131) Kelsen, *General Theory...*, s. 384.

132) Kelsen, *General Theory...*, s. 385.

133) Kelsen, *General Theory...*, s. 385, 388.

bir ikilik yaratır. Bu ikinci bakış, egemenin iradesine öncelik tanıır ve onun iradesini hukukun kaynağı olarak görür. Dolayısıyla egemenden başka hiçbir üstün otorite yoktur. Ancak normatif düzen bu görüşü desteklemez, aksine, pozitif hukuka baktığımızda egemen iradenin hukukun sınırları içinde kalmak zorunda olduğunu görürüz. Hukuk normu buyruktur ama bu egemenin iradesinden değil, başka bir normdan kaynaklanan bir buyruktur.¹³⁴ Kelsen egemenlik ile hukuk arasındaki gerilimi, egemenlik kavramını reddederek, hukuk lehine ortadan kaldırır.

Hukuk, normların oluşturduğu bir sistemdir. Normatif sistem hiyerarşik bir sistemdir ve bu hiyerarşi içinde her norm meşruluğunu daha üst düzeydeki bir başka norma borçludur. Normu meşrulaştıran siyasi ya da sosyolojik gerçeklik değil, normatif düzenin kendisidir. Normlar hiyerarşisi sonsuza kadar uzamaz ve hiyerarşik zincir varsayma dayalı bir norm ile sonlanır. Bu varsayma dayalı norm, temel norm adını alır ve tüm diğer normların geçerliliğinin nedenidir. Kelsen, temel normu, devletin tarih içinde en eski anayasası olarak da nitelendirir. Temel normun işlevi bir dereceye kadar doğal hukukun işlevine yaklaşır. Doğal hukuku savunanlar, pozitif hukukun meşruluğunu doğal hukuktan aldığını ileri sürerler. Hukuki pozitivizm böyle bir yaklaşımı kabul edemez. Temel norm doğal hukukun işlevini üstlenir, ancak işlevleri birbirine benzese de temel norm ile doğal hukuk aynı şey değildir. Doğal hukuk, pozitif hukukun içeriğini belirlediği halde, temel norm, pozitif hukukun içeriğine karışmaz. Pozitif hukukun içeriği bütünüyle temel normdan bağımsızdır. Temel norm “meta-hukuki” bir kavramdır.¹³⁵

Kelsen’in hukuk öğretisine kazandırdığı boyut, hukuku, normun doğasına değil, normun içinde yer aldığı sistemin yapısına bakarak anlamaya çalışmasıdır. Pozitif hukuk kuramı tekil normdan değil, onun içinde yer aldığı sistemin yapısından hareketle kurulabilir.¹³⁶ Hukukun sistem olarak algılanması, hiçbir normun mutlak bir üstünlüğe sahip olmadığı, sadece diğer bir norma göre daha üstün nitelik taşıdığı için kendisine üstünlük atfedildiği mantığı sonucunu doğurur. Bu dinamik bakış açısı, Austinci İngiliz pozitivizminin, iradenin hukuk normunun nihai kaynağı olduğu yolundaki temel düşüncesini derinden sarsmıştır.

Kelsen’in değeri gün geçtikçe artan bir diğer önemli katkısı ise ulusal hukuk ile uluslararası hukuk arasındaki ilişkiye bakışından kaynaklanır. Hukuk literatüründe hukuk kuramı ve anayasa hukuku üzerine çalışmalarıyla tanınan Kelsen,

134) Hans Kelsen (1965) “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, **Stanford Law Review**, Cilt 17, s. 1128, 1138-1139.

135) Kelsen, “Professor...”, s. 1141-1144.

136) Kelsen, hukuku tekil norm olarak değil bir sistem olarak algıladığını *Hukuk ve Devlet Genel Teorisi* adlı eserinin ilk satırlarında açıklar. Bkz. Kelsen, **General Theory of Law...**, s. 3.

asında en çok uluslararası hukuk alanında eser vermiştir.¹³⁷ Tekçi ve uluslararası hukukun üstünlüğüne dayanan bir görüşten hareket eden Kelsen, ulusal hukuk sistemlerinin geçerliliklerinin uluslararası hukuk olduğunu, bu durumda temel normun da uluslararası hukukta aranması gerektiğini ileri sürer.¹³⁸ Uluslararası hukukun temel normu, uluslararası antlaşmaların geçerliliğini sağlayan kuraldır ki; bu kuralı uluslararası gelenek hukukunda bulmak mümkündür. Çünkü uluslararası hukuku yaratan, devletlerin kendi aralarında oluşturduğu geleneklerdir. Dolayısıyla devletlerin geleneksel olarak nasıl davranıyorlarsa öyle davranmaya devam etmelerine yönelik kural, uluslararası gelenek hukukunun temel normudur. Uluslararası antlaşmaların geçerliliği ise geleneklerle yaratılan ve süreklilik kazanmış *pacta sunt servanda* kuralına dayanır. Uluslararası örgütler ve yargı organları da uluslararası andlaşmalarla kurulurlar.¹³⁹

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri arasındaki ikiliği ortadan kaldıran Kelsen, uluslararası hukukun hukuk kuramında oynayacağı rolü, bu hukukun gelişim yönünü göstererek ortaya koymuştur. Ona göre uluslararası hukukun mevcut durumu ile potansiyelleri birbirinden ayrılmalıdır. Kelsen bu bağlamda, uluslararası hukukun dağınık yapısının bir merkezleşmeye doğru gideceği ve genel uluslararası hukukun yanında, özel nitelikler taşıyan uluslararası hukuk rejimlerinin ortaya çıkacağı görüşündedir.¹⁴⁰ Bu rejimlerde yargı organları, idari organlar ve hatta yasama işlevine sahip organlar uluslararası antlaşmalar ile kurulacak, klasik uluslararası hukuk ile oluşturulan uluslararası toplumun ötesine geçen çok daha merkezleşmiş yapılar ortaya çıkacaktır. Daha sonraki aşamalarda, görece merkezleşmiş uluslararası toplum konfederasyona ve federasyona dönüşebilecek; uluslararası antlaşmalarla kurulan hukuk düzenleri, ulusal hukuk sistemlerine atfedilen özelliklerin tümüne sahip olabilecektir.¹⁴¹ Kelsen, uluslararası yargı organlarının bu süreci başlatacak temel yapı elemanları olduğu görüşündedir. Tıpkı ulusal hukuk sistemlerinin gelişiminde olduğu gibi, uluslararası rejimlerde de yargı organı yasama organından önce ortaya çıkacaktır.¹⁴²

Kelsen, ulus üstü örgütlenme modelini ve uluslararası hukuk yoluyla ulusla-

137) Kelsen'in biyografisini yazan Rudolf A. Méta'll'in araştırmasına göre yazar anayasa hukuku alanında 92, hukuk teorisi alanında 96, uluslararası hukuk alanında ise 106 adet makale ve kitap yazmıştır. Bu döküm yazarın İngilizceye çevrilen *Normlar Genel Teorisi* adlı kitabına ek olarak verilmiştir. Bkz. Hans Kelsen (1991) **General Theory of Norms**, (İngilizceye çev. Michael Hartney), Clarendon Press, Oxford, s. 440-454.

138) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 366-369.

139) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 369-370.

140) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 326-327.

141) Kelsen, *General Theory of Law...*, s. 327.

142) Hans Kelsen (1944) **Peace Through Law**, University of North Carolina Press, Chapel Hill, NC, s. 58.

rarası alanda özel nitelikli hukuk rejimlerinin oluşturulabileceğini öngören bir yazar olmanın ötesinde, bu öngörüğü pozitif hukuk kuramı ile temellendiren ilk hukukçudur. Kelsen yaşadığı döneme aykırı düşen ancak günümüzde pozitif düzenlemeye kavuşmuş birçok uluslararası hukuk kurumunun da fikir babasıdır.¹⁴³

3- Genel Bir Değerlendirme

Kendisine atfedilen anlamlarla birlikte düşün yaşamında dolaşıma girdiği ve modern devletin kurucu unsuru olarak kabul edildiği dönemden itibaren yaklaşık dört yüzyıllık bir geçmişe sahip olan egemenlik kavramı, geçen süre içinde içeriğini değiştirmiş, yeni anlam içerikleri kazanmış, öte yandan da eski anlam içeriklerinin bazılarını terk etmiş, bazılarını ise bir kalıntı olarak korumuştur. Bodin'den günümüze modern devletin üç aşamadan geçtiği ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, modern devletin orta çağ devlet anlayışının etkisi altında kaldığı dönemdir. Kişi-merkezli egemenlik anlayışı ve egemenliğin Bodin tarafından belirlenen nitelikleri, özünde Hristiyan teolojisinden hareket eden orta çağ Avrupası'na hâkim olan siyaset ve hukuk kuramına dayanır. Modern devletin ikinci döneminde, sürekli, kişi dışı kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu kurumların gelişmesine izin veren yapı ise ulus devlettir. Ulus devletin kurumlarının pekişmesi orta çağ ile olan bağların da kopmasına neden olmuştur. Bu dönemde iç hukuk sistemlerinde kişi dışı egemenlik anlayışı yerleşmeye başlamıştır. İlk yazılı anayasaların ortaya çıkmasından sonra özellikle iç ve dış egemenlik arasındaki ayrım dikkati çekmektedir. Anayasacılık hareketi ile iç hukuk sistemlerinde kişi-merkezli egemenlik öğretisinden uzaklaşılırken, dış egemenlik bakımından on dokuzuncu yüzyıla kadar önemli bir gelişme kaydedilmemiştir. Modern devletin son aşaması, devletlerin uluslararası alanda örgütlenmeye başladığı on dokuzuncu yüzyıl ile başlar, ancak bu alandaki asıl gelişmeler 1945 sonrasında görülmeye başlamıştır. Günümüzde, siyaset kuramı ve kamu hukuku alanında uluslararası düzeyde kozmopolit ve federalist yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır. Bu gelişmeler, önümüzdeki dönemde iç hukuk sisteminde anayasal demokrasiyi inşa eden modern devletin en çok tartışılacak yönünün dış egemenlik ve uluslararası hukuk olacağına işaret etmektedir.

Modern devletin geçirdiği evrim, hukuk genel kuramını da etkilemiştir. Klasik egemenlik kuramına yönelik ilk tepkiler, liberal anayasa hukuku öğretisinin öncülerinden, doğal hukuka dayalı bireysel hak ve özgürlükler, sınırlı devlet ve modern kuvvetler ayrılığı kuramlarının kurucusu Locke ve kuvvetler ayrılığı kuramcısı Montesquieu'dan gelmiştir. Bu yazarların eserleri ulusal hukuk düzeni

143) Örneğin, Kelsen 1932 Hague Konferansı'nda bireylerin de uluslararası hukukun sujesi olabileceğini, 1944 yılında yazdığı bir kitapta uluslararası bir ceza mahkemesi ile devlet adına hareket edenlerin yargılabileceğini savunmuştur.

çerçevesinde, devlet iktidarını hukukla sınırlamaya yönelmiştir. On dokuzuncu yüzyılın sonu ve yirminci yüzyılın başında Duguit, Jellinek, Horroiu, Krabbe gibi hukuk düşünürleri klasik egemenlik kuramını reddeden, eleştiren ya da yeniden anlamaya çalışan eserler vermişlerdir. Bu çalışmaların ağırlık noktasını da ulusal hukuk sistemleri oluşturur ve egemenliğin dış boyutuna ilişkin yeni bir kuramsal açılım getirmekten uzaktır. Norm yerine, hukuk sisteminden hareketle genel hukuk öğretisini kuran Hans Kelsen, uluslararası hukukun, devletlerin egemenliklerini sınırlayan bir hukuk dalı olduğunu kabul eder. Kelsen'in tekçi hukuk yaklaşımı, ulusüstü tüm hukuk rejimlerine uygulanabilecek bir pozitif hukuk öğretisidir. Hart ise Kelsen'den farklı olarak ampirik bir gerçekliğe kavuşmadan uluslararası hukukun alacağı biçimin *a priori* olarak öngörülemediğini savunmakla birlikte hangi koşullar sağlandığında uluslararası hukukun iç hukuk sistemlerine benzeyebileceğinin ipuçlarını vermektedir.

Yirminci yüzyılın egemenlik kuramcılarında Hinsley, egemenliği devletle birlikte algılar ve devlet var olduğu sürece egemenlik kavramına da ihtiyaç olduğunu ileri sürer. Merkezileşmiş siyasi otoritenin bulunduğu her yerde bir nihai karar alıcı olmak zorundadır. Egemenlik, siyasi toplumda nihai ve mutlak bir otorite olduğu ve başka hiçbir yerde mutlak ve siyasi bir otorite olamayacağı fikrine dayanır. Devlet egemenliği sınırlanabilir ama yok olmaz. Egemenliğin uluslararası hukukla sınırlanması da mümkündür. Bu sınırlanma egemen devletler egemenliklerini kaybetmeden gerçekleşebilir. Uluslararası hukuk içinde, hukukun uluslararası üstünlüğüne dayanan yargı organları kurulabilirse kendine özgü bir siyasi toplumun tohumları atılıyor demektir ancak ulus ötesi bir alanda yasama ve yürütme organlarının oluşması için henüz çok erkendir.¹⁴⁴

Hinsley'in bu görüşleri, egemenlik konusundaki tartışmalara ışık tutması bakımından ilginçtir. Yazar, devlet dediğimiz siyasi birliğin son tahlilde egemenlik fikrine dayandığı görüşündedir. Siyasi birlik olan her yerde iktidar sorunu ortaya çıkacaktır. Bu gerçekçi belirleme, Duguit örneğinde olduğu gibi, iktidarı ve siyasi toplumdaki iktidar ilişkilerini görmeksizin sosyal olguyu anlamaya çalışma idealizmine düşmemizi engeller. Duguit çağdaş devletin kişi dışı niteliğini belirlerken haklıdır. Ancak egemenliği sadece klasik anlamıyla ele alır ve kişi dışı devletin de kendine özgü bir egemenlik anlayışı olabileceği üzerinde durmaz. Schmitt'in yaklaşımı ise Duguit'in tam tersidir, egemenliğin farklı algılandığı bir çağda, klasik egemenlik anlayışını temel alır. Schmitt'in kurgusu bütünüyle modern devletin erken dönemine ait bir egemenlik bakışını yansıtır. Schmitt, Bodin ve Hobbes'un egemeni ile günümüzdeki anayasal egemenliği aynı düzlemde eşitlemeye çalışmaktadır. Bununla birlikte, Schmitt'in düşünceleri iki bakımdan

144) F. H. Hinsley (1966) **Sovereignty**, C. A. Watts, Londra, s. 26, 224-226.

uyarıcıdır. Egemenlik anlayışının geçirdiği evrim biyolojik bir evrim değildir; tersine bir gelişme mümkündür. Günümüz dünyasında zaman zaman ortaya çıkan iradeyi temel alan totaliter ve otoriter rejimler bunun en güzel kanıtıdır. Aynı şey ulus ötesi oluşumlar için de söylenebilir. Egemen devletlerin hukukun uluslararası üstünlüğüne dayalı bir uluslararası birliğe yönelmeleri, konfederasyon ve federasyon kurmaları mümkündür. Ama devlete benzediği ölçüde, bu yapıların da otoriter ve totaliter rejimlere dönüşme tehlikesi varlığını korur.

Hinsley'in bakışı, ulus ötesi yapılanmaların nihai formu konusundaki tartışma bakımından da anlamlıdır. Hinsley, Kelsen gibi uluslararası hukuk rejimlerinin ulusal hukuk düzenleri gibi gelişme göstereceği fikrini savunur. Kelsen, kararları bağlayıcı bir uluslararası yargının ilkel bir devlet formu için yeterli olabileceği görüşündedir. Hart, bu konuya doğrudan değinmemekle birlikte, öğretisi bir uluslararası hukuk rejiminin tam anlamıyla hukuk düzeni sayılabilmesi için yasama ve yürütme organları ile merkezi yaptırım mekanizmalarıyla donatılmasını zorunlu kılar. Bu görüşlerden, uluslararası hukuk düzeninin nihai aşamada devlet benzeri bir örgütlenmeye muhtaç olduğu sonucu çıkmaktadır. Kelsen ve Hart, Austinci potizif hukuk yaklaşımını terk etmişlerdir. Her iki yazar da öğretilerinde egemenlik kavramına yer vermemekte, hukuk sistemini egemenlik yerine kullanmakta ve öğretileri hukukla kayıtlanmış ve kurumsal bir yapı üzerinde şekillenen çağdaş kişi dışı devleti esas almaktadır. Bu devletin egemenlik kurgusu anayasal egemenliktir ve kuvvetler ayrılığı temelinde, yasama, yürütme ve yargı organları hukuk devleti ilkesine uygun olarak egemen yetkileri kullanırlar.

Küreselleşmenin kendisini giderek daha fazla hissettirdiği bir dünyada, kamu hukuku ve onun kavramları daha fazla tartışılacaktır. Bu tartışmaların odağını ulus ötesi alan oluşturacaktır. Doruk noktasına Hart ve Kelsen ile ulaşılmış hukuki pozitivizm, tekil norma değil, normatif sisteme yönelmiştir. Onlara göre iktidar normatif sistemin ürünüdür. Sistem yaklaşımına sahip her iki yazar da, uluslararası hukukun, ulusal hukuk sistemleri kadar geliştiği bir ortamda illikliğinden kurtulacağı (Hart) ya da konfederasyon ya da federasyon türü ulus üstü yapıların oluşacağı (Kelsen) görüşündedir. Ancak normatif sistemi esas alan bu yazarlar hangi siyasi ve sosyal gelişmelerin bu süreci etkileyeceği konusunda bir düşünce ileri sürmezler. Buna karşın, egemenlik kuramını reddeden Duguit'nin bakış açısıyla, küreselleşmiş bir toplum düzeninin ancak küresel bir sosyalleşme ve adalet anlayışının gelişmesiyle mümkün olabileceğini söyleyebiliriz. Schmitt ise kamu hukukunun siyasi ve iktisadi gelişmelerden bağımsız düşünülemediği görüşündedir. Mekânsal kurguları değişen bir dünyanın hukuk sistemi ve kavramları farklılaşmak zorundadır. Mekânsal düzeni ulus devletin sınırlarını aşan her yeni oluşum, yeni bir hukukun ve egemenlik söyleminin de beşiği olacaktır.

KAYNAKLAR

- Ağaogulları Mehmet Ali, Akal, Cemal Bali ve Köker, Levent (1992) *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, İmge Kitabevi, Ankara.
- Allot, Philip (2001) “The Emerging Universal Legal System”, *International Law Forum-Forum du droit international*, Cilt 3, s. 12-17.
- Anderson, Perry (1974) *Lineages of the Absolutist State*, NLB, Londra.
- Archibugi, Daniele (1993) “The Reform of the UN and Cosmopolitan Democracy: A Critical Review”, *Journal of Peace Research*, s. 301-315.
- Archibugi, Daniel (1998) “Principles of Cosmopolitan Democracy”, *Re-imagining Political Community –Studies in Cosmopolitan Democracy* (der. Daniele Archibugi, David Held ve Martin Köhler), Polity Press, Cambridge, s. 198-228.
- Austin, John (1954) *The Province of Jurisprudence Determined*, The Noonday Press, New York.
- Bañkowski, Zenon ve Christodoulidis, Emilios (1998) “The European Union as an Essentially Contested Project”, *European Law Journal*, Cilt 4, Sayı: 4, s. 341-354.
- Baratta, J. Preston (1999) “The International Federalist Movement”, *Peace and Change*, Cilt 24, Sayı: 3, s. 340-365.
- Bartelson, Jean (1995) *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Bederman, David J. (2001) “Grotius and his Followers on Treaty Construction”, *Journal of the History of International Law*, Cilt 3, s. 20-34.
- Bentham, Jeremy (1970) *Of Laws in General*, (der. Herbert Hart), Athlone Press, University of London.
- Bodin, Jean (1992), *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth* (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge.
- Buergenthal, Thomas (2001) “Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad”, *Leiden Journal of International Law*, Cilt 14, s. 267-275.
- Bush, M. L. (1967) *Renaissance, Reformation and the Other World 1450-1660*, Harper Colophon Books, New York.
- Camilleri, Joseph A. ve Falk, Jim (1994) *The End of Sovereignty? –The Politics of a Shrinking and Fragmenting World*, Edward Elgar, Vermont.
- Castiglione, Dario (1996) “The Political Theory of the Constitution”, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives* (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford.
- Curtin, Dedrier (1993) “The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces”, *Common Market Law Review*, Cilt 30, s. 145-165.
- Duguit, Léon (1927) *Traité de droit constitutionnel*, 3. baskı, Cilt 1, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris.
- Duguit, Léon (1928) *Traité de droit constitutionnel*, 3. baskı, Cilt 2, Ancienne Librairie Fontemoing, Paris.
- Duguit, Léon (2000) “Egemenlik ve Özgürlük” (Fransızcadan çev. Didem Köse, Sedef Koç), *Devlet Kuramı* (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara.
- Ford, Christopher A. (1996) “Preaching Propriety to Princes: Grotius, Lipsius, and

Neo-Stoic International Law”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Cilt 28, Sayı: 2 (Bahar), s. 313-367.

- Fossum, Erik John (2000) “Constitution Making in the European Union”, *Democracy in the European Union* (der. Erik O. Eriksen ve J. Erik Fossum), Routledge, Londra.
- Frankenberg, Günter (2000) “The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism”, *European Law Journal*, Cilt 6, Sayı: 3, s. 257-276.
- Franklin, Julian H. (1973) *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Franklin, Julian H. (1992), “Introduction”, *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth* (der. Julian H. Franklin), Cambridge University Press, Cambridge.
- Freeman, M. D. A. (1994) *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, altıncı bası, ELBS with Sweet and Maxwell.
- Gibson, John S. (1991) *International Organizations, Constitutional Law, and Human Rights*, Praeger Publishers, New York.
- Gierke, Otto (2000) “Orta Çağ’da Siyasi Kuramlar” (İngilizceden çev. Olgun Akbulut, Emre Zeybekoğlu), *Devlet Kuramı* (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara.
- Glossop, Ronald J. (1993) *World Federation? A Critical Analysis of Federal World Government*, McFarland and Company, Jefferson.
- Gross, Leo (1998) *The Peace of Westphalia, 1648-1948*, *International Law, Classic and Contemporary Readings* (der. Charlotte Ku ve Paul F. Diehl), Lynne Rienner Publishers, Londra.
- Hamilton, Alexander, Madison, James ve Jay, John (1982) *The Federalist Papers*, Bantam Books, Toronto.
- Harding, Christopher ve Lim, C. L. (1999) “The Significance of Westphalia: An Archaeology of the International Legal Order”, *Renegotiating Westphalia* (der. Christopher Harding ve C. L. Lim), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.
- Hart, H. L. A. (1997) *The Concept of Law*, ikinci baskı, Oxford University Press, Clarendon Law Series, New York.
- Hauriou, Maurice (1912) *La souveraneté nationale*, Recueil Sirey, Paris.
- Held, David (1992), “Democracy: From City States to a Cosmopolitan Order”, *Political Studies*, Cilt 40, özel sayı, s. 10-39.
- Held, David (1995) *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Polity Press, Cambridge.
- Hinsley, F. H. (1966) *Sovereignty*, C. A. Watts, Londra.
- Hobbes, Thomas (1968) *Leviathan*, Collier Books, Londra.
- Jennings, Jeremy (1996) “From ‘Imperial State’ to ‘l’Etat de Droit’: Benjamin Constant, Blandine Kriegel and the Reform of the French Constitution”, *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives* (der. Richard Bellamy ve Dario Castiglione), Blackwell Publishers, Oxford.
- Kant, Immanuel (1965) *The Metaphysical Elements of Justice*, (İngilizceye çev. John Ladd), Macmillan Publishing Company, New York.
- Kantorowicz, H. (1957) *The King’s Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton.

- Kelsen, Hans (1920) *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts – Beitrag zu einer Reiner Rechtslehre*, Mohr, Tübingen.
- Kelsen, Hans (1944) *Peace Through Law*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, NC.
- Kelsen, Hans (1965) “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, Cilt 17, s. 1128-1139.
- Kelsen, Hans (1967) *The Pure Theory of Law*, (İngilizceye çev. Max Knight), University of California Press.
- Kelsen, Hans (1991) *General Theory of Norms*, (İngilizceye çev. Michael Hartney), Clarendon Press, Oxford.
- Kelsen, Hans (1999) *General Theory of Law and State*, The Lawbook Exchange, Union-New Jersey.
- Keohane, Nannerl O. (1980) *Philosophy and the State in France: From the Renaissance to the Enlightenment*, Princeton University Press, Princeton.
- Krabbe, Hugo (1965) *Devlet Teorisinin Tenkitli İzahı*, (çev. Muammer-Vassaf Tolga), İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları sayı: 37, İstanbul.
- McCormick, Neil (1999) *Questioning Sovereignty – Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford.
- Machiavelli, Niccolò (1985), *The Prince* (İngilizceye çev. Harvey C. Mansfield), University of Chicago Press, Chicago.
- Mac Iwain, C.H. (1958) *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca, New York.
- Mancini, Federico G. (1991) “The Making of a Constitution for Europe”, *The New European Community* (der. R. Keohane ve S. Hoffmann), West View, Boulder.
- Martin, Michael (1987) *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart*, Temple University Press, Philadelphia.
- Meinecke, Friedrich (1998) *The Doctrine of Raison de’État and Its Place in Modern History*, (İngilizceye çev. Douglas Scott), Transaction Publishers, New Brunswick.
- Meray, Seha L. (1977) *Uluslararası Hukuk ve Örgütler*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.
- Mogi, Sobei (1969) *The Problem of Federalism: A Study in the History of Political Theory*, II. Cilt, George Allen and Unwin Ltd., Londra.
- Oppenheim, Lassa (1905) *International Law*, Longmans, Green and Co., Londra.
- Passerin, Alessandro d’Entrèves (2000), “Devlet Kavramı”, (Fransızcadan çev. Başak Baysal), *Devlet Kuramı* (der. Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara.
- Philpott, Daniel (1999) “Westphalia, Authority, and International Society”, *Political Studies*, Cilt XLVII, s. 566-589.
- Pogge, T. W. (1994) “Cosmopolitanism and Sovereignty”, *Political Restructuring in Europe: Ethical Perspectives* (der. C. Brown), Routledge, Londra.
- Rabkin, Jeremy (1997) “Grotius, Vattel, and Locke: An Older View of Liberalism and Nationality”, *Review of Politics*, Cilt 59, Sayı: 2 (Bahar), s. 293-323.
- Rousseau, Jean Jacques (1971) “The Social Contract or Principles of Political Right”, *Jean Jacques Rousseau: Authoritarian Libertarian?* (der. Guy H. Dodge), D.C. Heat and Company, Lexington.

- Ruggie, John G. (1986) "Continuity and Transformation in the World Polity: Towards a Neorealist Synthesis", *Neorealism and its Critics* (der. Robert O. Keohane), Columbia University Press, New York.
- Ruth Lapidoth (1992) "Sovereignty in Transition", *Journal of International Affairs*, Cilt 45, Sayı: 2, s. 157-176.
- Sabine, George (1961), *A History of Political Theory*, Holt, Rinehart and Winston, New York.
- Schermers, Henry G. ve Blokker, Niels M. (1999) *International Institutional Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.
- Schmitt, Carl (1988) *Political Theology*, MIT Press, Cambridge.
- Schmitt, Carl (1997) *Land and Sea*, Plutarch Press, Washington.
- Schmitter, P. C. (1996) "Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts", *Governance in the European Union* (der. G. Marks), Sage, Londra.
- Schuppert, G. Folke (1995) "The Evolution of a European State: Reflections on the Conditions of and the Prospects for a European Constitution", *Constitutional Policy and Change in Europe* (der. J. J. Hesse ve N. Johnson), Oxford University Press, Oxford.
- Shaw, Jo (1999) "Postnational Constitutionalism in the European Union", *Journal of European Public Policy*, Cilt 6, s. 579-597.
- Skillen, James (1996) *Natural Law Before and After Sovereignty*, *Sovereignty at the Crossroads?* (der. Luis E. Lugo), Rowman and Littlefield Publishers, Lanham (Maryland).
- Ulmen, L. (1993) "The Concept of 'Nomos': Introduction to Schmitt's Appropriation/Distribution/ Production", *Telos*, Bahar, Sayı: 95, s. 39-52.
- Walker, Neil (2000) "Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe", *Harvard Jean Monnet Working Paper 12/99*, Cambridge.
- Weber, Max (1954) *On Law in Economy and Society*, (der. Max Rheinstein, İngilizceye çev. Edward Shils), Simon and Schuster, New York.
- Weiler, Joseph (1991) "The Transformation of Europe", *Yale Law Journal*, Cilt 100, s. 2403-2483.
- Wilks, Michael (1963) *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Witte, Bruo de (1998) "Sovereignty and European Integration, the Weight of Legal Tradition", *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence* (der. Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet ve J. H. H. Weiler), Hart Publishing, Oxford.
- Yasuaki, Onuma (2000) "When was the Law of International Society Born? –An Inquiry of the History of International Law from an Intercivilizational Perspective", *Journal of the History of International Law*, Cilt 2,s. 1-66.

ÖZET

Egemenlik, ulus devlet anlayışının temel kavramlarından biridir. Ulus devlet daha önceki devlet yapılarından farklı bir egemenlik anlayışını on yedinci yüzyıldan itibaren inşa etmeye başlamıştır. Bu makalede, son dört yüz yılda önde gelen hukuk teorisyenlerinin egemenlik kavramına getirdiği farklı tanımlar ve yaklaşımlar özetlenmiş ve egemenlik kavramının içeriğinin göstermiş olduğu değişim analiz edilmiştir. Bu tarihi bakış mutlak nitelikli ve kişi merkezli klasik egemenlik öğretisinin zamanla kurum ve hukuk merkezli bir nitelik kazandığına işaret etmektedir. Bu gelişimin bir sonucu olarak pozitif hukuk öğretisi de devleti kişiye ve onun iradesine benzeterek algılayan, hukuku da bu kişi devletin ürünü olarak gören bir söylemden uzaklaşarak, devletin hukukla özdeşleştirildiği ve hukukun devlet organlarının yetki sınırlarını belirlediği yeni bir yaklaşım biçimine yönelmiştir. Makale ayrıca uluslararası ve ulusüstü yapıların egemenlik söyleminin kurgulanması üzerindeki etkilerini de ele almaktadır.

Anahtar kelimeler: Egemenlik, ulus devlet, hukuk teorisi, uluslararası hukuk, ulusüstü hukuk.

Hukuk Yoluyla Demokrasi mi, Demokrasi Yoluyla Hukuk mu? Hukuk ve Demokrasi İlişkisi Üzerine Değerlendirmeler

Democracy Through Law Or Law Through Democracy?
Reflections On The Relationship Between Law And Democracy

Yrd. Doç. Dr. Selman Karakul

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

“Democracy through law” formula refers to the application of legal procedures in establishing, protecting and consolidating democratic order. On the other hand, the concept of “law through democracy” emphasizes that democratic procedures and principles shall be applied in the preparation, adoption and application of legal rules. Although the formula of “democracy through law” is widely accepted in theory and practice, the concept of “law through democracy” is not commonly used and endorsed by the doctrine. This paper analyses the democratic transition and consolidation through law, “law through democracy” approach and the probable impacts of cosmopolitan democracy over national legal systems in a general framework.

Keywords: Democracy through law, law through democracy, democratic transition, democratic consolidation, cosmopolitan democracy

GİRİŞ

Hukuk ve demokrasi ilişkisi, günümüzde büyük ölçüde liberal paradigma çerçevesinde ele alınmaktadır. Liberal devlet anlayışına yöneltilen tüm eleştirilere rağmen, Atina demokrasisinin sona ermesinden iki bin yılı aşkın bir süre sonra, sınırlı da olsa demokrasiyi bir yönetim biçimi ve meşru hukuk zemini haline getiren, klasik liberal düşünürler ve liberalizmin pozitif yönde gelişmesine öncü olan koloni ve federasyon ölçeğinde Kuzey Amerika ve Fransa tecrübeleridir. Klasik liberal düşünürlerden birçoğunun demokrasiyi en iyi yönetim biçimi ola-

rak görmedikleri bilinmektedir.¹ Ancak, bireyi temel alan bir siyasi düşüncenin er ya da geç demokrasiyle buluşması kaçınılmazdı. 19. ve 20. yüzyıllarda hukuk ve demokrasinin birbirini önceleyen ve etkileyen karmaşık bir ilişki içinde geliştikleri görülmüştür. Demokratik düzeni kurma, geliştirme ve korumada hukuki yöntemlere başvurulmuş; buna karşılık başta kurucu iktidar olmak üzere, kanun koyucuların demokratik yollarla göreve gelmeleri ve demokratik kurallara uygun karar almaları istenmiştir.

“Hukuk yoluyla demokrasi” formülü, İkinci Dünya Savaşından sonra “Militer Anayasa” anlayışıyla sağlanmaya çalışılan hukuk-iktidar uzlaşması bağlamında kullanıldığı gibi, Orta ve Doğu Avrupa’daki eski sosyalist devletlerin (liberal) demokratikleşme sürecini ifade etmek için de kullanılmaktadır.² “Hukuk yoluyla demokrasi” ifadesinin, öncelikle hukuk yoluyla demokratik düzene geçişi, ikinci olarak da demokratik düzenin hukuk yoluyla korunması ve sürdürülmesini çağrıştıran iki boyutu olduğu söylenebilir. Hukuk yoluyla demokrasiye geçiş, öncelikle Atina Demokrasisi’nin kuruluş süreci kapsamında incelenebilir. Modern dönemde hukuk, demokrasiye geçişi sağlamada önemli bir işlev üstlenmiş ancak dönem dönem demokrasinin kesintiye uğramasına engel olamamıştır. Huntington’a göre “bir demokratlaşma dalgası, belli bir zaman dönemi içinde, demokratik olmayan rejimlerden demokratik rejimlere doğru gerçekleşen ve aynı zaman dönemi içinde aksi yöndeki geçişlerden çok daha fazla sayıda olan bir grup geçiştir. Bir dalgada genellikle, tam demokratlaşmayan siyasal sistemlerde liberalleşme veya kısmi demokratlaşmalar da söz konusu olur.”³ Huntington’un “birinci demokratlaşma dalgası” olarak ifade ettiği modern demokratik düzene

1) Örneğin; Locke’a göre, “...çoğunluk doğal olarak içlerindeki topluluğun tüm gücü toplu olarak insanların ilk birleşmesi üzerine zaman zaman topluluk için kanun koymada ve kendi atadıkları memurlarla o kanunları icra etmede o gücün tamamını kullanabilirler ve o zaman hükümet şekli mükemmel bir demokrasidir; ya da kanun koyma gücünü birkaç seçilmiş adamın ve onların varislerinin eline verebilir ve o zaman bu bir oligarşidir; ya da tek bir insanın eline verebilir ve o zaman bu bir monarşidir, ona ve varislerine olursa soydan geçen monarşi olur; sadece ömrü boyunca ona ama ölümünden sonra aday olarak seçilen varise geçerse seçici bir monarşidir. Ve bunlara göre iyi olduğunu düşüncükleri karışık hükümet şekilleri oluştururlar...” John LOCKE, *Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Toplumda Devlet*, Çev: Serdar Taşçı ve Hale Akman, İstanbul (2002), Metropol Yayınları, s. 103. Rousseau’ya göre ise “...hiçbir yönetim, demokrasi ya da halk yönetimi kadar iç savaş ve karışıklıklara elverişli değildir. Çünkü demokrasi kadar durmadan biçim değiştirmeye alabildiğine kayan, varlığını korumak için de daha çok uyanıklık ve yiğitlik isteyen hiçbir yönetim yoktur... Bir tanrılar ulusu olsaydı, demokrasi ile yönetilirdi. Böyleli olgun bir yönetim insanların harcı değil.” Jean Jacques ROUSSEAU, *Toplum Sözleşmesi*, Çev: Vedat Günyol, Altıncı Basım, İstanbul (1994), Adam Yayınları, s. 81.

2) İbrahim KABOĞLU, “Hukuk Yoluyla Demokrasi”, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (Halil Nadaroğlu’na Armağan)*, XIV, 1, (1998), s. 217

3) Samuel P. HUNTINGTON, *Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çev: Ergun Özbudun, Ankara (1996), Yetkin Yayınları, s. 11

geçiş süreci, 19. yüzyıl başlarındaki hukuki düzenlemelerle (erkeklere) genel oy hakkının yaygınlaşmasıyla başlamış ve faşist rejimlerin ve askeri diktatörlüklerin iktidara gelmeye başladığı 1930'ların başlarına kadar devam etmiştir.⁴ Huntington'a göre, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra başlayan ve 1960'ların başlarına kadar devam eden "ikinci demokratlaşma dalgası" ile Portekiz'de diktatörlüğü sona erdiren Karanfil Devrimi'nin gerçekleştiği 1974 yılında başlayarak, Yunanistan, İspanya ve bazı Latin Amerika ülkelerinde yeniden demokratik düzene geçişle yayılan "üçüncü demokratlaşma dalgası"⁵ sürecinde yapılan anayasalar ve diğer hukuki düzenlemeler, hukuk yoluyla demokrasiye geçiş uygulamasına dâhil edilebilir.

Günümüzde "hukuk yoluyla demokrasi" denildiğinde, 1990 yılında, Avrupa Konseyi'nin anayasal konulardaki istişarî organı olarak kurulan ve özellikle 1990'lı yılların başından itibaren Avrupa Konseyi'ne üye olan Orta ve Doğu Avrupa'daki eski sosyalist devletlerde Avrupa standartlarına uygun demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti prensiplerinin yerleştirilmesi için hukuki danışmanlık görevi üstlenen, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu veya bilinen adıyla Venedik Komisyonu akla gelmektedir.⁶ Venedik Komisyonu'nun kararları bağlayıcı olmamasına rağmen, Komisyon, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde liberal demokrasiye geçiş sürecinde başta anayasalar olmak üzere, seçim, siyasi partiler ve kolektif hak ve özgürlüklerle ilgili temel hukuki düzenlemelerin hazırlaması veya değiştirilmesine doğrudan katkıda bulunmuştur. Venedik Komisyonu'nun görev alanı yalnızca demokrasiye yeni geçiş yapan Orta ve Doğu Avrupa ülkeleriyle sınırlı değildir. Komisyon, demokrasiye geçiş sürecini tamamladığı kabul edilen ülkelere de demokrasinin hukuk yoluyla pekiştirilmesi konusunda bir çeşit uzman bilirkişilik hizmeti yerine getirmektedir.

Demokratik düzenin hukuk yoluyla korunması, demokratik hakların ancak öngörülen hukuk kuralları çerçevesinde kullanılabilmesini ve hakların kötüye kullanılması yasağını ifade etmektedir. Türkiye'de demokratik düzenin sürdürülebilmesi için katı hukuki sınırlarla korunması gerektiği düşüncesi, özellikle yüksek yargı organlarının demokratik hak ve özgürlükleri sınırlayıcı normları geniş yorumlayan kararlarıyla desteklendiğinde, hukukun demokratik sistemin işleyişini engelleyici hale dönüşebildiği görülmüştür.⁷ Oysa Avrupa demokrasilerinde hakların kötüye kullanılması yasağı, çoğu ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer alsa da, oldukça istisnâî koşullarda uygulama kabiliyeti bulmak-

4) HUNTINGTON, a.g.e., s. 13-15

5) HUNTINGTON, a.g.e., s. 17-18

6) http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation (23 Nisan 2015)

7) Bkz. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara (2000), Seçkin Yayınları, s. 31 vd.

tadır. Bu durumun -biçimsel demokrasi anlayışındaki temel çıkış noktası aynı olmakla beraber- Batı Avrupa ile Doğu ve Güney Avrupa’da demokrasi kültürü ve demokrasiye tehdit algısındaki farklılıklardan kaynaklandığı söylenebilir.

Demokratik sistemin pekiştirilmesi ve sürdürülmesi ise öncelikle demokratik düzene geçiş sürecinin tamamlanmasını gerektirmektedir. Demokratik sürecin pekiştirilmesinde hukuki etmenlerin yanı sıra, farklı toplumsal etmenler de önemli rol oynamaktadır. Bu çalışmanın konusu kapsamında, demokratik sistemin pekiştirilmesi ve sürdürülmesine hukukun katkısı, demokratik katılımın artırılması ve demokratik karar alma süreçlerinin yaygınlaştırılması amacıyla yapılan hukuki düzenlemeleri kapsamaktadır. Pozitif yönüyle hukuki üst yapı, demokratik müzakere ortamını hazırlayarak, bir yandan da “demokrasi yoluyla hukuk” formülüne katkıda bulunmaktadır.⁸ Örneğin; Türkiye’de 1982 Anayasası döneminde yapılan kapsamlı anayasa değişikliklerinin (1995, 2001, 2004 ve 2010 anayasa değişiklikleri) ve Avrupa Birliği’ne (AB) uyum sürecinde yapılan yasal düzenlemelerin önemli bir bölümü toplumda çoğulcu ve katılımcı demokrasi kalitesini geliştirmeyi amaçlamaktadır.⁹

Doktrinde, “demokratik karar alma süreci”¹⁰ olarak ifade edilen¹¹ ve bu çalışmada “demokrasi yoluyla hukuk” formülüyle anlatılmak istenen husus, hukuk/demokrasi ilişkisinde hukukun demokrasiyi kurup, yön verdiği tek yönlü determinizmin dışına çıkılarak, demokrasinin hukuku şekillendirmesi, diğer bir deyişle, hukuk kurallarının demokratik prensiplere uygun olarak hazırlanması, müzakere ve kabul edilmesidir. Temsili ve katılımcı demokrasinin meşruiyet açığını gidermek üzere geliştirilen “müzakereci demokrasi” kavramı, ilk kez 1980 yılında Joseph Bessette tarafından kullanılmasından bu yana, demokrasi teorisiyle ilgili çalışmalarda ayrıcalıklı bir konuma yerleşmiştir. Bessette’ye göre, müzakereci demokrasi anlayışı, Amerikan kurucu babalarının düşüncelerinde ve başlattıkları anayasal gelenekte açıkça ifade edilmese bile, en azından ima

8) Emmanuelle AVRIL ve Johann N. NEEM (Ed.), “Introduction “Contested Democracy”: A Critical Evaluation”, *Democracy, Participation and Contestation: Civil Society, Governance and the Future of Liberal Democracy*, Abingdon (2015), Routledge, s. 2-6; Ian SHAPIRO, *The State of Democratic Theory*, Princeton (2003), Princeton University Press, s. 78 vd.

9) Konunun teorik çerçevesi ve 2003 yılına kadar yapılan hukuki düzenlemeler kapsamındaki değerlendirmeler için bkz. Sevtap YOKUŞ, “Avrupa Birliği’ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye’de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXI, 1-2, (2003), s. 185-254

10) “the process of democratic decision making” veya “le processus de décision démocratique”

11) Peter KOSLOWSKI (Ed.), *Individual Liberty and Democratic Decision Making*, Tübingen (1987), Mohr, s. 1-4; Leslie Friedman GOLDSTEIN, “American Innovations in Democratic Decision Making”, *Democratic Decision-Making: Historical and Contemporary Perspectives*, David Lewis Schaefer (Ed.), Lanham, MD (2012), Lexington Books, s. 37-56

ediliyordu.¹² Diğer yandan, demokrasi yoluyla hukuk formülünün gerçekleştirilmesi, yalnızca anayasa ve kanunlarda düzenlenen liberal demokrasinin biçimsel yöntemleriyle sınırlı görülmemektedir. Habermas, hukuk ve demokrasi ilişkisini değerlendirirken, demokratik karar alma sürecinde gerçekleşen müzakerenin eşit yurttaşlık hakları temelinde, gayri resmi kamusal alanda ve liberal teorinin bir takım ön kabullerinden bağımsız olarak cereyan etmesi gerektiğini savunmaktadır.¹³

Hukuk ve demokrasi ilişkisinde son olarak, siyaset felsefesinde modern kökleri Kant'a uzanan kozmopolit düzen kuramından hareketle, demokrasi teorisini ulusal üstü temele dayandırmaya çalışan David Held'in geliştirdiği kozmopolit demokrasi kavramı üzerinde durmak gerekir. Held, kozmopolit demokrasi kavramıyla, genel olarak, ulus devletlerin ülkeleriyle sınırlı mevcut demokratik kurum ve usullerin kapsamının genişletilerek, geliştirilmesini kastetmektedir. Held'in, kozmopolit demokrasi anlayışına göre, birbiriyle örtüşen bir dizi yerel, bölgesel ve küresel gelişme, demokratik siyasetin anlamı ve konumunu yeniden düşünmeyi zorunlu kılmıştır. Held, gelişen küresel süreçlerin üç temel özelliğini vurgulamaktadır: Birincisi, ekonomik, siyasi, hukuki, askeri ve kültürel süreçlerin birbiriyle bağlantısı, egemen devletlerin tepeden düzenleme olanaklarını bazı alanlarda daraltarak, nitelik, kapsam ve yetkilerinde değişime yol açmaktadır. İkincisi, bölgesel ve küresel bütünleşme, ulusal siyasi sistemin niteliğini ve dinamiklerini değiştirerek, devletleri ve yurttaşlarını etkileyen bir dizi siyasi karar ve sonuçlar doğurmaktadır. Üçüncüsü, yerel gruplar, hareketler ve milliyetçi akımlar ulus devletin temsili niteliğini ve hesap verebilirliğini sorgulamaktadırlar. Held'e göre, demokrasi bu üç gelişmeye ve bunların ulusal ve uluslararası güç odaklarındaki yansımalarına uyum sağlamak zorundadır.¹⁴

Hukuk ve demokrasi kavramlarını karşılıklı etkileşim ve bağımlılık ilişkisi içinde, genel bir perspektifle ele almayı amaçlayan bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, hukuk yoluyla demokratik düzene geçiş; ikinci bölümde, demokratik düzenin hukuk yoluyla sürdürülmesi; üçüncü bölümde, hukukun oluşum sürecinde demokratik yolların kullanılması, diğer bir deyişle "demokrasi yoluyla hukuk"; dördüncü ve son bölümde ise, kozmopolit demokrasinin ulusal hukuklara etkisi konularına yer verilmektedir.

12) Samantha BESSON ve José Luis MARTÍ (Ed.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Aldershot, Hampshire (2006), Asgate Publishing, s. xiii-xiv

13) Jürgen HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Çev: William Rehg, Cambridge (2011), Polity Press, s. 308-314

14) David HELD, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge (1995), Polity Press, s. 267 vd.

I- Hukuk Yoluyla Demokratik Düzene Geçiş

A- Antik Yunan'da Demokrasi

Demokrasi, Antik Yunan uygarlığının en şaşırtıcı ve çarpıcı buluşlarından birisidir. Diğer kadim medeniyetlerden bazıları da bir dereceye kadar karar alma sürecine halkı dâhil etmiş veya kabaca eşitlik ilkesine dayanan bir örgütlenmeye sahip olmuştur. Ancak, kent devleti (polis) ölçeğinde de olsa, görece geniş ve karmaşık bir insan topluluğunun kendi kendisini idare edebileceği düşüncesini hayata geçirdiği bilinen ilk insan topluluğu Antik Yunanlılardır. Kendi yönetimlerini ifade etmek için, halkın iktidarı anlamına gelen *demokratia* kavramını kullanmışlardır. Demokrasinin ilk örnekleri M.Ö. 6. yüzyılda çeşitli Yunan polislerinde ortaya çıkmıştır. Bu dönemden günümüze kalan kaynaklar yok denecek kadar azdır ve demokrasinin uygulandığı ilk polislerin klasik demokrasinin hangi unsurlarını taşıdığı bilinmemektedir. Ancak Ege kıyılarında, Yunan yarımadasında, Karadeniz kıyısında ve Libya kıyılarındaki bazı polislerin *demokratia* tecrübesine sahip oldukları tahmin edilmektedir.¹⁵ M.Ö. 6. yüzyıl sonlarında Atina'da ve M.Ö. 5. yüzyılın başlarında Argos ve Syracuse gibi bazı polislerde demokrasi benzeri bir yönetime geçilmiştir. *Demokratianın* geniş coğrafi dağılımı ve polisler arasındaki uygulama farklılıkları, bu yönetimin lokal bir icat olmadığını, tek bir mucidin anlık keşfine dayanmadığını, Yunan dünyasında yaygın davranış ve koşullar içinde geliştiğini göstermektedir. Halka dayalı yönetimlerin bazı polislerde nasıl oluştuğu konusundaki mevcut veriler, nadir istisnalar dışında, *demokratianın* zora dayalı devrimler ve askeri yenilgilerin ardından beliren karışıklık ortamında ortaya çıkma olasılığını güçlendirmektedir. Olağanüstü bir siyasi krizin ardından, geleneksel monarşi, tirani ya da aristokratik yönetime karşı halk iktidarının üstün geldiği anlaşılmaktadır. M.Ö. 5. ve 4. yüzyıllarda (Klasik Dönem) *demokratia*, Yunan dünyasında yaygınlaşmıştır. Peloponez savaşında Atina'nın ve demokratik cephenin yenilmesinin ardından, demokrasiyle idare edilen polislerde tiraniye geçilmiştir. Atina'nın Sparta yenilgisi sonucunda kısa bir süre Sparta yönetiminin desteklediği otuz tiranlar oligarşisinin zalim ve keyfi yönetimi hüküm sürmüştür; M.Ö. 4. yüzyılın başlarında demokrasi Atina'da yeniden ihya edilmiştir. Yunan dünyasında Klasik Dönem boyunca devam eden demokratik kurumlar, Helenistik Dönem'de Makedon Krallığı ve geniş konfederasyonların etkisi altına girmiştir. Bu dönemde Rodos istisnası dışında Yunan polislerinde kent yönetimine halkın katılımı azalmış ve nihayet M.Ö. 2. yüzyılda Roma hâkimiyetinin genişlemesiyle tamamen ortadan kalkmıştır.¹⁶

15) Eric W. ROBINSON (Ed.), *Ancient Greek Democracy: Readings and Sources*, Oxford (2004), Blackwell Publishing, s. 1-2

16) ROBINSON, a.g.e., s. 2-3

Halkın polis yönetimine doğrudan katılımı, diğer bir deyişle klasik demokratik rejimin tesisi, Atina'da M.Ö. 594 yılında yapıldığı kabul edilen Solon reformları ve M.Ö. 508-507 yıllarında gerçekleştirilen Cleisthenes reformları sayesinde mümkün olabilmıştır. Orta sınıfa dâhil bir aileden gelen Solon, lider kişiliği ve yetenekleri sayesinde yönetime geldikten sonra, köklü hukuki reformlar gerçekleştirmiştir. Atina halkını mevcut servet durumlarını göz önüne alarak dört temel sınıfa ayıran Solon, magistrallıkları ilk üç sınıf arasında paylaşmış, diğer sınıfa da halk meclisine katılma hakkı vermiştir. Magistrallıkların, her sınıfın içindeki kabilelerden eşit sayıda seçilmesi öngörülmüştür. Solon ayrıca, demokrasinin tesisinde barış ortamını gerçekleştirmek amacıyla kişinin borçlarına karşılık özgürlüğünü teminat göstermesine, yani borç bağımlılığı veya borç köleliğine son vermiş ve özel ve kamusal borçlar için af çıkarmıştır.¹⁷ Solon reformları demokrasinin Atina'da yerleşmesi için önem taşımakla birlikte, Atina'yı tam olarak iç kargaşadan kurtaramamıştır. Solon'un ölümünden kısa bir süre önce demokrasi idaresine son verilerek, Pisistratus'un ılımlı tiranlığına geçilmiştir. M.Ö. 508 yılında Atina'da tiranlık idaresine son verilmesinin ardından, bu kez Cleisthenes, alt sınıfların da desteğiyle demokrasinin yeniden tesisi için bir dizi reform gerçekleştirmiştir. Cleisthenes, Atina'da en küçük idari birim olarak *demelere* dayalı bir yönetim sistemi geliştirmiştir. Atina'da, Cleisthenes reformlarıyla, yurttaşların dâhil olduğu *demeler* (Cleisthenes döneminde toplam 139 *deme* mevcut olduğu tahmin edilmektedir) esas alınarak, eşit yurttaşlık esasına göre siyasi kurumlara katılma imkânı getirilmiştir.¹⁸

Atina'nın esas teşkilatının ve kanunlarının komşu devletlerin hukuki düzenlemelerini kopya etmediği, demokratik düzenin hukuk yoluyla kurulmasında öncü ve örnek olduğu anlaşılmaktadır. Kent yönetimi azlığı değil, çokluğu esas almıştır ve bu yüzden adına *demokratia* denilmiştir. Kanunlara bakıldığında, herkese, özel farklılıklar içinde eşitlik sunmaktadır. Toplumsal yaşama gelince, kamu yaşamında ilerleme liyakat esasına dayalıdır; sınıflarla ilgili değerlendirmeler hak etme ile karıştırılmamıştır. Bir insanın devlete hizmet etme yeteneği varsa, mülkiyet sahibi olup olmaması onun yolunu tıkamamış, içinde bulunduğu koşulların olumsuzluğu onun başarısını engellememiştir. Yönetime katılma özgürlüğü gündelik yaşama kadar uzanmıştır. Ancak özel ilişkilerdeki rahatlık, hukuk kurallarına riayet bilincini ortadan kaldırmamış, kanunlara saygı anlayışı her şeyden önde gelmiştir.¹⁹

17) Güven BAKIREZER, "Antik Yunan Düşüncesinde Kölelik", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 63, 1, (2008), s. 17-54; Brian BONHOMME ve Cathleen BOIVIN (Eds.), *Milestone Documents in World History: Exploring the Primary Sources That Shaped the World*, Dallas, Texas (2010), Schlager Group, s. 191-206.

18) ROBINSON, a.g.e., s. 76-92

19) Robert A. DAHL, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çev: Levent Köker, Ankara (1993), Türk Siyasi İlimler Derneği ve Türk Demokrasi Vakfı ortak yayını, s. 21

B- Modern Demokrasi

Atina demokrasisinin sona ermesinin ardından, halkın sınırlı ve dolaylı da olsa iktidarın meşruiyet kaynağı olarak görülmesi gerektiği hemen her dönemde bazı düşünürler tarafından teorik olarak dile getirilmiştir. Ancak pozitif alanda, yetkileri istişareyle sınırlı ve sınıfsal tabakalara dayalı belli kurullara katılım imkân verilmesi dışında, iki bin yılı aşkın bir süre geniş yurttaş katılımına dayalı yönetim anlayışı uygulamaya geçirilememiştir. Demokratik yönetimin modern dönemde yeniden uygulanabilmesi, Antik Yunan demokrasısından birçok yönden farklılaşması sayesinde mümkün olabilmektedir. Dahl'a göre, modern demokratik ilkeler ve kurumlar diğer birçok unsurun bulunmasına rağmen, özellikle üç etken tarafından biçimlendirilmiştir. Bunlardan birincisi cumhuriyetçi gelenek, ikincisi temsili yönetimlerin gelişimi, üçüncüsü ise siyasal eşitlik inancından türeme eğilimi gösteren belirli yargılardır.²⁰

Cumhuriyetçi gelenek, Antik Yunan demokrasisinin yurttaş erdemi, toplumun iyiliğini amaçlama ve hukuki eşitlik gibi temel ilkelerini benimsemiştir. Buna karşılık Cumhuriyetçilik, Eski Yunan'daki demokrasi muhaliflerinin görüşlerinden hareketle demokrasinin kırılğan unsurlarını telafi edecek yenilikler de getirmiştir. Cumhuriyetçiler, tekin, azlığın ve çokluğun çıkarlarını, demokrasi, aristokrasi ve monarşiye içeren, bu üç unsurun herkesin iyiliğinde birleşmesini sağlayacak bir karma yönetim oluşturmayı ve üç yönetimi bir şekilde dengeleyen bir anayasa yapmayı amaçlamıştır. Aristokratik cumhuriyetçi görüşe göre, halka, yani çokluğa güvenilmekten çok korkulması gerektiği için, yönetimde önemli bir role sahip olması kabul edilse bile, bu rol sınırlı olmalıdır. Aristokratik Cumhuriyet yanlıları için en zor anayasal sorun, çoğunluğun güdülerini yeterince sınırlayacak bir mekanizma geliştirmektir. Halka düşen rol, Atina'da olduğu gibi yönetmek değil, daha çok siyasal topluluğun bütününe yönetme işlevini yerine getirebilecek yeterliliğe sahip önderleri seçmektir. 18. yüzyılın oluşum halindeki demokratik cumhuriyetçiliğinde ise aksine en fazla korkulması gereken unsur çokluk değil, azlıktır; yani halk değil, aristokratik ve oligarşik unsurlardır. Demokratik Cumhuriyetçiliğe göre, anayasal görev, azlığın veya tek bir despot ile yandaşlarının üstün gelmeleri yönündeki eğilimin üstesinden gelebilecek bir sistem kurmaktır. Aristokratik ve demokratik cumhuriyetçiler, iktidarın yoğunlaşmasını önlemek için farklı çözümler geliştirmişlerdir. Aristokratik cumhuriyetçiler karma yönetimin unsurlarıyla yetki temerküzünü engellemeyi öngörürken, demokratik cumhuriyetçiler, Montesquieu tarafından meşhur edilen kuvvetler ayrılığı görüşüyle devletin üç temel işlevi arasında uygun bir dengeyi gerçekleştirmek istemiştir.²¹

20) DAHL, a.g.e., s. 29

21) DAHL, a.g.e., s. 29-33

İkinci olarak, Antik Yunan'da temsili demokrasi düşüncesi ve uygulaması geçerli değildi. Siyasi kurumların ancak doğrudan halk katılımıyla oluşabileceği ve faaliyet gösterebileceğine inanılıyordu. Eski Roma'da da, Cumhuriyetin ülke ve yurttaş kitlesi yönünden büyümesine karşılık, demokratik temsil sistemi gelişmemişti. Cumhuriyet döneminde, sınırlı da olsa yurttaş katılımına açık olan demokratik kurumlar, yalnızca magistraları seçmek ve yasa yapmak için Roma'da toplanan meclislerdi. Eski Yunan'dan 17. yüzyıla kadar, bir yasama organının bütün yurttaşlar topluluğundan değil de, onların seçilmiş temsilcilerinden oluşması, demokratik ve cumhuriyetçi yönetimin teori ve pratiğinin dışında kalmıştır. Siyasi temsil kurumu, pratikte demokratlar tarafından değil, aristokratik ve monarşik bir orta çağ yönetim kurumu olarak gelişmiştir. Temsil kavramı, demokratik yönetime uyarlandıktan sonra, demokrasiyi kent devletlerinin antik çağa özgü dar sınırlarından kurtararak, büyük ulus devletlere uygulanabilir bir öğreti haline dönüştürmüştür. Demokratik teori ve pratiğin temsil ile birleşmesinin en önemli sonucu halk yönetiminin küçük devletlerle sınırlı kalmaması ve geniş insan unsuruna sahip devletlerde de yaygınlaşabilmesidir. Demokrasinin temsil ile birleşmesi bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Temsil kurumu, modern demokratik yönetimde, antik demokraside bilinmeyen karmaşık bir siyasal kurumlar kümesini ortaya çıkarmıştır. Eski demokratik görüşte hizipçilik ve çatışma yıkıcı olarak görülürken, siyasal çatışma modern demokratik düzenin normal, kaçınılmaz ve hatta istenilir bir parçası haline gelmiştir.²²

Üçüncü olarak, modern demokratik yönetimlerde siyasal eşitliğin çelişkili bir karakteri bulunmaktadır. Demokrasiyle yönetilmeyi tercih eden grubun üyeleri, kendilerinin yönetme niteliğine eşit ölçüde sahip olduğuna inanmaktadır. Üyeler hiçbir tekil üyenin veya üyeler içinden çıkan bir azınlığın yönetmek için belirgin bir biçimde daha iyi niteliklere sahip olmadığına inanmaktadır ve bu durum tekin ve azlığın tüm örgütlenme üzerinde hüküm sürmesine imkân vermemektedir. Örgütlenmenin tüm üyelerinin, örgütü yönetme sürecine diğerleriyle eşit esasta katılmak için uygun niteliklere sahip olduğu varsayılmaktadır. Dahl, bu durumu güçlü eşitlik ilkesi olarak adlandırmaktadır. Güçlü eşitlik ilkesi çoğu zaman dışlayıcı tarzda yorumlanmıştır. Atina'da yetişkinlerin çoğunluğunu oluşturan kadınların, meteklerin (yabancıların) ve kölelerin siyasal katılım sürecine dâhil olmaları gerektiği kabul edilmemiştir. Aynı şekilde Venedik'te soylular, bu ilkeyi Venedik nüfusunun küçük bir azınlığını oluşturacak şekilde sınırlamışlardır.²³

Modern demokrasiyi biçimlendiren önemli etkenlerden birisi de siyasal liberalizm düşüncesidir. Modern demokrasiler, liberalizmin siyasal iktidarı sınırlamak

22) DAHL, a.g.e., s. 34-37

23) DAHL, a.g.e., s. 37-40

için ortaya koyduğu temel felsefeyi ve bu felsefeyi hayata geçirecek birçok ilke ve kurumu benimsemiştir. Bunlar arasında, anayasanın üstünlüğü ilkesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuk devleti ilkesi, doğal haklar anlayışı, yargı bağımsızlığı, idarenin kanuniliği ilkeleri sayılabilir. Antik demokraside önemli olan iktidarın sınırlı olup olmadığından ziyade, kimde bulunduğudır. İktidar tek kişinin ya da bir azınlığın değil, çoğunluğun (halkın) elindedir. Buna karşılık klasik liberalizm, iktidarın kimde olduğuyla değil, sınırlı olup olmadığıyla ilgilenmiştir. Liberal bir rejimin monarşik, aristokratik ya da demokratik olması mümkündür. Modern demokrasi, liberalizm ile demokrasiyi birleştirmiş ve liberal demokrasi kavramı ortaya çıkmıştır.²⁴ Bobbio'ya göre, liberalizm ve demokrasi ilişkileri üç kombinasyon çerçevesinde şematik olarak özetlenebilir. Birincisi, liberalizm ve demokrasi bağdaşabilir ve dolayısıyla bir arada yaşayabilir kavramlardır. Bir devlet hem liberal, hem demokratik olabilir. Ancak bu durum, liberal olup demokratik olmayan (muhafazakâr liberal) veya demokratik olup liberal olmayan (radikal demokrat) devletler de bulunabileceği ihtimalini dışlamaz. İkincisi, liberalizm ve demokrasi birbirine karşı bir karşıtlık ve olumsuzlama da içermektedir. Şöyle ki; demokrasi, liberal devletin sonunu getirecek uç limitlere ulaşabilir (muhafazakâr liberallerin argümanı); buna karşılık minimal devlet idealini terk eden sosyal devlette de demokrasi tam olarak gerçekleşebilir (radikal demokratların argümanı). Üçüncüsü, yalnızca demokrasi tam olarak liberal ideali gerçekleştirebileceği, aynı şekilde yalnızca liberal devlette demokrasi etkin olarak uygulanabileceği için, liberalizm ve demokrasi arasında karşılıklı bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır.²⁵

C- Demokratlaşma Dalgalarının Hukukla Desteklenmesi

Huntington'a göre, demokratikleşme (demokratlaşma), en basit düzeyde üç gelişmeyi içermektedir: (1) Otoriter bir rejimin sona ermesi, (2) demokratik bir rejimin kurulması, (3) demokratik rejimin pekişmesi. Bu üç gelişmenin her biri, farklı ve çelişik nedenlere bağlı olabilir.²⁶ Huntington, 1970'lerde ve 1980'lerde vuku bulan üçüncü demokratlaşma dalgasından yola çıkarak, demokratlaşmanın süreçlerini, özelliklerini, pekişme ve sorunlarını, 1990'lardaki görünümünü ve gidişatını, ekonomik, siyasal ve kültürel boyutlarıyla değerlendirmektedir. Huntington'a göre, ülkeler yeni demokratik siyasal sistemleri geliştirip pekiştirirken, üç tür sorunla karşılaşmıştır: Bunlar, geçiş sorunları, bağlamsal sorunlar ve sistemsel sorunlardır. Geçiş sorunları, rejimin otoriter yapıdan demokrasiye

24) Oktay UYGUN, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İstanbul (2003), İnkılâp Kitabevi, s. 126-129

25) Norberto BOBBIO, *Liberalism and Democracy*, Çev: Martin Ryle ve Kate Soper, London (1990), Verso, s. 48-49

26) HUNTINGTON, a.g.e., s. 34

dönüştürülmesinden kaynaklanmaktadır. Geçiş sorunları arasında, yeni anayasa ve seçim sistemlerinin düzenlenmesi, otoriterizm yanlısı kamu görevlilerinin ayıklanarak yerlerine demokratik görüşlülerin getirilmesi, demokrasiye uygun olmayan kanunların kaldırılması veya değiştirilmesi, gizli polis gibi otoriter kurumların kaldırılması veya kökten değiştirilmesi ve eski tek parti sistemlerinde parti ile devletin mallarının, fonksiyonlarının ve personelinin birbirinden ayrılması yer almaktadır. Uygulamada karşılaşılan iki önemli geçiş sorunu ise insan haklarını açıkça çiğnemiş olan otoriter görevlilere nasıl davranılacağı ile ordunun siyasete karışmasının nasıl azaltılacağı ve sivil-asker ilişkilerinin profesyonel düzeye getirileceğidir. Bağlamsal sorunlar, toplumun mahiyetinden, ekonomik ve kültürel yapısından, ayrıca tarihinden kaynaklanabilmektedir. Üçüncü dalga demokrasilerde en yaygın olan bağlamsal sorunlar arasında; ayaklanmalar, cemaat çatışmaları, bölgesel düşmanlıklar, yoksulluk, sosyo-ekonomik eşitsizlik, enflasyon, dış borç ve düşük ekonomik büyüme hızı yer almaktadır. Demokratik sistemin işleyişinden kaynaklanan sistemsel sorunlar, otoriter geçmişe sahip ülkelerde karar alma sürecindeki yetki temerküzü, etki-tepki mekanizmasının eksikliği, performans meşruluğuna bağlılık gibi sorunlardır. Demokratik sistemlere özgü sorunlar ise siyasi tıkanmalar, karar alamama, demagojinin etkisinde kalma ve yerleşik ekonomik çıkarların hâkimiyeti gibi sorunlardır.²⁷

Huntington, demokratlaşma süreçlerinin hukuksal boyutuyla ilgili ayrıntılı değerlendirmeye girmemekle birlikte, demokrasiye geçiş ve demokrasinin pekişmesi aşamasında üzerinde durduğu, ekonomik, siyasal ve kültürel etmenlerin hukuki düzenlemelerle desteklenmesi gerektiğine kuşku yoktur. Üçüncü demokratlaşma dalgasının 1970'lerde yayılmasının Avrupa'daki örnekleri olan Portekiz²⁸, İspanya²⁹ ve Yunanistan'da³⁰ demokrasiye geçişten kısa bir süre son-

27) HUNTINGTON, a.g.e., s. 202-203

28) Portekiz'de, 25 Nisan 1974 tarihli Karanfil Devrimi'nden iki yıl sonra 2 Nisan 1976 tarihinde yeni anayasa Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiştir. Anayasanın başlangıç kısmında eski faşist rejimin devrilmesine ve Portekiz'in diktatörlükten kurtulmasına atıf yapılmakta, Devrimin temel hak ve hürriyetleri halka iade ettiği ve demokrasinin temel ilkelerini yerleştirdiğine vurgu yapılmaktadır. Portekiz Anayasasının Parlamento tarafından yapılan güncel İngilizce çevirisi için bkz. http://app.parlamento.pt/site_antigo/ingles/cons_leg/Constitution_VII_revisao_definitive.pdf (23 Nisan 2015)

29) İspanya'da, Franko rejiminin 1975 yılında sona ermesinin ardından demokrasiye geçiş sürecinde hazırlanan anayasa 1978 yılında yapılan halk oylaması sonucunda kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. İspanya Anayasasının Parlamento tarafından yapılan güncel İngilizce çevirisi için bkz. http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_o.pdf (23 Nisan 2015)

30) Yunanistan'da, yedi yıl iktidarda kalan askeri cuntanın (albaylar rejimi) 1974 yılında sona ermesinin ardından, demokrasiye geçiş sürecinde hazırlanan anayasa 1975 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Yunanistan Anayasasının Parlamento tarafından yapılan güncel İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agglisko.pdf> (23 Nisan 2015)

ra yeni anayasalar ve liberal demokrasinin sağlıklı işlemesine yönelik hukuki düzenlemeler yapılması bu görüşü desteklemektedir.

Huntington'un demokratlaşma dalgalarından yola çıkarak, demokrasiye geçişte ortak bir eylem çizgisi takip eden Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde demokrasinin inşası, yurttaş haklarının tanınması, serbest piyasa ekonomisinin kabulü, Avrupa ve küresel yapılarla bütünleşme hedeflerinin gerçekleştirilmesini dördüncü demokratlaşma dalgası olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır.³¹ Ancak Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde liberal demokrasiye geçiş sürecini üçüncü demokratlaşma dalgasının devamı olarak görenler çoğunluktadır. Dördüncü demokratlaşma dalgasının belirme eğilimleri konusunda daha yaygın olan kanaat, henüz iyimser olmak için erken olmakla birlikte, 2011'de Tunus ve Libya'da baş gösteren ve Ortadoğu'da yayılacağı umut edilen Arap Baharı ve yeni demokratlaşma talepleridir. Arap Baharı'nda demokratlaşmanın zorunlu ve yeterli unsurlarından birisi olarak dijital medya da, Arap Baharının hazırlık, alevlenme, sokak gösterileri, uluslararası pazarlama ve zirve aşamalarında vazgeçilmez bir unsur olarak kabul edilmektedir.³²

Demokratlaşma dalgaları, hukuk teorisine genel anayasacılık hareketleri veya anayasacılığın unsurları bağlamında uyarlanmaktadır. Elster, anayasa yapım süreciyle ilgili olarak, Amerikan Kolonilerinin tecrübesinden sonra ABD, Fransa ve Polonya'da yazılı anayasaların kabul edildiğini, daha sonra anayasa yapım süreçlerinin dalgalarla gerçekleştiğini belirtmektedir. Bu dalgalar, 1848 devrimlerinin, Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarının, 1960'larda eski kolonilerin bağımsızlığını kazanmasıyla ve 1989'da Doğu Avrupa ülkeleri ve eski Sovyetler Birliği'nde sosyalist rejimlerin çökmesinin ardından ortaya çıkmıştır. Doğal olarak, anayasa yapımı dalgalarıyla ilgisi olmayan pek çok anayasa yapım süreci bulunduğu da kabul edilmektedir.³³

Ginsburg ise anayasa yargısının küresel yayılmasını, üç anayasa yargısı dalgası kapsamında incelemektedir. Ginsburg'a göre, Anayasa yargısının kökleri fazla bilinmese de Amerikan kolonilerine kadar uzanmakta, ancak geleneksel olarak, Amerika'da federal yönetim kurulduktan sonra, Yargıç Marshall'ın 1803 yılında verdiği *Marbury v. Madison* kararına dayandırılmaktadır. Anayasa yargısı, İkinci Dünya Savaşından önce nadiren düzenlenmiş ve uygulanmıştır. Bu dönemde

31) Christian C. POPESCU, "Is there a Fourth Wave of Democracy or Not? An Evaluation of the Latest Theories", *The USV Annals of Economics and Public Administration*, 12, 1, (2012), s. 32-38

32) Philip N. HOWARD ve Muzammil M. HUSSAIN, *Democracy's Fourth Wave? Digital Media and the Arab Spring*, Oxford (2013), Oxford University Press, s. 17-34

33) Jon ELSTER, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge (2000), Cambridge University Press, s. 105

Norveç Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi bulunmasına rağmen, Mahkeme bu yetkiyi kullanmaktan kaçınmıştır. Portekiz'de anayasa yargısı 1909 yılında kurulmuştur. Federalizm temelinde, aktif anayasa yargısına sahip olan ilk devletler ABD ve Kanada'dır. Meksika ise anayasa yargısının bir türü olan *amparo* yolu ile anayasaya aykırılık itirazını bireysel davalarla sınırlandırmıştır. İkinci anayasa yargısı dalgası, Kelsen'in anayasa yargısı modelinin 1920 Avusturya Anayasasında benimsenmesiyle başlamıştır. Özel yetkili anayasa mahkemesi modeli, İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa'da kurulan anayasa mahkemelerinin temelini oluşturmuştur. Avrupa'nın dışında dekolonizasyon ve anayasal yeniden yapılanma dalgası, Hindistan ve Japonya'ya, ayrıca temel haklar geleneği fazla gelişmemiş olan yeni demokrasilere yayılmıştır. Üçüncü demokratlaşma dalgası ve özellikle Berlin duvarının yıkılışı, yeni bir anayasa yapım dalgasını başlatmıştır. Amerikan modelini kabul eden Estonya istisnası dışında Doğu ve Orta Avrupa ülkeleri ile Mali'den, Kore'ye kadar Afrika ve Asya ülkeleri anayasaya uygunluk denetimi amacıyla yeni mahkemeler kurmuş veya eskilerini canlandırmıştır. Ginsburg'a göre, dikkat çekici bir nokta da, anayasa yargısına benzer bir yöntemin, uluslararası sisteme kadar uzanmış olmasıdır. Özet olarak, anayasa yargısı önceleri federalizm gibi anayasalardaki yapısal düzenlemeleri güçlendirmeye yönelmiş bir kurum iken, zaman içinde, haklarla ve demokrasiyle yakından özdeşleşmiş bir kurum haline dönüşmüştür. Anayasa yargısı, liberal ve demokratik değerlerin yeni anayasal kültürlerle yayılmasına yardımcı olmuştur.³⁴

D- Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu

Günümüzde "hukuk yoluyla demokrasi" denildiğinde ilk akla gelen kurum, modern demokrasi tarihinde henüz yeni bir teşkilat olmasına rağmen, kısa sürede önemli bir demokratik kodifikasyon gerçekleştirmeyi başaran Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu ya da bilinen adıyla Venedik Komisyonu'dur. Avrupa Konseyi'nin ihtisas komisyonlarından birisi olarak, başlangıçta 18 Konsey üyesinin katıldığı genişletilmiş kısmi anlaşmayla³⁵ 10 Mayıs 1990 tarihinde kurulan Venedik Komisyonu, demokratik kurumlardaki tecrübesi ya da hukuk veya siyaset biliminin gelişmesine katkısıyla tanınan bağımsız uzman kişiler arasından, Komisyon'a üye her bir devletin dört yıllık süre için atadığı birer asıl,

34) Tom GINSBURG, "The Global Spread of Constitutional Review", *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Keith E. Whittington vd. (Ed.), Oxford (2008), Oxford University Press, s. 81-98

35) *Enlarged partial agreement* veya *accord partiel élargi*. Avrupa Konseyi'nde kısmi anlaşma (*partial agreement - accord partiel*), Konsey üyesi ülkelerin yalnızca bir kısmını kapsamaktadır. Genişletilmiş anlaşma (*enlarged agreement - accord élargi*) ise Konsey üyesi olmayan ülkelere de açıktır.

birer de yedek üyeden oluşmaktadır.³⁶

Venedik Komisyonu, Avrupa anayasal mirasında yer alan standartlara uygun anayasaların kabul edilmesinde önemli rol oynamıştır. Başlangıçta, demokrasiye geçiş sürecinde anayasa yapımında acil yardım sağlaması amaçlanan Komisyon, zamanla uluslararası üne sahip, bağımsız bir düşünce (think-tank) kuruluşu halini almıştır. Komisyon, Avrupa Kıtasının temel değerlerine dayanan anayasal mirasının yayılmasına katkıda bulunduğu gibi, devletlere anayasal arıza tamir hizmeti sunmayı sürdürmektedir. Komisyon, ihtilafları önleme ve bunlarla başa çıkma amacıyla standartlar geliştirerek ve anayasal konularda tavsiyelerde bulunarak özgün bir işlev görmektedir.³⁷

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun 2002 yılında gözden geçirilen Statüsününün 1. maddesinin ilk fıkrasında, Komisyon'un, ihtisas sahibi olduğu alanın demokrasiye hizmet etmek için hukukun sağladığı güvenceler olduğu belirtildikten sonra, amaçları şöyle sıralanmaktadır:³⁸

- Katılımcı devletlerin hukuk sistemlerini birbirine yakınlaştırma düşüncesiyle, hukuk sistemleri anlayışını güçlendirmek;
- Hukuk devleti ve demokrasiyi geliştirmek;
- Demokratik kurumların işleyişi, takviyesi ve gelişimiyle ilgili sorunları incelemek;

Statününün 1. maddesinin ikinci fıkrasında Komisyon'un aşağıdaki konularla ilgili işlere öncelik vereceği belirtilmektedir:³⁹

- Demokratik kurumların etkinliği ve güçlendirilmesinin yanı sıra hukuk devletine hizmet eden anayasal, yasal ve idari ilke ve teknikler;
- Özellikle yurttaşların kamusal hayata katılımını içeren temel hak ve özgürlükler;
- Yerel ve bölgesel özyönetimin demokrasinin gelişimine katkısı.

Statü'ye göre, Komisyon faaliyet alanıyla ilgili konularda dünyanın diğer ülkelerinde de benzer kuruluşlar oluşturulmasını teşvik etmekle görevlendirilmiştir. Komisyon, dünyada kendisine benzer faaliyetler yürüten kuruluşlarla bağlantı

36) Jean PETAUX, *Democracy and Human Rights for Europe: The Council of Europe's Contribution*, Strasbourg (2009), Council of Europe Publishing, s. 105-106; Florence Benoît-ROHMER ve Heinrich KLEBES, *Council of Europe Law: Towards A Pan-European Legal Area*, Strasbourg (2005), Council of Europe Publishing, s.77

37) PETAUX, a.g.e., s. 106

38) CDL(2002)027-e, Resolution RES (2002) 3 Adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law, [http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdf=CDL\(2002\)027-e&yearrelated=all](http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdf=CDL(2002)027-e&yearrelated=all) (23 Nisan 2015)

39) CDL(2002)027-e, Resolution RES (2002) 3

kurabileceği gibi, bu kuruluşlarla ortak programlar da düzenleyebilir. AB'nin (kurumsal olarak) Komisyon çalışmalarına katılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca AB, Bakanlar Komitesi'nce ortaklaşa belirlenecek usul çerçevesinde Komisyon'a üye olabilir. Gözden geçirilen Statü ile Komisyon'a hukuk yoluyla demokrasi formülünü, üye devlet sınırlarının ötesinde, bölgesel ve uluslararası örgütlerle işbirliği içinde tüm dünya ülkelerine yayma misyonu verildiği görülmektedir. Komisyon, göreviyle ilgili konularda re'sen araştırma yapabilir; rapor, rehber ilkeler ve hatta yeni hukuki düzenleme önerileri hazırlayıp, Avrupa Konseyi'nin yetkili organlarına sunabilir. Avrupa Konseyi organları ve Komisyon'a üye devletler, Komisyon'dan görev alanıyla ilgili bir konuda görüş vermesini talep edebilirler. Komisyon üyesi olmayan devletler ise Komisyon'un uzmanlık faaliyetlerinden ancak Bakanlar Komitesi aracılığıyla yararlanabilir.⁴⁰

Komisyon'un 1993 yılından beri yayımladığı yıllık faaliyet raporları incelendiğinde, 2000'li yıllara kadar Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde demokrasiye geçiş sürecinde gerçekleştirilen hukuk reformlarıyla ilgili işbirliğinin Komisyon faaliyetlerinde yoğun bir yer teşkil ettiği görülmektedir. Komisyon'un 2013 yılında gerçekleştirdiği faaliyetleriyle ilgili son yıllık raporda, anayasal reform ve sorunlarla ilgili hazırlanan görüşlerin 7'de kaldığı, buna karşılık kanun metinleri ve yasal sorunlarla ilgili 26 görüş kabul edildiği, anayasa mahkemelerinden gelen talepler üzerine 32 davada mukayeseli hukuk unsurları hakkında görüş verildiği belirtilmektedir.⁴¹ Komisyon faaliyetlerine ilişkin güncel belgelerden -Komisyon üyesi veya Komisyon'la işbirliği yapan ülke ve kuruluşlardaki siyasi gelişmelere paralel olarak- Komisyon'un, hukuk yoluyla demokrasiye geçiş işlevinden, demokratik düzenin hukuk yoluyla pekiştirilmesi ve sürdürülmesi işlevine doğru yöneldiği anlaşılmaktadır.

II- Demokratik Düzenin Hukuk Yoluyla Sürdürülmesi

A- Militan Demokrasi Anlayışı

Militan ya da mücadelecilik demokrasi anlayışı, serbest seçimler, ifade ve örgütlenme özgürlüğü gibi demokratik kurum ve yöntemleri kötüye kullanarak demokrasiye zarar verip, yıkmayı amaçlayan kişi veya grupların girişimlerinden demokratik yapının kendi iç tutarlığını kaybetmeden nasıl korunacağını açıklamaya çalışan bir görüştür. Hoşgörüsüz siyasi aktörlere karşı, demokratik usullere mutlak sadık kalarak sınırsız hoşgörü gösteren bir demokrasinin nasıl bir tehlike içinde bulunduğu en esash ve bilinen örneği, Almanya'da Nazi

40) CDL(2002)027-e, Resolution RES (2002) 3

41) <http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?match=CDL-RA> (23 Nisan 2015)

Partisinin seçim zaferinin ardından, Weimar Cumhuriyeti'ni yıkmasıdır. Weimar Anayasası 1919 yılında yürürlüğe girmesinden yalnızca 13 yıl gibi kısa bir süre sonra, demokrasi ve anayasa karşıtı bir diktatörlüğe yol açmıştır. Weimar Cumhuriyeti, totaliter akımlara karşı korunmasız olduğu için çok eleştirilmiştir. Weimar Cumhuriyeti tecrübesi, rejimin verdiği imtiyaz, hak ve olanakları kötüye kullanarak rejime zarar verilmesine demokrasinin sessiz kalmaması gerektiğini ortaya koymuştur. Liberal anayasalar intihar sözleşmesi işlevi görmemeli, gerektiğinde kendisini koruyacak tedbirleri almaya hazır olmalıdır. Hukuk ve siyaset teorisinde dile getirilen bu görüşler, militan demokrasi anlayışı olarak bilinmektedir.⁴²

Militan demokrasi kavramı, hukuk doktrini ve anayasa pratiğinde, demokratik sisteme içeriden saldırı ve zarar verme teşebbüsleri olduğunda demokrasilerin karşılaşacağı güçlükleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Militan demokrasi kavramını, henüz 1930'lu yıllarda ilk kez Karl Loewenstein kullanmıştır. Loewenstein'a göre, Weimar Cumhuriyeti, yıkıcı akımlara karşı mücadeleci imkânlardan yoksun olduğu için, demokrasiyi kurma çabası başarısız olmuştur. Kanunilik ilkesi ve kamuoyunun serbest işleyişi ilkelerine şekilsel olarak riayet etmeleri koşuluyla, demokrasi ve parlamento karşıtı siyasi partilerin kurulmasına ve gelişmesine hukuken izin veren "demokratik köktencilik" ve kanuna harfiyen riayet eden (legalistic) körlük bu duruma yol açmıştır. Loewenstein'a göre, demokrasi kendi düşmanlarına karşı sınırsız hoşgörü göstermiş, demokratik mekanizmalar düşmanın şehre girdiği Truva atı işlevi görmüş ve bir bakıma demokrasi kendi kendisini yok etmiştir.⁴³

Militan demokrasi kavramını ilk kez Loewenstein kullanmış olmakla birlikte, benzer görüşler aynı dönemde başka düşünürler tarafından da dile getirilmiştir. Örneğin; Karl Popper, "Açık Toplum ve Düşmanları" adlı eserinde "hoşgörü paradoksu"na dikkat çekerek, sınırsız hoşgörünün, hoşgörüyü ortadan kaldıracığı konusunda toplumu uyarmaktadır. Popper'a göre, hoşgörüsüzlüğü telkin eden her hareketin kanun dışı olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, demokrasi kendisine ve değerlerine saygılı olmayanlara karşı daha saldırgan olmalıdır. Popper, Platon'un eleştirisinden yola çıkarak, demokrasinin yalnızca usulle değil, aynı zamanda esasla da ilgilenmesi gerektiğini savunmaktadır. Platon'un burada kastettiği şey, bazı temel ilke ve kuralların çoğunluğun oyuyla dahi değiştirilemeyeceğidir. Anayasaların değişmez bir özünün olması gerektiği, ilk kez 1875 Fransız Anayasasında 1884 yılında yapılan değişikliklerle, cumhuriyet idaresinin

42) Svetlana TYULKINA, *Militant Democracies: Undemocratic Political Parties and Beyond*, Abingdon (2015), Routledge, s. 11-13

43) TYULKINA, a.g.e., s. 13

değişiklik teklifine konu olamayacağı hükmüyle kabul edilmiştir. Daha sonra bu yöntem, militan demokrasinin temel hükümlerinden biri haline gelmiştir.⁴⁴

Günümüzde militan demokrasiden esas olarak anlaşılan, radikal akımlarla, özellikle de radikal siyasal partiler ve bunların faaliyetleriyle mücadeledir. Bu bağlamda anlaşıldığında, militan demokrasinin ilk kez Almanya'da anayasallaştığı genel kabul görmektedir. Almanya'da militan demokrasinin merkezi unsuru 1949 Anayasasının 21. maddesi ile getirilen anayasaya aykırı siyasi partilerin yasaklanmasıdır. Anayasa, belli bir ideolojinin Alman siyasetinden yasaklanmasına ilişkin açık bir hükme yer vermese de, soyut bir düşmana atf yapmakta, aslında açıkça Nazi hareketini ve takipçilerini hedef almaktadır. Buna karşılık İtalyan anayasa koyucuları, önceki iktidarın geri dönmemesini kesin teminat altına almayı tercih ederek, kapatılan Faşist partinin herhangi bir şekilde yeniden örgütlenmesini açıkça yasaklamıştır. Daha sonra, militan demokrasi, komünist siyasi partilerin faaliyetlerinin engellenmesi için kullanılmıştır. Örneğin; soğuk savaş döneminde ABD yönetimi Komünist Partiye karşı geniş çaplı bir kampanya başlatmıştır. Bu kampanyanın bir parçası olarak iktidarı devirmeyi savunmayı suç haline getiren ceza kanunu kabul edilmiştir. En güncel militan demokrasi tartışmalarından birisi ABD'de 11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra benimsenen anti-terörizm politikaları ve terörizmle mücadeleye yönelik hukuki düzenlemelerdir. Radikal akımlarla mücadele için yapılan düzenlemeler, militan demokrasinin yalnızca demokrasi karşıtı siyasi partilere karşı değil, aynı zamanda yeni beliren tehditlere karşı da kullanılabilceğini göstermiştir.⁴⁵

Türkiye'de, militan demokrasi anlayışına batıda uygulandığı biçimde sadece demokrasi karşıtı partileri yasaklamak için başvurulmamıştır. Anayasada ve demokratik siyasi katılımı ilişkili temel kanunlarda açıkça ifade edilen resmi ideolojiye karşı girişilen faaliyetleri yasaklamak ve cezalandırmak da militan demokrasi anlayışının yansımasıdır. Militan demokrasi anlayışının tarihsel süreçte geliştirdiği tüm hukuki yöntemlere, Türkiye'de en uç düzeyde yer verildiği görülmektedir. Anayasa'nın mutlak katılıkla koruduğu hükümlerin fazlalığı, temel hakların sınırlanma nedenleri ve kötüye kullanılması yasağının genişliği ile siyasi parti yasakları birlikte değerlendirildiğinde, Türkiye'de demokrasiyi hukuk yoluyla korumak adına liberal demokratik prensiplerden önemli tavizler verildiği anlaşılmaktadır. Batı'da militan demokrasi anlayışı, esas olarak demokrasiye karşı hoşgörüsüz siyasi partilerle mücadele etmeyi amaçlarken, Türkiye'de 1982 Anayasası ve 12 Eylül ara rejimi döneminde kabul edilen kanunlar -özellikle Siyasi Partiler Kanunu- mücadele edilecek akımların sayısını arttırmış ve

44) TYULKINA, a.g.e., s. 13-14

45) TYULKINA, a.g.e., s. 15-16

bu görüşü demokrasi karşıtlığının çok ötesine götürmüştür. Demokratik siyasi hayatı sınırlayıcı hukuksal düzenlemelerin, özgürlükçü yorum yoluyla yumuşatılması uygulamada mümkün olamamıştır. Anayasa Mahkemesi özellikle 1982 Anayasası döneminde siyasi parti kapatma davaları hakkında verdiği kararlarda, militan demokrasi anlayışını geniş yorumlamış ve meşru siyasal faaliyet alanını daraltmıştır. Bu durumda, Türkiye’de geleneksel militan demokrasi anlayışıyla korunan değerlerin demokratik hoşgörü olduğu kuşkuyla hale gelmektedir.⁴⁶

B- Demokrasinin Hukuk Yoluyla Pekiştirilmesi

Bir toplumda demokrasinin pekiştirilmesinden söz edebilmek için öncelikle demokrasiye geçiş aşamasının tamamlanmış olduğu kabul edilir. Toplumda belli demokratik kurum ve usuller yerleşmiş olsa bile, eğer demokrasiye geçişin temel unsurları henüz sağlanamadıysa, demokrasinin pekiştirilmesinden söz etmek anlamsız hale gelir. Demokrasiye geçiş aşamasında ve demokrasinin pekiştirilmesinde çeşitli toplumsal etkenler rol oynamaktadır. Hukuki düzenlemelerin demokratik pekişmeyi destekleyen etkenlerden yalnızca bir tanesi olduğunu belirtmek gerekir.

Linz ve Stepan’a göre bir ülkede demokrasiye geçiş sürecinin tamamlanmış sayılabilmesi için seçimlere dayalı olarak göreve gelecek hükümetin kurulmasında izlenecek siyasi yöntemler konusunda yeterli uzlaşının sağlanmış olması; hükümetin iktidara serbest genel seçimlerin doğrudan sonucu olarak gelmesi; hükümetin yeni politikalar üretmek konusunda *de facto* yetkili olması; yeni demokrasinin oluşturduğu yasama, yürütme ve yargının *de jure* yetkilerini bir başka organla paylaşmak zorunda olmamaları gerekmektedir.⁴⁷ Bu tanım sayesinde, demokratik aktivist ve teorisyenlerin liberalleşme ile demokratikleşmeyi neden ayırmak istedikleri açıklığa kavuşmaktadır. Demokratik olmayan bir düzende liberalleşme, basın daha az sansür edilmesi, çalışan sınıfın serbest örgütlenmesine daha fazla imkân verilmesi, *habeas corpus* gibi bazı kanuni güvencelerin getirilmesi, çoğu siyasi mahkûmun serbest bırakılması, sürgünde bulunanların geri dönmesi, muhtemelen gelir dağılımını geliştirecek önlemler alınması ve en önemlisi muhalefete hoşgörü gösterilmesini içermektedir. Demokratikleşme ise liberalleşmeyi gerektirse de, ondan daha geniş ve siyasi bir kavramdır. Demokratikleşme, iktidarı ele geçirmek için açık siyasi çekişmeyi ve bu da kimin iktidar olacağını belirleyecek serbest yarışmacı seçimleri gerektirmektedir. Bu açıkla-

46) Türkiye’de militan demokrasi anlayışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAKYEMEZ, a.g.e., s. 31 vd.; Bertil Emrah ODER, “Chapter 12: Turkey”, *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, Ed. Markus Thiel, Farnham, (2009), Ashgate Publishing, s. 263-310

47) Juan J. LINZ ve Alfred STEPAN, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore ve Londra (1996), The Johns Hopkins University Press, s. 3

malardan, demokratikleşme olmadan da liberalleşmenin olabileceği aşikârdır.⁴⁸

Demokrasiye geçiş sürecinin ne zaman tamamlanmış sayılacağı üzerindeki tartışmalar, iki sorunun açıklığa kavuşmasına yardımcı olmaktadır. Birincisi, yeni bir otoriter rejimin iktidara gelmesiyle sonuçlanmasa da, demokrasiye geçiş süreçleri başladıkları gibi sürdürülemeyebilir. Serbest seçimler, tek başına demokrasiye geçiş için yeterli koşul değildir. Eski askeri diktatörlükler, seçimler yapıldığı halde demokrasiye geçiş sürecinin tamamlanmayabileceğinin en yaygın örnekleridir (Guatemala’da 1980’lerde yaşanan durum). Eski askeri rejimler, iktidarın doğrudan kontrolünü bıraksalar da, geniş ayrıcalıklarını korumaktadır ve demokratik seçimle işbaşına gelen iktidar *de jure* bile egemenliğe sahip olamamaktadır. İkincisi, demokratlar arasında üniter/federal devlet, monarşi/cumhuriyet veya seçim sistemleri gibi temel konularda görüş ayrılığı olması, ortaya çıkan demokratik yönetimin karar alma sürecinin meşruiyeti ve hatta siyasi sistemin geleceğiyle ilgili sorunlar yaratabilir. Başlangıçta, demokratik kurumlar hakkında görüş farklılıkları olabilir, ancak bu konuda derin ve sürekli çatışma ve kararsızlıkların sürmesi demokrasinin pekişmesine olumlu katkıda bulunmaz. Demokrasiye geçiş aşamasının ne zaman tamamlanacağı bilinmesinin bir avantajından daha söz edilebilir. İktidardaki demokratik olmayan güçler, liberalleşmeye yönelik yetersiz bazı değişikliklerin demokrasi için başlı başına yeterli olduğunu ileri sürebilirler. Ancak demokrasiye geçiş sürecinin tamamlanması için yapılması gereken ilave düzenlemeler demokratik güçler tarafından bilinirse, bunlar daha somut ve kararlı biçimde talep edilebilir. Özellikle, eski antidemokratik rejimler çöktükten sonra geçiş aşamasında kurulan geçici hükümetler demokrasiye geçiş sürecini tamamlamazlarsa, geçiş dönemi kalıcı hale gelebilmektedir.⁴⁹

Demokratik geçiş süreci tamamlandıktan sonra, demokratik pekişmenin sağlanabilmesi için yerine getirilmesi gereken koşullar bulunmaktadır. Demokratik pekişmeden kastedilen, bir siyasi sistemde demokrasinin “kasabadaki yegâne oyun” haline gelmesidir. Linz’e göre demokratik pekişmenin davranışsal, tutumsal ve anayasal boyutlarından söz edilebilir. *Davranışsal* açıdan, önemli siyasi grupların amaçlarına ulaşmak için demokratik olmayan bir rejim yaratma girişimlerine ya da devletten ayrılmak için şiddete veya yabancı müdahalesine başvurmaması gerekmektedir.⁵⁰ *Tutumsal* açıdan, kamuoyunun güçlü bir çoğunluğunun demokratik usul ve kurumların toplumda kolektif yaşamın sürdürülebilmesi için en uygun yol olduğunu kabul etmesi gerekmektedir. *Anayasal*

48) LINZ ve STEPAN, a.g.e., s. 3

49) LINZ ve STEPAN, a.g.e., s. 4-5

50) LINZ ve STEPAN, a.g.e., s. 5

açıdan ise, hükümet ve hükümet dışı güçlerin uyumsuzlukların çözümünde yeni demokratik sürecin yaptırma bağladığı belirli kanun, usul ve kurumlara bağlı ve alışkın hale gelmeleri gerekmektedir.⁵¹

Özbudun'a göre, Türk demokrasisinin pekişmesi, Linz ve Stepan'ın değindiği üç boyut açısından da sorunlar içermektedir. *Davranışsal* açıdan birinci sorun, Türkiye'nin 1984'ten beri silahlı ayrılıkçı bir grupla mücadele etmek zorunda olmasıdır. Son zamanlarda (özellikle kamuoyunda çözüm süreci olarak bilinen süreçte) şiddet eylemlerinde azalma olsa da, sorun halen tam olarak çözülebilmemiş değildir. İkincisi, yakın döneme kadar Türkiye'de silahlı kuvvetlerin siyasete doğrudan müdahaleleri, ordunun demokrasiye sadakati konusunda kuşku doğurmaktadır. Ancak son zamanlardaki Genelkurmay Başkanlarının demokrasiye bağlılıklarını açıklamaları olumlu bir unsurdur. *Tutumsal* açıdan, son yıllardaki kamuoyu araştırmalarında seçmenlerin büyük çoğunluğunun demokrasiye bağlı olduğunu beyan etmesi olumdur. Ancak vatandaşların önemli bir kısmının Türkiye'nin sorunlarının seçilmiş hükümetlerce değil, askeri bir rejim tarafından çözülebileceğine inanması endişe vericidir. Ayrıca farklı toplumsal kesimlere hoşgörü gösterilmesi gerektiğine inanmayanların oranı kaygı verici boyutlardadır.⁵²

Özbudun'a göre, Türkiye'de demokratik pekişmenin *anayasal* boyutu, en acil ve en sorunlu olanıdır. Tarihsel açıdan bakıldığında, Osmanlı-Türk anayasalarından hiçbirisi, geniş ölçüde temsili kurucu meclisler tarafından gerçek bir müzaker ve uzlaşma süreciyle yapılmamıştır. 1982 Anayasasının hazırlanma sürecinde, dönemin Kurucu Meclisinin son sözü söyleme yetkisine sahip asker kanadının sivil siyasetçilere hiç güveni yoktu ve bunu çoğu zaman açıkça dile getirmekten çekinmemişlerdir. Bu nedenle, sivil siyaset alanını olabildiğince daraltan bir anayasa tasarlamışlardır. 1995 anayasa değişiklikleri ile siyasi katılımı sınırlayan düzenlemeler büyük ölçüde kaldırılmıştır. Ancak siyasi katılım yasaklarının olumsuz etkileri halen sürmektedir. Türkiye'de, Siyasi Partiler Kanunu da demokratik pekişmenin önündeki en önemli hukuksal engellerden birisidir. Bu düzenlemelere, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarındaki yasaklayıcı yorumu da eklenince, tablo daha da olumsuz hale dönüşmektedir. 12 Eylül askeri rejimi tarafından, geçici veya kalıcı birer vesayet kurumu biçiminde tasarlanmış olan organlar da -yapılan anayasal ve yasal değişikliklere rağmen- demokratik pekişmeyi olumsuz yönde etkileyen unsurlar arasında görülmektedir.⁵³

51) LINZ ve STEPAN, a.g.e., s. 5-6

52) Ergun ÖZBUDUN, *Türkiye'de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul (2014), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 80-81

53) ÖZBUDUN, a.g.e., s. 81-99

III- Hukukun Oluşum Sürecinde Demokratik Yolların Kullanılması: “Demokrasi Yoluyla Hukuk”

Bu başlık altında, demokratik usul ve kurumların hukukun oluşum sürecine etkileri, formel karar alma yöntemini gerektiren yazılı hukuk kurallarının hazırlanması, müzakeresi, kabul ve uygulanması aşamalarında demokratik yolların işletilmesi kapsamında ele alınacaktır. Yazılı olmayan hukuk kurallarının hukuk dogmatikindeki yeri hukukun dallarına göre farklılık gösterse de, teamülî hukuk kurallarının oluşum süreci demokrasi teorisi bakımından incelenmeye değer bir konudur. Ancak bu başlık altında, demokrasinin formel karar alma yöntemiyle kabul edilen hukuki düzenlemeler üzerindeki etkilerinin incelenmesiyle yetinilmiştir. Bunun nedenlerinden birincisi, demokratik katılımın artmasına paralel olarak, her türlü farklı görüşün demokratik karar alma sürecine doğrudan veya dolaylı olarak dâhil olması düşüncesine dayanan modern hukuk yapımı süreci, gözlemlenebilecek yakın bir geçmişe dayanmaktadır; ikincisi ise modern demokratik hukuk yapım sürecinde, teamüllerden farklı olarak, ön kabullerin çoğunun sorgulanmaya açık görülmesidir.

“Hukuk yoluyla demokrasi” formülünün yaygın bir kullanım alanına sahip olduğu ve demokrasi teori ve uygulamasında farklı yönlerden ele alınabildiği üzerinde daha önce durulmuştu. Acaba, denkleme tersine çevirerek “demokrasi yoluyla hukuk” formülü üzerinde tartışmak anlamlı olabilir mi? Demokrasi yoluyla hukuk formülü ne anlam ifade etmektedir, nasıl gerçekleştirilebilir ve daha önemlisi tercih edilebilecek bir yöntem midir? Hukuk/demokrasi ilişkisi değerlendirilirken, bu sorular üzerinde de durulması gerekmektedir. Aslında demokrasi yoluyla hukuk formülü, yeni bir şeyi ifade etmemektedir. Demokrasi yoluyla hukuk, doktrinde demokratik karar alma süreci olarak bilinen yöntemin, farklı bir ifadesinden ibarettir. Hukuk/demokrasi ilişkisinde hukukun demokrasiyi kurduğu, koruduğu, pekiştirdiği ve sürdürdüğü tek yönlü determinizmin sınırları dışına çıkılarak, demokrasinin hukuku şekillendirdiği, diğer bir deyişle, hukuk kurallarının demokratik prensiplere göre hazırlandığı, müzakere ve kabul edildiği, ayrıca demokratik esaslar çerçevesinde uygulandığı bir sistem tasvir edilmek istenmektedir.

Öncelikle, demokrasi yoluyla hukuk ifadesinin doktrin ve uygulamada yaygın olarak kullanılan ve benimsenen bir kavram olmadığını belirtmek gerekir. Brunkhorst, dünya toplumunda demokrasinin geleceğiyle ilgili umutsuz ve karamsar beklentiler içeren yedi teorisini açıkladığı eserinde⁵⁴, hukuksallaştırma ya

54) Hauke BRUNKHORST, “Gloomy Prospects - Seven Theories on the Future of Democracy within a World Society”, *Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe: Science and Technique of Democracy*, No.49, Venice Commission, Strasbourg (2011), Council of Europe Publishing, s. 115-127

da yargısallaştırma (*juridification*), anayasallaştırma ve hukuk devletinin kendiliklerinden demokrasiye yol açmayacağını, ancak her zaman mevcut olan hâkim güçleri daha da kuvvetlendireceğini ileri sürmektedir. Bir çeşit uluslararası kurucu iktidar (*pouvoir constituant*) gibi küresel alanda aktif ve doğruya yayılma konusunda oldukça etkili olan Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu'nun "hukuk yoluyla demokrasi" aracı ve mottosu, en iyi ihtimalle boş ve üstü kapalı bir ifade (*euphemism*), en kötü ihtimalle de, yeni hegemonyacı gücün ideolojisi niteliğindedir. Bu ifadenin tam tersi olan "demokrasi yoluyla hukuk" hedefine yönelmek daha iyi olurdu. Hukuk yoluyla idare edilmeyen (dolayısıyla hukuk devletinin asgari koşulunu taşımayan) istikrarlı ve faal bir diktatörlük mevcut değildir. Her şeyden önce, demokratik ve demokratik olmayan idarelerin güçleri hukuk yoluyla istikrarlı, etkili ve en önemlisi genişlemeye muktedir hale gelmektedir. Bu durumu, Antik Roma'nın senatör ve İmparatorları da gayet iyi biliyorlardı. Dolayısıyla, küresel hukukun anayasallaşması, küresel siyasetler ve küresel ekonomi, (devlet içi, devletlerarası ve devletler üstü) demokratik olmayan yönetim yapısının kaldırılması için bir çözüm değil, bilakis sorunun bir parçasıdır.⁵⁵

Demokrasiye geçiş ve demokrasinin pekiştirilmesinde, katılımcı demokrasi anlayışının sağladığı katkılar, demokratik meşruiyet ve halk yönetiminin gerçekleştirilmesi yönlerinden büyük öneme sahiptir. Bireysel ve kolektif siyasi katılım sağlanmadan demokrasi açığının kapatılması mümkün olmamakla beraber, siyasi katılım demokratik karar alma sürecinde başlı başına yeterli bir unsur da değildir. Siyasi kararların alınmasında müzakere sürecinin işletilmesi -kabul edilen kararlar herkesi memnun etmese de- kararların müzakere sürecinde, tüm makul müzakerecilerin görüşlerini dile getirmelerinin mümkün olması ve kararların mümkün olan en yüksek mutabakatla alınması, demokratik sistemin sürdürülebilirliğine katkıda bulunmaktadır. Müzakereci demokrasi kavramıyla ilgili olarak birbirinden büyük farklılıklar içeren tanımlar yapılmıştır. Bununla birlikte müzakereci demokrasi teorisyenleri tarafından üzerinde mutabık kalınan unsurlar; *demokratik* yönüyle, alınacak karardan etkilenecek olan herkesin doğrudan ya da temsilcileri aracılığıyla katıldığı kolektif karar alma yöntemi; *müzakereci* yönüyle ise, ölçülülük ve tarafsızlık değerlerine bağlı katılımcıların kendileri tarafından veya kendilerine karşı ileri sürülecek savlar vasıtasıyla karar almalarıdır.⁵⁶

55) BRUNKHORST, a.g.e., s. 121-122. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu'nun "UniDem" Demokrasi Üniversitesi programı seminerleri arasında kendi işlevlerine yönelik sert eleştiriler getiren yazılara da yer vermesi, kötümser bir yorumla sempati kazanma taktiği olarak nitelendirilebilirse de, farklı demokrasi anlayışlarına hoşgörü gösterilmesi gerektiğini savunan Avrupa demokrasi değerleriyle tutarlı bir yaklaşımdır.

56) Jon ELSTER (Ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge (1998), Cambridge University Press, s. 8

Hendriks'e göre, müzakereci demokrasi teorisyenlerinin birbirinden oldukça farklılaşan görüşlerinin genel hatları göz önüne alındığında, mikro müzakereci demokrasi teorisi ve makro müzakereci demokrasi teorisi olmak üzere iki temel akımdan söz edilmesi mümkündür. Mikro müzakereci demokrasi teorisi, müzakere sürecinin ideal koşulları üzerinde yoğunlaşmakta ve kimin müzakere edeceği hususuna yeterince değinmemektedir. Bessette, Cohen ve Elster mikro müzakereci demokrasi teorisyenleri arasında kabul edilmektedir. Makro müzakereci demokrasi teorisyenleri ise kamusal alanda cereyan eden müzakere sürecinin gayri resmi ve dağınık görünümüne dikkat çekmektedir. Makro müzakereci demokrasi teorisinin temel odak noktası, resmi karar alma mekanizmalarının dışında cereyan eden, yapısal olmayan ve açık diyaloglardır. Benhabib, Dryzek ve Habermas makro müzakereci demokrasi teorisyenleri arasında sayılmaktadır.⁵⁷

Müzakereci demokrasi teorisini, seçim odaklı demokrasinin ötesinde bir halk demokrasisine dönüştürmeye ve bu kapsamda Yurttaşlar Meclisi modelini önererek, yeni bir müzakereci demokrasi hukuku oluşturmaya çalışan aşırı görüşleri sürülmekle birlikte⁵⁸, müzakereci demokrasinin, liberal demokrasiye alternatif yeni bir yönetim biçimi olmadığını vurgulamakta fayda vardır. Erdoğan'a göre, müzakereci demokrasi, alternatif bir demokrasi teorisi olmaktan çok, esas olarak seçimlere ve temsili kurumlara dayanan liberal demokrasinin kolektif kararların alınmasında müzakereci süreçleri öne çıkaran bir türüdür. Müzakereci demokrasi teorisyenleri, mevcut temsili kurumları eleştirmekle beraber, genellikle müzakereci demokrasiyi liberal demokrasinin bir alternatifi olarak düşünmemektedir. Müzakereci demokrasinin öngördüğü rasyonel iletişim ve kamusal müzakere, olabildiği kadarıyla, ancak insan hakları ve hukuk devleti çerçevesinde işleyen temsili demokratik kurumların sağlayacağı toplumsal ve siyasal ortamda yer alabilir.⁵⁹

IV- Kozmopolit Demokrasinin Ulusal Hukuklara Etkisi

Kozmopolit demokrasi ifadesindeki *kozmpolit* kavramı ile anlatılmak istenen, dünyanın neresinde olursa olsun yurttaşların hem kendi ulusal hükümetlerine, hem bundan bağımsız olarak uluslararası olaylara girdiler yaptıkları ve siyasal olarak temsil edildikleri bir siyasi örgütlenme modelidir. Burada geçen *demokrasi* kavramı ise yalnızca bir rehber kurallar dizininin ibaret olmayan,

57) Carolyn M. HENDRIX, "Integrated Deliberation: Reconciling Civil Society's Dual Role in Deliberative Democracy" *Political Studies*, 54, (2006), s. 486-508

58) Bkz. John FERREJOHN, "Deliberative Democratic Law", Research Paper, (2014) NYU Law School, <http://www.princeton.edu/csdp/events/Ferejohn%20Deliberative%20Democratic%20Law/Ferejohn-Deliberative-Democratic-Law.pdf> (23 Nisan 2015)

59) Mustafa ERDOĞAN, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, İstanbul (2013), Kesit Yayınları, s. 29-55

bağımsız bir sürece işaret etmektedir. Demokrasinin ayırt edici özelliği yalnızca özel bir işlem dizisi değil aynı zamanda siyasal süreçlere halk katılımını yaygınlaştırmayı içeren demokratik değerlerin izlenmesidir. Uluslararası demokrasi yerine kozmopolit demokrasi teriminin tercih edilmesinin nedeni, uluslararası demokrasinin, tek tek devletlerin anayasalarını sorgulamadan devletler arasında bir demokratik kurallar sistemi ve işleyişini anımsatabilmesidir. Ayrıca bu kavram, devletler arası ilişkilerdeki demokratik değerlere dayanmayan bir dizi sistemi akla getirebilir.⁶⁰

Kozmopolit modele göre, yerel rejimlerin çeşitliliğine rağmen, daha demokratik bir devletler arası örgütlenme sağlanabilir. Kozmopolit demokrasiye geçiş hazırlığı, uluslararası topluluğun tüm üyelerinin belirli bir demokratiklik eşliğine ulaşacağı, bilinmeyen bir geleceğe ertelenemez. Bunun ilk nedeni, demokrasi kavramının bir süreç olarak, çok farklı düzeylerde de olsa, tüm ülkeleri ilgilendirmesidir. Demokrasinin yerleştirilmesi, en temel medeni ve siyasi haklardan başlayabilir; gelişmiş demokratik sistemler ise bunu daha da derinleştirebilir. İkinci olarak, ülkeler içinde demokrasinin boyutlarının ve alanının genişlemesi dünya düzeninin sorumluluğunun artmasına bağlıdır. Dünya düzeni daha demokratik bir nitelik kazanamazsa, ülkelerin içindeki demokrasi de daima kısıtlı kalacaktır.⁶¹

Kozmopolit demokrasi hem devletlerin kendi içinde, hem devletler arasında paralel bir demokratik gelişmeyi hedeflemektedir. Bu gelişim her bir devletin siyasi rejimini gözlemleyebilen ve ihtiyaç olduğunda devletlerin iç işlerini etkileyen yetkin küresel kuruluşların oluşturulmasını gerektirmektedir. Ancak çoğu federalist projenin tersine kozmopolit demokrasi, mevcut devletleri ortadan kaldırmayı veya bunların iktidarlarını tümüyle farklı bir kurumsal çerçeve ile değiştirmeyi öngörmemektedir. Devletler kendi iktidar fonksiyonlarını yerine getirmeye (en azından, eğer varsa, daha etkili bir siyasi örgütlenme biçimi bulununcaya kadar) devam etmelidir. Ancak, devletlerin yurttaşların refah ve güvenliğine karşı hareket eden zora dayalı ve kısıtlayıcı güçleri, karşılıklı işbirliği ile olumlu yöne sevk edilmelidir. Kozmopolit kuruluşlar, devletlerin kurulu iktidarlarını belirli ve iyi tanımlanmış faaliyet alanlarına çekerek, onlarla birlikte var olmak durumundadır.⁶²

Held'e göre, günümüzdeki demokrasi sorunu, birbiriyle bağlantılı bir dizi güç ve yetki merkezi içinde demokrasinin nasıl güvence altına alınabileceğinin orta-

60) Daniele ARCHIBUGI ve David HELD (Ed.), *Kozmopolit Demokrasi: Yeni Dünya İçin Bir Gündem*, Çev: Neşe Nur Domaniç, İstanbul (2000), Ütopya Kitabevi Yayınları, s. 18-19

61) ARCHIBUGI ve HELD, a.g.e., s. 19

62) ARCHIBUGI ve HELD, a.g.e., s. 19-20

ya konulmasıdır. Çünkü demokrasi çok sayıda medeni, siyasi ve sosyal hakların yalnızca tanınması değil, aynı zamanda bu hakların hükümetler ve ulus ötesi güç yapıları içinde izlenmesi ve hayata geçirilebilmesini gerektirmektedir. Günümüzde demokrasi kavramı, genişleyen bir demokratik devletler ve kurumlar çerçevesine bağlanmak zorundadır. Bu çerçeveyi gerçekleştirebileceği düşünülen kozmopolit demokrasi modeli, farklı halkların ve ulusların değişik koşullarından ve iç bağlantılarından kaynaklanan ve onlarca benimsenmiş bir yönetim sistemini ifade etmektedir.⁶³

Demokrasinin kozmopolit modeli, kararlarının meşru ve bağımsız hukuk kaynakları olarak tanınması için, bölgesel (örneğin; Latin Amerika ve Afrika'da) parlamentoların oluşturulması, mevcut bölgesel parlamentoların (Avrupa Parlamentosu) ise rollerinin arttırılması için çaba gösterecektir. Buna ek olarak, enerji politikası, kamu ve özel sektör ulaşımı, yerel yetkililerin örgütlenmesi ve bazı tartışmalı ulus ötesi sorunlar gibi çok yönlü konular hakkında grupların genel referandumlar yapmalarının mümkün olacağı umut edilmektedir. Ayrıca kozmopolit demokrasi modeli, demokratik karar alma konusundaki şekil ve sınırların belirlenebilmesi için medeni, siyasal, ekonomik ve sosyal hakların geliştirilmesine çalışacaktır.⁶⁴ Held, kozmopolit demokrasi modelinin gerçekleştirilebilmesi için kısa ve uzun vadeli somut hedefler de göstermektedir. Kısa vadeli hedefler, BM Güvenlik Konseyi'nin reforma tabi tutulması; BM'de ikinci bir meclis oluşturulması; siyasi bölgeselleşmenin artması; yeni bir uluslararası insan hakları mahkemesi kurulması; küçük fakat etkin, saydam bir uluslararası askeri gücün oluşturulmasıdır. Uzun vadeli hedefler ise bölgelere, uluslara ve yerelliklere bağlı küresel parlamento oluşumu; yeni bir haklar ve görevler şartı; siyasi ve ekonomik çıkarların birbirinden ayrılması; müzakereci meclislerin ve seçim süreçlerinin kamusal finansmanı; birbiriyle bağlantılı olan küresel hukuk sistemi;⁶⁵ son olarak, savaş sisteminin aşılması ve nihai askersizleştirme amacıyla ulus devletlerin kuvvet kullanma yetkilerinin bölgesel ve küresel kuruluşlara kalıcı biçimde devredilmesidir.⁶⁶

Held'in kozmopolit demokrasi görüşü, demokrasi teorisinde genelde liberal

63) David HELD, "Demokrasi ve Yeni Uluslararası Düzen", *Kozmopolit Demokrasi: Yeni Dünya İçin Bir Gündem*, Daniele Archibugi ve David Held (Ed.) Çev: Neşe Nur Domaniç, İstanbul (2000), Ütopya Kitabevi Yayınları, s. 89

64) HELD, "Demokrasi ve Yeni Uluslararası Düzen", s. 90-91

65) Held'in küresel hukuk sistemiyle bağlantılı olarak kurulmasını önerdiği Uluslararası bir Ceza Mahkemesi'nin, henüz belirli suç tipleriyle sınırlı olarak yetkilendirilmiş olmasına ve yargılama yetkisi tüm dünya devletleri tarafından kabul edilmemiş olmasına rağmen, kurulmuş ve faaliyete başlamış olması, kozmopolit demokrasinin uzun vadeli bir hedefinin kısa vadeli hedeflerinden önce gerçekleşebildiğini göstermesi bakımından anlamlıdır.

66) HELD, "Demokrasi ve Yeni Uluslararası Düzen", s. 92-94

ve idealist çevrelerde taraftar topladığı gibi, kendisinin de öngördüğü ve yanıt vermeye çalıştığı üzere⁶⁷ yoğun eleştirilere de maruz kalmıştır. Küreselleşmeye yönelik reddiyeci görüşlerin kozmopolit demokrasi modeline de sert eleştiriler yöneltmeleri anlaşılabilir. Ancak kozmopolit demokrasiye liberal kanattan da önemli eleştiriler gelmiştir. Çok kültürlülük, etnik milliyetçilik ve azınlık hakları konusundaki çalışmalarıyla bilinen Kymlicka, kozmopolit demokrasi görüşünün bazı argümanlarını kabul etmekle birlikte, bu görüşe karşı ciddi eleştiriler getirmektedir.⁶⁸ Kymlicka'ya göre, ekonomik küreselleşme, çevresel sorunlar ve uluslararası güvenlik gibi ortak sorunlarla başa çıkmak için uluslararası siyasal kurumlara ihtiyaç vardır. Ulus devlet siyasi teorinin yegâne hâkim unsuru olarak görülemez. Demokrasi ve yönetim konularında daha kozmopolit bir yaklaşıma ihtiyaç vardır ve ulus aşırı kurumların yurttaşlar için daha erişilebilir ve sorumlu olması gerekir. Ayrıca, insan haklarının güçlendirilmesi ve uluslararası kuralların bir ölçüde demokratik meşruiyete dayandırılması gerekmektedir.⁶⁹ Bununla birlikte Kymlicka, Held'in yeni küresel düzen anlayışı, ulusaşırı örgüt ve kurumları demokratikleştirme girişimlerini de içermesi durumunda bu görüşü kabul edemeyeceğini belirtmektedir. Kymlicka'ya göre liberal demokrasi birbiriyle bağlantılı olsa da, üç farklı ilkeye bağlılığı gerektirmektedir. Bunlar; sosyal adalet, müzakereci demokrasi ve bireysel özgürlüktür. Bu ilkelerin tamamını en iyi ulusal siyasi birimlerde gerçekleştirilebilir. Çünkü insanların birbirine fedakârlık göstermesi için üst düzeyde güven ve dayanışma hislerine sahip olması gerekir. Örneğin; eğer sosyal adalet, ihtiyaç sahibi yurttaşlar için gelir bölüşümünü gerektiren yükümlülükler içeriyorsa, taraflar arasında ortak bir kimlik veya bir gruba aidiyet duygusu bulunması lazımdır. Ayrıca demokratik müzakere ortamının işletilebilmesi için ortak bir kimlik ve karşılıklı güven duygusuna ihtiyaç vardır; aksi halde diğerlerinin bizim görüş ve çıkarlarımızı samimi olarak dikkate alacağına güvenemeyiz. Dahası, diğerlerinin bizi doğru anlayacağına emin olabileceğimiz sağlıklı bir müzakere ortamı için ortak bir dile sahip olmak kaçınılmazdır.⁷⁰ Kymlicka'nın kozmopolit demokrasi modeline yönelik kaygılarına karşı, insanların aynı milliyetten olmayanlara ve yabancılara karşı dahi -hoşlanmasalar bile- adil ve dürüst davranmaları gerektiği, bunun bir takım insani değerlere dayandırılacağı ve asgari müşterek kimlik anlayışının yabancıları da kapsayacak biçimde genişletilebileceği ileri sürülmüştür. Müzakerede ortak dil koşuluna karşı ise çok dilli demokratik ulus devlet modelinde bir arada

67) HELD, "Demokrasi ve Yeni Uluslararası Düzen", s. 91-92

68) Gillian BROCK, "Cosmopolitan Democracy and Justice: Held versus Kymlicka", *Studies in East European Thought*, 54, 4, (2002), s. 325-347

69) BROCK, a.g.m., s. 330

70) BROCK, a.g.m., s. 330-331

yaşayabilmek için dil engeli nasıl aşılabiliyorsa, devlet ötesi topluluklarda da istenirse bu sorunun üstesinden gelinebileceği, uluslararası kültürel paylaşımlar örnek gösterilerek savunulmaktadır. Kaldı ki, Kymlicka da adalet ve demokratik katılımın sağlanması arasında zorunlu bir tercih yapmak gerekirse, adaleti tercih edeceğini belirtmiştir. Aynı gerekçe bizi kozmopolit adalet anlayışını tercih etmeye yöneltecektir.⁷¹

2007-2009 küresel finansal krizi ve bununla bağlantılı olarak AB’de *euro* bölgesindeki kırılgan ekonomik yapıya sahip ülkelerde yaşanan 2009 borç krizini açma çabaları sırasında, AB kurumlarına ve genel olarak uluslararası kuruluşlara güvenin azaldığı bir ortamda Habermas’ın ileri sürdüğü kozmopolit toplum görüşü dikkat çekicidir. Habermas’ın çıkış noktası liberal görüşün kozmopolit demokrasi modelinden farklı olsa da, benzer bir hedefe yöneldiği söylenebilir. Habermas, AB örneğinden hareketle, dünya yurttaşlarının temsiline dayalı bir uluslararası topluluğun kozmopolit topluma dönüşebileceğini ileri sürmektedir. Dünya toplumunun siyasal düzeni, devlet iktidarını oluşturan demokratik, hukuki ehlileştirilmenin devamı niteliğinde yorumlanabilir. Habermas’a göre, uluslararası alandaki meşruiyet zaaflarının sebebi, küresel siyasi konuların devletlerin ve yurttaşların temsil edildiği bir parlamentoda değil, küresel aktörler arasındaki müzakerelerde görüşülmesidir.⁷² Habermas’a göre, uluslararası ortamın demokratikleşebilmesi, ulusal demokrasilerle benzer yönlerinin, meşruiyet kaybına uğratılmadan bir araya getirilmesiyle mümkün olabilir. Bu bağlamda, AB’nin içinde bulunduğu sınav uluslararası toplumun gidişatı yönünden de belirleyici olacaktır. Sınavdan geçirilen husus, Euro bölgesindeki yurttaşların, siyasal elitlerin ve medyanın bütünleşmenin bir sonraki aşamasını tamamlamak konusundaki istek ve yetkinliğidir. AB’nin bu dönüşümü gerçekleştirebilmesi halinde, siyasal iktidarın kullanılması bir adım ileriye götürülebilecektir.⁷³

SONUÇ

Genel kabul görebilecek bir tanımla, yurttaşların kendilerini etkileyecek kararların alınmasına doğrudan ya da dolaylı olarak katılımı ilkesine dayanan demokrasinin -Antik Yunan uygulamasından, günümüz demokrasilerine kadar ki

71) BROCK, a.g.m., s. 330-344

72) Jürgen HABERMAS, *The Crisis of the European Union: A Response*, Çev: Ciaran Cronin, Cambridge/Malden (2012), Polity Press, s. 53-70. Eserin Almanca başlığı “*Zur Verfassung Europas. Ein Essay - Avrupa’nın Anayasası Üzerine. Bir Deneme*”dir. İngilizce’ye, “*The Crisis of the European Union: A Response - Avrupa Birliği’nin Krizi: Bir Yanıt*” başlığıyla çevrilmiştir. Bkz. Selman KARAKUL, “Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa’nın Bütünleşme Sorunu ve Türkiye’nin Avrupa Birliği İçindeki Konumu”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 5, 14, (2013), s. 43-80

73) HABERMAS, *The Crisis of the European Union*, s.20

her aşamasında- usul ve esaslarının belirlenerek demokrasiye geçişin sağlanmasında, hukuk kurallarının belirleyici rol üstlendiği bilinmektedir. Solon Kanunları ve Cleisthenes reformları gerçekleştirilmemiş olsaydı, Atina'da güçlü muhalflerine rağmen demokrasinin kurulması ve sürdürülebilmesi mümkün olamazdı. Kuzey Amerika'daki İngiliz Kolonilerinde, ardından federal düzeyde ABD'de, Fransa'da ve 19. yüzyılda pek çok Avrupa ülkesinde az ya da çok halkın katılımına dayalı yönetimlerin kurulması, anayasal ve yasal düzenlemeler sayesinde gerçekleştirilmiştir. Birinci Dünya Savaşından sonra yayılan ters demokratlaşma dalgası, demokrasinin düşmanlarına karşı korumasız olduğu ve kendisini korumak için hukuki önlemler geliştirmesi gerektiği düşüncesinin benimsenmesine yol açmıştır. Bu kapsamda, İkinci Dünya Savaşından sonra kabul edilen anayasalarda, militan demokrasinin hukuki araçlarına yer verilmiştir. 1970'li yıllarda Portekiz, İspanya ve Yunanistan ile bazı Latin Amerika ülkelerindeki faşist rejimlerin sona ermesinin ardından liberal demokrasiye geçiş ve demokrasinin pekiştirilmesi, hukuk reformlarıyla mümkün hale gelmiştir. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu ya da bilinen adıyla Venedik Komisyonu'nun Doğu ve Orta Avrupa ülkelerinde liberal demokrasiye geçiş sürecinde başlayan danışmanlık hizmeti ve kısa zamanda ortaya çıkan geniş demokratik kodifikasyonun katkılarıyla "hukuk yoluyla demokrasi" formülü küresel ölçekte yayılmaya başlamıştır.

Hukuk/demokrasi ilişkisinin günümüzde geldiği noktada, demokratik pekişmenin sağlanabilmesi ve demokrasinin sürdürülebilmesi için, demokrasinin biçimsel katılımçılık boyutunun ötesinde esasa yönelik gelişme göstermesi gerektiği görüşleri ağırlık kazanmaya başlamıştır. Ayrıca, demokrasinin yerel ve ulusal ölçekte kalması, ulus aşırı sorunların adil biçimde çözülmesine elverişli bir müzakere ortamının oluşmasına imkân vermemiştir. Mevcut uluslararası sistemin, devletler arası ilişkilerde adaletsiz bir düzen yaratması, bölgesel ve küresel ölçekte yeni demokrasi arayışlarını gündeme getirmiştir. Liberal düşünürlerin ortaya attığı kozmopolit demokrasi modeli, aralarındaki önemli farklılıklara rağmen, geniş bir yelpazedeki düşünürler arasında taraftar bulmaya başlamıştır.

Hukuk/demokrasi ilişkisinde teori ve uygulamada yoğun olarak hukuk yoluyla demokrasi formülü üzerinde durulmaktadır. Hukuk yoluyla demokrasi modeli, hukuki düzenlemelerle demokrasiye geçişi, demokrasinin kendisini korumasını ve demokrasinin pekiştirilmesini ifade etmektedir. Oysa demokrasiyi kuran ve sürdüren hukuk kurallarının da demokratik usul ve esaslara uygun olması gerekmektedir. Bu çalışmada "demokrasi yoluyla hukuk" formülüyle ifade edilmek istenilen, yazılı hukuk kurallarının hazırlanması, müzakeresi, kabulü ve uygulanması aşamalarında demokratik yolların tercih edilmesidir. Günümüz

demokrasilerinin en önemli eksikliği, hukuk kurallarının oluşumunda demokratik sürecin yeterince işletilememesidir. Yurttaşların kendi hukuki durumlarını etkileyecek konulardaki kararların alınması sürecine, ayrıca gayri resmi kamusal alanda cereyan eden müzakerelere doğrudan veya temsilcileri aracılığıyla dâhil olamaması, yeni bir demokratik meşruiyet sorununa ve toplumdaki siyasi farklılaşmaların derinleşmesine yol açmaktadır.

KAYNAKLAR

- Archibugi, Daniele ve David Held (Ed.), *Kozmopolit Demokrasi: Yeni Dünya İçin Bir Gündem*, Çev: Neşe Nur Domaniç, İstanbul, Ütopya Kitabevi Yayınları, 2000.
- Avril, Emmanuelle ve Johann N. Neem (Ed.), "Introduction: "Contested Democracy": A Critical Evaluation", *Democracy, Participation and Contestation: Civil Society, Governance and the Future of Liberal Democracy*, Abingdon, Routledge, 2015.
- Bakrezer, Güven, "Antik Yunan Düşüncesinde Kölelik", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 63, 1, 2008.
- Benoit-Rohmer, Florence ve Heinrich Klebes, *Council of Europe Law: Towards A Pan-European Legal Area*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005.
- Besson, Samantha ve José Luis Martí (Ed.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Aldershot, Hampshire, Ashgate Publishing, 2006.
- Bobbio, Norberto, *Liberalism and Democracy*, Çev: Martin Ryle ve Kate Soper, London, Verso, 1990.
- Bonhomme, Brian ve Cathleen Boivin (Eds.), *Milestone Documents in World History: Exploring the Primary Sources That Shaped the World*, Dallas, Texas: Schlager Group, 2010.
- Brock, Gillian, "Cosmopolitan Democracy and Justice: Held versus Kymlicka", *Studies in East European Thought*, 54, 4, 2002.
- Brunkhorst, Hauke, "Gloomy Prospects - Seven Theories on the Future of Democracy within a World Society", *Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe: Science and Technique of Democracy*, No.49, Venice Commission, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2011.
- Dahl, Robert A., *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çev: Levent Köker, Ankara, Türk Siyasi İlimler Derneği ve Türk Demokrasi Vakfı ortak yayını, 1993.
- Elster, Jon (Ed.), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- Elster, Jon, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- Erdoğan, Mustafa, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, İstanbul, Kesit Yayınları, 2013.
- Ferejohn, John, "Deliberative Democratic Law", *Research Paper*, (2014) NYU Law School, <http://www.princeton.edu/csdp/events/Ferejohn%20Deliberative%20Democratic%20Law/Ferejohn-Deliberative-Democratic-Law.pdf> (23 Nisan 2015).
- Ginsburg, Tom, "The Global Spread of Constitutional Review", *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Keith E. Whittington vd. (Ed.), Oxford, Oxford University Press, 2008.

- Goldstein, Leslie Friedman, “American Innovations in Democratic Decision Making”, *Democratic Decision-Making: Historical and Contemporary Perspectives*, David Lewis Schaefer (Ed.), Lanham, MD, Lexington Books, 2012.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Çev: William Rehg, Cambridge, Polity Press, 2011.
- Habermas, Jürgen, *The Crisis of the European Union: A Response*, Çev: Ciaran Cronin, Cambridge/Malden, Polity Press, 2012.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2000.
- Held, David, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, Polity Press, 1995.
- Held, David, “Demokrasi ve Yeni Uluslararası Düzen”, *Kozmopolit Demokrasi: Yeni Dünya İçin Bir Gündem*, Daniele Archibugi ve David Held (Ed.) Çev: Neşe Nur Domaniç, İstanbul, Ütopya Kitabevi Yayınları, 2000.
- Hendrix, Carolyn M., “Integrated Deliberation: Reconciling Civil Society’s Dual Role in Deliberative Democracy” *Political Studies*, 54, 2006.
- Howard, Philip N. ve Muzammil M. Hussain, *Democracy’s Fourth Wave? Digital Media and the Arab Spring*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Huntington, Samuel P., *Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çev: Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Kaboğlu, İbrahim, “Hukuk Yoluyla Demokrasi”, *Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* (Halil Nadaroğlu’na Armağan), XIV, 1, 1998.
- Karakul, Selman, “Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa’nın Bütünleşme Sorunu ve Türkiye’nin Avrupa Birliği İçindeki Konumu”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 5, 14, 2013.
- Koslowski, Peter (Ed.), *Individual Liberty and Democratic Decision Making*, Tübingen, Mohr, 1987.
- Linz, Juan J. ve Alfred Stepan, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe*, Baltimore ve Londra, The Johns Hopkins University Press, 1996.
- Locke, John, *Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Toplumda Devlet*, Çev: Serdar Taşçı ve Hale Akman, İstanbul, Metropol Yayınları, 2002.
- Oder, Bertil Emrah, “Chapter 12: Turkey”, *The ‘Militant Democracy’ Principle in Modern Democracies*, Ed. Markus Thiel, Farnham, Ashgate Publishing, 2009.
- Özbudun, Ergun, *Türkiye’de Demokratikleşme Süreci*, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.
- Petaux, Jean, *Democracy and Human Rights for Europe: The Council of Europe’s Contribution*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009.
- Popescu, Christian C., “Is there a Fourth Wave of Democracy or Not? An Evaluation of the Latest Theories”, *The USV Annals of Economics and Public Administration*, 12, 1, 2012.
- Robinson, Eric W. (Ed.), *Ancient Greek Democracy: Readings and Sources*, Oxford, Blackwell Publishing, 2004.
- Rousseau, Jean Jacques, *Toplum Sözleşmesi*, Çev: Vedat Günyol, Altıncı Basım, İstanbul, Adam Yayınları, 1994.

- Shapiro, Ian, *The State of Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 2003.
- Tyulkina, Svetlana, *Militant Democracies: Undemocratic Political Parties and Beyond*, Abingdon, Routledge, 2015.
- Uygun, Oktay, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, 2003.
- Yokuş, Sevtap, “Avrupa Birliği’ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye’de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LXI, 1-2, 2003.

ÖZET

“Hukuk yoluyla demokrasi” formülü, demokratik düzene geçiş, demokratik düzenin korunması ve pekiştirilmesinde hukuki yolların kullanılmasını ifade etmektedir. Buna karşılık “demokrasi yoluyla hukuk” ifadesi, hukuk kurallarının hazırlanması, kabulü ve uygulanmasında demokratik usul ve esaslara uyulmasını vurgulamaktadır. “Hukuk yoluyla demokrasi” formülü doktrin ve uygulamada yaygın kabul görse de, “demokrasi yoluyla hukuk” doktrinde sıkça kullanılan ve yerleşmiş bir kavram değildir. Bu çalışmada, hukuk yoluyla demokrasiye geçiş, hukuk yoluyla demokrasinin korunması ve pekiştirilmesi, demokrasi yoluyla hukuk yaklaşımı ve kozmopolit demokrasinin ulusal hukuk düzenleri üzerindeki olası etkileri, genel bir çerçevede incelenmektedir.

Anahtar kelimeler: Hukuk yoluyla demokrasi, demokrasi yoluyla hukuk, demokrasiye geçiş, demokratik pekişme, kozmopolit demokrasi

ÖZEL HUKUK

Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi

The Effect of Cancellation of The Right of Usufruct to The Lease Contract Concluded By Usufructuary Before The Cancellation

Prof. Dr. Nevzat Koç

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı ve Özel Hukuk Bölümü Başkanı

ABSTRACT

In this article, we will examine the issue that if the owner of a real estate could want the evacuation of the leased real estate, if the right of usufruct is cancelled, by the demand of usufructuary, before the expiration of the deadline. We must say that, the subject of the article, is also a legal opinion, given by us, within the scope of Article 293 of Code of Civil Procedure, as part of a case that is on the revision of the decision instance. In that contract, the tenant is a private company, the owner of the real estate is a district municipality and the other part of the lease contract, the leaser, also usufructuary, is another private company.

Keywords: Restricted real rights, Easement, Usufruct, Usufructuary, Owner, Lease contract, Leaser, Tenant, Registration, Cancellation

GENEL OLARAK

Bu makalemizde, intifa hakkı sahibi tarafından yapılmış ve tapu siciline şerh ettirilmiş bir kira sözleşmesinin henüz süresi dolmamış iken, intifa hakkı sahibinin istemi üzerine, intifa hakkının terkininden sonra, malikin taşınmazdaki kiracıdan kiralananı geri isteme hakkına sahip olup olmadığı konusu incelenip değerlendirilecektir. Hemen belirtelim ki, makalemizin konusu, söz konusu kiracı şirket ile taşınmazın maliki olan bir ilçe belediyesi ve kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturan şirket arasında görülmekte olan ve karar düzeltme aşamasındaki bir uyuşmazlık nedeniyle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesi kapsamında, tarafımızdan hazırlanan özel bir hukukî mütalâanın da konusudur.

Bu makalenin yayımlanmak üzere hazırlandığı tarih itibarıyla, yerel mahkemece verilen kararın henüz kesin hüküm niteliğini kazanmadığı göz önünde tutularak, makalemizde uyumsuzluk konusunun tarafları, hukukî işlemlerin düzenlendiği veya onaylandığı resmî merciler ismen belirtilmeyecek, sadece uyumsuzluk konusu olaya ilişkin hukukî değerlendirmeler yapılacaktır¹. Ayrıca, tarafımızdan hazırlanan özel hukukî mütalâanın makaleye dönüştürülmesi sırasında, bazı ek bilgilere ve değerlendirmelere de yer verilmiştir.

İrtifak hakları, bir taşınmaz veya belirli bir kişi lehine kurulabilir. Bir taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkına “eşyaya bağlı (arzî) irtifaklar”, belirli bir kişi lehine kurulan irtifak haklarına ise, “kişiye bağlı (kişisel) irtifaklar” denir².

İçerikleri geniş veya dar olabilen “irtifak hakları”, mülkiyetin içeriğindeki eşyadan yararlanma yetkisinin özgülenmesi yoluyla kurulur ve hak sahibine, eşyanın kullanılması veya malikin yararlanma yetkisini hak sahibi lehine sınırlamak suretiyle menfaat sağlar³.

Sınırlı aynî haklar, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun “Eşya Hukuku” başlıklı Dördüncü Kitabının İkinci Kısımının Birinci Bölümünde “İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü” (m. 779-838), Üçüncü Ayırımında “Taşınmaz Yükü” (m. 839-849), İkinci Bölümünde ise, “Taşınmaz Rehni” (m. 850-972) başlıkları altında düzenlenmiştir⁴.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 794 ilâ 822. maddelerinde düzenlenen

1) Makale konusuna ilişkin hukukî değerlendirmelerimizin delillerini oluşturan bütün belgeler, özel arşivimizde bulunmakta olup, bunların sadece tarihleri ile sayı veya numaralarının belirtilmesiyle yetinilecektir.

2) Bkz. ve karşı. **ERTAŞ, Şeref**: Eşya Hukuku, B.11, İzmir 2014, s.503, No.2218.

Eşyaya bağlı irtifak hakkının konusuna ilişkin Türk Medenî Kanununun 779. maddesinin birinci fıkrasına göre: “*Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise: “Yapma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir.”*

Kişisel irtifak haklarından birini oluşturan intifa hakkının konusu, Türk Medenî Kanununun 794. maddesinde şöyle belirtilmektedir: “İntifa hakkı, taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir.

“Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar.”

3) Bkz. ve karşı. **OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**: Eşya Hukuku, B. 16, İstanbul 2013, s.764, No.2680.

4) **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR** (s.764-765, No.2679-2682), sınırlı aynî hakların, içeriklerine göre üçe ayrılabilceğini ileri sürmektedirler. Yazarlar, Türk Medenî Kanununun Eşya Hukuku Kitabının İkinci Kısımının Birinci Bölümünde, “İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü” (m. 779-838) başlığı altında düzenlenen sınırlı aynî haklardan irtifak haklarını “Yararlanma Hakları”, taşınmaz rehnini “Teminat (Güvence) Hakları”, “Taşınmaz Yükü”nü ise, Kanunda kullanılan başlıkta olduğu gibi, aynı terimle ifade etmektedirler.

intifa hakkı, kişisel bir irtifak hakkıdır⁵.

Türk Medenî Kanununun 796. maddesinin birinci fıkrasında, kişisel irtifak haklarından biri olan intifa hakkının üç sona erme sebebi öngörülmüştür⁶:

- 1- Konusunun tamamen yok olması,
- 2- Taşınmazlarda tescilin terkin edilmesi,
- 3- Yasal intifa hakkının sebebinin ortadan kalkması,

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, sürenin dolması veya hak sahibinin, intifa hakkından vazgeçmesi ya da ölümü gibi diğer sona erme sebepleri, taşınmazlarda malike intifa hakkının tapu kütüğünden terkinini isteme yetkisi vermektedir.

İntifa hakkının süresine ilişkin Türk Medenî Kanununun 797. maddesinin birinci fıkrasında, intifa hakkının, gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü; tüzel kişilerde kararlaştırılan sürenin dolmasıyla, süre kararlaştırılmamışsa kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona ereceği belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, tüzel kişilerin intifa hakkının, en çok yüz yıl devam edebileceği hükmüne yer verilmiştir.

1- Uyuşmazlık Konusu Olay

Uyuşmazlık konusu olay, yerel mahkemenin 26.12.2013 tarihli ve 2013/522 E., 2013/1176 K. sayılı kararının⁷ taraflarını oluşturan davacı kiracı şirket ile, biri yerel yönetim (ilgili Belediye Başkanlığı)⁸ ve diğeri kiracı şirketin kiraya vereni (aynı zamanda kira sözleşmesini yaptığı tarihte, intifa hakkı sahibi) şirket konumundaki iki davalı arasında, özetle aşağıda açıklandığı biçimde gelişmiştir:

1) Davacı şirketin kiraladığı taşınmazın maliki olan davalı belediye, ilgili Belediye Meclisinin 10.2.1993 tarihli ve 1993/8 sayılı kararı gereğince, yine aynı Belediye kurulmuş ve yüzde 95 payının kendisine ait olduğu bir ticaret şirketine, yani bir özel hukuk tüzel kişisi olan diğer davalıya, tapuya kayıtlı bu taşınmazı üzerinde, 5.11.1993 tarihli ve 412 yevmiye numaralı tescil işlemiyle, 49 yıl süreyle, sınırlı bir aynî hak niteliğindeki intifa hakkı tescil ettirmiştir⁹. Davalı Belediye,

5) Türk Medenî Kanununun 823 ilâ 825. maddelerinde düzenlenen oturma hakkı da, kişisel irtifak haklarından biridir.

6) İntifa hakkının sona erme sebepleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.825 vd., **ERTAŞ**, s.518 vd.

7) Bkz. aşa. § 4, I.

8) Makalemizde, kısaca “davalı belediye” olarak belirtilecektir.

9) Davalı Belediye Başkanlığının, ilgili tapu sicil müdürlüğüne gönderdiği anlaşılın 21.10.1993 tarihli ve 92/42 sayılı yazısı ile, Belediyenin mülkiyetinde bulunan taşınmazın, intifa hakkıyla birlikte, davalı şirkete kiralandığı bildirilerek, tapu siciline intifa hakkıyla kira sözleşmesinin tescil edilmesi istenmiştir.

ayrıca bundan on sekiz gün sonra, yani 23.11.1993 tarihi itibarıyla, diğer davalı intifa hakkı sahibi şirket ile yapmış olduğu kira sözleşmesinin de, intifa hakkı sahibi (davalı) şirket lehine, 49 yıl süreyle, tapu siciline şerhini sağlamıştır.

2) Davalılardan intifa hakkı sahibi şirket, bu taşınmazı kullanma ve yararlanma hakkını, noterlikçe 23.11.1993 tarihli ve 41664 yevmiye numaralı işlemiyle onaylanan, on yıl süreli bir kira sözleşmesiyle, önce bir akaryakıt istasyonu olarak ticarî faaliyette bulunan (dava dışı) bir anonim şirkete devretmiş; bu kiracı şirket ise, kiraya veren (davalılardan intifa hakkı sahibi) şirket ile aralarındaki kira sözleşmesinin 10. maddesinde kendisine tanınan yetkiyi kullanarak, kiralananı birlikte ticarî ortaklık ilişkisine girdikleri başka bir anonim şirkete (davacıya) devretmiştir.

3) Davacı şirket, davalılardan intifa hakkı sahibi şirketin, bu hakkın sahibi olduğu tarihte, onunla, noterlikçe 6 Şubat 1998 tarihli ve 05500 numaralı işlemle onaylanan ve başlangıç tarihi, bu sözleşmenin 2. maddesi gereğince 28.01.1998 olarak kararlaştırılan on yıl süreli bir kira sözleşmesi yapmıştır.

4) Davacı şirket ile davalılardan intifa hakkı sahibi şirket arasında, noterlikçe 12.08.2003 tarihli ve 19288 yevmiye numaralı Düzenleme Şeklinde Kira Sözleşmesinin 2. maddesi gereğince, başlangıç tarihi 01.03.2007 olarak kararlaştırılan beş yıl süreli yeni bir kira sözleşmesi daha yapılmıştır. Bu Sözleşmenin 1. maddesinde, davalılardan intifa hakkı sahibi kiralayanın (kiraya veren), tapu kayıtları belirtilen söz konusu taşınmazlar (kiralananlar) üzerinde, 05.11.1993 tarihli ve 412 yevmiye numarası ile tesis edilen intifa hakkına sahip bulunduğu yazılıdır.

5) Davacı şirket ile davalılardan intifa hakkı sahibi şirket arasında, noterlikçe 25 Mayıs 2007 tarihli ve 15117 yevmiye numaralı işlemiyle düzenlenmiş kira sözleşmesinin 2. maddesinde, başlangıç tarihi 01.03.2012 olarak kararlaştırılan on yıl süreli yeni bir kira sözleşmesi daha yapılmıştır.

6) Yerel mahkemece verilen 26.12.2013 tarihli ve E.2013/522, K. 2013/1176 K. sayılı kararın¹⁰ “Delillerin Değerlendirilmesi” bölümünde, taşınmaz maliki olan davalı belediyece, diğer davalı intifa hakkı sahibi ve ayrıca onunla yaptığı kira

Belediye Meclisinin 10.2.1993 tarihli ve 1993 / 8 sayılı kararına göre: “...mülkiyetleri Belediyemize ait olup imar planlarımızda Belediye Hizmet alanı - Akaryakıt İstasyonu yeri olarak ayrılan yerlerin her türlü tesisleri kendileri tarafından yapılmak kaydıyla, 49 yıllığına, yıllık 100.000.000 (Yüzmilyonlira) bedel karşılığında- intifa hakkı ile birlikte... ..Limited Şirketi adına kiralanmasına, her yıl kira artırımının Encümenle belirlenmesine; belediyemizce Anonim Şirket kuruluşu tamamlandığında, söz konusu kira mukavelelerinin A.Ş. ile akdi hususunun yeniden gündeme getirilmesinin kabulüne oybirliği ile karar verildi.”

Bu kararda tapu kayıtları belirtilen 1 parsel numaralı taşınmazın, daha sonra 1 ve 2 parsel numaralarıyla iki parsel bölünerek, tapu siciline tescil ettirildiği anlaşılmaktadır.

10) Bkz. a.ş. § 4, I.

sözleşmesi gereğince kiracısı durumundaki şirket lehine, kiralanan her iki parselle ilgili olarak, 05.11.1993 tarihinde tapuya kira şerhinin işlendiği belirtilmiştir. Yerel mahkeme kararının aynı bölümünde, davacı (kiracı) şirket lehine, 7378 ada 2 numaralı parsel yönünden 30.11.2007 tarihinde, 7758 ada 1 numaralı parsel yönünden ise 31.05.2007 tarihinde, kira şerhlerinin tapuya işlendiği; ayrıca her iki parselin tapu kaydına on yıl süreli kira şerhinin, 01.03.2012 tarihinde başlayacağına ilişkin şerh verildiği hususu da tespit edilmiştir. Buna göre, davacı şirket ile onun kiraya vereni (ve intifa hakkı sahibi) konumundaki davalı şirket arasındaki kira sözleşmesi şerhin etkili olduğu sürenin sonu, 01.03.2022 tarihi olmaktadır.

2- Çözümlemesi Gereken Hukukî Problemler

Somut uyuşmazlık konusu olayda¹¹, hangi hukukî problemlerin çözülmesi gerektiği, şu sorunun cevaplandırılmasına bağlıdır:

Acaba, bir ilçe belediyesi tarafından kurulan ve yüzde 95 payına kendisinin sahip olduğu, daha sonra yüzde 1 payına aynı ildeki diğer bir ilçe belediyesinin de ortak edildiği bir limited şirkete, 5.11.1993 tarihli ve 412 yevmiye numaralı tescil işlemiyle, 49 yıllığına intifa hakkı tesis edildikten onsekiz gün sonra, 23.11.1993 tarihi itibarıyla, yıllığı 50.000.000 liradan, 49 yıllığına kira şerhi de konulmuş tapuya kayıtlı bir taşınmaz, intifa hakkı sahibinin, kendi lehinde 49 yıl süreyle bu hakkın konusunu oluşturan taşınmazların bir bölümünü kiraya vermesinden sonra, istemi üzerine, intifa hakkının tapu sicilinden terkin edilmesi, onunla davacı şirket arasında yapılmış ve henüz süresi dolmamış bulunan kira sözleşmesini de sona erdirir mi?

Kanaatimizce, bu sorunun cevabı, şu iki hukukî probleme ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşlerin ve Yargıtay kararlarında varılan sonuçların incelenip değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Birinci hukukî problem, davalı belediyenin, kendisinin de yüzde 95 pay ile ortağı bulunduğu diğer davalı şirkete, iki taşınmaz üzerinde, 49 yıl süreyle intifa hakkı tanınması yanında, onunla bir de kira sözleşmesi yaptıktan sonra, diğer davalı intifa hakkı sahibinin davacı şirket ile yaptığı tapu siciline şerh verilmiş ve henüz şerh süresi de dolmamış olan kira sözleşmesinin, intifa hakkının tapu sicilinden terkin edilmesinden sonra da geçerliliğini koruyup korumadığıdır.

İkinci hukukî problem ise, yine şu iki alt hukukî problemin de çözülmesini gerektirmektedir.

Birinci alt hukukî problem, intifa hakkının sona ermesine bağlı olarak, kiralanan taşınmazlar (1 ve 2 parsel) üzerinde, kuru (çıplak) mülkiyet hakkına sahip

11) Bkz. yuk. § 1, I.

olmaktan çıkarak yeniden tam mülkiyet hakkının sahibi konumunu elde eden davalı belediye, aynı zamanda kiracısı durumundaki diğer davalı şirkete karşı açtığı tahliye davasında¹², intifa hakkı sona erdiği için, onunla yaptığı kira sözleşmesinin de hükümsüz kaldığı gerekçesiyle verilen kesinleşmiş tahliye kararının, o davanın davalıları arasında gösterilmediği gibi, yargılama sırasında davaya da dâhil edilmemekle birlikte, davalı şirket ile intifa hakkı sahibi iken yaptığı ve tapu siciline şerh verilmiş kira sözleşmesi gereğince, onun kiracısı durumundaki davacı şirket bakımından da kesin hüküm niteliğinde olup olmadığıdır.

İkinci alt hukukî problem ise, birinci alt hukukî problemin çözümünde olumsuz bir sonuca varıldığı, yani kesinleşmiş tahliye kararının, o davanın tarafları arasında yer verilmeyen davacı şirket yönünden kesin hüküm niteliği taşımadığı takdirde, şu sorunun cevaplandırılması zorunluluğundan doğmaktadır: Acaba, davacı şirket tarafından, davalı belediye ile diğer davalı şirkete karşı, kiracılık sıfatının devam ettiği tespitine ve muarazanın önlenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, yerel mahkemece ve Yargıtay Özel Dairesince verilen ve aşağıda özetlenen kararlardan hangisi daha isabetlidir?

3- Davacı (Kiracı) Şirket Tarafından, Davalılara Karşı Açılan Davada Verilen Mahkeme Kararları

I- Yerel Mahkemece Verilen Karar

Yerel Mahkemece verilen 26.12.2013 tarihli ve E.2013/522, K. 2013/1176 K. sayılı karar ile “Davacı şirket ile davalı... Belediye(si) arasında kiracılık ilişkisi bulunmadığı, davalılar iyiniyetli olmadıkları için, davacının kiracılık ilişkisinin tespitine yönelik davanın (diğer) davalı ...Şirket(i) yönünden kabulüne, davalı ... Belediyesine kiracılık ilişkisi ile ilgili davanın, sıfat yokluğu nedeni ile reddine, davanın her iki davalıya yönelik muarazanın önlenmesine ve her iki akaryakıt istasyonuna yönelik müdahalenin men'ine...” karar verilmiştir¹³.

12) Bu tahliye davası, davalı Belediye tarafından, intifa hakkının terkin edildiği anda, kira sözleşmesinin de hükümsüz kaldığını ileri sürerek, intifa hakkı sona ermekle birlikte, bu hakkı tescil ettirdikten on sekiz gün sonra, onunla yaptığı 49 yıl süreyle şerh ettirilmiş kira sözleşmesi gereğince, kiracılık sıfatı devam eden ve kendisinin de yüzde 95 pay ile ortağı olduğu davalı şirkete karşı, aynı ildeki başka bir sulh hukuk mahkemesinde açılmıştır. Dava tarihi itibarıyla, davalı şirket ile davacı şirketin kiraya vereni konumundaki davalı şirket arasındaki şerh verilmiş kira sözleşmesi gereğince, on yıllık şerh süresinin sona ereceği tarih 01/03/2022 olduğu için, bu süre henüz dolmamıştır. Davalı belediyece, sulh hukuk mahkemesince verilen kesinleşmiş tahliye kararına dayanılarak, ilâmlı icra takibi sonucunda, davacı şirket de kiralanan taşınmazlardan tahliye ettirilmiştir.

13) Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 2.12.2014 tarihli ve E. 2014/2419, K. 2014/13301 sayılı kararı ile bozulan yerel mahkemenin 26.12.2013 tarihli ve 2013/522 E., 2013/1176 K. sayılı kararında, davacı vekilinin 23.9.2013 tarihli dilekçesinde, emsal Yargıtay kararları olarak, yerel mahkemenin 2013 / 522 E. sayılı dosyasına sunduğu kararlar yanında, aynı ildeki diğer bir sulh hukuk mahkemesince verilmiş şu iki kararın da etkili olduğu söylenebilir:

II- Yargıtay Özel Dairesince Verilen Karar

Yerel mahkemece verilen kararın¹⁴ temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Özel Dairesince verilen 2.12.2014 tarihli ve E. 2014/2419, K. 2014/13301 sayılı bozma kararının temel gerekçesi ise şöyledir: Tahliye davası sonucu davalı şirketin kiracılık sıfatı sona erdiği gibi, intifa hakkının terkinin ile taşınmaza ilişkin tasarrufla bulunma hakkı da ortadan kalktığı, diğer bir ifadeyle, davacı şirketin davalı şirketle akdettiği kira sözleşmelerinin dayanaksız kaldığı, davalı şirketin kiracılık sıfatının sona ermesi ile alt kiracı durumunda bulunan davacının yapmış olduğu kira sözleşmesinin de kendiliğinden sona erdiği, böylece davacının taşınmazlarda bulunmasının haklı, meşru ve hukukî bir gerekçesinin kalmaması nedeniyle, taşınmazların maliki durumunda bulunan davalı belediyenin mülkiyet hakkının kendisine verdiği tüm yetkileri kullanarak taşınmazın tahliyesini istemesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır.

Yargıtay Özel Dairesince verilen bozma kararı, bu makalenin yayımlanmak üzere hazırlandığı tarih itibarıyla, karar düzeltme aşamasındadır. Ayrıca, davacı şirket ile davalı şirket arasındaki kira sözleşmelerinin tapu siciline şerh ettirildiği, yerel mahkemece verilen kararın “Delillerin Değerlendirilmesi” bölümünde, taraflar arasındaki sözleşmelere ilişkin tespitlerden biri olarak, davacı şirket lehine, 7378 ada 2 numaralı parsel yönünden 30.11.2007 tarihinde, 7758 ada 1 nolu parsel yönünden ise 31.05.2007 tarihinde, kira şerhlerinin tapuya işlendiği; ayrıca her iki parselin tapu kaydına on yıl süreli kira şerhinin 01.03.2012 tarihinde başlayacağına dair şerh verildiği göz önünde tutulduğunda, bu şerhin

Bu kararlardan birini oluşturan 2010/304 E., 2010/1423 K. sayılı ilâmında şöyle denilmektedir: *“Borçlar Kanunu hükümlerine ve yerleşik Yargıtay kararlarına göre, kiralayanın maliki olmak şartı bulunmamaktadır. Davacı idare tarafından taşınmaz üzerinde vakıf lehine 13.01.1993 tarihinde intifa hakkı tesis edilmesi ve intifa hakkı 01.06.1994 tarihinde terkin edilmiş ise de, davalı vakıf ile davalı şirket arasında tanzim edilen 03.02.1993 tarihli kira sözleşmesinin davalı vakıf intifa hakkı sahibiyken tanzim edildiğinden, davalı kiralayan davalı şirket ise kiracı konumundadır. Taraflar arasındaki ihtilâfin (karar tarihinde yürürlükte olan mülga) 6570 sayılı yasa kapsamında çözümlenmesi gerekmektedir. Dosya kapsamı ve bilirkişi raporu doğrultusunda, davalı vakfın intifa hakkı sahibiyken davalı şirketle yapmış olduğu 03.02.1993 tarihli kira sözleşmesinin ve bu kira sözleşmesinin davacının muvafakati ile tapuya şerh edilmesi sebebi ile 03.02.1993 tanzim, 01.01.1994 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin, geçerli ve davacıyı bağlayıcı nitelikte olduğu... davalılar arasında tanzim edilen 03.02.1993 tarihli kira sözleşmesinin, intifa hakkının terkininden sonra, davacı ile davalı vakıf arasında tanzim edilen 15.02.1995 tarihli kira sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna varılmıştır. Aynı zamanda dava konusu yer (mülga) 6570 sayılı yasa hükümlerine tâbi olup bu yönden tahliye sebeplerine de dayanılmamıştır. Dolayısıyla, tüm dosya kapsamı doğrultusunda davanın reddi yönünde aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.”* Yine aynı mahkemece verilen 2010/305-1395 sayılı diğer bir karar da aynı yöndedir. Her iki karar da, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 2011/4551 E. ve 2011/9334 K. sayılı kararı ve 2011/4550 E. 2011/9335 K. sayılı kararı ile onanmış; karar düzeltme talepleri de reddedilerek kesinleşmiştir.

14) Bkz.yuk. § 3, I.

on yıllık süresinin, 01.03.2022 tarihinde sona ereceği için, henüz şerh süresinin dolmadığında bir tereddüt bulunmamaktadır.

4- İntifa Hakkının Sona Ermesinin, İntifa Hakkı Sahibinin Bu Hakkını Kullanırken Yaptığı Kira Sözleşmesine Etkisine İlişkin Yargıtay'ın Diğer Bazı Kararları

İntifa hakkının sona ermesinin, intifa hakkı sahibinin bu hakkını kullanırken yaptığı kira sözleşmesine etkisine ilişkin olarak, aşağıda belirtilen Yargıtay kararlarında şu sonuçlara varılmıştır:

1) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.7.2009 tarihli ve E. 2009/13-282, K.320 sayılı kararında, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamına giren kira sözleşmelerinin de 6570 sayılı Kanun kapsamında oldukları ve ancak bu kanunda öngörülen sona erdirmeye nedenlerine dayanarak sözleşmenin ortadan kaldırılabileceği kabul edilmiştir¹⁵.

2) Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 14.6.2004 tarihli ve 2004/7126 E., 2004/7183 K. sayılı kararında şu tespit ve hukukî değerlendirmeler yapılmıştır: *“Dosya içeriği ve toplanan delillerden, çekişme konusu 346 parsel sayılı taşınmazdaki 8 no.lu bağımsız bölümün öncesinin (“önceden” denilmeliydi!) Sitti Zeynep’e ait olduğu, Zeynep’in intifa hakkını üzerinde tutmak suretiyle, çıplak mülkiyetini 20.1.1997 tarihinde M. Vakfına hibe ettiği, intifa hakkına dayanarak davalı Muzaffer ile ilki 1998, daha sonra 23.8.2001 tarihinde olan kira sözleşmeleri yaptığı, 7.12.2001 tarihinde ise bizzat müracaatı üzerine, intifa hakkının da, çıplak mülkiyet sahibi davacı lehine terkin edildiği, böylece çekişmeli taşınmaz mülkiyetinin tamamının davacı vakfa geçtiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalının intifa hakkının terkininden önce intifa hakkı sahibi ile yaptığı kira sözleşmesine dayanarak taşınmazda oturduğuna göre, taşınmazı işgalinin haksız olarak değerlendirilmesine olanak yoktur. Koşulların oluşması hâlinde, davacının (karar tarihinde yürürlükte olan mülga) 6570 sayılı Yasa hükümlerine göre tahliye davası da açabileceği kuşkusuzdur.”* denilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere hüküm kurulmasının doğru olmadığı belirtilmiş ve davalının temyiz itirazlarının yerinde olması nedeniyle, yerel mahkeme kararının oybirliğiyle bozulmasına karar verilmiştir.

3) Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin bir kararında¹⁶, haklı olarak, bu hukukî sorun, intifa hakkı sona erdiği takdirde, sadece kira sözleşmesinin geçerli olmaya devam edip etmemesi bakımından değil, aynı zamanda malikin intifa hakkı sa-

15) Bu karar için bkz. İBD. 2010, S.4, s.2356.

16) 1. HD., 3.7.2003 tarihli ve E. 2003/4902, K. 2003/8056 sayılı karar (YKD. 2003, C. 29, S.9, s. 1342-1344).

hibinin, bu hakkın sona ermesinden önce yaptığı kira sözleşmesiyle bağlı olup olmaması bakımından da ele alınmıştır. Sonuçta Yargıtay, intifa hakkı sona erince, kira sözleşmesinin de sona ereceği hakkındaki görüşü benimsememiştir.

5- İntifa Hakkının Sona Ermesinin, İntifa Hakkı Sahibinin Bu Hakkı Kullanırken Yaptığı Kira Sözleşmesine Etkisi Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler ve Değerlendirmelerimiz

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre¹⁷, intifa hakkı sona erince, kira sözleşmesi de sona erer: Kanaatimizce de, Yüksek Mahkememizin, intifa hakkının sona ermesinin, aynı anda şerh verilmiş olsa bile, o zamana kadar devam etmekte olan kira sözleşmesini de dayanaksız ve hükümsüz kılacağına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen bu görüşe katılmaması isabetlidir.

Türk Medenî Kanununun 799. maddesinde, intifa hakkının sona ermesi durumunda, intifa hakkı sahibinin intifa hakkı konusunu malike geri verme yükümlülüğü öngörülmüştür. Ancak kanunkoyucu, bu maddede olağan bir durumu, yani intifa hakkı sahibinin veya onun hukukî haleflerinin, intifa hakkının konusu üzerinde zilyetliklerinin bulunmasını göz önünde tutarak, söz konusu hükmü kabul etmiştir. Bu maddede, kiracı ile malik arasındaki ilişki düzenlenmemiştir¹⁸. Kanaatimizce de, bu değerlendirmeye katılmak gerekir.

İntifa hakkı, ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun, intifa hakkı sahibinin yaptığı kira sözleşmesi, kural olarak intifa hakkının sona ermesiyle birlikte sona ermez. Bu sonuç, hem intifa hakkı tesisine ilişkin sözleşme ile kira sözleşmesinin içeriklerinin ve taraflarının örtüşmemesinden, hem de borçlar hukukumuzun ana ilkelerinden biri olan, borç ilişkilerinin nisbîliği ilkesinden doğar¹⁹. Kanaatimizce, bu görüş de son derece isabetlidir. Gerçekten, kişisel irtifak hakkı niteliğindeki intifa hakkı, malik ile bu hakkın tapuda adına tescil edileceği kişi ara-

17) **VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet / **ESMER**, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, B.2, İstanbul 1956, s. 336. Yazarlara göre (s.336), kira sözleşmesi tapuya şerh edilmiş olsa bile, intifa hakkı sona erince malik, malının kendisine iadesini kiracıdan isteyebilir. Bu durumda zarar gören kiracı, kira sözleşmesinden doğan kişisel haklarını intifa hakkı sahibine veya onun mirasçılara karşı ileri sürebilir. Bu görüş benimsenecek olursa, **AKSU**'nun da haklı olarak belirttiği gibi, kiracının korunmasını amaçlayan hükümlerin uygulanması mümkün olmaz. Bkz. **AKSU**, **Mustafa**: "Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukukî Âkîbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi" (www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm / Aralık 2004, S.34, Parg.7)

18) Bkz. **KÖPRÜLÜ**, **Bülent** / **KANETİ Selim**: Sınırlı Aynî Haklar, B. 2, İstanbul 1982 -1983, s. 127; Malike tanınan bu geri alma talebi, malikin mülkiyet hakkı dolayısıyla sahip olduğu istihkak talebinden (TMK. m. 683) farklı olup, kanunen intifa ilişkisine bağlanmış bir taleptir. Bu talep aynı olmayıp, kişisel bir talep niteliğindedir. Bkz. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.830, No.2949.

19) Karş. **AKSU** (www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm / Aralık 2004, S.34, Parg. 13).

sındaki sözleşmeden doğar. Kira sözleşmesi ise, taşınmaz üzerinde kuru (çıplak) mülkiyet hakkına sahip olan malikin, üçüncü kişi durumunda bulunduğu, intifa hakkı sahibi ile kiracı arasında kurulur²⁰.

Ayrıca, kanunda kira sözleşmesinin intifa hakkıyla aynı anda sona ereceği sonucunu destekleyecek açık bir dayanak veya düzenleme bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinin tarafları, kira sözleşmesini intifa hakkının süresiyle ilişkilendirerek, belirli süreli veya bozucu koşula bağlı bir kira sözleşmesi yapabilirler. Belirli süreli kira sözleşmesinde, intifa hakkının daha önce sona ermesi ihtimaline göre bir hüküm öngörülmüşse, bu takdirde bozucu koşula bağlı bir kira sözleşmesi söz konusu olur. Çünkü bu süre içerisinde intifa hakkının sona erip ermeyeceği ve bunun ne zaman gerçekleşeceği belirsizdir²¹. Mütalâa konusu olayda ise taraflar arasında, bu ihtimal göz önünde tutularak, bozucu koşula bağlı bir kira sözleşmesi yapılmadığı açıktır.

Yargıtay kararında, intifa hakkı sahibinin intifa konusunu kiraya verme yetkisinin dayanağı olarak Türk Medenî Kanununun 806. maddesi gösterilmiştir. Oysa bu yetkinin dayanağını, aslında bu hüküm değil, intifa hakkını düzenleyen genel nitelikteki aynı Kanunun 794. ve 803. maddelerinin ikinci fıkralarıdır. “Çoğu yapmaya ehil olan, daha azı yapmaya da ehildir.” (*argumentum a maiori ad minus*) şeklindeki evleviyet kuralı gereğince, intifa hakkının kullanılmasının devrini düzenleyen Türk Medenî Kanununun 806. maddesinin, intifa hakkının konusunun kiraya verilmesi yetkisini de içerdiği söylenebilir²². Ancak bu durum, kiraya verme yetkisinin, aslında Türk Medenî Kanununun 794. ve 803. maddelerinin ikinci fıkralarında²³ düzenlendiği gerçeğini değiştirmez.

Türk Medenî Kanununun 806. maddesinde düzenlenen, intifa hakkının kul-

20) İntifa hakkının sona ermesiyle birlikte, kiracının kiralananı malike vermesi gerektiği, yani kiracının hukuka uygun zilyetliğinin, malike karşı hukukî dayanağının kalmadığı kabul edilse bile, bu sonuç, kira sözleşmesinin kural olarak intifa hakkından bağımsız bir borç ilişkisi olduğu ve intifa hakkından bağımsız olarak varlığını sürdüreceği gerçeğini değiştirmez. Tam tersine, kira sözleşmesi borç ilişkisi olarak devam ettiği ve intifa hakkı sahibinin bu hakkı hâiz olduğu sırada yapmış olduğu kira sözleşmesi gereğince, kiraya veren sıfatıyla sözleşmeden ve kanundan doğan borçlarını, intifa hakkının sona ermesi nedeniyle artık ifa edemeyeceği için, bunun ifa engelleri hukuku çerçevesinde alışlagelmiş hukukî sonuçları, taraflar arasında doğar ve bu durum, intifa hakkından bağımsız olarak, kendi kuralları çerçevesinde gelişir. Bkz. **AKSU** (www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm / Aralık 2004, S.34, Parç. 16).

21) **AKSU** (www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm / Aralık 2004, S.34, Parç. 14).

22) **GÜRSOY/EREN/CANSEL**: Türk Eşya Hukuku, B.2, Ankara 1984, s. 818, 870.

23) Türk Medenî Kanununun 794. maddesinin ikinci fıkrasına göre: “*Aksine düzenleme olmadıkça bu hak (intifa hakkı), sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar.*” Aynı Kanunun 803. maddesinin birinci fıkrasında, intifa hakkı sahibinin, hakkın konusu olan mal zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahip olduğu belirtildikten sonra, maddenin ikinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: “*İntifa hakkı sahibi, bu yetkilerini kullanırken iyi bir yönetici gibi özen göstermek zorundadır.*”

lanılmasının devridir. İntifa hakkının kullanılmasının devri ile intifa hakkı konusunun kiralanması farklı içeriktedir. İntifa hakkının kullanılmasının devrinde, bizzat hakkın kullanılmasının devri söz konusu olup, intifa hakkının kullanılmasına dâhil olan şeylerin bütünüyle devri söz konusudur. Bu sonuç, intifa hakkının kullanılmasının kısmen devrinde de değişmez. Böyle durumlarda intifa hakkı, bu hakkı kullanma yetkisi kendisine verilen kişi tarafından kullanılır. İntifa hakkının kiraya verilmesinde ise, intifa hakkının içeriğinin bütünüyle devri söz konusu olmayıp, esas olarak birel bir yetkinin ya da yetki demetinin devri söz konusudur. Bu tarz bir yetki devri, devreden bakımından, intifa hakkının bizzat kullanılması niteliğindedir. Buna karşılık kiracı, intifa hakkını kullanan konumunda değildir²⁴.

Türk Medenî Kanununun 806. maddesinin ikinci fıkrasında, malikin, haklarını intifa hakkının kullanılmasını devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebileceği kabul edilmiş, böylece intifa hakkı sahibi ile bu hakkı kullanma yetkisinin sahibi, malik yönünden eşit konuma getirilmiştir. İntifa hakkının kullanılmasının devrinin hukukî niteliğinden dolayı, bunun aksine bir çözüm, yerinde olmazdı. Buna karşılık, intifa hakkının kullanılmasını devralan ile kiracının, malik yönünden eşit konuma getirildiğinin kabulü güçtür. Kanun koyucunun, malikin intifa hakkını kullanma yetkisinin devredildiği kişiye karşı sahip olduğu haklara ilişkin özel bir düzenleme yaptığı hâlde, üçüncü kişi konumundaki kiracılara karşı sahip olduğu haklar konusunda herhangi bir özel düzenleme yapmaması, böylece bu sorunun çözümünü genel hükümlere bırakmış olması da, intifa hakkının kullanılmasını devralan ile kiracının, malik yönünden eşit konumda olmadıkları tezini destekleyici niteliktedir. Aksi takdirde kanun koyucu, ya Türk Medenî Kanununun 806. maddesinin ikinci fıkrasını, üçüncü kişi konumundaki kiracıları da kapsayacak biçimde düzenleyebilir ya da diğer hükümlerde bu fıkraya yollamada bulunarak, malike, üçüncü kişi konumundaki kiracılara karşı da aynı hakları tanıyabilirdi; fakat böyle bir yol izlememiştir. Tam tersine, kanun koyucu, böyle bir düzenleme yapmadığı için, malik ile kiracı arasındaki ilişkinin kira hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde belirlenmesini istediği izlenimini uyandırmaktadır. Bu düzenleme biçimi, kanun koyucunun, kira hukukuna ilişkin ilkelerin, intifa hakkının sona ermesi durumunda, malik-kiracı ilişkisine uygulanmasını engelleme düşüncesinin olmadığını göstermektedir²⁵.

24) Bkz. ve karşı. **AKSU** (www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm / Aralık 2004, S.34, Parg. 21). **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR** (s.819, No.2898 ve dn.283), Medenî Kanununun 806. maddesinin ikinci fıkrasında, malikin yetkilerini doğrudan doğruya intifa hakkının kullanılmasını kendisine devredilen üçüncü kişiye karşı kullanabileceğini hüküm altına almasının, alt kira (TBK. m. 322/f.3, m. 366/f.2) ve alt vekâlete (TBK. m. 507) benzediğine ilişkin açıklamaları, kanaatimizce intifa hakkının kullanılmasının devri bakımından isabetli olmakla birlikte, intifa hakkının konusunun kiraya verilmesi hâlinde, alt kira ve alt vekâlet ile benzerlik söz konusu değildir.

25) Bkz. ve karşı. **AKSU** (www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm / Aralık 2004, S.34, Parg. 27).

Kiralananın malik tarafından devredildiği anda, kiracının yeni malike karşı içinde bulunduğu durum ile intifa hakkının sona ermesi durumunda malike karşı içinde bulunduğu durum, çıkarlar ve hukukî koruma gereği açısından birbirine büyük ölçüde benzerdir²⁶. Bu durum, hem kiracının aynı biçimde hukukî korumaya muhtaç olmasında, hem de intifa hakkının mülkiyete en çok yaklaşan sınırlı aynı hak oluşunda, kendine dayanak bulmaktadır. Şu hâlde, kanunkoyucu, bir durum için kiracıyı korumaya yönelik bir hüküm getirmişse, bu çözümün, büyük ölçüde benzer ve kanun tarafından açıkça düzenlenmemiş diğer durum için de uygulanması, hukuka ve adalete uygun olacaktır²⁷.

Kanaatimizce, doktrinde ileri sürülen ve bu paragrafta²⁸ katıldığımızı belirttiğimiz görüşler göz önünde tutulduğunda, Yargıtay'ın bir önceki paragrafta²⁹ özetlenen kararlarında, kiraya verenin, ister gerçek kişi, ister özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olsun, intifa hakkı sahibinin, bu hakkı kullanırken yapmış olduğu kira sözleşmesinin, intifa hakkı sona erdikten sonra da varlık ve geçerliliğini koruyacağını, malikin ancak kira hükümlerine dayanarak tahliye davası açabileceğinin kabul edilmesi, hukuka uygun ve âdil çözümler niteliğinde oldukları için isabetli ve övgüye değer kararlardır.

Buna karşılık, Yargıtay Özel Dairesinin 2.12.2014 tarihli ve E. 2014/2419, K. 2014/13301 sayılı kararında³⁰ açıklanan gerekçelerle, yerel mahkemenin 26.12.2013 tarihli ve 2013/522 E., 2013/1176 K. sayılı kararının bozulmasına ilişkin kararı, isabetli değildir.

26) Türk Borçlar Kanununun "2. Üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra üstün hak sahibi olması / a. Kiralananın el değiştirmesi" kenar başlıklı 310. maddesinin birinci fıkrasına göre: "Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur." Maddenin ikinci fıkrasında, kamulaştırmaya ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir.

Türk Borçlar Kanununun "b. Üçüncü kişinin sınırlı aynı hak sahibi olması" kenar başlıklı 311. maddesine göre de: "Sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü bir kişi, kiralanan üzerinde kiracının hakkını etkileyen bir aynı hak sahibi olursa, kiralananın el değiştirmesiyle ilgili hükümler kıyas yoluyla uygulanır."

İntifa hakkı sahibi, intifa hakkından daha uzun süreli kira sözleşmesi yapmışsa, intifa hakkının süresi dolunca, kiracı tarafından, bu sözleşme, kira ilişkisini sürdürmek istemeyen malike karşı ileri sürülemez. Çünkü, bu durumda intifa hakkı sahibi, intifa hakkının kendisine verdiği yetkileri süre yönünden aşmış olur. Bkz. ve karşı. **ÇABRİ, Sezer**: "Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi" (MÜHF-HAD. 2012, C.18, S.3, s.181). Mütalâa konusu somut uyuşmazlıkta ise, intifa hakkı sahibi davalı şirketin, davacı kiracı şirket ile yaptığı ve süresi henüz dolmamış olan kira sözleşmesinin süresi, 49 yıllık intifa hakkı süresinden çok daha kısadır.

27) Bkz. ve karşı. **AKSU** (www.e-akademi.org/makaleler/MAksu1.htm / Aralık 2004, S.34, Parg. 28).

28) Bkz.yuk.ş 6.

29) Bkz.yuk.ş 5.

30) Bu karar için bkz.yuk. ş 4, II.

Kanaatimizce, yerel mahkemenin 26.12.2013 tarihli ve E.2013/522, K. 2013/1176 K. sayılı kararının gerekçelerinden birini oluşturan, davalı belediye ile diğer davalı şirket arasındaki kira sözleşmesine hukukî bir değer verilmesinin mümkün olmadığı görüşü, intifa hakkının, bu hakkın sahibine Medenî Kanununun 803. maddesi gereğince, mutlak hak niteliğindeki mülkiyet hakkının malike verdiği yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerini verdiği için, ayrıca kira sözleşmesi yapılmasının hukukî değerden yoksun bulunduğu düşüncesi isabetli sayılabilir. Bununla birlikte, davalı belediyenin, yüzde 95 pay ile ortağı bulunduğu diğer davalı şirkete, 49 yıl süreyle intifa hakkı tanınmasının, ivazsız kazandırma (bağışlama) niteliğinde olmayıp, aralarındaki kira sözleşmesinde kararlaştırılan kira bedelinin, bir karşı edim (ivaz) niteliğinde olduğu düşüncesiyle hukukî değerinin olduğu görüşü ileri sürülebilirse de, davalı belediyenin, tesisen kazandırma yoluyla intifa hakkı tanıdığı diğer şirketten karşı edime ilişkin bir talepte bulunması, bu kazandırıcı işlemin de Türk Medenî Kanununun 795. maddesinin ikinci fıkrasındaki yollama ile aynı Kanunun 706. maddesi gereğince resmî şekilde yapılmasına bağlıdır³¹. Tarafımıza sunulan belgelerden, karşı edimin (ivazlı kazandırmanın) resmî şekle uygun olarak yapıldığını gösteren herhangi bir bilgiye rastlanmadığı için karşı edime ilişkin olarak kira sözleşmesinde yer verilen hükmün geçersiz olduğu sonucuna da varılabilir. Bu nedenle, Yargıtay Özel Dairesinin 2.12.2014 tarihli ve E. 2014/2419, K. 2014/13301 sayılı kararında, bu nokta tartışılmadan, davacı şirketin, diğer davalı şirketin alt kiracısı olarak, kiralananı kullandığına ilişkin tespitini isabetli olduğu söylenebilir. Çünkü davacı şirket, alt kiracı olmayıp, diğer davalı şirketi ile yaptığı kira sözleşmeleri gereğince, onun kiracısı durumundadır.

6- Somut Uyuşmazlığın Çözümünde, Hakların Dürüstlük Kuralına ve Çelişkili Davranış Yasağına Aykırı Olarak Kullanılmasının Önemi

Dürüstlük kuralı, sadece hukukî işlemde doğan hakların kullanılmasında ve borçların ifasında değil, uygulama alanı genişletilerek, kanundan doğan hakların kullanılmasında ve bunların ifasında da dikkate alınır³².

Bir başkasının hürriyetine tecavüz olduğu noktada, hürriyetin sona ermiş

31) Bkz. ve karşı. **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 821-822, No.2908. Yazarlar, kanaatimizce de isabetli olarak, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümlerin, taşınmaz üzerinde intifa hakkının kurulmasında da uygulanması gerektiğini belirtmektedirler. Bu nedenle, intifa hakkının kurulması bakımından da, geçerli bir kazanma sebebinin olması, malikin tescil talebinde bulunması ve tescil işleminin gerçekleştirilmesi şarttır. Kazanma sebebi, bir ölüme bağlı tasarruf veya bir sözleşme (bir bağışlama veya alım satımına benzer ivazlı bir sözleşme) veya kanun hükmü olabilir.

32) **AKYOL, Şener**: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, B.2, İstanbul 2006, s.6.

sayılmasında olduğu gibi, bir hakkın kötüye kullanılmaya başlandığı yerde, kötüye kullanılan hak sona erer.

Bazı haklar, tartışmasız “genel hak” oldukları hâlde, bazı haklar ise, kullanılırken “görünüşte hak” güç ve değerindedirler.

Hâkim, “görünüşte hak”ı reddetmeli, “gerçek hak”ın gerçekleşmesine çalışmalıdır.

Hakkın kötüye kullanılması hâlinde, “hak görünüşte” mevcut olduğu için, kötüye kullanılmış bir hakkın korunmaması gerekir³³.

Dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin hükümler (TMK.m.2/I-II), emredici nitelikte hükümler olup, hâkim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır.

Hem dürüstlük kuralı hem de hakkın kötüye kullanılması yasağı, maddî hukuka ve usul hukukuna ilişkin bir hukukî sorun (*quaestio iuris*) oluşturur. Maddî olayın (*quaestio facti*) karşısı olan bir hukukî olayda, herhâlde uygulanması gereken hukuk kuralları vardır. Hukuk kurallarının aranıp bulunması, içeriğinin aydınlatılması ve uygulanması hâkimin görevi olup, “hâkim hukuku bilir.” (*iura novit curia*) şeklindeki vecizeleştirilmiş sözle ifade edilir³⁴.

Hâkim, her iki kuralı da, duruşmanın hangi safhasında olursa olsun dikkate almak zorundadır. Bu nedenle, hâkimin bu kuralları karar verinceye kadar dikkate alması gereklidir³⁵.

Hâkimin dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin hükümleri uygulayabilmesi için, taraflardan birinin ona bu konuda başvurusu, bu kuralları ileri sürmesi, talep etmesi, savunmaları arasında bunlara yer vermesi gerekli değildir³⁶. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. maddesinin “Hâkim, Türk hukukunu re’sen uygular.” şeklindeki hükmü de, hâkim tarafından bu uygulamanın kendiliğinden (re’sen; *ipso jure*) yapılmasını gerektirmektedir.

Dürüstlük kuralı, hakkın kullanılmasına ilişkin kanun hükümlerine verilecek anlamın belirlenmesi ölçütüdür³⁷.

33) *AKYOL*, s.7

34) Bkz. ve karşı. *AKYOL*, s.7

35) *AKYOL*, s.7

36) Bkz. *AKYOL*, s. 7. İsviçre Federal Mahkemesine göre de, hakkın kötüye kullanılmış olduğu duruşmada ileri sürülmesi de, Medenî Kanunun 2. maddesi, kamu yararı gözetilerek konulduğu için hâkimin davanın her safhasında bunu re’sen dikkate alması ve bu konuda katı kurallara bağlı olmayıp, bütün durum ve koşullara göre değerlendirme yapması gerekir. Bkz. BGE 86 II 231; BGE 79 II 401 (*AKYOL*, s.11’den naklen).

37) *AKYOL*, s.16.

Dürüstlük kuralı, Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun olaya uygulanacak özel nitelikteki hükümlerini ortadan kaldırmamakla birlikte, somut olaya kanun hükümlerini olduğu gibi uygulaması, kanunun genelliği, eksikliği ve katılığı nedeniyle adalet hissini tatmin etmediği ve menfaatler dengesine uygun sonuçlar vermediği durumlarda, hâkimin dürüstlük kuralını devreye sokması gerekir³⁸. Teknik bir ifadeyle, dürüstlük kuralı (TMK.m.2/I), gerçek olmayan boşluğun doldurulmasında göz önünde tutulması gereken bir kuraldır.

Hakkını kötüye kullanan kişinin, kötüye kullandığı hakkın bu bölümü veya hakkın kullanılmasının olağan ve yasal sınırlarını aşan kısmı, kanun tarafından korunmaz. Türk-İsviçre Medenî Kanununun 2. maddesinde “*bir hakkın açıkça kötüye kullanılması*” ibaresine yer verilerek, “sırf kötüye kullanma” veya “sırf başkasını zarara sokma amacı ile kullanma” kavramından daha geniş kapsamlı bir yasak öngörülmüştür³⁹.

Doktrinde yapılan tartışma sonucunda ortaya çıkan “görünüşte hak” (*scheinbares Recht*) ve “gerçek hak” (*wirkliches recht*) ayrımının esası şudur: Yasal sınırlar içinde kullanılan ve başkasını gereksiz yere zarara sokmayan hak gerçek hak, kötüye kullanılan hak ise, görünüşte haktır⁴⁰.

Hâkimin, kötüye kullanılan hakkın kötüye kullanılan bölümünü dikkate almaması, görünüşte hak oluşturan kötüye kullanılmış olan bölümüne hukukî koruma tanınamaması, buna karşılık gerçek hakkı sonuna kadar, hukukun bütün imkânları ile koruması gerekir⁴¹.

Bir hak, amacına aykırı olarak kullanılırsa ve bunda kullananın bir menfaati yoksa veya çok küçük bir menfaat varsa, bu takdirde o hakkın kullanılması değil, kötüye kullanılması söz konusu olur⁴².

Çelişkili davranışlarda bulunulması ve daha sonra geri verilmesi gereken bir şeyin talep edilmesi, hakkın amaca aykırı olarak kullanıldığının gerçekleştiği kabul edilen durumlar arasındadır⁴³.

Davranışını değiştirmek hakkı (*iur variandi*), kişilik hakkının ve kişisel hürriyetin bir parçası olmakla birlikte, hukuk düzeni, bir kişinin karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra, davranışını değiştirmesini veya öncekinden tamamen farklı yeni bir davranışta bulunarak, karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmasını korumaz. Çünkü bir kişinin karşı tarafın güvenini boşa çıkarması, sonra-

38) Bkz. ve karşı. **AKYOL**, s. 16-17.

39) Bkz. ve karşı. **AKYOL**, s.21.

40) **AKYOL**, s.21-22.

41) Karş. **AKYOL**, s.22.

42) **AKYOL**, s.24.

43) **AKYOL**, s.24-25.

ki davranışı ile önceki davranışını ve sonuçlarını tamamen ortadan kaldırması, hakkın kötüye kullanılmasıdır⁴⁴.

Doktrinde, çelişkili davranan uzman ise uyumsuzluğun karşı taraf lehinde, karşı taraf uzman ise çelişkili davranan lehinde çözümlenmesi, muhatabın çekince duyacağı resmî otoriteye karşı, muhatabın güveninin korunmaya değer bulunmasının doğru olacağı ileri sürülmektedir⁴⁵.

Bir hakkın uzun süre kullanılmaması, o haktan örtülü (zımnî) feragat sayılabilir. Hakkını uzun süre kullanmayarak hareketsiz kalan tarafın bu hareket-sizliği, dürüstlük kuralına göre, o haktan feragat ettiğine ilişkin örtülü bir irade açıklaması olarak yorumlanır. Buna karşılık, çelişkili davranış yasağının (*venire contra factum proprium*) ihlâl edildiği sonucuna varmak için, böyle bir örtülü irade açıklaması varsayımına da gerek yoktur⁴⁶.

Çelişkili davranış yasağı ilkesinin ihlâli, bazen dürüstlük kurallarına aykırılık, bazen hakkın kötüye kullanılması biçiminde ortaya çıkar.

Önceki davranışı ile çelişen kişi, bir hakkını kullanırken veya borcunu ifa ederken, dürüstlük kuralına aykırı davranmışsa, Medenî Kanunumuzun 2. maddesinin birinci fıkrasını ihlâl etmiş olur. Buna karşılık, önceki davranışı ile çelişen kişi, muhatapta uyandırdığı güveni ihlâl etmiş, kendisine güveneni hayal kırıklığına uğratmışsa, yine aynı maddenin ikinci fıkrasını ihlâl ederek, hakkını kötüye kullanmış olur⁴⁷.

Doktrinde, Türk kamu hukukunda, kişileri (yönetilenleri), yönetenlere ve idareye karşı koruyacak teorilerin son derece güdük kaldığı, kazanılmış hakların korunmasını, idarenin de dürüstlük kuralı ile bağlı olmasını ve işlemlerini yönetilenlerin zararına geri almamasını ve çelişkili davranış yasağını ihlâl etmesini sağlayıcı kural ve ilkelerin gelişmediği ileri sürülmüştür. Bunun sonucu olarak, idarenin keyfilik sınırında olmasının, günümüzde Türk hukukundaki dar boğazlardan biri olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸.

Her yasak ve emirde, mutlaka olumsuz bir sonuç, bu yasak veya emre uyulmaması olgusundan sonra bir yaptırım öngörülmez. Düzen hükmü (*Ordnungsvorschrift*) denilen hükümlerle bir davranış yasaklanır veya bir davranışta bulunulması emredilir. Meselâ, yeniden evlenmek isteyen kadın için bekleme süresine ilişkin Türk Medenî Kanununun 132. maddesi, bu nitelikte bir hükümdür. Ancak, her nasılsa bu yasağa veya emre uyulmadan işlem gerçekleştirilmişse,

44) *AKYOL*, s. 57.

45) *AKYOL*, s. 59.

46) Karş. *AKYOL*, s. 63.

47) Karş. *AKYOL*, s. 63.

48) Bkz. *AKYOL*, s. 73.

artık o işlem geçerli olur. Düzen hükümleri gereğince, bu işleme katılacak olan resmî görevliler, o işlemin kanunun emir veya yasağına uyulmadan yapılmasına önceden engel olurlar. Türk Medenî Kanununun 2. maddesinin yaptırımı, böyle bir düzen hükmü değildir⁴⁹.

Dürüstlük kuralından hareketle, hakların ve borçların içerikleri (muhtevaları) belirlenir. Hakkın kötüye kullanılması hâlinde ise, hakkını kötüye kullanan, dava veya def'i haklarından yoksun bırakılır. Buna "hile def'i, hileye karşı koyma" (*exceptio doli generalis* veya *replicatio doli*) denilmektedir. Bununla birlikte, teknik anlamda "def'i" niteliğinde olmayan "*exceptio doli generalis*", sadece hakkın kötüye kullanılması gibi hukukun korumadığı bir durumun ileri sürülmesinden ibarettir⁵⁰.

Hakkın kötüye kullanılmasına muhatap olan, kötüye kullanmadan tacize uğrayan, hakkı veya hukuken korunan değerleri zedelenen karşı taraf, hakkın kötüye kullanılmasını etkisiz hâle getirmek ister⁵¹.

Eski hâle getirme davası, hakkın kötüye kullanıldığı hâllerde, tamamlanmış bir fiille meydana gelen durumun eski hâle getirilmesi için açılan dâvanın adıdır. Doktrinde, "izale davası" da denilen bu dava ile mevcut bir haksız durumun ortadan kaldırılması, haksız müdahaleden önceki duruma dönülmesi sağlanır⁵². Kanaatimizce, davacı şirketin davalılara karşı açtığı kiracılık sıfatının tespitine ve muarazanın önlenmesi ve her iki akaryakıt istasyonuna yönelik müdahalenin men'i davası da, gerçekte eski hâle getirme davası niteliğindedir.

Kanaatimizce, yüzde 95 pay ile ortağı bulunduğu davalı şirkete 49 yıl süreyle intifa hakkı tanıyan, bununla yetinmeyip, onunla bir de kira sözleşmesi yapan diğer davalı belediyenin, davalı şirketin de davacı şirket ile on sekiz yıldan beri kira ilişkisini sürdürdüğünü bildiği ve kiracı davacı şirketin sözleşmeden veya kanundan doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığını gösteren herhangi bir iddia ve kanıt olmadığı hâlde, aynı il Cumhuriyet Savcılığınca yürütülen bir soruşturma dosyasına sunulan müfettiş raporuna ve Hukuk Komisyonu kararına dayanarak, Belediye Meclisinin 1993 yılında aldığı tahsis kararını, 2011 yılındaki iptal kararı ile geri aldıktan sonra, intifa hakkı ile birlikte kiracılık ilişkisi kurduğu davalı şirkete karşı, kira sözleşmesine dayanarak açtığı tahliye davasında, davacı şirketi davalı olarak göstermemesi veya yargılama sırasında onu da davaya

49) *AKYOL*, s. 107.

50) *AKYOL*, s. 108.

51) *AKYOL*, s. 120-121. Yazara göre de (s.121), müşterek hukuk ürünü bir kavram olan hile def'i (*exceptio doli generalis*), hakkın kötüye kullanılmasından zarar görene verilmiş bir savunma aracıdır.

52) *AKYOL*, s.125.

dâhil etmemesi sebebiyle, onun hakkında kesin hüküm niteliği taşımayan tahliye kararını, ilâmlı takip sonucunda uygulatarak davacı şirketi kiralanandan tahliye ettirmesi, hakkını hem dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanması hem de çelişkili davranış yasağını ihlâl etmesi yüzünden, Türk Medenî Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, bu hakkın hukuk düzenince korunmaması gerekir⁵³. Bu nedenle, yerel mahkemenin 26.12.2013 tarihli ve E.2013/522, K. 2013/1176 K. sayılı kararında “davalıların iyiniyetli olmadıkları” gerekçesiyle, muarazanın önlenmesine ve her iki akaryakıt istasyonuna yönelik müdahalenin men’ine” şeklinde hüküm kurulması, kanaatimizce hem isabetli hem de âdil olup, bu paragrafta⁵⁴ yaptığımız açıklamalarla da uyumludur. Bununla birlikte, taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından, yerel mahkeme kararının gerekçesinde “davalıların iyiniyetli olmadıkları” yerine, “davalıların, bir yandan maddî hukuk kurallarına, diğer yandan dürüst davranma borcuna ve çelişkili davranış yasağına aykırı davrandıkları”ndan söz edilmesi gerekirdi. Çünkü bir gerçek veya tüzel kişinin, bir hakkın veya hukukî sonucun doğumunu engelleyen bir durumun varlığını bilmemesi veya bilmesi gerekmemesi olarak tanımlanan iyi niyet, Türk Medenî Kanununun 3. maddesinde düzenlenmiştir. Somut uyuşmazlıkta ise davalılar yönünden bir hakkın doğumu değil, daha önce⁵⁵ açıkladığımız ve isabetli bulduğumuz Yargıtay kararları, doktriner görüşler ve hukukî değerlendirmelerimiz göz önünde tutulduğunda, kanaatimizce hem maddî hukuk kurallarına aykırılık hem de hakkın kötüye kullanılması söz konusudur.

SONUÇ

Hâlen yargılaması devam etmekte olan bir uyuşmazlık nedeniyle, tarafımızdan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesi kapsamında hazırlanan özel bir hukukî mütalâa, bilimsel makale kapsamında yayımlanmak üzere, “Terkin Olunan İntifa Hakkının, İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Terkinden Önce Yapılmış Kira Sözleşmesine Etkisi” başlığı altında, somut uyuşmazlığa ilişkin olarak yaptığımız tespit ve değerlendirmelerimiz göz önünde tutularak, hukukî problemlerin çözümü konusunda, özetle aşağıdaki sonuçlara varılmıştır.

1) Yargıtay’ın, intifa hakkının sona ermesinin, aynı anda şerh verilmiş olsa bile, o zamana kadar devam etmekte olan kira sözleşmesini de dayanaksız ve

53) Davalı belediyenin, aynı ildeki diğer bir sulh hukuk mahkemesinde intifa hakkı sona erdiği için, kira sözleşmesinin de hükümsüz olduğu gerekçesiyle, davalı şirkete karşı açtığı ve davacı (kiracı) şirketin taraf olmadığı tahliye davasında verilmiş ve kesinleşmiş olan kararı ilâmlı takip konusu yaptığı sırada, davacı şirkette bu takibe itirazının reddedilmiş olması, kanaatimizce sırf takip hukuku bakımından önem taşımakla birlikte, bu ret kararı, mütalâa konusu somut uyuşmazlık bakımından yerel mahkemeyi bağlayıcı nitelikte değildir.

54) Bkz. yuk. § 7.

55) Bkz. yuk. § 5 ve § 6.

hükümsüz kılacağına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşe katılmaması isabetlidir.

2) Türk Medenî Kanununun 799. maddesinde, intifa hakkının sona ermesi durumunda, intifa hakkı sahibinin intifa hakkı konusunu malike geri verme yükümlülüğü öngörülmekle birlikte, kanun koyucu, kanaatimizce de bu maddede olağan bir durumu, yani intifa hakkı sahibinin veya onun hukukî haleflerinin, intifa hakkının konusu üzerinde zilyetliklerinin bulunmasını göz önünde tutarak, söz konusu hükmü kabul etmiştir. Bu maddede, kiracı ile malik arasındaki ilişki düzenlenmemiştir.

3) İntifa hakkı, ister belirli süreli ister belirsiz süreli olsun, intifa hakkı sahibinin yaptığı kira sözleşmesi, kural olarak intifa hakkının sona ermesiyle birlikte sona ermez. Bu sonuç, kanaatimizce de hem intifa hakkının kurulmasına ilişkin sözleşme ile kira sözleşmesinin içeriklerinin ve taraflarının örtüşmemesinden, hem de borçlar hukukumuzun temel ilkelerinden biri olan, borç ilişkilerinin nisbîliği ilkesinden doğar. Kanunda, kira sözleşmesinin intifa hakkıyla aynı anda sona ereceği sonucunu destekleyici nitelikte, açık bir dayanak veya düzenleme bulunmamaktadır.

4) Türk Medenî Kanununun 806. maddesinde düzenlenen, intifa hakkının kullanılmasının devridir. İntifa hakkının kullanılmasının devri ile intifa hakkı konusunun kiralanması farklı içeriktedir. İntifa hakkının kiraya verilmesinde, intifa hakkının içeriğinin bütünüyle devri söz konusu olmayıp, esas olarak bir yetkinin ya da yetki demetinin devri söz konusudur. Bu tarz bir yetki devri, devreden bakımından, intifa hakkının bizzat kullanılması niteliğindedir. Buna karşılık kiracı, intifa hakkını kullanan konumunda değildir.

5) Kanaatimizce de kanun koyucunun, intifa hakkının kullanılmasının başkasına devredilebildiği hâllerde, malikin haklarını devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebileceğine ilişkin Türk Medenî Kanununun 806. maddesinin ikinci fıkrasını düzenleme biçimi, malik ile kiracı arasındaki ilişkinin, bu hükme göre değil, kira hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde belirlenmesini istediğini göstermektedir.

6) Kiralananın malik tarafından devredildiği anda, Türk Borçlar Kanununun 310. maddesi gereğince, kiracının yeni malike karşı içinde bulunduğu durum ile intifa hakkının sona erince malike karşı içinde bulunduğu durum arasında, çıkarlar ve hukukî koruma gereği itibarıyla, büyük ölçüde benzerlik vardır.

7) Kiraya verenin, ister gerçek kişi, ister özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olsun, intifa hakkı sahibinin, bu hakkı kullanırken yapmış olduğu kira sözleşmesinin, intifa hakkı sona erdikten sonra da varlık ve geçerliliğini koruyacağını, malikin ancak kira hükümlerine dayanarak tahliye davası açabileceğini kabul

eden Yargıtay kararları hukuka uygun, isabetli ve övgüye değer kararlardır.

8) Kanaatimizce, yerel mahkemenin 26.12.2013 tarihli ve E.2013/522, K. 2013/1176 K. sayılı kararının gerekçelerinden birini oluşturan, davalı belediye ile diğer davalı şirket arasındaki kira sözleşmesine hukukî bir değer verilmesinin mümkün olmadığı görüşü, intifa hakkının, bu hakkın sahibine Medenî Kanunumuzun 803. maddesi gereğince, mutlak hak niteliğindeki mülkiyet hakkının malike verdiği yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerini verdiği için, ayrıca kira sözleşmesi yapılmasının hukukî değerden yoksun bulunduğu düşünce isabetli sayılabilir. Ayrıca, malikin bir ivaz karşılığında intifa hakkı tanıdığı kişiden bir talepte bulunması, bu kazandırıcı işlemin de Türk Medenî Kanununun 795. maddesinin ikinci fıkrasındaki yollama ile aynı Kanununun 706. maddesi gereğince resmî şekilde yapılmasına bağlıdır.

9) Yargıtay Özel Dairesinin 2.12.2014 tarihli ve E. 2014/2419, K. 2014/13301 sayılı kararında, davacı şirketin, diğer davalı şirketin alt kiracısı olarak, kiralanı kullandığına ilişkin tespitini isabetli olduğu söylenemez. Çünkü davacı şirket, alt kiracı olmayıp, diğer davalı şirketi ile yaptığı kira sözleşmeleri gereğince, onun kiracısı durumundadır. Bu nedenle, Yargıtay Özel Dairesince, yerel mahkeme kararının oybirliğiyle bozulmasına ilişkin olarak verilen bozma kararı da isabetli değildir.

10) Kanaatimizce, yüzde 95 pay ile ortağı bulunduğu davalı şirkete 49 yıl süreyle intifa hakkı tanıyan, bununla yetinmeyip, onunla bir de kira sözleşmesi yapan diğer davalı belediyenin, davalı şirketin de davacı şirket ile on sekiz yıldan beri kira ilişkisini sürdürdüğünü bildiği ve kiracı davacı şirketin sözleşmeden veya kanundan doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığını gösteren herhangi bir iddia ve kanıt olmadığı hâlde, aynı il Cumhuriyet Savcılığınca yürütülen bir soruşturma dosyasına sunulan müfettiş raporuna ve Hukuk Komisyonu kararına dayanarak, Belediye Meclisinin 1993 yılında aldığı tahsis kararını, 2011 yılındaki iptal kararı ile geri aldıktan sonra intifa hakkı ile birlikte kiracılık ilişkisi kurduğu davalı şirkete karşı, kira sözleşmesine dayanarak açtığı tahliye davasında, davacı şirketi davalı olarak göstermemesi veya yargılama sırasında onu da davaya dâhil etmemesi sebebiyle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin birinci fıkrası gereğince, onun hakkında kesin hüküm niteliği taşımayan tahliye kararını, ilamlı takip sonucunda uygulatarak davacı şirketi kiralanandan tahliye ettirmesi, hakkını hem dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanması hem de çelişkili davranış yasağını ihlâl etmesi yüzünden, bu hakkın hukuk düzenince korunmaması gerekir. Şu hâlde, yerel mahkemenin 26.12.2013 tarihli ve E.2013/522, K. 2013/1176 K. sayılı kararında "davalıların iyiniyetli olmadıkları" gerekçesiyle, muarazanın önlenmesine ve her iki akaryakıt istasyo-

nuna yönelik müdahalenin men'ine şeklinde hüküm kurulması, kanaatimizce Yargıtay kararları, doktriner görüşler ve hukukî değerlendirmelerimiz göz önünde tutulduğunda, somut uyuşmazlıkta hem maddî hukuk kurallarına aykırılık hem de hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olması nedeniyle isabetlidir. Bununla birlikte, taraflar arasındaki uyuşmazlık bakımından, yerel mahkeme kararının gerekçesinde “davalıların iyiniyetli olmadıkları” yerine, “davalıların, bir yandan maddî hukuk kurallarına, diğer yandan dürüst davranma borcuna ve çelişkili davranış yasağına aykırı davrandıkları”ndan söz edilmesi gerekirdi.

KAYNAKLAR

- Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, B.2, İstanbul 2006
- Aksu, Mustafa: “Yargıtay Birinci Hukuk Dairesi'nin İntifa Konusu Taşınmazın İntifa Hakkı Sahibi Tarafından Kiraya Verilmesi Ve Daha Sonra İntifa Hakkının Sona Ermesi Durumunda Kira Sözleşmesinin Hukukî Akıbetine İlişkin 3.7.2003 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi” (www.eakademi.org/makaleler/.htm, aralık 2004, s.34)
- Çabri, Sezer: “Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirmesinin Veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi” (Mühf-Had. 2012, C.18, S.3, S.164-199).
- Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, B.11, İzmir 2014.
- Gürsoy, Kemal Tahir/Eren, Fikret/Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, B.2, Ankara 1984,
- Köprülü, Bülent / Kaneti Selim: Sınırlı Aynî Haklar, B. 2, İstanbul 1982 -1983.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, B. 16, İstanbul 2013.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Esmer, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, B.2, İstanbul 1956.

ÖZET

Bu makalemizde, intifa hakkı sahibi tarafından yapılmış ve tapu siciline şerh ettirilmiş bir kira sözleşmesinin, henüz süresi dolmamış iken, intifa hakkı sahibinin istemi üzerine, intifa hakkının tapu kütüğünden terkininden sonra, malikin taşınmazdaki kiracıdan kiralananı geri isteme hakkına sahip olup olmadığı konusu incelenip değerlendirilmektedir. Hemen belirtelim ki, makalemizin konusu, söz konusu kiracı şirket ile taşınmazın maliki olan bir ilçe belediyesi ve kira sözleşmesinin kiraya veren tarafını oluşturan şirket arasında görülmekte olan ve karar düzeltme aşamasındaki bir uyuşmazlık nedeniyle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesi kapsamında, tarafımızdan hazırlanan özel bir hukukî mütalâanın da konusudur.

Anahtar kelimeler: Sınırlı aynî haklar, İrtifak hakkı, İntifa hakkı, İntifa hakkı sahibi, Malik, Kira sözleşmesi, Kiraya veren, Kiracı, Tescil, Terkin

KISALTMALAR

aşa.: aşağıda

B.: Bası (Basım)

BGE.: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgericht (Amtliche Sammlung) (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları / Resmî Arşiv)

Bkz. (bkz.): Bakınız

E.: Esas

f.: fıkra

HD.: (Yargıtay) Hukuk Dairesi

İBD.: İstanbul Barosu Dergisi

K.: Karar

karş.: karşılaştırınız

MÜHF-HAD.: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

m.: Madde

No.: Numara

S.: Sayı

s.: sayfa

TBK.: (6098 sayılı) Türk Borçlar Kanunu

TMK.: (4721 sayılı) Türk Medenî Kanunu

vd.: ve devamı

YKD.: Yargıtay Kararları Dergisi

yuk.: yukarıda

İflas Kapandıktan Sonra Borçluya Ait Yeni Mal Bulunması (İİK M. 255)

Finding New Property That Belonging to The Debtor After Closing of
The Bankruptcy (Clause 255 of Enforcement and Bankruptcy Law)

Doç. Dr. Serdar Kale

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

After closing of the bankruptcy, there can be a good or right that belongs bankrupt but is not included in bankrupt's estate, and should be included in bankrupt's estate. In this case, there will be a hope for creditors that could not have obtained their credits. If there is a property or right that not subject to liquidation after the closing of the bankruptcy, bankruptcy office will convert that property or right into money and distribute money to creditors that could not collect exactly their credits, according to the order.

Keywords: Closing of the Bankruptcy, Bankrupt, Bankrupt's Estate, Creditors, Credits

İflas masasındaki malların tamamının satılıp, paraların kesin dağıtılması ve alacağını tamamen alamamış olan alacaklılara aciz vesikasının verilmesiyle iflas tasfiyesi tamamlanacaktır. İflas tasfiyesinin tamamlanması, iflasın kapanması için yeterli değildir. İflasın kapanması için, iflasın açılmasına karar veren ticaret mahkemesinin iflasın kapanmasına da karar vermesi gerekir (İİK m.254). İflasın kapanması talebini inceleyen ticaret mahkemesinin, masaya ait tüm mal ve hakların satılması, satış sonucunda elde edilen paraların alacaklılara kesin dağıtılması ve alacağını alamamış alacaklılara aciz belgelerinin verilmiş olması durumunda iflasın kapanmasına karar vermesi gerekecektir¹.

1) Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özokes, s.771; Kuru, s.1374; Karlı, s. 531; Muşul, s.1423.

Ticaret mahkemesinin iflasın kapanmasına ilişkin kararı iflas dairesi tarafından ilan edilir (İİK m.166/III; m.254/IV). Bu ilandan itibaren on gün içinde ticaret mahkemesi tarafından verilen iflasın kapanmasına ilişkin karar temyiz edilebilir. Bu kararın kesinleşmesinden sonra iflas dairesinin, iflasın açıldığını bildirmiş olduğu yerlere, iflasın kapandığını da bildirmesi gerekir (İİK m. 166/III). İflasın kapandığına ilişkin bildirim yapılacağı önemli yerlerden birisi de ticaret sicil müdürlükleridir. İlgili ticaret sicil müdürü, iflasın kapandığını re'sen tescil edecektir (Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 136-137). İflasın kapanmasının tescili ve müflisin sicildeki kaydının silinmesi ile birlikte tüzel kişi tacirlerin hak ehliyetleri ve dolayısıyla taraf ehliyetleri sona erecektir².

Gerek iflas tasfiyesinin sonucunda gerekse diğer tasfiye türleri neticesinde tüzel kişiliği sona eren şirketlere ait mal veya hakların sonradan ortaya çıkması olasıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, bu durumu öngörerek mülga Ticaret Kanunu'nda olmayan bir maddeyi "ek tasfiye" başlığıyla 547. maddede düzenlemiştir. İlgili maddede ek tasfiye işlemlerinin yapılması zorunlu olan hallerde kanunda öngörülen kimselerin şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinden, ek tasfiye işlemleri tamamlanuncaya kadar, şirketin yeniden tescilinin istenebileceği hükme bağlanmıştır. İşte şirkete ait bazı aktif malvarlığı değerlerinin tasfiyede dikkate alınmaması gibi bazı sebeplerin varlığı halinde tasfiyesi sonrası durum olarak adlandırdığımız hukuki statü ortaya çıkacaktır. Ek tasfiye talebinin haklı görülmesi halinde mahkemece, tasfiyesi tamamlanmış ve ticaret sicilinden silinmiş şirketin yeniden tescil edilmesi kararı verilecek ve bu işlemlerin yapılması için son tasfiye memurları veya yeni bir veya birkaç kişi tasfiye memuru olarak atanarak tescil ve ilan edilecektir. TTK m. 547'de düzenlenen ek tasfiyeye ilişkin bu açıklamalar şirketlerin iflasından sonra yeni mal bulunması halinde geçerli olamayacaktır. Zira İİK m. 255'te iflasın kapanmasından sonra yeni mal bulunması hali özel olarak açıkça düzenlenmiştir. Şu halde İİK m. 255'in uygulama alanı bulacağı hallerde TTK m. 547'ye müracaat imkânı bulunmamaktadır.

İflasın kapanmasından sonra aslında masaya dâhil olması gereken ve fakat bir şekilde tasfiyenin dışında kalmış malvarlığına sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu durumun genellikle iki sebebi bulunmaktadır. Birincisi, borçlunun önemli malvarlığı değerlerini alacaklılarından kaçırma düşüncesi; diğer önemli sebebi de küreselleşen ekonomik yapılar çerçevesinde borçlunun ülke dışında başka yerlerde malvarlığının bulunması ve bu malvarlığı değerlerinin tasfiye dışında kalmış olması ihtimalidir.

Tasfiye sürecinde masaya ait bir mal bulunmaması durumunda alacaklılar, tasfiye masraflarını karşılayıp adi tasfiye yoluyla sürecin sonlandırılmasını is-

2) Tasfiye sonrası şirketlerin taraf ehliyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kale, s.209- 212.

teyebilecekleri gibi, tasfiyenin basit tasfiye olarak devamı da mümkündür. Tüm bu söylenenlerle birlikte masaya ait hiçbir malın bulunmaması halinde iflas tasfiyesi tatil edilecektir. Şayet tasfiyenin tatiline karar verildikten sonra masaya ait malların bulunduğu tespit edilir ve bulunan bu malların değeri tasfiye giderlerini karşılayacağı anlaşılırsa iflas dairesinin tasfiyenin tatili kararını kaldırıp, tasfiyeye devam etmesi gerekecektir. Bu halde inceleme konumuz olan İİK m. 255'in uygulanması mümkün olmayacaktır, zira burada henüz tamamlanmış bir tasfiye ve hazırlanmış bir sıra cetveli yoktur³.

İİK m. 255'te iflasın kapanmasından sonra borçluya ait yeni bir mal bulunması halinde yapılacak işlemler düzenlenmiştir. Bu maddenin amacı, haksız bir şekilde masaya girmemesi sebebiyle iflas tasfiyesine konu olmayan ve bu sebeple de alacaklıların tatmininde kullanılmayan malın sonradan ortaya çıkması halinde bu durumdan alacaklıların zarara uğramasının önüne geçilmesidir. İşte iflasın kapanmasından sonra bu şekilde bir malvarlığı değerinin bulunması, iflas tasfiyesinin yeni bulunan malvarlığıyla sınırlı olarak yeniden açılması sonucunu doğuracaktır. Fakat bu durumu, iflasın yeniden açıldığı şeklinde anlamamak gerekir. Zaten iflas tasfiyesinin yeniden açılmasına ilişkin açık bir düzenleme İİK'da yer almamaktadır. İİK m. 255 dikkatli incelendiğinde sadece paraya çevirme ve dağıtmada kolaylıklar bulunduğu görülmekte, buradan da tasfiyenin yeniden açılacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Zaten genel iflasa ilişkin hükümlerin tamamen uygulanmasını beklemek de mümkün değildir. Tasfiye, sadece yeni bulunan mala ilişkin olarak bir anlamda ek tasfiye şeklinde devam etmektedir.

Tasfiyeden sonra yeni bir mal bulunması halini hükme bağlayan İİK m. 255'in işlerlik kazanabilmesi için alacaklılardan birisi iflas dairesini harekete geçirebileceği gibi, iflas dairesi re'sen de harekete geçip, yeni bulunan mala vaziyet edip satabilir. Hatta üçüncü kişilerin dahi iflas dairesini harekete geçirebilmeleri mümkündür.

I- İflas Tasfiyesinden Sonra Tartışmasız Olarak Borçluya Ait Olan Bir Mal veya Hakkın Bulunması

İİK m.255'in uygulanabilmesi için ilk olarak iflasın kapanmasından sonra borçluya ait bir malvarlığının bulunması gerekir. Bu mal veya hakların en erken, iflas idaresinin veya dairesinin, iflasın kapanması için son raporu asliye ticaret mahkemesine vermesinden sonra bulunması gerekir⁴. Borçluya ait malvarlığı-

3) Kuru, s.1287.

4) Staehelin/Bauer/Staehelin, Art. 269 Rdn. 4.; Üstündağ, İİK m.255 hükmünün uygulanabilmesi için, mutlaka iflasın kapanmasına mahkemenin karar vermesinin aranmayacağı, henüz kapanma kararı verilmemiş olmakla birlikte, tasfiye sonucunda elde edilen paraların paylaştırılarak, dosyanın asliye ticaret mahkemesine gönderilmesiyle birlikte bu hükme göre hareket edilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. İflas Hukuku, s.186. Berkin de aynı görüşü savunmaktadır (Berkin s.312).

nın tasfiyenin üzerinden çok uzun zaman geçtikten sonra bulunması halinde de İİK m.255 hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu noktada şöyle bir soru sorulabilir: Tasfiye giderlerinin ödenmemesi sebebiyle iflas tasfiyesinin ertelenmesi faraziyesinde, sonradan masaya ait bir mal bulunursa yine de İİK m.255 hükmü işlerlik kazanabilecek midir? İsviçre Federal Mahkemesinin eski tarihli bir kararında, iflasın kapanmasından sonra bulunan malların paraya çevrilerek alacaklılara dağıtılmasının ancak iflas tasfiyesinin tamamlanması halinde mümkün olabileceği, tasfiye masraflarının bulunmaması sebebiyle iflasın tatil edilmesi durumunda ise İİK'nın 269. maddesinin (İİK m.255) tatbik edilemeyeceği hükme bağlanmıştır⁵. Hukukumuzda da benzer görüşün sonradan bulunan malın en azından basit tasfiye masraflarını karşılamaya yeteceği hallerde kabul edilmesi gerekir. Şayet, tasfiye giderlerinin ödenmemesi halinde iflas tasfiyesi ertelenmişse ve sonradan tasfiye dışında kalmış bir mal varlığı değeri basit tasfiye giderlerini karşılamaya yetecek halde ise bu durumda İİK m. 255 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Aksi durumda da, yani sonradan bulunan malın değerinin basit tasfiye giderlerini dahi karşılayamaması halinde de, İİK m. 255 hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Çünkü burada da henüz tamamlanan bir tasfiye yoktur ve dolayısıyla sıra cetveli de düzenlenmemiştir.

İflaşın kapanmasından sonra masaya ait mal veya hakkın bulunması hususu İİK m. 255'te tasfiyeden hariç kalmış bir malın bulunması olarak ifade edilmiş, mehz İsviçre İİK m. 269' da da benzer ifadelerle, masaya ait olması gerekirken tasfiyeye konu edilmemiş malvarlığı şeklinde hükme bağlanmıştır. Gerek İsviçre doktrininde gerekse de Türk hukukunda tasfiye sonrasında masaya ait olduğu tespit edilen bu malvarlığı değerleri için "yeni bulunan mal" teriminin kullanıldığı da görülmektedir. Bu itibarla öncelikle "yeni bulunan mal" kavramına açıklık getirmek gerekir. Özü itibarıyla aslında masaya ait olan bir mal veya hak, iflas tasfiyesinden hariç kalmıştır ve iflas kapandıktan sonra bu mal veya haktan haberdar olunmuştur. Örneğin, müflisin bir bankada bulunan mevduatı iflas tasfiyesi süresince masaya dâhil olmamış, sonradan böyle bir mevduatın varlığından haberdar olunmuştur. Masaya ait olması gereken bir mal veya hakkın masa dışında kalmasında genellikle müflisin bu mal veya hakkı alacaklılarından kaçırma düşüncesi yatmaktadır.

Yeni bulunan/keşfedilen mal veya haktan söz edebilmek için iflas tasfiyesinden sonra alacaklıların veya iflas dairesinin dikkati sonucunda bir malvarlığı değerinin ortaya çıkmış olması gerekir. Bu hakkın iflas dairesi veya alacaklılar tarafından iflas tasfiyesi sırasında ne bilinmesi ne de bilinebilir olması gerekir. Başka bir ifade ile tasfiye süresince bu malların varlığı iflas idaresi veya alacak-

5) 82 II 48, Berkin, s.312.

lılar tarafından biliniyor veya bilinebilecek durumdaysa iflasın yeniden açılması faraziyesi gündeme gelemeyecektir⁶. Alacaklıların iflastan sonra ortaya çıktığı iddia edilen mal veya hakkı tasfiye sırasında zaten biliyor olmaları, bu malvarlığı veya hakkın sonradan dikkate alınabilmesini mümkün kılmayacaktır. Bu halde alacaklıların mal veya haktan feragat ettikleri sonucu ortaya çıkabilir. Şüphesiz bu sonuca ulaşabilmek için alacaklıların çoğunluğunun bu mal veya hak hakkında açık bilgi sahibi olunması gerekir⁷. Mal veya haktan feragat sonucunun ortaya çıkabilmesi için alacaklıların çoğunluğunun en azından ikinci alacaklılar toplantısının yapıldığı anda söz konusu mal ve haklardan haberdar olması gerekir⁸. İflas idaresinin, masaya ilişkin malvarlığı değerinden alacaklılarının çoğunluğunun bilgisi dâhilinde vazgeçmesi artık bu haktan feragat edildiği sonucunu doğuracaktır. İşte böyle bir feragatin konusu olan mal veya hakkın iflasın kapanmasından sonra da masa malvarlığı olarak değerlendirilebilmesi mümkün olamayacaktır. Fakat şu hususu da belirtmek gerekir ki, bu şekilde bir feragatin kolay olmayacağı açıktır. Zarara uğrayan alacaklıların şartların oluşması halinde iflas idaresinin sorumluluğu yoluna başvurmaları olasıdır (İİK m.227)⁹. Fakat bu yol alacaklılar için zaman alıcı ve masraflı bir yoldur. Bu noktada belirtmek gerekir ki, iflasın kapanmasından sonra yeni malın bulunması konusundaki inisiyatifin tamamıyla iflas dairesinde bulunmaması gerekir. He ne kadar m. 255 f. 1 hükmü, icra dairesinin sonradan bulunan mala vaziyet edip satmasından bahsetse de alacaklılardan birisi de tasfiyeden sonra müflise ait malvarlığı bulunduğunu iflas dairesine bildirebilir ve bu malın iflas dairesi tarafından satılmasını isteyebilir. Bu bildirime rağmen iflas dairesi gerekli işlemleri yapmayıp başvuruyu reddederse, ilgili alacaklı her zaman şikâyet yoluna başvurabilir.

Yeni malvarlığının ispatı konusunda yüksek bir ispat ölçüsünün aranmaması gerekir. Yeni malvarlığının ispatı için yüksek bir ölçü aranırsa, alacaklıların, müflisin malvarlığından haksız yere yararlanamamaları gibi bir sonuç ortaya çıkaracaktır¹⁰. Bununla birlikte alacaklılar tarafından ileri sürülen iflastan sonra yeni mal bulunduğu iddialarına da dikkatli yaklaşılması gerekir. Ciddiyetten uzak iddiaların dikkate alınması halinde gereksiz yere İİK m. 255 hükmü işletilebilecektir. Alacaklılar tarafından hak kötüye kullanılarak bu tür iddialar ileri sürülmüş ise bu hakkın korunmayacağı da açıktır.

6) Üstündağ, s.186.

7) Staehelin,/Bauer/Staehelin Rdn 6, Art. 269.

8) Staehelin/Bauer/Staehelin Rdn 6, Art. 269, BGE 90 III 41; Kostkiewicz/Walder, Rdn 4, Art. 269.

9) Üstündağ, s.187. Federal Mahkeme bir kararında, müflise ait malların masaya dâhil edilemesinde kusuru bulunan iflas idaresinin sorumlu olacağını belirtmiştir. BGE 116 III 96 E. 4.c.

10) Federal Mahkeme tarafından da bu görüş açıkça kabul edilmektedir. BGE 90 III 41.

Tasfiye sürecinde oldukça düşük bir değeri olduğu için tasfiyeye konu olmamış bir malın, tasfiye tamamlandıktan sonra değerlendirilmesi ve İİK m. 255 kapsamına girmesi mümkün olabilir¹¹.

Bu bağlamda akla gelebilecek bir başka sorun ise alacaklılardan birisinin, borçluya ait şüpheli bir hakkı iflasın kapanmasından sonra İİK m. 245 gereğince devralmak amacıyla sessiz kalmış olmasıdır. Masaya ait çekişmeli haktan iflas tasfiyesi sırasında haberdar olmasına rağmen, İİK m.255 f.3'te ki haktan yararlanmak isteyen alacaklının bu talebine diğer alacaklılar itiraz edebilir. Hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek bu türden bir sessiz kalmanın ve akabindeki talebin hukuken korunamayacağı açıktır. Benzer bir sorun çekişmeli olmayan malvarlığı hakları için de ortaya çıkabilir. Masaya ait olması gereken bir haktan zamanında haberdar olmasına rağmen sessiz kalmış bir alacaklı, iflasın kapanmasından sonra münferit olarak bu hak üzerinde icra takibi yapabilir. Aslında tasfiyeden hariç kalmış olan bu mal veya haktan tüm alacaklıların yararlanması gerekir. İşte bu gibi hallerde iflas dairesinin sonradan ortaya çıkan bu mal veya hakka el koyarak tüm alacaklıların yararına paraya çevirmesi gerekir. Alacaklılardan birisi tarafından böyle bir mal veya hak üzerinde münferit olarak cüzi takip başlatılmış ve hatta bu mallar paraya çevrilmiş ve fakat paylaştırılmamışsa iflas dairesinin bu paralara el koyması, paralar paylaştırılmışsa cüzi icrayı gerçekleştirmiş olan alacaklıya dava açması gerekir¹².

İİK m. 255'te iflas dairesinin tasfiyeden sonra bulunan mallara vaziyet edip sattıktan sonra "başka bir merasime hacet kalmaksızın" bedeli eksik almış alacaklılara dağıtılacağı belirtilmektedir. Bu noktada akla gelen soru satışın nasıl yapılacağıdır. Maddede geçen "başkaca bir merasime hacet kalmaksızın" ibaresinden anlaşılması gereken, iflas dairesince yapılacak satışın hiçbir şekilde ve süreye tabi olmayacağı anlamına gelmeyeceğidir. İflas dairesi normal bir tasfiye sürecinde olduğu gibi malların satışını açık artırma veya pazarlıkla suretiyle yapacaktır (İİK m. 241). Fakat iflasın kapanmasından sonra alacaklıların onayını almak kolay olmayacağından, iflas dairesi kendi takdirine göre malların pazarlıkla satışına karar verebilecektir¹³. Kanun koyucu iflasın kapanmasından sonra yeni mal bulunması halinde iflas dairesinin bir an önce harekete geçmesini istediğinden, iflas dairesi, satış için öngörülen sürelerin kısaltılmasına karar verebilir. Fakat her halükarda iflas dairesinin pay cetveli düzenleyerek bunu alacaklıların incelemesine sunması yerinde olacaktır¹⁴. İflas dairesinin bu işleme-

11) Staehelin/Bauer/Staehelin, Rdn 10, Art. 269.

12) Üstündağ, s. 187.

13) Berkin, s. 313; Üstündağ, s. 217.

14) Berkin, s.313; Kuru, s.1377.

ri yapabilmesi için, iflasın yeniden açılması gerekli değildir. Bu çerçevede iflas idaresinin yeniden seçilmesi veya alacaklıların toplanmasına da gerek yoktur¹⁵.

Sıra cetveline geçirilmemiş alacaklıların İİK m. 255 gereğince yapılacak dağıtmaya iştirak edebilmeleri mümkün olamayacaktır¹⁶. Alacaklarını tam olarak alamamış alacaklıların ellerindeki aciz vesikaları da yeniden dağıtmadan sonraki duruma göre düzenlenmesi gerekmektedir. Böylelikle aciz vesikasının güncellenmesi mümkün olabilecektir.

Bir mal veya hakkın İİK m. 255 kapsamında sonradan tasfiyeye dâhil olup olmadığı konusunda bir ihtilaf çıkması halinde icra mahkemesi tarafından değil, asliye ticaret mahkemesince bir karar verilmelidir.

II- İflas Tasfiyesinden Sonra Borçluya Ait Şüpheli Bir Mal veya Hakkın Varlığı

İİK m. 255 f. 3 gereğince iflasın kapanmasından sonra şüpheli bir hak ortaya çıkmışsa iflas dairesi bu durumdan alacaklıları haberdar edecektir. İflas dairesi tasfiye sonrasında şüpheli bir hakkın bulunduğunu ilan yoluyla alacaklılara duyurabileceği gibi, mektupla da bu durumdan alacaklıları haberdar edebilir. Gerekirse iflas dairesi tasfiye sonucunda alacağını tamamen alamamış alacaklıları bir alacaklılar toplantısına davet edebilir¹⁷. Buradaki şüpheli hak kavramından anlaşılması gereken, hak sahipliği konusunda var olan ihtilaflardır. Başka bir ifade ile üçüncü kişilerin masaya ait olduğu iddia edilen hak üzerinde talepte bulunmalarıdır¹⁸. Bu halde İİK m. 245'e göre işlem yapılacağı açıkça 255. maddede hükme bağlanmıştır. 245. maddede ise çekişmeli hakları takip yetkisinin devri kurumu düzenlemiştir. Bu hüküm gereğince, alacaklılar müflise ait çekişmeli bir hak için takip yapmayı veya dava açmayı gerekli görmezlerse, o alacağı takip

15) Kuru, s.1377.

16) İsviçre doktrininde bir görüş göre, sıra cetveline geçirilmemiş, sonradan ortaya çıkan alacaklıların da yeniden oluşturulacak sıra ve pey cetveline ilişkin tüm masrafları karşılaması koşuluyla, sonradan ortaya çıkan malın satış bedelinden yararlanabilecekleri kabul edilmektedir. Bu görüşü savunan yazara göre İİK m. 236' nın benzeri bir hüküm olan İİK m.251' de en geç iflas kapanıncaya kadar masaya alacağın yazdırılması mümkündür. Bu durumda iflasın kapanmasından sonra ortaya çıkan ve alacağını sıra cetveline yazdırmayan alacaklının durumu konusunda Kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluğun ise benzer durumları düzenleyen İİK m.251 f.2 (İİK m. 236 f.2) hükmünün kıyasen uygulanması ile doldurulması gerekir. Fritschi, Rdn.145.

17) Üstündağ, s.199.

18) Tasarrufun iptali davasının açılabilmesi için gerekli olan aciz vesikası bulunması koşulu, iflasın kapamasından sonra alacaklılardan birisi tarafından açılacak iptal davalarında aranmayacaktır (İİK m.277 f.1.b.2). Her ne kadar böyle bir halde aciz vesikası aranmayacağı kanun koyucu tarafından açıkça öngörülümüşse de, alacağını tam olarak alamayan alacaklılara aciz vesikası verilmesi, iflasın kapanması için gerekli olan temel koşullardan birisidir. İflasın kapanmasından sonra açılacak iptal davalarında aciz vesikası koşulunun aranmaması, alacağını sıra cetveline geçirmemiş alacaklılar bakımından önem taşıyabilecektir.

etme yetkisini isteyen alacaklılardan birisine devredebilirler¹⁹. Bu noktada öncelikli olarak alacaklıların söz konusu çekişmeli hakkı takip veya dava konusu yapıp yapmayacaklarının belirlenmesi gerekir. Şayet alacaklılar bu hakkı takip etmek isterlerse, artık yeni bir iflas idaresinin teşekkül etmesi aranmadan, takip veya dava alacaklılar tarafından verilecek talimatlar çerçevesinde iflas dairesi tarafından yürütülecektir. Tabi bu durumda iflas dairesi gerekli masrafların alacaklılar tarafından depo edilmesini isteyecektir²⁰. Görüldüğü üzere iflas tasfiyesinin devamında olduğu gibi iflas idaresinin çekişmeli alacakların devri konusunda yetkisi bulunmamaktadır. Bu yetkinin iflas dairesinde olması da doğrudur çünkü iflasın kapanmasından sonra alacaklılar toplantısının varlığından söz edilemeyecektir. Hacizdeki devirden farklı olarak (İİK m.120) İİK m. 245 gereğince yapılacak devrin konusu sadece alacaklar değil, her türlü çekişmeli hakların devridir²¹.

Alacaklılar, şüpheli alacağın takibinden vazgeçerlerse, alacaklılardan herhangi birisi veya birkaçı böyle bir talep hakkının dermeyanı yetkisini devralmışsa artık bu hak onlar tarafından takip ve dava konusu yapılacaktır. Çekişmeli hakkı takip yetkisini devralan alacaklının, açtığı davayı kazanması halinde dava sonucunda elde ettiği paradan önce kendi alacağını alacak, geriye kalan miktar ise iflas dairesi tarafından diğer alacaklılara sırasına göre ödenecektir. Alacaklılardan hiçbiri çekişmeli alacağa ilişkin takip yetkisini devralmamışsa, bu davayı açma hakkı müflise ait olacaktır. Çekişmeli hakka ilişkin bu davanın genel mahkemelerde görülmesi gerekir. İcra mahkemesinin çekişmeli hakka ilişkin davada görevli olması mümkün değildir.

Yukarıda da bahsedildiği gibi alacaklılardan biri böyle bir çekişmeli hakkın varlığından haberdar olmasına rağmen iflas tasfiyesi sırasında bu hakkı devralma konusunda bir irade göstermemişse, artık tasfiyenin kapanmasından sonra bu hakkı devralması mümkün olmayacaktır. Zira çekişmeli hakkın takibine ilişkin bu hakkından vazgeçmiş sayılmalıdır.

SONUÇ

İflasın kapanmasından sonra masaya dâhil olmayan ve fakat müflise ait olup da masaya dâhil olması gereken bir mal veya hakkın varlığı her zaman olası bir ihtimaldir. İşte bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde, iflas tasfiyesi sonucunda alacağını alamamış alacaklılar için yeni bir umut doğmuş olacaktır. İİK m. 255 gereğince tasfiye harici kalmış bir mal veya haktan söz edebilmek için, evvela iflas tasfiyesinin tamamlanıp, alacaklılarını tamamıyla alamamış alacaklılara aciz

19) Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s.770.

20) Üstündağ, s.199.

21) Kuru, s.1356.

vesikasının verilmesi gerekir. Şayet masaya ait malların hiç veya yeterince bulunmaması sebebiyle tasfiye tatil edilmişse, sonradan bulunan malın İİK m. 255 çerçevesinde değerlendirilebilmesi mümkün olmayacaktır. Sonradan bulunan mal veya haktan söz edebilmek için tasfiye sırasında alacaklıların ve iflas idaresinin bu maldan haberdar olmamaları gerekir. Şayet alacaklıların çoğunluğu bu mal veya haktan haberdar olmasına rağmen söz konusu değerler tasfiyeye tabi tutulmamışsa, sonradan bu mal veya hak için İİK m. 255 hükmünün işletilebilmesi mümkün olmayacaktır.

Sonradan bulunan malların satışı, iflas dairesi tarafından normal bir tasfiye sürecinde olduğu gibi açık artırma veya pazarlıkla suretiyle yapılacaktır (İİK m. 241). Fakat iflasın kapanmasından sonra alacaklıların onayını almak kolay olmayacağından, iflas dairesi kendi takdirine göre malların pazarlıkla satışına karar verebilecektir. Kanun koyucu iflasın kapanmasından sonra yeni mal bulunması halinde iflas dairesinin bir an önce harekete geçmesini istediğinden, iflas dairesi, satış için öngörülen sürelerin kısaltılmasına karar verebilir. Fakat her halükarda iflas dairesinin pay cetveli düzenleyerek bunu alacaklıların incelemesine sunması yerinde olacaktır.

İflasın kapanmasından sonra şüpheli bir alacağın varlığı ortaya çıkmışsa, iflas dairesi durumu alacaklılara bildirecektir. Alacaklılar, söz konusu şüpheli alacağın takibi konusunda iflas dairesine yetki vermişlerse, alacaklıların talimatı doğrultusunda iflas dairesi hareket edecek ve ilgili davaları açabilecektir. Şayet alacaklılar şüpheli alacağın takip edilmesini istememişlerse, bu sefer bir veya birkaç alacaklı İİK m. 245 gereğince şüpheli alacağın tahsili için takip yetkisini devralabilirler.

KAYNAKLAR

- Berkin, Necmettin: İflas Hukuku Dersleri, İstanbul 1960.
- Eugen, Fritschi: Verfahrensfragen Bei Der Konkursöffnung, Zürich 2010.
- Jolanta, Kren Kostkiewicz / Walder, Hans Ulrich: SchKG Kommentar, 12. Bası, Zürich 2012.
- Kale, Serdar: Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.
- Karşlı, Abdurrahim: İcra Ve İflas Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Kuru, Baki: İcra Ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Bası, İstanbul 2013.
- Muşul, Timuçin: İcra Ve İflas Hukuku, C.II, Ankara 2013.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Sungurtekin Özkan Meral / Özekes, Muhammet: İcra Ve İflas Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.
- Staehelin, Adrian / Bauer, Thomas / Stahelin, Daniel: Kommentar Zum Bundesgesetz Über Schuldbetreibung Und Konkurs, 2. Bası 2010
- Üstündağ, Saim: İflas Hukuku, 8. Basım, İstanbul 2009.

ÖZET

İflaın kapanmasından sonra müflise ait olup da masaya dâhil olmayan ve fakat masaya dâhil olması gereken bir mal veya hakkın varlığı her zaman olası bir ihtimaldir. İşte bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde, iflas tasfiyesi sonucunda alacağını alamamış alacaklılar için yeni bir umut doğmuş olacaktır. İflaın kapanmasından sonra tasfiyeye tabi tutulmamış bir mal veya hak bulunursa, iflas dairesi o mal veya hakkı paraya çevirecek, elde edilen tutarı da alacağını tam olarak tahsil edemeyen alacaklılara sıralarına göre dağıtacaktır.

Anahtar kelimeler: İflaın Kapanması, İflas, İflas Masası, Alacaklılar, Alacak

KISALTMALAR

Art.: Artikel

b.: Bent

BGE: Bundesgerichts-Entscheidungen (İsviçre)

dp: dipnot

E.: Esas

f.: Fıkra

İİK: İcra ve İflas Kanunu

İİİK: İsviçre İcra ve İflas Kanunu

K.: Karar

m.: madde

Rdn: Randnummer

S.: Sayı

s.: sayfa

SchKG: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

TTK: Türk Ticaret Kanunu

Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı¹

The Scope of The Compensation in The Full Damage Cases That Arising from Medical Practice

Av. Abdullah Hızal

İzmir Tabip Odası Avukatı, Sağlık Hukuku Bilim Uzmanı, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

Doç. Dr. Serkan Çınarlı

İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The legal proceedings of the claimant for the damages due to malpractice may vary according to the location of the event that took place and the legal status of the physician. In this study the conditions of the malpractice faults and the liability of the administration due to malpractice briefly is discussed and following that the conditions of the damage proceedings, the procedures for these cases, the compensation, the content of the liability of administration where malpractice exists, the situations which terminate or lessen the liability and finally the expertise which we believe to have a significant impact on the resolution of the proceedings and needs to be highlighted are discussed.

Keywords: Medical practice, service fault, personal fault, full damage case, expertise.

GİRİŞ

Sağlıklı olma, bedenen ve ruhen tam bir iyilik içinde olma halidir. İnsanların yaşamlarını en iyi şekilde sürdürebilmeleri için sağlık çalışanları ve özellikle de hekimler insanlığa sağlık hizmetini kesintisiz bir şekilde sunarlar. Sağlık hizmetinin sunumu esnasında, istenmemesine rağmen, olumsuzluklar yaşanmaktadır, yaşanacaktır da. Kişinin bozulan sağlık kalitesini iyileştirmeye çalışan he-

1) Bu çalışma İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Yüksek Lisans Programında Doç. Dr. Serkan Çınarlı danışmanlığında yürütülen Av. Abdullah Hızal tarafından savunulan “**Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları**” isimli yayınlanmamış yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

kimin veya sağlık çalışanlarının icrai veya ihmali davranışları nedeniyle hatalı tıbbi müdahaleler ortaya çıkabilmektedir.

İşte bu durumda, yani hatalı tıbbi müdahaleden dolayı zarara uğrayan kişilerin bu zararlarının tazmini gündeme gelir. Bu zararlar mal varlığındaki maddi nitelikli bir zarar olabileceği gibi manevi zararlar da olabilir. Mahkemelerce her iki zararın da tespiti önem arz eder. Adli yargıdan farklı bir şekilde sağlık hizmetinin sunumunda tıbbi uygulama hatalarını içtihatlarla idari yargıya özgü olarak gelişen hizmet kusuru kavramı ile değerlendiren idare mahkemeleri, zararı tespit ederken, çözümü tamamen özel ve teknik bir konu olan “hatalı tıbbi müdahale” iddiasını bilirkişi görüşü ile çözüme kavuşturmaktadır. Çalışmamızda hatalı tıbbi müdahalelerin neler olabileceği ve bu hatalardan dolayı açılacak olan tam yargı davalarında, devletin tazminat ödemesinin koşulları ve bu tazmin borcunun kapsamı tartışılacaktır. Tamamen özel bir alan olan tıbbi uygulamaya bağlı hataların tespiti ve buna bağlı olarak da zararın tespitinde “bilirkişilik” vazgeçilmez görünmektedir.

I- Tıbbi Müdahale Kavramı ve Kapsamı

Sağlık, “yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali”, sağlık hizmeti ise, “insan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.” şeklinde tanımlanmıştır².

Sağlık hizmetinin içinde koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici müdahaleler yer almaktadır. Doktrinde tıbbi müdahalenin birçok tanımı³ yapılmakla

- 2) Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, **Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)**, Legal Yayınları, İstanbul 2012, s. 2; 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, R.G. 12.01.1961, Sayı:10705., M. Savaş Bayındır, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:XI, S:1-2, Yıl:2007, s. 553.
- 3) Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayınları, Şubat 2013, s. 39 (Tıbbi Müdahaleden), Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 5., Rezzan Günday, **Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.3., Battal Yılmaz, **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 1., Özlem (Yenerer) Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayınevi, İstanbul 2003, s.24., Yenerer Çakmut, Özlem. “Sağlık hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, s. 4., Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2013, s. 26., Kürşat Ersöz, Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı: 45, Mayıs 2010, s. 106. , Ünal Er, **Sağlık Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 59., Zafer Adem Gencer, **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Mü-**

birlikte tıbbi müdahale en geniş şekilde “Tıp mesleğini icra etmeye yetkili ve eğitilmiş sağlık personeli tarafından tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, kişinin bedensel, fiziksel ve ruhsal yönden iyilik halini sağlamak üzere yapılan koruyucu, teşhis ve tedavi edici, rehabilite edici, her türlü müdahale ile tıbbi araştırma ve denemelerle adli nitelikteki görev ve muayenelerden kaynaklanan tüm müdahaleler”⁴ olarak tanımlanabilir.

Anayasa'nın 17/2. fıkrasındaki “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz” hükmü ile tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmayacağı düzenlenmiştir. Tıbbi müdahalelerin haklı, hukuka uygun kabul edilmesinin sebebi şahsın nispeten yüksek bir menfaatini korumaya matuf olmasıdır⁵. Yapılan tıbbi müdahaleden amaç sağlığın tekrar kazanılması ya da zararlı durumun ortadan kaldırılmasıdır. Bununla birlikte bazı yazarlarca, tıbbi müdahalenin sadece sağlığı bozulan kişiye yani hastaya verilen hizmet değil aynı zamanda sağlıklı olan kişilere tedavi dışı amaçla da uygulanabileceği belirtilmektedir⁶. Kanaatimizce de tıbbi müdahale kavramını geniş yorumlamak ve kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik her türlü müdahaleyi kavrama dâhil etmek gerekir. Özellikle estetik amaçlı tıbbi müdahaleler bu konuda önem arz etmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için ise yetkili sağlık personeli (hekim) tarafından yapılması, endikasyon (tıbbi açıdan gereklilik) olması, hastanın aydınlatılmış ve bilgilendirilmiş, rızasının alınmış olması ve tıbbi müdahalenin standart güncel tıp bilimine uygun olarak yapılması gerekir⁷.

II- Hatalı Tıbbi Müdahale (Malpraktis) Kavramı ve Türleri

Hatalı tıbbi müdahalenin ne olduğu hukuken tanımlanmamıştır. Bu nedenle hatalı tıbbi müdahale yerine, “tıbbi hata”, “hekim hatası”, “meslek hata-

dahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayinevi, Ankara 2014, s. 17., Meral Ekici Şahin, **Ceza Hukukunda Rıza**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 293., Gökhan Taneri, **Hasta Hakları**, Bilge Yayinevi, Ankara 2014, s. 39., Ali Türkmen, **Hasta ve Hekim Hukuku**, Adalet Yayinevi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 40., Büşra Uysal, İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı:77-78, Ocak, Şubat 2011, s.221., Berna Özpınar, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, s. 91. Ferhat Canbolat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı, **TBB Dergisi**, Sayı:80, Ankara 2009.s.159., Bayındır, s. 560.

- 4) Sevinç Arslan Hızal, Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı, **Ceza Hukuku Dergisi**, Seçkin Yayınları, Yıl:7, Sayı: 18, Nisan 2012, s. 229.
- 5) Mustafa Reşit Belgesay, **Tıbbi Mesuliyet**, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954, s. 65.
- 6) Özpınar, s. 91.
- 7) Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Mayıs 2012, s. 33.

sı” gibi kavramlar da kullanılmaktadır⁸. Fakat en yaygın olarak kullanılanı ise “*malpraktis*”tir. Malpraktis kelime anlamı olarak Latince “male” ve “praxis” kelimelerinden türetilmiş “kötü uygulama” anlamına gelmektedir.

Dünya Tabipleri Birliği’nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu’nda kabul edilen bildirmede, tıbbi uygulama hatası (malpraktis) “*doktorun tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak tanımlanmıştır⁹. Aynı bildirmede, malpraktis tanımını yaparken, tıbbi yanlış uygulama ile tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumların birbirinden ayrılması gerektiği belirtilmiştir. Malpraktisi hekimin tıp bilimini uygulaması ile sınırlı tutmak gerekmele birlikte tıbbi uygulamayı yapan hekim dışı sağlık personelinin bu anlamda yetki ve sorumluluklarının da net olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Doktrinde hekimin tıp mesleğini icra etmesi dolayısıyla yaptığı tıbbi girişimde, tıp mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastasının hayatı veya sağlığına zarar vermesi tıbbi hata/kusur olarak tanımlanmaktadır¹⁰.

Tıbbi uygulama nedeniyle ortaya çıkan olumsuzluğun tıbbi hata olup olmadığının tespiti için bu gün itibarıyla, üçüncü kişilerce kullanılabilecek, elde net bir kılavuz yoktur. Ancak bir hekimin tıbbi uygulamasında hata yapıp yapmadığının tespitinde ölçü ne olmalıdır? sorusuna; “*bilim ve tekniğin son durumu*” ya da “*standart tıbbi uygulama*” kavramları ile cevap verilebilir.

Daha önce “*bilim ve tekniğin son durumu*” ölçütü özen yükümlülüğü ve dolayısıyla tıbbi uygulama hatasında kriter olarak kullanıyorken bugün için “*tıbbi standart*” kavramı kullanılmaktadır. Bunun nedeni ise son durum kavramının mevcut ulaşılmış son noktayı standart kavramının ise olaylara karşı devamlı uygulanan genel kabul görmüş süreci ifade etmesidir¹¹. Tıbbi standart ise hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekimin tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir¹². Dolayısıyla tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerle sürekli uygulanması gerekir¹³.

Genel olarak tıbbi uygulamada hekimden standart uygulama beklenmekle birlikte buna ek olarak hekim özelinde de kriter ortalama bir hekimdir. Bu kriter

8) Özpınar, s. 92.

9) Türk Tabipleri Birliği, s. 20.

10) Gökcan, s. 61(Tıbbi Müdahaleden).

11) Hakeri, s. 516.

12) Hakeri, s. 517. Gökcan, s. 212 (Tıbbi Müdahaleden)..

13) Ayan, s. 106. Çetin Aşçıoğlu, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara 1993, s. 78.

esas alındığında, bir doktor ahlaki, düşünce, bedeni ve mesleki teknik bilgi yönünden en az orta düzeydeki ve nitelikteki doktorun özelliği ve yeteneği ile ustalık ve beceriye sahip olmalıdır¹⁴. Hekimin tıbbi uygulamasının tıbbi standartlara uygun olup olmadığı ve hekimin bilgi ve beceri düzeyinin kendisinden beklenen ölçüde (ortalama) olup olmadığı bilirkişi raporları ile tespit edilmektedir.

Hatalı tıbbi müdahale türleri tanı hatası, tedavi hatası, uzmanlık (yetki) sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması, özen eksikliği ve sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak sıralanabilir¹⁵.

III- Hatalı Tıbbi Müdahaleden Dolayı İdarenin Sorumluluğu İçin Aranılan Şartlar

A- Hizmet Kusuru

İdari anlamda kusurlu sorumluluk, (responsabilite pour faute) idarenin kusurlu eylem ve işlemleriyle yol açtığı zararı tazmin etme yükümlülüğüdür¹⁶. Bu tür sorumluluk halinde, idarenin kişilere verdiği zararlar özel hukuk hükümlerine göre değil, kamu hukuku kurallarına göre tazmin edilir¹⁷. Buradaki kusur kavramı, idare hukukuna özgü bir eksikliği ifade etmektedir¹⁸.

Anayasa'nın 125/son fıkrasında idarenin sorumluluğu ilkesi benimsenmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de idarenin sorumluluğu esasının kabul edildiği açıktır¹⁹. 2577 sayılı İYUK'a göre "idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" idari yargının görevi içine alınmıştır. İdarenin sorumluluğundan bahsedilirken doktrin ve içtihatla "kusur" kavramı tek başına kullanılmamış, neredeyse her yerde "hizmet kusuru" terimi tercih edilmiştir²⁰. Hizmet kusuru; "kurumun, hizmetin kuruluşundaki, işleyişindeki ve ilgili personel üzerindeki gözetim ve denetim görevini gereği gibi yerine getirmesindeki belli bir ya da birkaç ajanın tutum, yaklaşım ve davranışına mal edilemeyen, onlara atıf ve izafe edilemeyen ve böylece nesnel ve ano-

14) Aşçıoğlu, s.76 (Tıbbi Yardım).

15) Betül Çatak Iruz, **Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 32.

16) Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, Ekin Yayınları, İkinci Baskı, Cilt:II, Bursa, 2009, s. 1057., Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014, s. 546.

17) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1033., Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 230.

18) Ramazan Çağlayan, "Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk", **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.99.

19) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1022.

20) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1058.

nim niteliğini muhafaza eden sorumluluk halleri” olarak tanımlanmaktadır²¹.

Sağlık alanındaki hizmet kusuru ise; *“sağlık kurum ve kuruluşlarının (idarenin) yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir sağlık kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, yapısında, personeline veya işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır”²².*

Hizmet kusuru, bağımsız bir sorumluluk halidir. Buna göre, hizmet kusuru, özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğundan tamamen bağımsız bir hale gelmiş, idare hukukuna özgü, nevi şahsına münhasır bir kavramdır²³. Sorumluluğun kaynağı ise bir sözleşmeye, vekâlet ilişkisine veya haksız fiile bağlayan özel hukuktan farklı olarak sadece idareye atfedilen bir işlem veya eylemdir²⁴. Hizmet kusuruna dayanan kusurluluk asli ve birincil sorumluluktur²⁵.

Danıştay da hizmet kusuru kavramını aynı kriterlere göre tanımlamaktadır²⁶:

“Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

...

İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir.

Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hiz-

21) Ayan, s. 175. Günday, s. 244., Kaya, s. 231.

22) Halil Kalabalık, “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011**, Editörler: Nilgün Sarp ve Cahit Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.279.

23) Serkan Kızılyel, İbrahim Kaylan, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Ağustos 2010, Sayı: 48, s. 57., Uysal, s.211.

24) Bayındır, s. 557.

25) Kaya, s. 232., Kızılyel, Kaylan, s. 57., Bayındır, s. 568., Bahtiyar Akyılmaz, “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010**, Editör: Nilgün Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 106.

26) Danıştay Onuncu Daire, 2007/3301 E 2008/2939 K (www.corpus.com.tr erişim: 28.12.2014)

met kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.”

Hizmet kusurunun özellikleri²⁷ ise şunlardır;

- Kişilerden bağımsız olup asli bir sorumluluk sebebi, yani idarenin doğrudan sorumlu olmasını doğuran bir kusurdur.

- Anonimdir. Bir kişi ya da kişilere indirgenemez.

- Geneldir. Tüm kamu tüzel kişileri için geçerli bir sorumluluk sebebidir.

- Esneklik. Değişen durumlara göre tespit edilir.

Kusur sorumluluğu ya da kusurdan sorumluluk, idari faaliyetin konusu olan hizmetin ifasına bağlı bir idari kusur nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluktur. Kamu hizmetlerinin, durumun gerekleri ve ihtiyaca göre en uygun bir biçimde devamlı, istikrarlı bir tarzda, idare edilenlere sunulması, kişilerin bu hizmetlerden gereği gibi yararlanması idarenin görevidir. Bu görevin gereği gibi yerine getirilmemesi hizmet kusuruna sebebiyet verir²⁸. İdari faaliyetten doğan kusur, kişiselleştirilebilir ya da kişiselleştirilemez, aslında kamu görevlilerinin kusurudur²⁹. Kural olarak kamu görevlilerinin kusurundan kaynaklansa bile kusurlu davranışından idare sorumludur. Kusur, insana atfedilebilir bir şey olması nedeniyle gerçek kişi olmayan idarenin esasında kusur sahibi olması mümkün olmamakla birlikte, istihdam ettiği kişilerin kusurundan dolayı idare sorumludur³⁰. Kamu görevlilerinin yürütülen hizmetle ilgili (kişisel) kusurlarına hizmet kusuru (faute de service) denilir³¹. Kısaca hizmet kusuru, idarenin görevlileri tarafından sunulan kamu hizmetinin yürütülmesinde işlenen kusurdur. Kamu idare ve kurumları tarafından verilen hizmetlerin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi halinde idarenin kusurlu olduğundan yani hizmet kusurundan bahsedilir³². Buna göre, idare yapmakla yükümlü olduğu kamu hiz-

27) Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, s. 100., Çağlayan, İdare Hukuku, s. 547., Kızılyel, Kaylan, s. 58., Uysal, s. 213., Ender Ethem Atay, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s.692., Zehra Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum**, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Şen Matbaa, s. 205., Kalabalık, s. 280.

28) Ramazan Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, **Sağlık Hukuku Sempozyumu, 15-16 Mayıs 2006**, Yetkin Yayınları, 2007, s. 122., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin..., s. 222., Çağlayan, Sağlık Hizmetlerinde İdari Sorumluluk, s. 99

29) Günday, s. 245.

30) Kızılyel, Kaylan, s. 57.

31) Hasan Nuri Yaşar, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 440.

32) Günday, s. 245, Hasan Tahsin Gökcan, **Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010, s. 128, Cahid Doğan, İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 109. Uysal, s. 212.

metini yapabilecek görevlileri bulmak, araç, gereç ve personeli temin etmek ve hizmetin gereği gibi yapılabilmesini sağlamakla yükümlüdür. Zira idarenin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan bir aksaklık, bozukluk ya da boşluk hizmet kusurudur³³. Kusura bağlı olarak ortaya çıkan zararın da tazmin sorumluluğu vardır.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda da hizmet kusuru sonucu oluşan zararın idarece tazmin edilmesi kural olmakla birlikte sağlık hizmetlerinin risk barındıran işlemler olması nedeniyle tıbbi hatalara bağlı yargılamada, Danıştay tazmin için idarenin ağır hizmet kusurunu aramaktadır³⁴. Burada dikkat çekici olan ağır hizmet kusurunun riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar için geçerli olduğudur. Tıbbi operasyon kapsamına girmeyen otelcilik hizmetleri, bakım, gözetim, diğer müdahalelerin gereği gibi yerine getirilmemesinde ağır hizmet kusuru aranmayacaktır³⁵. Danıştay, bu görüşü kararlarında belirtmektedir³⁶:

*“İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına göre, sunulan hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı durumlarda, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için, zararın, idarenin “ağır hizmet kusuru” sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan **sağlık hizmeti nedeniyle uğranılan zararın tazmini de, kural olarak, ancak idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde mümkündür.***

Bununla birlikte, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için aranılan “ağır hizmet kusuru”; riskli tıbbi müdahaleler ve operasyonlar bakımından geçerli olup; sağlık hizmeti içinde değerlendirilmekle beraber, tıbbi operasyon kapsamına dâhil edilemeyecek birtakım bakım, gözetim ve yan müdahalelerin hiç veya gereği gibi yapılmaması dolayısıyla oluşan zararlar, idarenin sorumluluğundan söz edebilmek için ağır hizmet kusurunun aranmasına gerek bulunmamaktadır.”

Bazı sağlık faaliyetlerinden kaynaklanan sorumluluk için idarenin basit kusuru yeterli görülürken bazı alanlarda ise ağır hizmet kusuru aranmaktadır. Bunun

33) Günday, s. 245., Hamide, Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, I. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 223., S.A. Hızal, s. 77., Çatak İrız, s. 23., Serkan Çınarlı, **İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu**, Orion Yayınları, Ekim 2013. s. 182., Ramazan Yıldırım, **İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s.199., Ender Ethem Atay, Hasan Odabaşı, **İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s.252.

34) Kızılyel, Kaylan, s. 58., Fransız Danıştay’ı da önceleri tıbbi müdahale hatalarında ağır hizmet kusurunu ararken 10.04.1992 tarihli kararı ile bu görüşünü terk etmiştir. Mahkeme somut olayda, hekimler tarafından gerçekleştirilen yanlışlıkların tıbbi uygulama kusuru teşkil ettiğine ve dolayısıyla kamu hastanesinin sorumluluğuna karar vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. aktaran İnal, s. 11)

35) Tacir, s. 225., Çınarlı, s. 185.

36) Danıştay 2005/3179 E 2007/4316 K : (www.corpus.com.tr erişim: 06.12.2014)

nedeni sağlık hizmeti “faaliyetinin yürütülmesindeki zorluk ve risktir”. Tıbbi müdahaleler, akıl hastalarının tedavisi, acil sağlık hizmetleri gibi faaliyet alanları zor alanlardır³⁷. Buna karşılık bir tıbbi müdahalenin tıp bilimine (ve dolayısıyla hizmet gereklerine) ve hukuka uygunluğu, tıp literatürü esas alınarak bir değerlendirilmeye tabi tutulması halinde belirlenebilecektir. Bizim de iştirak ettiğimiz üzere, hizmet kusurunun ağırlığından ziyade, hizmet kusuru olarak ifade edilen durumun tıp bilimine göre olağan kabul edilip edilememesinin açılan tam yargı davalarında hükme esas alınması daha yerinde olacaktır. Diğer bir deyişle, tıp biliminin gereklerine uygun hareket etme yükümlülüğü altında olan hekimin ve diğer sağlık personelinin, bu yükümlülüğe aykırı hareket etmelerini sağlık hizmetinde “hizmet kusuru” olarak kabul etmek daha uygun olacaktır³⁸.

Tıbbi faaliyetler ya da tıbbi müdahaleler, bir hekim veya hekimin gözetim ve denetim sorumluluğu altında yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan işlemlerdir. Bunun dışındaki faaliyetler hastanede ya da sağlık kuruluşunda yapılsa da tıbbi faaliyet olarak değerlendirilemez. Örneğin, hastanın temizlenmesi, beslenmesi, yatırılması, kaldırılması, yürütülmesi gibi. Sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tam yargı davalarında Danıştay bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikteki bozukluk, aksaklık veya boşluğu tanımlamakta, hizmet kusurunun hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olduğunu belirterek böyle durumların varlığı halinde idare aleyhine tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermektedir³⁹.

Bireylere sunulan sosyal içerikli sağlık hizmetleriyle ilgili tıbbi hatalardan dolayı idarenin sorumluluğunun esasen kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmekle beraber, doktrinde sağlık hizmetlerinde kusursuz sorumluluk ilkesinin de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bir görüşe göre, idarenin mümkün olan önlemleri almış, tıbbin ve hekimliğin gerekleri yerine getirilmiş olmasına rağmen örneğin nükleer tıp uygulamaları, akıl hastalarının bakımı, muhafazası gibi özünde risk taşıyan faaliyetlerinde illiyet bağı kurulabilen zararların tazmininde, ağır kusur aramak yerine kusursuz sorumluluğun uygulanması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁰.

Bununla birlikte kamu hizmetinde çalışan bir kişinin görev sırasında ya da görevi nedeniyle bir zarara uğraması halinde bu zarar, hizmetin (mesleğin) kaçınılmaz bir tehlikesi olarak kabul edilir ve ortaya çıkan zarar bir kusuru olmasa

37) Yılmaz, s. 139.

38) Kızıyel, Kaylan, s. 59.

39) DİDDK 2007/2113 E 2011/1468 K, DİDDK 2007/1884 E 2011/88 K, DİDDK 2004/721 E 2007/2030 K, DİDDK, 2002/716 E, 2003/91 K,,

40) Ramazan Yıldırım, “İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu”, **VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır**, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.206.

dahi idarece tazmin edilir. Bu kapsama özellikle kolluk görevlileri dâhil olmaktadır. Kolluk görevlileri dışında diğer kamu görevlilerinin de yürüttükleri hizmet nedeniyle bir zarara uğraması halinde zararın idarece tazmin edilmesi gerektiği yargı içtihatlarında belirtilmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğunda ise sorumluluk için idarenin kusur aranmaz. Zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir⁴¹. Çalışmanın özelliği nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluk ayrımına bu çalışmada girilmemiştir.

B- Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzeninin koyduğu yasak ve emirlere aykırı insan fiilleri hakkındaki değer yargısıdır. Diğer bir tanımla hukuka aykırılık, uyulması zorunlu bir hukuk normunun ihlalidir⁴². Sağlık hizmetindeki hukuka aykırılık ise idarenin/kamu görevlisinin bir işleminin bireyin kişisel haklarını koruyan bir hukuk kuralını çiğnemesi (örneğin hasta sırrının ifşası) veya hizmet gerekleri ile ilgili sağlık mevzuatına ya da tıbbi kurallara uyulmaması şeklinde ortaya çıkabilir⁴³. Hukuk düzeni birey veya meslekler açısından bir ayrıcalık getirmemiştir. Bu nedenle hukuk, kendisini yok sayan veya bozan tüm davranışları kendine aykırı kabul eder⁴⁴.

Sağlık hizmetlerinde idarenin sorumluluğuna gidebilmesinin ikinci şartı sağlık personeli tarafından uygulanan tıbbi girişimin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık aynı zamanda haksız işlem anlamındadır. Anayasa'nın 40/3. fıkrasındaki "*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.*" düzenlemesindeki haksız sözcüğü de hukuka aykırılık anlamındadır⁴⁵.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için bazı şartların varlığı aranır. Bunlar:

- Tıbbi işlem meşru bir amaçla yapılmalı ve tıbbi gereklilik (endikasyon) olmalı,
- Tıbbi işlem yetkili ve ehliyetli sağlık çalışanı tarafından yapılmalı,
- Hasta tıbbi işlem hakkında bilgilendirilmeli ve izni alınmalı,
- Tıbbi işlem güncel tıp verilerine ve standart uygulamalara uygun yapılmalı,
- Sağlık çalışanı gerekli özen ve dikkati göstermeli,
- Olası komplikasyonlar iyi yönetilmeli.

Bu kriterler idari eylem olarak değerlendirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk kriterleridir. Buna karşılık hukuka aykırılık idari eylemler ile idari işlem-

41) Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 562.

42) Çatak Irız, s. 52., Çınarlı, s. 243., Aşçıoğlu, s. 66., Gökcan, s. 1019.

43) Gökcan, s. 1019., Ersöz, s. 52.

44) Aşçıoğlu, s. 65.

45) Gökcan, s. 1019.

ler arasında farklı sonuçlar doğmaktadır. İdarenin eylemleri konusunda kusur ile hukuka aykırılık arasında ilişki bulunmamakta ancak işlem ile hukuka aykırılık konusunda sıkı bir bağ vardır. İdarenin işlemi hukuka uygun ise kusurdan bahsedilemez. Ancak idari eylemler hukuka uygun olsalar dahi kusurlu olabilirler⁴⁶. Ancak idarenin/kamu görevlisinin her kusurlu davranışı aynı zamanda bir kural ihlali olduğu için kusurdan söz ediyorsak, hukuka aykırılığın varlığından bahsediliyor demektir⁴⁷. Diğer bir deyişle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları müdahaleyi hukuka uygun kılan değerlerdir. Bu şartlara aykırı hareket varsa ortaya bir zarar çıkmasa da eylem baştan itibaren hukuka aykırı olduğu için idarenin sorumluluğuna neden olacaktır. Örneğin; bir pratisyen hekimin ağır bir kalp ameliyatını gerçekleştirmiş olması yetkisiz işlem niteliğinde ve dolayısıyla hukuka aykırı olacaktır. Buna karşılık hukuka uygun tıbbi müdahalede bulunulmuş olmasına rağmen müdahalede kusur varsa bu durumda hizmetin kötü işlenmesine bağlı bir hizmet kusurundan bahsedilecektir.

C- İlliyet Bağı

İdarenin tazmin yükümlülüğünde zararın nedenini oluşturan işlemin veya eylemin dış dünyaya yansımaları, yani zarara ilişkin maddi olgu ve olayların doğru ve ayrıntılı bir şekilde ortaya konması gerekir. Zira tazminata konu edilen zararın idareye yüklenebilir nitelikte olmaması veya zarar ile idarenin veya ajanının işlemi veya eylemi arasında illiyet bağı bulunmuyorsa, idarenin zararı ödeme yükümlülüğünden bahsedilmez⁴⁸. Bütün sorumluluk dallarında geçerli kural olan illiyet bağı, meydana gelen zarar ile bu zarara sebep olan olay arasındaki sebep-sonuç ilişkisi demektir⁴⁹ ve idarenin sorumluluğu için de geçerlidir. İdarenin zarara neden olduğu iddia edilen davranışı (eylemi/işlemi) ile hastanın zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁵⁰. İdari sorumluluk için ister kusurlu ister kusursuz sorumluluk hali olsun, ileri sürülen zarar ile idari eylem ya da işlem arasında bir sebep-sonuç ilişkisi olmalıdır. Zarar, doğrudan idareden kaynaklanmalıdır. Bunun için illaki bir kusurun varlığı ve ispatı gerekmez. Bu tür sorumluluk sebep ya da sebebiyet sorumluluğu (responsabilite causale) olarak adlandırılabilir⁵¹.

Danıştay, uygun illiyet bağının gerekliliğini kararında şöyle belirtmiştir⁵²:

46) Çınarlı, s. 244.

47) Gökcan, s. 1019.

48) Atay, s. 668.

49) A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan. **İdare Hukuku, Cilt 1, İdari Yargılama Hukuku**, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010s. 769., Çatak İriz, s. 68., Çınarlı, s. 244., Yılmaz, s. 16., Günday, s. 257., Atay, s. 682., Doğan, s.160.

50) Ersöz, s. 60., Yaşar, s. 460., Çağlayan, s. 598., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1319.,

51) Yaşar, s. 461.

52) DİDDK 2007/1184 E 2011/88 K (www.corpus.com.tr erişim: 08.12.2014)

“İdarenin kamu hizmetinin yürütülmesinden doğan zarardan sorumlu tutulmasını gerektiren ilkelerden birisi hizmet kusurudur. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilecek hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve bu nedenle doğan zararın, zararlar idari işlem veya eylem arasında nedensellik bağının kurulabilmesi halinde, idarece tazmin edilmesini gerektirmektedir.

...

*İdarenin hizmet kusuruna dayalı işleminden doğan zararın tazmini için ayrıca işlem ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının bulunması zorunludur. Konu olaya özgü olarak incelendiğinde, atama işleminin tesisinde ...’ın içinde bulunduğu sağlık sorunlarının gözetilmediği, dolayısıyla atamasının yapıldığı yer olan Ilgın’da yeterli tıbbi müdahalenin zamanında yapılamamış olması karşısında, atama işlemiyle ...’ın ölümü nedeniyle **davacıların uğradıkları ileri sürdüğü zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının bulunduğu sonucuna varılmıştır.**”*

Zarar, eylemin veya işlemin uygun ve normal bir sonucu olup doğrudan doğruya olmalıdır⁵³. Diğer bir anlatımla, idarenin fiili, ortaya çıkan zararın doğrudan nedeni ya da ortaya çıkan zarar, idarenin fiilinin doğrudan sonucu, biri diğerinin uygun ve normal sonucu olmalıdır. Eğer sonuç, olayların doğal akışına göre beklenilmeyen bir durum ise idarenin sorumluluğuna gidilemez⁵⁴. Olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre bir davranış bir zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli ya da bu sonucu meydana getirme ihtimalini objektif olarak arttırıyorsa eylem ya da işlem ile zarar arasındaki bağ, illiyet (nedensellik) bağıdır⁵⁵. Zarar, idari davranışın sonucu olmayıp da olayların normal akışı içinde beklenmeyen sonuç niteliğinde ise illiyet bağından bahsedilemeyecektir⁵⁶. Danıştay bir kararında illiyet bağının olmadığı durumda tazminin de söz konusu

53) Gözübüyük, Tan, s.769., Atay, s. 682.

“Fransız Danıştay’nın 14.02.1997 tarihinde verdiği bir karara konu olayda, devlet hastanesi kusurlu olarak anne babaya doğacak çocuklarının trizomik (mongolizm gibi genlerden kaynaklanan bir anomali) bir çocuk olacağını bildirmemiştir. Çocuk bu genetik anomaliyle doğmuştur. Anne baba, idarenin kusurlu olduğunu, kendilerini uyaradığını, bu nedenle anomali bir çocuklarını olduğunu, zarar uğradıklarını, keza zarar doğan çocuğun da idarenin bu kusuru nedeniyle zarara uğradığından bahisle hem kendileri hem de çocuk adına tazminat davası açmışlardır. Danıştay, anne baba için tazminat taleplerini kabul etmiş, ancak çocuk için tazminat taleplerini reddetmiştir. Çünkü idarenin kusuru (çocuğun anomalisinin anne babaya söylenmemesi) ile çocuğun anomali doğması arasında bir illiyet, neden-sonuç ilişkisi yoktur. Çocuğun anomali idarenin kusurundan değil, genlerinde yazılı olandan kaynaklanmaktadır. Devamı için bkz. aktaran Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1323.)

54) Çağlayan, s. 598., Atay, s. 682.

55) Çınarlı, s.245., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1321.

56) Gökcan, s. 1034., Ersöz, s. 62., Çatak Irız, s. 68., Günday, s. 257.,

olamayacağını şöyle ifade etmiştir⁵⁷:

“...Öte yandan sosyal risk dışında idarenin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için, ortada bir zararın bulunmasının yanında, bunun idareye yüklenilebilen bir işlem veya eylemden doğması, başka bir deyişle zararlı idari faaliyet arasında nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Zararla idari faaliyet arasında nedensellik bağının bulunmaması, zararın idari faaliyetten doğmadığını gösterir. Zararın oluşmasında zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde ise idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da kusur ölçüsünde azalacağı açıktır.”

İdarenin sorumluluğuna neden olan kusur ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti oldukça güçtür ve genel bir ifade ile belirtmek mümkün değildir. Bu nedenle uyumsuzluğa konu olayda illiyet bağının varlığı bilirkişilerce tespit edilebilmektedir. Yapılan tespit sonucunda idare tarafından sunulan sağlık hizmeti ile zarar arasında illiyet bağının bulunmaması, zararın o sağlık hizmetinden kaynaklanmadığını, dolayısıyla söz konusu zararın tazmini için idarenin sorumluluğuna gidilmeyeceğini gösterir⁵⁸.

D- Zarar

Herhangi bir şekilde tıbbi müdahale hatası meydana geldiği zaman, bunun hastaya, hasta yakınlarına, hekimlere, sağlık sistemlerine başta mali olmak üzere birçok olumsuz etkileri olmaktadır⁵⁹. Tıbbi müdahale hatasından dolayı bir mali tazmin talebinde bulunulabilmesi için zarar doğmuş olması gerekir⁶⁰. Zarar mevcut olmadıkça hukuki sorumluluk söz konusu olamaz⁶¹. Türk hukukunda zarar kavramı; en geniş anlamıyla, bir kişinin mal varlığına veya kişiliğine ilişkin korunan bir değerinde, hukuka aykırı eylem neticesinde, irade ve istem dışı meydana gelen eksilmeler, değişiklikler olarak tanımlanabilir⁶². Maddi varlıkta, yani malvarlığında beliren azalmanın ya da çoğalma olanağının yoksunluğunun hukuki tanımı “maddi zarar” olup bunun giderilmesi aracı da “maddi tazminattır”⁶³. İdarenin eylem veya işlemi sonucunda mağduriyete uğrayan kişinin tazminat hakkının doğabilmesi için bu mağduriyetin “zarar” olarak nitelen-

57) Danıştay Onuncu Daire 2005/4493 E 2007/4199 K (www.corpus.com.tr, erişim: 08.12.2014)

58) Çatak Irız, s. 68.

59) Mehmet Top, Ömer Gider, Yunus Taş, Seher Çimen, Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, C:11, Sayı:2 (2008), s. 164.

60) Yaşar, s. 460., Günday, s. 257.

61) Aşçıoğlu, s. 99.

62) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1279., Çınarlı, s. 160, Ersöz, s. 105., Günday, s. 257., Çağlayan, s. 593., Ayan, s. 109., Atay, s. 671., Gözpinar, s. 98., Bayındır, s. 563.

63) Çatak Irız, s. 77

dirilebilmesi gerekir⁶⁴. Sağlık çalışanının sorumluluğunda zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkar; malvarlığındaki eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme/bozulma ise manevi zararı oluşturur⁶⁵.

İdarenin bir eylem veya işlemi sonucu bir kişinin hiç hoşuna gitmeyen, o kişiye çok üzen bir sonuç ortaya çıkabilir. Hatta bu sonuç o kişi üzerinde parasal olarak ölçülebilir yükler de getirebilir. Ancak tazmin için mağduriyet değil “zarar” gereklidir⁶⁶.

İleride zarar doğması ihtimali olduğu iddiası tazminata konu olamaz. Ancak ileride doğacağı kesin (muhakkak) olan zararın tazmini istenebilir⁶⁷. Yani zararın kesin, sürekli ve özel olması gerekir. Özelden maksat bireyselleşmesi (ferdileşmesi) anlamındadır⁶⁸. Örneğin, hatalı tıbbi müdahale nedeniyle hayatının kalan kısmını yatağa bağımlı olarak yaşamak zorunda kalan hastanın gelecek hayatındaki olası zararlarının da şimdiden tazmin edilmesi, tıbbi hata nedeniyle hayatını kaybeden kişinin desteğinden yoksun kalan kişilere destekten yoksunluk tazminatı ödenmesi bu kapsamdadır.

İdare hukukunda cari olan nakden tazmin ilkesi gereğince, zararın parayla ölçülebilir olması gerekmektedir. Şahıs varlığına gelen zararların da yani manevi zararların da parayla ölçülebilirliği kabul edilmektedir⁶⁹. Para dışında başkaca bir tazmin aracı söz konusu değildir.

Sağlık hizmetleri özelinde ise zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için yapılan tıbbi müdahale ve diğer sağlık hizmetleri neticesinde bir zarar meydana gelmiş olması gerekir. Zarar maddi ya da manevi olabilir⁷⁰. Maddi zarar; beden tamlığının ihlali, sakatlanma, iş gücü kaybı, kazanç kaybı ya da destekten yoksun

64) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1279.,

65) Aşçıoğlu, s. 99, Özpınar, s. 98.

66) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1302., Örneğin, Fransız Danıştay'ının 02.07.1982 tarihli kararına konu teşkil eden olayda, Mademoiselle R. , çocuk aldırma üzere usulüne uygun olarak devlet hastanesine başvurmuş ve hastaneden kendisine gerekli tıbbi müdahalede bulunulmuştur. Ancak yapılan işlem başarısız olmuş ve Mademoiselle R. istemediği bir çocuğu dünyaya getirmek zorunda kalmıştır. Mademoiselle R'nin zarar görmesine neden olan olay idarenin hizmet kusuru yani tıbbi müdahalenin hatalı olmasıdır. Yani idare kusurludur. Bu olay nedeniyle Mademoiselle R. maddi olarak zarar uğramış yani mağdur olmuştur. Açılan davayı Fransız Danıştay'ı çocuğun doğmasını bir zarar olarak kabul etmemiş reddetmiştir. Çünkü hamile bir kadının çocuğunun doğması olayın mahiyeti gereği, zarar verici bir olay olarak görülemez. Burada mağduriyete neden olan olayın zarar verici bir olay olarak nitelendirilmemesinin nedeninin etik düşünceler olduğu açıktır. Buna benzer bir olayda da kısırlaştırma operasyonuna tabi tutulduğu halde çocuk sahibi olan kadının açtığı tazminat davasını Strasbourg İdare Mahkemesi reddetmiştir. (aktaran Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1302).

67) Günday, s. 257., Çağlayan, s. 595.

68) Yaşar, s. 460., Çağlayan, s. 595.

69) Çağlayan, s.596.

70) Gözübüyük, Tan, s. 773. , Çağlayan, s. 596., Günday, s. 257.

kalma gibi zararlar, manevi zarar, kusurlu ve hukuka aykırı davranış nedeniyle hastanın (veya yakınlarının) uğradığı acı ve ıstıraplar ile yaşama sevincinin azalması⁷¹ yanında, şeref, ün, estetik bozukluklar, fiziksel acılardır⁷².

Zarardan idarenin sorumluluğu için, idarenin araç ve gereçlerinin varlığı, işleyişi veya işlemeyişi ya da idarenin personelinin zarar verici işlem, tutum ve davranışında kusur gereklidir. Söz konusu işlem, tutum ve davranışın hizmetin görülüşü sırasında ve yürütülen faaliyetle ilgisi idarenin sorumluluğunda gerekli olan unsurdur. İdarenin işlem, tutum ve davranışı bir etkinlik şeklinde kendini gösterebileceği gibi hareketsiz kalma biçiminde de olabilir⁷³.

IV- Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazminat Ödenmesinin Koşulları

A- Zararın Gerçekleşmiş Olması

Tıbbi uygulama hataları nedeniyle bir tazmin sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle mağdurun fiilen bir zarara uğramış olması yani bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Zararın ortaya çıkması muhtemel ise tazmin söz konusu olmayacaktır.

B- Zararın Kesin Olması

Gerçekleşmiş bir zarar olmaksızın muhtemel zararlar tazmin konusu yapılmaz⁷⁴. Buna karşılık, zararın talep anında muhakkak gerçekleşmiş olması anlaşılmalıdır. Gelecekte ortaya çıkması muhtemel zararlar da kesinlik şartını taşıyabilir. Burada zararın gelecekte, ihtimal olarak değil, kesinlikle ortaya çıkması yeterlidir⁷⁵. Diğer bir deyişle, hayatın olağan akışı içinde ileride zarar görmesi kesin olanlar için yine tazmin söz konusu olacaktır. Örneğin, tıbbi müdahale hatası sonucu babasını veya annesi kaybeden bir çocuğun ileride bu nedenle manevi olarak zarara uğrayacağı, acı, elem ve ızdırap çekeceği tartışmasızdır. Buna ek olarak küçük olmasına rağmen tıbbi müdahale hatasına maruz kalan bir kişinin ileriki yaşantısında hatalı müdahaleye bağlı olarak yaşayacağı acı ve elem kesinse bu durumda da zararın kesin olması söz konusudur.

Örneğin, bebeğe yapılan bir işlem sırasında bebeğin görme yetisini kaybetmesi, sakat doğan bir bebeğin sakatlığının doğumu gerçekleştiren hastanenin sorumluluğunu gerektiren bir sebepten kaynaklanması gibi durumlarda bebeğin ileri yaşantısı boyunca bu hatalı tıbbi işlem nedeniyle zarara uğrayacağı, mesleki kapasitesinde ve günlük yaşantısında zorluklar yaşayacağı açıktır.

71) Hızal, S.A., Tıbbi Müdahalelerden, s. 80.

72) Çağlayan, s. 596., Atay, s. 671.

73) Atay, s. 972.

74) Hakeri, s. 612.

75) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1305., Atay, s. 675.

C- Zararın Hukuken Korunan Bir Menfaate Yönelik Olması

Anayasa'nın 17. maddesi gereğince yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün korunması anayasal korunma hakkına sahiptir. Bu düzenleme ile kişinin yaşam hakkı ile vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır. Bu değerlere, hukuka aykırı olacak yapılacak müdahale ile hukuka uygun olmakla birlikte kusur ile yapılacak müdahalelerde idarenin kişiye tazmin borcu söz konusu olacaktır.

D- Zararın Parayla Ölçülebilir Nitelikte Olması

Özel hukuktan farklı olarak idare hukukunda mahkeme, ortaya çıkan zararın tazmin edilmesi (giderilmesi) olarak, bir “yapma borcu (obligation de faire)” şeklinde ortaya çıkan “aynen tazmin” şeklinde bir hüküm tesis edemez. Çünkü aynen tazmin (eski hale iade) şeklindeki bir hüküm, hâkimin idareye emir vermesi, işine karışması anlamına gelir ki idare hukukunda hâkimin idareye emir verme yetkisi yoktur. Dolayısıyla mahkeme idarenin sorumluluğuna karar verecek olursa sadece idareyi zarar gören davacıya belli bir miktar parayı ödemeye hükmedebilir. İşte bu para kişinin uğradığı zararın eşdeğeri olarak kabul edilir⁷⁶.

Zarar görenin mal varlığındaki eksilme, tedavi masrafları, işgücünün eksilmesi (somut zarar) olabileceği gibi manevi (soyut) de olabilir. Bugün itibarıyla mevcut hukuk düzeninde, başka bir yol olmadığı için, manevi zararlar da para ile ölçülebilmekte ve mahkemelerce takdir edilmektedir⁷⁷. Zarar görenin maddi tazminat kapsamındaki zararları ölçülebilir ve tespit edilebilir olduğu için bu zararların kapsam ve miktarı bilirkişi incelemesi ile tespit edilebilmektedir.

Manevi zararın ise ne kadar olabileceği yani tıbbi müdahale hatasından zarar görenin ne kadar acı, elem ve ıstırap yaşadığının tespiti somut olarak yapılmadığı için bu konudaki miktarın tespiti (takdir) mahkemelerce yapılmaktadır. Bugün için hem Türk hem de Fransız Hukukunda uzunca bir zamandan beri “*manevi zararın parayla ölçülebilirliği ilkesi*” kabul edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere şeref ve haysiyetin ihlali, estetik anlamda uğranılan zarar, cismani zarar durumunda uğranılan elem ve ıstırap ile manevi anlamda uğranılan çöküntü para ile tazmin edilebilmektedir⁷⁸.

E- Zarar Doğurucu Davranışın İdareye Yüklenebilmesi

Tam yargı davasına konu edilen tıbbi müdahale hatasına bağlı zarar doğurucu davranış, idarenin ajanları tarafından yerine getirilmesi gereken bir hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da gereği gibi işlememesi nedeniyle olabilir. Buradaki kriter zarar doğurucu eylemin idareye yüklenebilir olmasıdır. Örneğin, bir

76) Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1315.

77) Hakeri, s. 613.

78) Atay, s. 676.

devlet hastanesinin koridorundaki başka bir hastanın zarar doğurucu eylemine maruz kalan ve vücut bütünlüğü bozulan kişinin bu zararın tazmini için idareye başvurması söz konusu olamayacaktır. Çünkü zarar doğurucu eylem idarenin ajanlarından gelmemiştir. Bu durumda zarar doğurucu davranış idareye daha doğrusu idarenin ajanların yüklenebiliyorsa o takdirde idarenin tazmin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

F- Hatalı Tıbbi Müdahale İle Zarar Arasında İlliyet Bağının Kurulabilmesi

İdarenin tazmin sorumluluğu için idarenin daha doğrusu idarenin ajanlarının kusurlu davranışları ile zarar arasında illiyet (nedensellik) bağının kurulabilmesi gerekir. Zarar görende ortaya çıkan zarar ile idarenin yani idarenin ajanlarının davranışları (tıbbi müdahalesi) arasında illiyet bağı kurulamıyorsa ya da zarar ile davranış arasındaki illiyet bağı ortadan kaldıracı bir başka neden varsa bu durumda idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

V- Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Zarardan Doğan Tazmin Borcunun Kapsamı

A- Maddi Tazminat

Maddi tazminat, sağlık hizmetinin gereği gibi sunulmaması nedeniyle zarar görenlerin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeye yönelik olarak ödenen paradır. Sağlık hizmetlerinin sunumundan kaynaklanan maddi zarar ise yükümlülükler uygun davranılsaydı ortaya çıkacak sonuç ile yükümlülükler uyulmadığı için ortaya çıkan olumsuz sonuç arasındaki zarar görenin malvarlığındaki eksilmedir. İdari yargı usulünde maddi tazmin borcunun hangi zararları kapsadığı ve bunun para olarak nasıl hesaplanacağı konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanmaktadır⁷⁹.

Danıştay bir kararında maddi tazminatı şöyle tanımlamıştır⁸⁰:

“...Öte yandan, idare hukuku ilkelerine göre maddi zarar; idari işlem veya eylem nedeniyle kişinin mal varlığının (patrimuanın) aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle, uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar olup; bedensel nitelikteki maddi zarar ise, kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle elde edeceği gelirden meydana gelen azalmayı ifade eder.”

1- Ölüm Sebebiyle Maddi Tazminat

a- Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Sağlık hizmetlerinin hatalı uygulanması nedeniyle ölüm bir süre sonra ger-

79) Çatak Irız, s. 79.

80) Danıştay Onbeşinci Daire 2010/11290 E 2014/5905 K

çekleşmişse icrai veya ihmali eylem ile ölüm arasındaki sürede hastaya yapılan tedavi masrafları ile çalışmamaktan doğan gelir kayıpları ile defin giderleri ile destek zararının tazmin edilmesi gerekmektedir⁸¹. Eylem ile ölüm arasındaki sürede ölenin tedavi giderlerinin sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanması halinde mirasçılarının talep edebilecekleri herhangi bir zararları da söz konusu olmayacaktır.

b- Cenaze ve Defin Giderleri

Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 45. maddesinde cenaze ve defin giderleri için "...bilhassa defin masrafları" şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Ancak yeni 6098 sayılı TBK'nun 53/1 fıkrasında "cenaze giderleri" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Böylece eski kanunun zamanındaki "defin-cenaze masrafı" kavramı tartışması son bulmuş ve defin ve diğer giderleri de içine alan cenaze giderleri kavramının kullanılmış olması yerinde olmuştur.

Cenaze giderlerine, tüm defin masrafları (yıkama, mezar kazma, mezar taşı, ilan, cenaze nakil ücreti, dini veya yerel adet gereği yapılan dini merasimler gibi) dâhildir. Ayrıca bu gideler kapsamına mezarlıkta dua okuyan din adamlarına ekonomik ve içtimai seviyeye uygun biçimde yapılan ödemeler ile mevlit okutma giderlerinin de dâhil olduğu belirtilmektedir⁸².

Cenaze giderlerinin bir kısmı belgelendirilebilirken bir kısmının (yemek verilmesi, mevlit okutturulması, din adamlarına verilen ücretler gibi) ise belgelendirilemeyeceği açıktır. Bu türden giderler belgelendirilemese dahi zarar görenin sosyal ve ekonomik durumuna göre o yöredeki örf ve adet gereği muhtemel zararın mahkemece tespit edilerek tazminine karar verilmesi gerekmektedir⁸³.

c- Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararları

Türk Borçlar Kanunu'nun 53/3. fıkrasında⁸⁴ uygulamada "destekten yoksun kalma tazminatı" olarak ifade edilen ölenin yardımından yoksunluk zararının da tazmin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Ölen kişi hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı ve maddi desteği durumundadır. Bu destek ise zarar verici tıbbi uygulama olmasaydı normal yaşam süresi içinde devam edecekken ölüm ile son bulmuştur. İşte bu nedenle bu kişilerin zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir⁸⁵. Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ölüm

81) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 666., Çatak İrız, s. 80.; Çınarlı, s. 176.

82) Çatak İrız, s. 82., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 667.,

83) Çatak İrız, s. 82., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 667.,

84) Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

85) Çınarlı, s. 177., Gözıpınar, s. 101.

DİDDK 2008/909 E 2011/278 K,

"Destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel geli-

anına kadar öleden fiilen destek alanlar (babası ölen çocuk, kocası ölen kadın) ile öleden ileride destek alması (çocuğu ölen baba ve anne) varsayılan kişilerdir⁸⁶.

İdarenin kusurlu eylemi ile ölenin ana ve babasının, çocuklarının, hayatta kalan eşinin, (istisnai hallerde) kardeşlerinin, nikâhsız eşinin⁸⁷ ve evlilik dışı çocuğunun destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği kabul edilir. Gerçek destek tazminat için kriter ölüm anına kadar yardımın düzenli ve devamlı olmasıdır⁸⁸.

Ölüm anında fiili bir destek ilişkisi bulunmamasına karşın ölmeyeydi gelecekte bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye farazi destek denir. Örneğin çocuklar farazi destektir. Hayatın olağan akışına, hayat tecrübelerine göre çocukların ileride ana babalarına bakmaları kuvvetle muhtemel olduğundan, ölen çocuk farazi destek kabul edilir. Farazi destek talebi ve miktarının tespiti için çocukların fikri ve fiziki yetenekleriyle becerileri ve ana-babanın ekonomik durumları göz önünde bulundurulur⁸⁹.

rinin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır.” (www.corpus.com.tr, erişim: 12.12.2014)

Danıştay Onuncu Daire, 2004/7285 E 2007/212 K

“Öte yandan, ölen şahıs hayatta iken bazı kimselerin yardımcı, maddi destekçisi durumunda ise, ölüm nedeniyle bu kimseler bir zarara uğramış olurlar. Bu durumun sonucu olarak destekten yoksun kalma tazminatının amacı; desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak geliri temin etmesidir. Ayrıca, çalışmayan, ev hanımı olan kişinin, eve maddi katkısının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir. Bu gibi hallerde en azından, ölen şahsın, ölüm olayından önce evde gerçekleştirildiği hizmetin üçüncü bir kişi tarafından yapılması halinde ödenecek meblağ kadar katkısı olduğunun kabulü gerekmektedir. Her ne kadar, bu katkının somut olarak davacı tarafından ispatı mümkün değilse de, işin uzmanı olan bilirkişilere zararın hesaplanması ve bu hesap yapılırken asgari ücretin brüt tutarının esas alınması gerekmektedir.”

86) Çatak Iız, s. 83. Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 669.,

87) Danıştay İDDK 1995/79 E 1997/479 K

“Davacı... ile ...”in birlikte yaşamalarını, hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul etmek mümkün olmamakla beraber, müşterek çocukları olan çocukları nüfusta üzerlerine kayıtlı bulunan ve müşterek geçimleri ölen ... tarafından sağlanan bu birliktelikte. ... “in ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen bilirkişi incelemesi ile tespit edilen maddi ve takdir edilen manevi zararın tazminine hükmedilerek davayı kısmen kabul kısmen retle sonuçlandırılan mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır.” (www.corpus.com.tr, erişim: 12.12.2014)

88) Çatak Iız, s. 84., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 670.,

89) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 670. (“Buna karşılık “çocukları ölmeyeydi, büyüyünce kendilerine bakacaktı” bu nedenle çocuklarının ölmesiyle çocuklarının bakımından mahrum kalındığı ve dolayısıyla zarara uğradıklarından bahisle idareden tazminat istenemeyeceğine, çünkü böyle bir durum yani çocukların büyüyeyeceği, büyüdükten sonra da anne ve babasına bakacağı kesin değil, sadece bir “ihtimaldir”. Belki de çocuk anne ve babasından önce ölecektir. Ölmese bile çocuk anne babasının ihtiyacı halinde olsa bile beklide onlara bakmayacaktır. İşte böyle bir “muhtemel zarar” kesinlik şartını taşımaz ve idarenin sorumluluğu doğmaz”. ilişkin karşı görüş için bkz. Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1306.)

2- Bedensel Zarar Sebebiyle Maddi Tazminat

a- Tedavi Giderleri

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle zarar gören, sağlığı bozulan kişinin sağlığına tekrar kavuşabilmesi için gerekli olan muayene, tahlil, tedavi, ambulans vb. giderler ile ameliyat, hastane, ilaç, protez, bakım, fizik tedavi gibi tüm giderlerinin zarar veren idare tarafından karşılanması gerekir⁹⁰. Zarar gören tarafından tedavi giderlerinin talebi için zararın giderilmesi yani hastanın iyileşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Ayrıca sadece iyileşmeyi sağlayan giderler değil, sakatlık ya da hastalığın artmasına engel olabilecek zorunlu giderler de bu kapsamdadır.

Tedavi giderlerine kişinin uğramış olduğu eylem sonucunda hayatının kalan süresi içinde bakıma muhtaç olması durumunda bakıcı ve refakatçi giderlerinin de dâhil olacağı kabul edilmiştir⁹¹.

b- Çalışma Gücünün Azalması ve Yok Olması

Çalışma gücü, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimliliklerdir. Tıbbi müdahale hatası sonucu bedensel bir zarara uğrayan kişi, olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre ya da sürekli olarak yürütemeyeceğinden, malvarlığından bir eksilmeye daha doğrusu kazanç kaybına uğrar⁹². Kişinin tedavi süresince çalışma gücü kaybaldığı için bu sürede çalışmaması nedeniyle yoksun kaldığı kazanç (kâr) zararı oluşturur.

Geçici çalışmama durumunda kişinin zararı, çalışma gücünün tamamen, kısmen ya da geçici olarak kaybetmesine bağlı olarak değişecektir. Kişi çalışma gücünü belirli bir süre kaybetmişse, örneğin hatalı tıbbi müdahale başka bir müdahale ile giderilmiş ve kişi sağlığına tam olarak kavuşmuşsa zarar doğuran olay tarihi ile sağlığına tam kavuşma tarihi arasındaki zararın tazmin edilmesi gerekecektir. Buna karşılık zarar gören çalışma gücünü kısmen ve tamamen kaybetmişse bu durumda gelecekteki zararı, kişinin yaşına, işine ve gelir durumuna göre tespit edilecektir. Bu durumdaki kişi başka bir işte çalışarak bir kazanç elde imkânına sahipse aradaki fark zarar olarak tazmine konu olacaktır⁹³.

90) Çınarlı, s. 177.

91) Danıştay Onuncu Daire 2004/11213 E 2007/4449 K sayılı kararında;

Polis memuru olarak görev yapan davacının, görevden dönerken araç kullanan diğer bir polis memurunun kusuru nedeniyle aracın devrilmesi sonucu sakat kalması üzerine 2330 sayılı Yasa uyarınca ödenmesi gereken nakdi tazminat ve karşılanan tedavi giderleri dışında; hayatını kendi başına idare ettiremeyip, sürekli bakıma ihtiyacı bulunduğundan bahisle refakatçi giderine yönelik 80.000-YTL maddi, duyulan elem ve ızdırıp karşılığı 100.000- YTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine hükmedilmesi istemiyle açılmış olan davada maddi tazminatın onanmasına karar vermiştir.

92) Çınarlı, s. 177., Çatak Irız, s. 87.

93) Çınarlı, s. 178., Çatak Irız, s. 87.

Bu kapsamdaki zararı tespiti oldukça güçtür. Konu tamamen özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için bilirkişi incelemesi yapılması gerekir. Bunun için de zarar görenin mesleki faaliyeti ve kazancı ile ilgili olarak ayrıntılı bir araştırmanın yapılması zararın doğru tespiti için oldukça önemlidir. Bu konuda bilirkişi incelemesi yapılırken çeşitli faktörlerden faydalanılmakla birlikte hesaplamalar ortalama yaşam süresine göre hesaplanmaktadır.

c- Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Zarar görenin vücut bütünlüğünde meydana gelen zarar, çalışma gücüne olan etkisinden başka, kişinin ekonomik geleceğini olumsuz anlamda sarsmak suretiyle de zarara uğramasına neden olabilir⁹⁴. Bazı durumlarda hatalı tıbbi müdahale sonucunda kişinin vücut bütünlüğünde herhangi bir olumsuzluk olmamasına rağmen yani vücut bütünlüğünü korumasına rağmen ekonomik olarak zarara uğramış olabilir. Örneğin burundaki deviasyon ameliyatındaki hata sonucunda estetiği bozulan bir mankenin, şarkıcının ekonomik geleceğinin olumsuz yönde etkileneceği muhakkaktır. Böyle bir durumda zarar görenin bu türden zararlarının da tazmini gerekir⁹⁵.

d- Efor Tazminatı

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle bazen zarar görenin iş gücünde bir azalma meydana gelmemesine ve aynı işi yapmaya devam etmesine rağmen emsali meslek erbabına göre aynı işi daha fazla efor ile yapmak zorunda kalmasının tazmin edilmesi gerekebilir. Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik uygulaması, çalışma gücünün belirli bir oranda kaybedilmesi halinde eski işini yapan kişinin aynı işi daha fazla eforla yapmak zorunda kalacağından "efor" tazminatına hükmedilmesi gerektiği yönündedir⁹⁶.

94) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 660.,

95) Danıştay Onuncu Daire 2001/3091 E 2003/476 K

İşgücü kaybına uğrayan davacının, yaşamını, kaybı oranında daha zor idame ettirebileceği kuşkusuz olup, bunun davacıya getireceği maddi yükün yapılacak bir bilirkişi incelemesiyle de ortaya konulması mümkündür.(www.corpus.com.tr,

96) Yargıtay 4. HD. 2008/6661 E 2009/3087 K

"Davacı olay günü eşinin kullandığı araçta bulunduğu sırada, yol yapım çalışmasını üstlenen davalı şirketin çalışmalarını, trafik akımını ve güvenliğini bozmayacak şekilde yapmaması sonucu meydana gelen trafik kazasında yaralanmıştır. Bu olayda davalı şirketin yüzde 50 kusurlu olduğu belirlenmiştir. Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nun 05.02.2007 tarihli raporuyla davacının, çalışma gücünün yüzde 33,2'sini kaybettiği belirlenmiştir. Davacının memur olması ve maaşında bir eksilme meydana gelmemesi davacının maddi tazminat istemesine engel olamaz. Çünkü davacı çalışma gücünü %33.2 oranında kaybetmekle eski işini önceden olduğu gibi yürütmek için daha fazla efor sarf etmek zorundadır. Zarar görenin efor kaybı sebebiyle maddi tazminat isteyebileceği gerek öğretide gerekse uygulamada kabul edilen bir olgudur. Bu nedenle davacının çalışma gücünün eksilmesinden kaynaklanan zararın belirlererek hüküm altına alınması gerekirken, reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir."

Danıştay, polis memuru olarak görev yapmakta iken 24.6.2004 tarihinde hizmet içi eğitim kapsamında yapılan silahlı eğitim sırasında, eğitime katılan bir polis memurunun silahından çıkan kurşunla yaralanması nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü iş gücü ve efor kaybının tazmini nedeniyle açılan tam yargı davasında “efor tazminatını” şöyle tanımlamaktadır⁹⁷:

“...Tazminat hukukunda çağın gereklerine uygun olarak geliştirilen içtihatlarla kişinin kalıcı sakatlıkları nedeniyle beden gücü kaybına bağlı olarak gelirinde ve dolayısıyla mal varlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi güç (efor) kaybı tazminatı diye tanımlanan tazminatın ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı görevi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha fazla bir güç (efor) sarfıyla yaptığı gerçeğinden hareket edilerek, bir anlamda zararı, bu fazladan sarf edilen gücün’ oluşturduğu esas benimsenmektedir.”

Danıştay aynı kararının devamında ise efor tazminatının hangi koşullarda verilmesi gerektiğini şöyle açıklamıştır:

“...Dolayısıyla, şayet kalıcı sakatlık nedeniyle beden gücü kaybına uğrayan kişi kamu görevlisi ise ve bu kişi beden gücü kaybına uğramasından sonra, daha az güç harcayarak yürütebileceği bir göreve atanmış ya da aynı görevi yürütmekle birlikte kalıcı sakatlığı, aynı iş için daha fazla efor harcamasını gerektirecek boyut ve nitelikte değil ise bu gibi durumlarda fazladan güç sarf edilmesi sonucu oluşmuş bir maddi zarardan söz edilemeyecektir. Bu gibi hallerde, görev yerinin değişmesi sonucu kişinin aylık gelirinde bir azalma olmuş ise, sadece görev yeri değişikliği nedeniyle oluşan maddi zarar söz konusu olacaktır. “Efor kaybı” nedeniyle uğranılan zararın hesaplanmasında, ilgilinin sakatlık oranı esas alınmasına karşın, görev yeri değişikliği nedeniyle uğranılan maddi zararın hesabında, olay öncesi aylık geliri ile olay sonrası aylık geliri arasındaki farkın göz önünde bulundurulması gerekecektir.”

Danıştay yukarıdaki gerekçelerden sonra davanın reddine karar veren İdare Mahkemesi kararını şu gerekçeyle onamış ve efor tazminatı talebinin reddinin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.

“...Olayda, davacının, 24.6.2004 tarihinde meydana gelen yaralanma olayı sonrası 15.8.2007 tarihine kadar aktif polislik görevini sürdürmesi, aylık ücretinde herhangi bir eksiklik olmaması, davalı idarenin 15.8.2007 tarihli kararıyla da, sakatlık durumuna uygun olarak idari polislik görevinde çalıştırılmasına karar verilmesi ve aylık ücret almaya devam etmesi dikkate alındığında, meslekte kazanma gücü kaybı oranına göre hesaplanan efor (iş gücü) tazminatının davacıya ödenmesine olanak bulunmadığı görülmektedir.”

97) Danıştay 15. Daire 2010/11290 E 2014/5905 (www.corpus.com.tr erişim 05.05.2015)

Danıştay yine bir başka kararında aynı durumdaki bir kişi için efor tazminatını yine kabul etmemiştir⁹⁸. Efor tazminatı ile ilgili olarak Yargıtay'ın tazmin konusundaki kararlarının daha yerinde olduğu değerlendirilmektedir. Çünkü kişi, hatalı tıbbi uygulama nedeniyle sağlığı bozulduktan sonra tekrar eski işine dönse bile aynı işi emsali meslektaşlarına göre daha fazla bir performans veya efor sarf etmek zorunda kalacaksa bu olumsuzluğun tazmin edilmemesi tazminat hukukunun genel ilkelerine aykırıdır. Örneğin Danıştay tarafından onanmış olan Ankara 4. İdare Mahkemesi kararının içeriğinde davacının “hafif kısıtlılığa rağmen” rahat yürüyebildiği belirtilerek maddi tazminat yani efor tazminatı reddedilmiştir. İşte bu nokta acaba kişinin kısıtlılığı ne kadar olmalıydı ki efor tazminatının kabulüne karar verilsin sorusunu sormak gerekecektir.

Kişinin hatalı tıbbi müdahaleden önceki ve sonraki vücut tamlığı ve sağlığı arasında herhangi bir değişiklik varsa bunun tazmin edilmesinin daha adil olacağı, objektif bir kriter olmayan “kısıtlılık hafif” gerekçesiyle talebin reddinin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz.

B- Manevi Tazminat

Manevi tazminat, malvarlığında bir eksilmeye yönelik bir tazmin aracı olmayıp manevi bir tatmin aracıdır. Esası ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkân

98) Danıştay Onuncu Daire 1995/7754 E 1997/1071 K, Ankara 4. İdare Mahkemesince; T.C.D.D. ... Hastanesinde davacının tedavisi sırasında idarenin ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığının saptanması amacıyla verilen ara kararı gereğince... Üniversitesi Tıp Fakültesi Ortopedi ve Travmatoloji Anabilim Dalı Başkanlığınca dava ve hastane dosyalarının incelenip, davacının da muayene edilmesinden sonra düzenlenen rapordan hastanın ayak bileği hareketlerinde hafif kısıtlılık olmasına karşın rahat yürüyebildiğinin, hastanın geçirdiği trafik kazası sonucunda sağ bacağına fascia yırtığı meydana geldiğinin, T.C.D.D. ... Hastanesinde yapılan fascia tamiri sonucu bu bölgenin özelliği nedeniyle akut kompartman sendromu geliştiğinin, bu olasılık göz önüne alınarak tamir sütürlerinin hemen alınması halinde komplikasyonların önlenmesinin mümkün olduğunun, yalnız sargıların alınmasının gelişmiş kompartman sendromunda yeterli olmayacağına, dolayısıyla gelişen olaylarda davalı idarenin kusurlu olduğunun, ancak... Acil Trafik Hastanesinde yapılan debridman ameliyatları ve tenden tronuferinin başarılı olması nedeniyle bugünkü sonucun alınabildiğinin belirtildiği, bu durumda hizmeti kusurlu yürüten idarenin meydana gelen zararı tazmini gerektiği, ancak hafif kısıtlılığa karşın rahat yürüyebilen ve davalı idarede memur olması nedeniyle tüm tedavi giderleri karşılanan davacının maddi bir zararının bulunmadığı, meydana gelen olay ve ayak bileğindeki kısıtlılık nedeniyle katlanılan sıkıntıyı kısmen de olsa gidermek için takdir edilen 30.000.000 liranın manevi tazminat olarak davacıya ödenmesi gerektiği gerekçesiyle, 30.000.000 lira manevi tazminatın davalı idareye davacıya ödenmesine, davanın maddi tazminata ve belirlenen manevi tazminatı aşan kısmına ilişkin bölümünün reddine, manevi tazminata faiz yürütülmesine de yer olmadığına karar verilmiştir.” Karşılıklı temyiz isteminde bulunan taraflardan davacı, aynı işi daha fazla gayret ve emek sarf etmek suretiyle yapmak zorunda kalacağından efor kaybı nedeniyle maddi tazminata hükmedilmesi, ayrıca manevi tazminata da faiz uygulanması gerektiği iddiasıyla anılan mahkeme kararının davanın reddine ilişkin kısmının: Davalı idare ise, yaptırılan incelemenin bilirkişi incelemesi olduğu, buna karşın bilirkişi raporunun tebliğ edilmediği, esasen Yüksek Sağlık Şurası'nın bilirkişiliğine başvurulması gerektiği iddiasıyla davanın kabulüne ilişkin kısmının temyizen incelenip, bozulmasını istemektedirler.” Danıştay bu kararı onamıştır.

ölçüsünde yeniden elde edilmesini temin etmek amacıyla zarar görene bir para ödenmesidir. Manevi zarar, saldırının yöneldiği varlık ne olursa olsun kişinin şahıs varlığında, duygu yaşamında meydana gelen eksilmedir. Tıbbi sorumlulukta manevi zarar, teşhis ya da tedavi sürecindeki tıbbi kusurdan, hastanın duyduğu; acı, ıstırap ve elemine oluşturduğu zarardır⁹⁹.

Manevi zararın bir duygu zararı olduğu, kişilik hakkının ihlaline dayanan acı, keder, üzüntü, yaşama zevk ve sevincinin azalması olduğu belirtilmektedir. Bu görüşün sonucu olarak zarar gören de manevi zarar görme kabiliyeti yoksa manevi zarar da söz konusu olmayacaktır¹⁰⁰. Bu görüşün kabul edilebilir olmadığını değerlendirmekteyiz. Özellikle temyiz kudretine sahip olmayan küçüklerin ilerleyen dönemde manevi olarak üzüntü duyabilecekleri açıktır. Küçüğün manevi olarak zararı olay tarihinden daha sonra ortaya çıkabilecektir. Hatta Danıştay bir kararında¹⁰¹, zarar görenin bebek olması durumunda dahi manevi zararın tartışılması gerektiği yönünde karar vermiştir. Aynı yönde örneğin hatalı tıbbi müdahale nedeniyle babasını kaybeden bir çocuğun hayatı boyunca babası olmaması nedeniyle üzüntü duyacağı tartışmasızdır. Dolayısıyla manevi zararın daha sonra gerçekleşebilecek olmasının kesin olduğu hallerde tazminata hükmedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kişinin manevi anlamdaki zararının başka türlü giderim şekli olmadığından ya da yetersiz kaldığından, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesi zorunlu hale gelmiştir. Doğaldır ki manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde hiçbir kriter bulunmamaktadır. Bu konuda tespit yetkisi tamamıyla mahkemenin takdirindedir. Ancak manevi zarar olarak mahkemece takdir edilecek olan manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak miktarda fakat idarenin olaydaki ağırlığını ifade edecek ve ilgililerin duyduğu acı ve üzüntüyü kısmen de olsa giderebilecek ölçüde olması zorunludur¹⁰².

Danıştay bir kararında¹⁰³ manevi tazminatı şöyle tanımlamıştır:

“Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi

99) Doğan, s. 179., Gözpinar, s. 102.

100) Ayan, s. 110., Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 787.,

101) Danıştay Onuncu Daire 2004/6540 E 2007/4237 K (www.corpus.com.tr, erişim 10.12.2014)

102) Çatak İriş, s. 90.

Danıştay Onuncu Dairesi 2007/6322 E 2010/5981 K

“Manevi tazminat, idari eylem veya işlem nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa karşılamaya yönelik bir manevi tatmin aracıdır. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın, zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ve tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir.”

103) Danıştay Onuncu Daire, 2007/3301 E 2008/2939 K (www.corpus.com.tr, erişim: 11.12.2014)

nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır. Ancak kişinin kendi tutum ve davranışları nedeniyle duyduğu üzüntü ve acı nedeniyle idarece tazmini gereken manevi zararın doğduğundan söz edilemeyeceği de açıktır.”

1- Ölüm Sebebiyle Manevi Tazminat

TBK 56. maddesinde¹⁰⁴ manevi tazminatın hangi koşullarda ve kimlere verilebileceği düzenlenmiştir. Bir kimsenin ölümü pek çok kişinin acı ve üzüntü duymasına ve ruhsal sarsıntısına neden olabilir. Buna göre manevi tazminat ölen kimse ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık, duygusallık ve sevgi ilişkisine göre mahkemece takdir edilir¹⁰⁵. TBK’ndaki düzenlemede de bu ilişki akrabalıktan farklı olarak “yakınları” şeklinde tanımlanmış ve ölüm nedeniyle manevi tazminat talep edebilecek kişiler sınırlandırılmamıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, manevi tazminat talep eden ile ölen arasındaki fiili bağ ve yakınlığın tespit edilmesidir. Yakın akrabalık ilişkisinde ölüm nedeniyle üzüntü duyulması hayatın olağan akışı içinde normal bir olay kabul edildiğinden üzüntünün ayrıca ispatına gerek yoktur¹⁰⁶.

Manevi tazminat talebi ile destekten yoksun kalma tazminatı arasında da bir bağ yoktur. Ölenin desteğine ihtiyacı olmayan kişilerinde ölüm nedeniyle tazminat talep etme hakları bulunmaktadır¹⁰⁷. Manevi tazminatı kimin talep edebileceği ise tespiti zor bir konudur. AYİM bir kararında bu durumu şöyle açıklamıştır¹⁰⁸:

*“...Manevi tazminata gelince, üzücü olayların uzak veya yakın tesirini duyan hemen herkes manevi tazminat isteme hakkına sahip değildir. Bu tür –ölümlü olaylarda, özellikle akrabaların az ya da çok üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak, mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta hukuki ölçü, duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin **tüm benliğini sarar şekilde kapsamış olmasıdır**. Yoksa sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılamayacağı gibi manevi tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve akli yeterlilik içinde bulunmaları da şarttır.”*

Ölüm nedeniyle tazminat talep edebilmek için manevi zararın hemen doğmuş

104) **MADDE 56-** Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. **Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.**

105) Çatak Iruz, s. 91.

106) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 800.,

107) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 800.,

108) AYİM 2. Daire, 30.06.1982, (aktaran Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, s. 598)

olması gerekmemektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere kişinin manevi zararı daha sonra ortaya çıkabilecek idiyse bu durumda da tazminata hükmedilmesi gerekir¹⁰⁹.

2- Bedensel Zarar Sebebiyle Manevi Tazminat

Bedensel zarar sonucu anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağı kesindir. Hatalı bir tıbbi müdahale nedeniyle vücudunun bir bölümü yaralanan, uzvu kopan, yüzü veya bedeni çirkinleşen kişi, bu durum nedeniyle üzüntü yaşayacak, yaşama sevinci kaybolacak ve tedavi edilmesi gereken ruhsal çöküntüler yaşayacaktır. İşte bu zararların giderilmesini amaçlayan manevi tazminata temel olan ana düşünce, bozulmuş olan ruhi ve bedeni huzurun kısmen ve imkân nispetinde geri kazanılmasını sağlamaktır. Bu nedenle manevi tazminatı takdir edecek olan mahkemenin bu ilkeyi göz önünde bulundurması gerekir¹¹⁰.

3- Kişilik Haklarına Saldırı Sebebiyle Manevi Tazminat

Kişilik hakları birçok manevi değer olarak ifade edilir. Özgürlük, namus, şeref, onur, anı gibi değerlerle kişinin özel ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık, tüm sosyal ve siyasi haklar bu alanın içinde sayılabilir.

Kişilik hakları, kişilerin insan ve toplumda bir birey olmaları nedeniyle sahip oldukları tüm kişisel değerleri içermektedir¹¹¹. Sağlık alanında, kişilik haklarının ihlalinin en önemli görünüş şekli hasta hakları ihlaledir. HHY'nin özellikle 21.¹¹²

109) Çatak İriş, s. 91.

110) Çatak İriş, s. 92.

111) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 785.

112) Mahremiyete Saygı Gösterilmesi

Madde 21- Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.

Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;

- Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,
- Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,
- Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,
- Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını,
- Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmesini,
- Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.

ve 23.¹¹³ maddelerindeki düzenlemelerde belirtilen mahremiyet ve bilgilerin gizliliği son derece önemlidir. Hasta mahremiyetinin veya kişilik haklarının ihlali halinde idarenin tazmin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Danıştay Onuncu Dairesi 2005/8407 E 2007/6526 K sayılı kararında:

“Olayda, davacılar yakını olan ...’ya ... Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevkı gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir.

Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi duruma göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Ancak dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır.” gerekçesiyle HIV testi sonuçlarının doğrulanmadan açıklanmaması gerekirken, hasta haklarının ihlal edilerek sonucun açıklanmasının ve buna bağlı olarak da hastanın intihar etmesinin idarenin ağır hizmet kusurundan kaynaklandığını belirterek hasta yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

VI- Tazmin Borcunu Ortadan Kaldıran ya da Azaltan Durumlar

Ortaya çıkan zarar, bazen idarenin işlem veya eylemi dışındaki bir etkenden dolayı ortaya çıkmış olabilir. Bu durumların herhangi birinin varlığı halinde ortada bir zarar bulunmasına rağmen uygun illiyet bağı olmadığından sorumluluktan da bahsedilemeyecektir. Bu etkenler: Mücbir sebep, beklenmeyen haller, üçüncü kişinin ya da zarar görenin, zararın doğmasına neden olmasıdır¹¹⁴.

113) Bilgilerin Gizli Tutulması

Madde 23- Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.

114) Gökcan, s. 1034., Ersöz, s. 62., Ayan, s. 111., Bayındır, s. 564.

A- Mücbir Sebep

Mücbir (zorlayıcı) sebep (force majeure); genel olarak sezilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder¹¹⁵. Mücbir sebep, özel hukukta olduğu gibi bütün sorumluluk hallerini ortadan kaldıran bir özelliğe sahiptir. İdarenin iradesi dışında oluşan önlenemeyen, öngörülme, öngörülse bile büyük bir dikkat ve özen gösterilse de önlenmesi mümkün olmayan deprem, kasırga, çığ düşmesi, toprak kayması gibi doğal ya da ihtilal, savaş gibi toplumsal ve hukuksal olaylardır. Bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için “haricilik”, “öngörülmezlik¹¹⁶” ve “karşı konulmazlık” koşullarının bir arada bulunması gerekir¹¹⁷ ve şu koşulların bir arada gerçekleşmesi gerekir¹¹⁸:

- Mücbir sebebin kabulü için öncelikle, idarenin eylem ve işleminden başka bir veya birden fazla olay olmalıdır.

- Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için idarenin iradesi dışında olması ve idareyle ilişkili olmaması gerekir.

- Bir olayın mücbir sebep sayılabilmesi için, öngörülemez, tahmin edilemez olması gerekir.

- Mücbir sebep önüne geçilemeyen, önlenmesine imkan olmayan bir olay olmalıdır.

Konumuz özelinde ise örneğin hastanede tedavi görmekte olan bir hastanın deprem nedeniyle hayatını kaybetmesi veya yaralanması olayında hastanenin hizmet kusurundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak burada da yine parantez açmak ve hastanenin yıkılmasına veya hasar almasına neden olan depremin şiddetinin az olmasına rağmen hastanenin yapımındaki bir hatadan veya inşaat tekniğine uygun olmayan bir nedenle yıkıldığı veya hasar aldığının tespit edilmesi halinde bu durumda da idarenin sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu türden sorumluluk hallerini mutlaka somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerekecektir.

115) Abdullah Pulat Gözübüyük, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara Basım ve Cilt Evi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş İkinci Basım, Ankara 1957, s. 13.

(Alman bilgin hukukçusu Enneccerus, Alman Medeni Hukuku İlmî adlı eserinde Alman müsabet hukukunu tahlil ediyor ve mücbir sebebin tarifini veriyor: Mücbir sebep, sebebiyet verdiği zarardan, makul bir surette alınması gereken önleyici tedbirlerle kaçınılamayan menşei teşebbüsün dışında olan olağanüstü (mühim) bir hadisedir. Aktaran Gözübüyük, s.35)

116) Örneğin Fransa’da yargılamaya konu olay daha önce tek bir defa meydana gelmiş olsa bile (idare hakimi bu davaların birinde 1917, diğerinde 1883 yılına kadar geri giderek incelemeler yapmış) artık mücbir sebep teşkil etmez sonucuna varılmıştır. Keza yüz sene önce meydana gelmiş bir sel baskımının aynı şiddette tekrar eden bir selin mücbir sebep niteliğini taşımadığına karar vermiştir. (aktaran Atay, s. 725.)

117) Gözübüyük, Tan, s. 775., Çınarlı, s. 252., Çatak Irız, s. 70, Ersöz, s. 107., Yaşar, s. 462., Gün-day, s. 257., Çağlayan, s. 599., Atay, s. 724., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1330., Gözübüyük, Mücbir Sebepler, s. 41.

118) Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 211

B- Beklenmeyen (Umulmayan) Hal

Beklenmeyen hal¹¹⁹; zarara sebep olan tesadüfi olayları ifade eder¹²⁰. Mücbir sebep gibi idarenin iradesi dışında ortaya çıkan önceden tahmin edilemeyen ve önlenmesi de mümkün olmayan olaylardır¹²¹. Mücbir sebep ile arasındaki fark beklenmeyen halin idarenin eylemi ile ortaya çıkmış olmasıdır¹²². İdarenin kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olduğunda, beklenmeyen durumun meydana gelmiş olması, kusur ögesini ortadan kaldıracığı için idarenin kusura dayanan sorumluluğu da ortadan kalkar¹²³. Buna karşılık idarenin kusursuz sorumluluğa ilişkin sorumluluğu devam eder¹²⁴. Bir olayın beklenmeyen hal olarak kabul edilebilmesi için “içsellik”, “öngörülemezlik”, “önlenemezlik” koşullarının bir arada olması gerekir¹²⁵.

C- Üçüncü Kişinin Kusuru

Ortaya çıkan zarar tamamıyla zarar görenin ya da üçüncü kişinin davranışı ile ortaya çıkmışsa, yani zararın sebebi zarara uğrayanın ya da üçüncü kişinin davranışının sebebi ise olayda idarenin sorumluluğu için gerekli olan illiyet bağı kesilmiş olur. Böylece idarenin kusura dayanan sorumluluğu ortadan kalkar. Bununla birlikte ortaya çıkan zararda üçüncü kişinin davranışı ile idarenin kusuru birlikte söz konusu olursa bu durumda birlikte (müterafik) kusurdan bahsedilir. Böyle bir durumda da idarenin sorumluluğu ortadan kalkmamakla birlikte hafifletilir¹²⁶. Örneğin, hastanede yatmakta olan bir hastaya bağlı olan serumun üzerine hasta yakınının oturması sonucu hastanın damar tıkanıklığı sebebiyle zarar görmesinde böyle bir durum söz konusudur¹²⁷.

İdarenin kusursuz sorumluluğu söz konusu olduğu hallerde, üçüncü kişinin davranışı idarenin sorumluluğu üzerinde herhangi bir sonuç doğurmaz. Zarara uğrayan kişi, idareden uğradığı zararın tamamının tazmini talep edebilir¹²⁸.

İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan davranışa/eyleme sebep olan

-
- 119) Bu başlığın yerine ani durumlar ve kazalar olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Yaşar, s. 462.
- 120) Gözübüyük, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, s. 13.
- 121) Günday, s. 258., Çağlayan, s. 606.
- 122) Çınarlı, s. 254., Çatak Irız, s. 71, Yaşar, s. 463.
- 123) Gözübüyük, Tan, s. 778.
- 124) Yaşar, s. 463., Çağlayan, s. 608., Günday, s. 258., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212.
- 125) Çağlayan, s. 607., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 1337. Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212.
- 126) Gözübüyük, Tan, s. 779., Çınarlı, s. 254., Çatak Irız, s. 72, Ersöz, s. 107., Yaşar, s. 463., Çağlayan, s. 595., Günday, s. 258., Gözler, İdare Hukuku, C:II, s. 346. Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s. 212., Bayındır, s. 564.
- 127) Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.210.
- 128) Atay, Odabaşı, s. 214.

üçüncü kişilerin, idareyle hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlar olması gerekir¹²⁹. Çünkü zarara sebep olan üçüncü kişiyle idare arasında hukuki bir bağ ya da ilişki söz konusuysa, örneğin üçüncü kişi kamu görevlisiyse, kamu görevlisinin görevsel kusuru nedeniyle, idarenin sorumluluğu devam eder. Buna ek olarak idarenin denetim ve gözetimi altında yürütülen işlerde de zarar veren üçüncü kişi olmasına rağmen idarenin sorumluluğu devam edebilir. Örneğin, idare görüntüleme hizmetlerini hizmet satın alma yoluyla gördürmesi halinde bu hizmetteki kusur üçüncü kişiden kaynaklansa da idarenin buradaki sorumluluğu devam edecektir.

D- Tıbbi Müdahale Uygulanan Kişinin Kusuru

Tıbbi müdahale sonucu zarar görenin veya yakınlarının zararlarının tazmin edilmesinde idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran önemli nedenlerden birisi de tıbbi müdahale uygulanan kişinin kendi kusuru ile zararın ortaya çıkmasına neden olmasıdır. Bir başka ifade ile ortaya çıkan zararın doğrudan sebebi, zarar görenin yani tıbbi müdahale uygulanan kişinin kendisi ise bu durumda idarenin sorumluluğundan bahsetmek mümkün olmayacaktır¹³⁰. Böyle bir durumda tıbbi müdahale uygulanan kişide ortaya çıkan zarar bakımından idarenin davranışı “dolaylı sebep”, zarar gören kişinin davranışı ise “asıl sebep” haline geleceğinden, zarar-sonuç arasındaki illiyet bağı kesilmiş olacağından idarenin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar¹³¹. Ancak zarar gören kişinin kendi kusurlu davranışı zararın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuşsa, zararın önlenmesini engellemişse¹³² veya ortaya çıkan zararı ağırlaştırmış ise, idarenin sorumluluğu hafifler, yani idarenin tıbbi müdahale sonucu zarar gören hastaya veya yakınlarına ödeyeceği tazminat kusur oranında azalacaktır¹³³. Bazı yazarlarca zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesmesi ve dolayısıyla sorumluluğu kaldırması veya azaltmasının TMK m.2 anlamında objektif iyi niyet kuralına dayandığı belirtilmektedir¹³⁴.

İdarenin sorumluluğunu kaldırması veya azaltması için zarar gören tıbbi müdahale uygulanan kişinin davranışının kusurlu olması yeterlidir. Küçük olması ya da temyiz kudretinin bulunmaması sonuca etkili değildir. Bu durumlarda yine idarenin sorumluluğu azalacak veya tamamen kalkacaktır¹³⁵.

129) Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.210.

130) Gözler, C:II, s. 1339., Çatak Irız, s. 72., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

131) Çınarlı, s. 254., Gözler, C:II, s. 1339., Odyakmaz, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin..., 227., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

132) Atay, Odabaşı, s. 212.

133) Çınarlı, s. 254.

134) Gökcan, Haksız Fiil..., s. 48.

135) Gözler, C:II, s. 1341., Irız, s.72., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

Tıbbi müdahale uygulanan kişinin yani zarar görenin kusurunun idarenin kusurunu ortadan kaldırması veya azaltması idarenin hem kusursuz hem de kusurlu sorumluluğu için geçerlidir¹³⁶. Her iki durumda da kusur oranında tazminat indirimi yapılması ya da tamamen ortadan kaldırılması söz konusu olacaktır.

Tıbbi hizmetlerde hekim tarafından uygulanan tıbbi müdahaleden sonra bazen hastanın yapması veya yapmaması gereken davranışlar söz konusu olabilecektir. Hekimin tıbbi müdahale uygulanan kişiye vereceği talimatlara uyulmaması, reçete edilen ilacın kullanılmaması, kuduz aşısı yaptırmaması gerektiği halde yaptırmaması, ameliyat sonrasında yapmaması gereken davranışların yapılması durumunda zarar görenin eylemi zarara neden olduğundan idarenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Örneğin, hastane acil servisine darp nedeniyle getirilen hastanın burun kemiğindeki kırıktan dolayı enfeksiyon gelişmesini engellemek üzere antibiyotik reçete edilmesine rağmen, hastanın reçete edilen antibiyotiği kullanmayı ihmal etmesi neticesinde enfeksiyon oluşsa ve hasta menenjit nedeniyle hayatını kaybetse, böyle bir durumda hekimin ve devamında idarenin sorumluluğunun olmayacağı kanaatindeyiz.

Örneğin, askerlik hizmetini yapmakta olan erin fitiğının çıkması sonucu acilen ambulansla askeri hastaneye sevk edildiği, burada kendisine müdahale edildiği, teşhis konulduğu, geceyi gözlem altında geçirdiği, kendisine su içmemesi gerektiği bildirilmesine, yapılan ikaz ve uyarılara rağmen gizlice 3 sürahiye yakın su içmesi sonucu vefat etmesi olayında, Danıştay'ca, zararın tamamen zarar gören kişinin kendi kusuru nedeniyle ortaya çıkması nedeniyle, idarenin tazmin sorumluluğunu gerektiren hizmet kusuru ve diğer bir hukuki neden bulunmadığından maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir¹³⁷.

Bununla birlikte, bazı durumlarda zarar sadece zarar görenin davranışı nedeniyle ortaya çıkmış olsa bile idarenin tazmin yükümlülüğü söz konusu olabilir.

Örneğin Danıştay Onuncu Dairesi'nin 2005/8407 E 2007/6526 K sayılı kararında şöyle denilmiştir:

“Dosyanın incelenmesinden, davacıların yakını olan ...'nun, 7.1.2004 tarihinde ...Devlet Hastanesi laboratuvarında çalışan ve arkadaşı olan laboratuvar teknisyenine yaptırdığı HIV testi sonucunun pozitif(+) çıktığının laboratuvar teknisyeni tarafından davacılar yakınına söylendiği; sonucu öğrenen davacılar yakınının 9.1.2004 tarihinde intihar etmek suretiyle yaşamını kaybettiği, söz konusu olay ile ilgili olarak ... Cumhuriyet Başsav-

136) Gözler, C:II, s.1341., Irız, s.73., Yıldırım, İdarenin Sağlık Hizmetlerinden..., s.209.

137) Danıştay 12.D.1968/626 E 1969/2312 K sayılı kararı, (aktaran Çatak Irız, s. 72, Ersöz, s. 106, Aşçıoğlu, s. 116.)

çalışınca yapılan soruşturmada; davacılar yakınının intihar etmeden önce yazdığı notta “Benim ölümümden kimse sorumlu değildir. Ölümcül bir hastalığa yakalandım. Onun için bu kısa yolu seçtim. Hepinizi çok seviyorum. Hakınızı helal edin. ...” şeklinde beyanda bulunduğu ve altını imzaladığı, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarında yaptırılan tetkik sonucunda düzenlenen ekspertiz raporunda, “tetkik konusu belge üzerinde bulunan yazıların ve imzanın ...’nun el ürünü olduğunun tespit edildiği, davacılar yakınının postmortem (ölüm sonrası) dönemde ... Devlet Hastanesinde, Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde ve Ankara Eğitim ve Araştırma Hastanesinde yapılan tetkiklerinin sonucunun, negatif (-) olduğunun belirlendiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacılar yakını olan ...’ya ...Devlet Hastanesinde yapılan ve pozitif çıkan HIV testinin sonucunun, yukarıda belirtilen yazıya göre, davacıların yakını da dahil olmak üzere doğrulama testi yapılmadan hiç kimseye açıklanmaması ve ilgilinin doğrulama testi için bir üst basamak sağlık kuruluşuna sevkı gerekirken, laboratuvar teknisyeni tarafından doğrulama testi yapılmadan önceki aşamada pozitif çıkan test sonucunun açıklanmasının neden ve etkisiyle davacılar yakını intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmiştir.

Zararın, zarara uğrayanın tutum ve davranışından kaynaklanması halinde, idarenin tazmin sorumluluğu tamamen ortadan kalkabileceği gibi duruma göre idarenin kısmen sorumlu olacağı da tazminat hukukunun bilinen ilkelerindedir.

Ancak dava konusu olayın oluş şekli, hastalığın niteliği ve özelliği dikkate alındığında, davacılar yakınının idarenin ağır hizmet kusurunun neden ve etkisiyle intihar etmek suretiyle yaşamını yitirmesi sonucunda doğan zarar ile idari faaliyet arasında uygun nedensellik bağı bulunmaktadır.”

Bu karara konu olayda, zarar tamamen zarar görenin davranışı nedeniyle ortaya çıkmış olsa da, Danıştay ölüm olayı ile idarenin davranışı yani zarar göreni davranışa iten olayda idarenin kusuru olduğu gerekçesiyle tazmin kararı vermiştir. Danıştay’ın kararının son derece isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Buna göre zarar, tıbbi müdahale uygulanan kişinin icra veya ihmali davranışı nedeniyle ortaya çıksa da somut olayın özelliklerinin iyi değerlendirilmesi ve sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerekecektir.

VII- Tam Yargı Davalarında Bilirkişi

A- Hatalı Tıbbi Müdahalenin Tespitinde Bilirkişinin Fonksiyonu

2577 sayılı İYUK’da bilirkişiliğe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamak-

tadır. Ancak Kanununun 31/1. fıkrasında¹³⁸, bilirkişilik için HMK'nun uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre idare mahkemelerindeki tam yargı davalarında bilirkişilik uygulaması için HMK'nun 266-287. maddeleri uygulanacaktır. HMK'nun 266. maddesindeki “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir*” düzenlemesi ile hatalı tıbbi uygulama iddialarına bağlı tam yargı davalarında idare mahkemesince iddialar ile ilgili olarak bilirkişi raporu almak gerekecektir. Çünkü uyumsuzluk konusu olayın çözümü tamamen özel ve teknik bilgiyi gerektirmektedir.

Hukuki uyumsuzlukta, çözümü hâkim tarafından bilinmeyen, özel bilgi isteyen durumlarda, teknik konularda inceleme, araştırma ve görüşlerine göre oy ve görüşüne başvurularak istenilen raporu verip yargılamaya yardımcı olan kişiye bilirkişi denilmektedir¹³⁹. Bilirkişi raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında, hukuki değerlendirmede bulunamaz, (HMK m.279, hâkim bilirkişi raporu ile bağlı değildir HMK, m. 282). Bilirkişi, uyumsuzluk konusu özel veya teknik bilgisiyle “yargılama çalışmasına” katkıda bulunan kişi olarak değerlendirilmelidir¹⁴⁰.

Bilirkişi görüşünün niteliği yargı organının bilirkişi görüşünü kullanma biçiminde de çıkarılabilir. Buna göre;

- Bilirkişi yalnız soyut deneysel kurallara ilişkin görüş açıklamış ise hâkim, bu kuralları var olan kanıtları değerlendirmede kullanarak olguyu saptayacaktır. Bu nedenle bilirkişinin bu bağlamdaki açıklamaları kanıt niteliğinde değil, “kanıtların değerlendirilmesi aracıdır.”

- Bilirkişi soyut, özel ve teknik kuralları (tecrübe kuralı) kullanarak “teknik saptama” veya “yorum yapmış” ise bilirkişi görüşü kanıt niteliğindedir. Çünkü bilirkişi açıkladığı görüşle bir vakıa (olgu) saptaması ya da belirlemesi yapmıştır. Vakıalar ise kanıttır.

Bilirkişinin seçiminin ve raporunun yargılamayı kuşkuya düşürmemesi için,

138) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller:

Madde 31 – 1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, **bilirkişi**, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. **(Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.; Değişik:10/6/1994-4001/14 md.)** Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır

139) Er, s. 343., Çatak Irız, s. 112. Çetin Aşçıoğlu, **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik**, Sözkese Matbaa, Ankara, 2010, s. 181., Ahmet Caner Yenidünya, Zafer İçer, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 3., Kızılyel, Kaylan, s. 66.

140) Aşçıoğlu, s. 183.

“seçimde yüksek özen”, “atama ve görevlendirmede açıklık”, “yargılamada yanların katılımı ile sorgulama”, “yargıcın rapor üzerinde mantık ve gerekçe denetimi yapması”, yollarının tamamının özenle kullanılması gerekir¹⁴¹.

Hekimin tıbbi uygulama hatasına bağlı hukuksal sorumluluğunun araştırılmasında tıbbi bilirkişilerin açıklayacağı görüş ve değerlendirmeler uyumsuzluğun çözümünde çok önemlidir. Mahkemeler hekimin belirli olumlu veya olumsuz bir tedbiri/eylemi ile zarar arasındaki hukuki ilişkiyi genel bilgiler ile tespit edemezse (ki tamamen teknik bir konudur) bu durumda bilirkişi (ekspert) seçecekleri hekimlerden rapor almak zorundadırlar¹⁴². Tıbbi konularda herkes görüş bildirmez, herkes bilirkişi olamaz. Diğer bir deyişle teknik ve tartışmaya açık bir konuda olumlu veya olumsuz bir fiil veya ihmalde kusur olup olmadığının takdiri mahkemelerin yetki sınırlarının dışındadır¹⁴³.

Tıbbi bilirkişi incelemesine konu olan ve yanıtlanması gereken soruların belirlenmesi ve yanıtlanması gereken soruların açıklığa kavuşturulması amacıyla hazırlanacak olan tıbbi bilirkişi raporlarının düzenlenmesinde, araştırma-inceleme konusuyla ilgili toplanacak somut verilerin objektif değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁴. Bu bakımdan bilirkişi, somut olaydaki tıbbi müdahalenin tıp kurallarına uygun olarak yapılıp yapılmadığını, özen borcuna aykırılık bulunup bulunmadığını teknik kurallara bağlı olguları bilimsel dayanaklarla açıklamak zorundadır¹⁴⁵.

Ancak uygulamada tıbbi bilirkişi olarak görüşüne başvuru alan bilirkişilerin hazırladığı raporlarda bazı eksiklikler bulunmaktadır. Bunlar¹⁴⁶;

- Raporlarda tıbbi terimlerin açıklanmaması,
- Adli raporlarda yara yeri niteliklerinin iyi belirtilmemesi,
- Raporların gerekçesiz yazılması,
- Basit vakalarda bile kesin raporların verilmemesi,
- El yazısıyla yazılan tıbbi kayıtların okunaklı olmaması nedeniyle doğru değerlendirme yapıl(a)maması,
- Tıbbi müdahalede bulunan hekimlerin isim ve unvanlarının bulunmaması ya da okunaklı olmaması nedeniyle sorumluların net olarak belirlenememesi,

141) Aşçıoğlu, s. 202.

142) Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 133.

143) Belgesay, Tıbbi Mesuliyet, s. 101.

144) Mehmet Demir, **Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu**, Turhan Kitapevi, Ankara 2010, s. 327.

145) Ayan, s. 94., Aşçıoğlu Tıbbi Yardım, s. 141, Er, s. 343.

146) Suphi Ayaz, **Tıbbi Bilirkişilik**, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Yayın No: 493, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982, ss. 31-34.

Genel olarak bilirkişilik kurumunda olduğu gibi tıbbi bilirkişilik kurumunda da mahkemelerce uyuşmazlık konusu davanın çözümünde gereksinim duyulan özel ve teknik konularla sınırlı olarak hazırlanacak raporların, yargıcın gerçeğe ulaşma işlevine yardımcı bulunması temel amacına yöneliktir¹⁴⁷. Tıp hukuku sorununun çözümünde yargısal karar vermekle görevli yargıcın, kural olarak yargısal faaliyet ve araştırmalarında, tıp bilimine özgü ölçütlere dayanmaktan başka yapacak geride fazla işi kalmamaktadır. Ancak, mahkemelerin somut olaylarda yaygınlaşan tıbbi sürecin kaçınılmaz riskler içerip içermediği ya da gösterilmesi gerekli olası objektif özen ölçüsünde hareket edilip edilmediği hususları ile sınırlı bir alanda tıbbi faaliyetleri yargısal denetim konusu yapma yetkisi her zaman bulunmaktadır¹⁴⁸.

Sağlık alanında başvuru bilirkişilik kurumları şunlardır:

- Yüksek Sağlık Şurası: 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. maddesi gereğince oluşturulmuştur. Sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek üzere oluşturulmuştur. On beş üyedir. Bir çalışmaya göre YSS, 2002-2007 yılları arasında toplam 2026 dosyayı karara bağlamıştır. Bu listede pratisyen hekimler yüzde 18 (359 dosya) ile birinci, kadın hastalıkları ve doğum uzmanları yüzde 16 (341) ikinci, ebe, hemşire, sağlık memurlarını tamamı yüzde 15 (314) ile üçüncü sırada yer almışlardır.

- Adli Tıp Kurumu (ATK): Kurum, bilirkişilik görevini adli tıp ihtisas daireleri, ihtisas kurulları ve genel kurul aracılığı ile yürütür. Görevleri 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilmiştir. ATK, Adalet Bakanlığına bağlı bir kuruluştur. Siyasal güce bağlı olarak çalışan bir kurumun çalışanlarından bilirkişilik görevi üstlenmesi, yargı bağımsızlığıyla bağdaşmayan bir durumdur. Toplumumuzdaki, özellikle siyasal gücün etkin olduğu kurum ve kuruluşlara karşı duyulan güvensizlik inançlarının göz ardı edilmemesi gerekir.

Tıbbi uygulama hatasına bağlı davalarda uygulamadaki en önemli sorunlardan birisi yargılama konusu olan olaya ilişkin uzmanlık alanından bilirkişinin adli tıp kurumu raporunda bulunmaması ya da tek bir uzmanın bulunmasıdır. Adli tıp raporlarında yargılama konusu uzmanlık dahi ile ilgisi olmayan uzmanların bu raporlarda isminin ve imzasının bulunması raporların güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Bu nedenle ATK'dan çıkan raporlar, kurul görüşü gibi görünse de bir tek kişinin görüşü olarak değerlendirilmelidir. Çünkü her kurulda konuyla ilgili yalnızca bir uzman vardır (bazen ilgili uzman dahi

147) Demir, s. 327

148) Demir, s. 51.

bulunmamaktadır). Böyle bir raporda görüşü tek uzman verir, diğer ilgisiz uzmanlar o bir uzmanın görüşünü onaylar. Bu durum yapısal bozukluğun açık bir göstergesidir. Bu nedenle adli tıp kurumu raporlarında ilgili uzmanlık dalından uzman sayısının daha fazla olması raporların güvenilirliğini artıracaktır.

Yüksek yargı kararlarında da (özellikle son dönemde) yerel mahkemelerce hükme esas alınan Adli Tıp İhtisas Dairesi yada Genel Kurulu raporlarının dahi eleştirildiği, rapor Adli Tıp Genel Kurulu'ndan dahi verilmiş olsa da hükme esas alınmayacağından bu kez dosyanın üniversiteye gönderilerek hükme esas olacak yeni bir rapor alınması gerektiği belirtilmektedir. Hatta Yargıtay bir dosyada Adli Tıp Genel Kurulu'na, daha önce aynı dosyada rapor vermiş olan 3. İhtisas Kurulu üyelerinin katılmasını raporlar arasında çelişki nedeni saymış ve dosyanın üniversiteye gönderilmesi gerektiğini belirterek kararı bozmuştur.

ATK, yargı organlarına adli tıp konularında yardımcı olurken, diğer bilirkişilerden ayrıcalıklı bir düzen içinde çalışmaktadır. Tıbbi sorunları inceleyen ihtisas kurulları, "adli tıp uzmanları ya da başka bir bilirkişi kurulunca verilen raporlar arasında herhangi bir çelişki olduğunda" çelişkinin giderilmesi için dosya adli tıp kurumu ihtisas kurullarına ya da adli tıp genel kuruluna gönderilmektedir. Bu ayrıcalıklı düzen, ATK'ya diğer bilirkişiler karşısında üstün bir durum yaratılmış izlenimi vermektedir. Yargı genellikle bunun etkisinde kalarak her sorunu ATK ile çözme yolunu seçmekte ve konusunda uzman olan diğer kurum, kuruluş ve sivil toplum örgütleri dışlayarak, bilirkişi konusunda bir tekel yaratılmasına neden olmuştur. Hâlbuki uygulamada görüldüğü üzere Adli Tıp Genel Kurulu 36 üyeden oluşmasına rağmen uyuşmazlık konusu uzmanlık alanından yine bir uzman bulunmaktadır. Bu durumda raporda 36 imza olmasına rağmen raporun güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır. Buna karşılık bazı yazarlarca; özellikle tıbbi uygulama hataları, adli belge incelemesi, çocuk istismarı, trafik kazaları, iş kazaları gibi konularda adli tıp incelemesi yapılması gerektiğini belirtilmektedir. Bunun neden zorunlu olduğu anlaşılammakla beraber tıbbi uygulama hatalarında mutlaka adli tıp kurumundan görüş alınması gerektiğine ilişkin görüşe katılmamaktayız.

- Üniversiteler: Yargılamada uyuşmazlığın çözümü için yargıya yardımcı olan önemli kurumlardan birisi de üniversitelerdir. Kanaatimizce en önemlisidir. Özellikle tıbbi uygulama hatasına bağlı yargılamalarda üniversitelerin tıp fakültelerinin ilgili anabilim dalları önemli işleve sahiptirler. Bilirkişi görevinin tüzel kişi olarak bilgi üreten, bilimsel çalışma yapan üniversiteler tarafından üstlenilmesi daha sağlıklı ve güvenilir bir ortam yaratacaktır. Çünkü ilgili uzmanlık dalının eğitimini veren bir kurumun dava konusu edilen olayda rapor düzenlemesi daha akılcı ve daha uygun olacaktır.

- Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu: 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel

Sağlık Sigortası Kanunu'nun 58. maddesi gereğince oluşturulmuştur. Kurul, sigortalılar hakkında vazife malûllük derecesi, iş kazası ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik derecesi tespiti ile çalışma gücünün malûliyeti gerektirecek derecede kaybına ilişkin Kurumca verilen kararlardan itiraza konu olanları inceleyerek karara bağlar.

Bu bilirkişilik kurumları dışında mahkemelerce Adli Yargı Adalet Komisyonu Bilirkişi Listesi'nden seçilecek bilirkişilerden rapor alınabilmektedir.

Resmi olmayan bilirkişiler kural olarak bilirkişiliği kabul etmek zorunda değildirlerdir. Ancak resmi bilgisine başvurulacak hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve açıkça sanatını icra eden kimselerin bilirkişiliği kabul etmeleri mecburdur (HMK 270/1-c).

Bütün bunlara ek olarak uygulaması görülmemekle birlikte, özellikle tıp camiasında her uzmanlık dalında bulunan uzmanlık derneklerinin de bilirkişi olarak görüşlerine başvurulmasında yasal bir engel yoktur. Uzmanlık dernekleri kuruluş amaçlarına uygun olarak üyelerinin mesleki bilgi ve görgüleri ile yeteneklerinin arttırılması için sürekli olarak meslek içi eğitim yapan, kongre ve sempozyum düzenleyerek uzmanlığın geliştirilmesi için sürekli çalışan sivil toplum örgütleridir. Hekimin ilgili alandaki tıbbi uygulamalarının tıbbın güncel standartlarına uygun olup olmadığını değerlendirebilecek ve bu konuda görüş bildirebilecek yetkinliğe sahip oldukları, hatta en etkin ve yetkin oldukları açıktır. 1945 tarihinde yayınlanan bir makalede İsviçre ve Fransız mahkemelerinin bilirkişileri serbest olarak seçtikleri belirtilmektedir. Ancak bu gün için dahi ülkemizde mahkemelerce böyle bir uygulama yapılmamaktadır.

Mahkemece özel ve teknik bilgi gerektiren konularda bilirkişi görüşüne başvurulmakla beraber davanın taraflarınca da bilirkişi görüşü kapsamında uyumsuzluk konusu ile ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa olarak mahkemeye sunabilme hakları vardır. HMK'nun 293. maddesindeki bu düzenleme dosyadaki bilirkişi raporlarının sorgulanması ve maddi gerçeğe ulaşmak için taraflara verilmiş önemli bir hak olup oldukça yerinde bir düzenlemedir. Taraflarca bu hakkın kullanılarak konu ile ilgili uzmanından alınan bilimsel mütalaa mahkemenin karar vermesinde bilirkişi görüşü gibi yardımcı olacaktır.

B- Maddi Zararın Hesaplanmasında Bilirkişinin Fonksiyonu

Tıbbi uygulama hatasına bağlı tam yargı davalarında bilirkişi görüşüne iki kez müracaat edilmektedir. Birincisi, iddia konusu ile ilgili olarak yukarıda belirtildiği üzere tıbbi uygulama hatası olup olmadığı, ikincisi ise eğer böyle bir hata yani ağır hizmet kusuru kabul edilebilecek bir hata var ise bu durumda zararın tespiti.

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle ölüm gerçekleşmişse destekten yoksun kal-

ma tazminatının, eğer ölüm gerçekleşmemişse zarar görenin maddi zararının tespiti gerekecektir. Her iki durumda da tazminat miktarı ile zararın gerçek tespiti yine özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden mahkemelerce bilirkişi görüşüne ihtiyaç duyulmaktadır.

Destekten yoksun kalınan zarar hesaplanırken, destek olanın (ölenin) gelir durumu, yardım miktarı, desteğin kalan süresi esas alınır. Bu etkenlerin somut olaydaki rolüne göre tazminatın miktarı belirlenir¹⁴⁹. Bu tazminat miktarının hesaplanmasındaki en önemli etken ise desteğin fiili geliridir. Bu gelir, ölenin meslek içi ve meslek dışı kazançlarının toplamıdır. Ölen kamu veya özel bir kuruluşta ücretli olarak çalışıyorsa son maaşı ve ek kazançları, serbest meslek sahibi ise (avukat, hekim, mühendis, mimar, tacir, esnaf gibi) ilgili meslek odasından, vergi beyannamelerinden, ticari defterlerden, herhangi bir işi yoksa ölenin çevrede yaptığı işler, kişisel ve fiziksel özellikleri, bulunduğu çevre, yaşayış tarzı, vs. gibi etkenlerin tamamı birlikte değerlendirilerek gelir tespit edilir. İşte tüm bu işlemlerin yapılabilmesi bilirkişinin ayrıntılı ve özenli çalışmasına bağlıdır¹⁵⁰.

Ölüm olmamakla beraber, vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olunması halinde, zararın tespitinde yine bilirkişinin görüşüne ihtiyaç vardır. Burada da bilirkişi, zarar görenin zararını tespit ederken, tedavi masrafları (tüm tedavi giderleri ile özel hastane masrafları, bakıcı giderleri, ileride olası yeni ameliyat ve masrafları) çalışma gücünün kaybı ve azalmasından doğan zararlar (geçici veya sürekli iş göremezlik), varsa efor kaybı ve varsa ekonomik geleceğin sarsılmasına bağlı zararları belirlenmesinde mahkemeye yardımcı olacaktır.

SONUÇ

Uygulamada en çok görülen tıbbi hatalar, tanı ve tedavi hatası, uzmanlık yetkisinin aşılması, bilgilendirme eksikliği ve rıza sınırının aşılması, özen eksikliği ve sır saklama yükümlülüğünün ihlalidir. Sayılanlar arasından özellikle uzmanlık yetkisinin aşılmasının henüz tartışılmadığını görmekteyiz. Özellikle ana dal – yan dal uzmanlarının yetkileri açısından, TUK kararı gereğince, sorun görünmese bile hastanın bu konuda aydınlatılmasının gerekip gerekmediğinin yakın zamanda tartışılacağı kanaatindeyiz.

İdarenin sorumluluğu için hizmet kusurunun varlığı, istisnai hallerde de kursosuz sorumluluğu söz konusudur. Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle idarenin sorumluluğu için ise “ağır” hizmet kusuru aranmaktadır. Doktrinde “ağır hizmet kusuru” kavramı tartışılmakla birlikte, Danıştay kararlarında ağır hizmet kusuru kavramına yer verilmekte, genel olarak kusurun varlığında zararın tazmin yoluna gidildiği görülmektedir. Belirtildiği gibi tıbbi müdahalenin uygulandığı

149) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 673.

150) Gökcan, Tazminat Hukuku, s. 674.

yerin ve uygulayan kişinin hukuki statüsünün farklı olması, yargı yolunun farklı olmasına neden olmaktadır. Buna bağlı olarak da, Yargıtay tarafından özel sağlık kuruluşlarında görev yapan hekim vekâlet sözleşmesi kapsamında en hafif kusurundan dahi zararın tamamından sorumlu tutulurken, Danıştay, kamu kurumunda görevli hekimin ve dolayısıyla idarenin “ağır” kusurunu aramaktadır. Her ne kadar bu hekimler arasında hukuki statü bakımından farklılık olsa da sorumluluk için yüksek yargı arasında bu kadar farklı görüş ayrılığının olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Zararlarının tazmininde Yargıtay ile Danıştay arasındaki görüş farklılığı “efor” tazminatında da görülmektedir. Yargıtay kişinin zarara neden olan eylem nedeniyle aynı konumdaki kişilere göre daha fazla efor sarf etmesi nedeniyle zararlar arasında efor tazminatına da yer verirken Danıştay bu konuda aksini düşünmektedir. Biz bu konuda Yargıtay’ın görüşünün daha hakkaniyetli bir yaklaşım olduğunu değerlendirmekteyiz.

Tıbbi uygulama hatasına bağlı olarak zarar görenlerin maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiği tartışmasıdır. Ancak bu zararların ve tıbbi uygulama hatasına bağlı zarara neden olan davranışın kusurlu olmadığına tespiti davanın çözümünü sağlayacaktır. Bu tür davaların çözümü tamamen özel ve teknik bir bilgi gerektirmektedir. Dolayısıyla adli, idari veya ceza yargısı olsun bu türden bir iddia olan dosyalarda mutlaka bilirkişi raporu/raporları ile çözüme gitmektedir. Ancak uygulamadaki en önemli sorunlardan bir tanesi bütün dosyaların adli tıp kurumuna gönderilmesi yolunun tercih edilmesidir. Adli tıp kurumu ihtisas kurulları tarafından düzenlenen bazı raporlarda ilgili branş uzmanı dahi bulunmadan rapor düzenlendiği görülmektedir. Hekimin uyguladığı tıbbi müdahalenin güncel tıp verilerine uygun olup olmadığına denetlenmesinin ya bu eğitim veren üniversiteler ya da ilgili branşın uzmanlık derneklerinden rapor alınmasının daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Son olarak 2014 yılında idari yargı sistemimizde, 28.06.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile önemli değişiklikler yapılmıştır. Bölge İdare Mahkemeleri istinaf mahkemeleri olarak görev yapacak ve idare mahkemelerinin verdikleri kararları hem maddi hem hukuki yönden denetleyeceklerdir. Tıbbi uygulama hatalarından doğan tam yargı davalarının istinaf aşamasında maddi yönden de denetlenecek olması şüphesiz son derece isabetli olmuştur. İstinaf uygulamasına geçildikten sonra bu konuda yeni bir çalışma yapmak gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar. “Sağlık Kamu Hizmetini Yürüten Kamu Görevlilerinin Neden Olduğu Zararlardan Devletin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Editör: Nilgün

- Sarp, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, ss. 105-122.
- Atay, Ender Ethem. İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
 - Atay, Ender Ethem. Odabaşı, Hasan. İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
 - Aşçıoğlu, Çetin. Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
 - Aşçıoğlu Çetin. Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik, Sözkese Matbaa, Ankara, 2010,
 - Ayan, Mehmet. Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991.
 - Ayaz, Suphi. Tıbbi Bilirkişilik, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı, Yayın No: 493, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı Yayınları, Ankara 1982, ss. 31-34.
 - Bayındır, M. Savaş. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XI, S:1-2, Yıl:2007, ss. 551-589.
 - Belgesay, Mustafa Reşit. Tıbbi Mesuliyet, M. Sıralar Matbaası, İstanbul 1954.
 - Çağlayan, Ramazan. İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2014.
 - Çağlayan, Ramazan. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 5-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları. Ankara 2007. ss. 117-133.
 - Çağlayan, Ramazan. “Sağlık Hizmetlerinden İdari Sorumluluk”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart 2009 Girne/KKTC, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, ss.95-110.
 - Canbolat, Ferhat. “Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Kaynaklanan Sorumluluğunun Dayanağı”, TBB Dergisi, Sayı:80, Ankara 2009. ss.156-181.
 - Çatak, İrız Betül. Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
 - Çelik, Safa. 2002-2007 Yılları Arasında Sağlık Çalışanlarının Hatalarına İlişkin Yüksek Sağlık Şurası Dosyalarının Değerlendirilmesi, Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, XII. Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 267-271.
 - Çınarlı, Serkan. İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion Yayınları, Ekim 2013.
 - Demir, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
 - Doğan, Cahid. “İdarenin Kusur Sorumluluğunda Rücu”, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012. ss.99-191.
 - Ekici Şahin, Meral. Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2012.
 - Er, Ünal. Sağlık Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.
 - Ersöz, Kürşat “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 5, Sayı 45, Mayıs 2010, ss. 105-122.
 - Gencer, Zafer Adem. Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.

- Gökcan, Hasan Tahsin. Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Seçkin Yayınları, Şubat 2013.
- Gökcan, Hasan Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara 2010.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku, Ekin Yayınları, İkinci Baskı, Cilt: II, Bursa, 2009.
- Gözübüyük Abdullah Pulat, Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara Basım ve Cilt Evi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş İkinci Basım, Ankara 1957.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Turgut Tan. İdare Hukuku, Cilt 1, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- Günday, Metin. İdare Hukuku, 3. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998.
- Günday, Rezzan. Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Hakeri, Hakan. Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Mayıs 2012.
- Hızal, Sevinç Arslan, “Tıbbi Müdahalelerde Olası Kast ve Bilinçli Taksirin Ayırımı”, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayınları, Yıl:7, Sayı: 18, Nisan 2012, ss. 225-253.
- İnal, H. Tamer. “Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve İdari Sorumluluk Türlerinin Yakınlaştırılması”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2013, Sayı: 6.
- Kalabalık, Halil. “Sağlık Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 25-26 Nisan 2011, Editörler: Nilgün Sarp ve Cahit Doğan, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss. 239-325.
- Kaya, Cemil. İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetim, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- Kızılyel, Serkan ve İbrahim, Kaylan, “Sağlık Hizmeti ve İdarenin Tazmin Yükümlülüğü Üzerine Düşünceler”, Terazi Hukuk Dergisi, Ağustos 2010, Sayı: 48.
- Odyakmaz, Zehra. “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kurumsal Sorumluluğu Açısından Avukatın Gözönünde Bulundurması Gereken Hususlar”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum, 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, Şen Matbaa, Ankara, ss. 199-235.
- Özpınar, Berna. “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:66, Sayı:3 Yaz 2008, ss. 90-103.
- Savaş, Halide. Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, Haziran 2013.
- Tacir, Hamide. Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, I. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Taneri, Gökhan. Hasta Hakları, Bilge Yayınevi, Ankara 2014.
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan. Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), Legal Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012.
- Top, Mehmet. Ömer Gider, Yunus Taş, Seher Çimen, Hekimlerin Tıbbi Hatalar Neden Olan Faktörlere İlişkin Değerlendirmeleri: Kocaeli İlinden Bir Alan Çalışması, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, C:11, Sayı:2 (2008), ss. 161-199.
- Tümer, Ali Rıza. Cerrahi Branşlar Açısından Hukuki Sorumluluklar ve Malpraktis, Matsis Matbaası, İstanbul 2013.

- Türkmen, Ali. Hasta ve Hekim Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Uysal, Büşra. “İdarenin Sağlık Hizmetlerinde Kusurlu Sorumluluğu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı:77-78, Ocak, Şubat 2011.
- Yaşar, Hasan Nuri. İdare Hukuku, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Yenerer Çakmut, Özlem. “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum 16-17 Ocak 2009 Mersin, Bildiriler, Mersin Barosu Yayınları, ss. 1-40.
- Yenerer Çakmut, Özlem. Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2003.
- Yenidünya, Ahmet Caner. İçer, Zafer. Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Adalet Yayınları, Ankara 2013.
- Yıldırım, Ramazan. İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayınları, Konya 2006.
- Yıldırım, Ramazan. İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan İdare Hukuku Kapsamındaki Sorumluluğu, VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Hekim Sorumluluğu 7-8 Ekim 2011 Diyarbakır, Editörler: Hakan Hakeri ve Henning Rosenau, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, ss.193-215.
- Yılmaz, Battal. Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ekim 2010.

ÖZET

Tıbbi müdahaleler nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların tazmininde, zarar görenlerin başvurabileceği hukuki yol, zararın gerçekleştiği yere ve hekimin hukuki statüsüne göre belirlenmektedir. Çalışmada kısaca tıbbi müdahale hatalarının neler olabileceği ve hatalı tıbbi müdahaleden dolayı idarenin sorumluluğu için aranan şartlara değinildikten sonra hatalı tıbbi müdahaleden kaynaklanan tam yargı davalarının şartları, bu davalara ilişkin usul hükümleri, tazminat ödenmesinin koşulları, tıbbi müdahale hatasının varlığının tespiti halinde idarenin tazmin borcunun kapsamı, tazmin borcunu ortadan kaldıran ve azaltan durumlar, bu tür davaların çözümünde son derece önemli bir yer tutan ve özellikle dikkat çekilmesi gerektiğini düşündüğümüz bilirkişilik incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Tıbbi müdahale, hizmet kusuru, kişisel kusur, tam yargı davası, bilirkişilik.

İdari Yargının Görevli Olduğu Kamulaştırmasız El Atma Davalarında Taşınmazın Tescili Sorunu

The Problem of Registration of The Property in The Confiscating Without Expropriating Cases in The Administrative Jurisdiction

Yrd. Doç. Dr. Emrah Kulaklı

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Decision taken in the confiscating without expropriating cases in the administrative jurisdiction, cannot allow registration of immovable property on behalf of administration. Therefore, the quality of confiscating without expropriating cases reveal an improper situation. In this context, this study deals registration problem in the confiscating without expropriating cases in the administrative jurisdiction and considers the solutions for it.

Keywords: Confiscating without expropriating, Property right, Immovable property, Tort, Judicial remedy, Registration decision

GİRİŞ

İdare, kamu yararının gerektirdiği hallerde özel mülkiyete tabi taşınmazları malikinin rızası dışında edinebilir. İdarenin bu çerçevede mülkiyeti edinmesi, Anayasa m. 46 gereği Kamulaştırma Kanunu hükümlerine tabidir. Buna göre kamulaştırma yetkisine sahip idare, özel mülkiyete tabi taşınmazları ancak kamu yararı bulunması şartıyla ve gerçek karşılıklarını ödemek suretiyle edinebilir. İmar planları çerçevesinde kamusal fonksiyona tahsis edilmiş özel mülkiyete tabi taşınmazların kamulaştırılması, imar programlarının uygulanması bakımından idarenin aynı zamanda bir yükümlülüğüdür.

Ülkemizde sıklıkla karşılaşılan kamulaştırmasız el atma olgusu, bu nitelikteki

taşınmazlarla ilgili olarak idarenin özel bir haksız fiili niteliğindedir¹. Aşağıda bahsedilecek olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010 tarihli kararı ile idarenin haksız fiili, taşınmaz mülkiyetinin malike sağladığı hak ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesi olarak nitelendirilmektedir. Bir başka ifadeyle idarenin taşınmaza fiilen müdahalesi olmasa da mülkiyet hakkının içeriğinden malikin istifade edememesi, kamulaştırmasız el atmanın varlığı için yeterlidir.

Kamulaştırmasız el atma davaları, ilgili kısımda yer verilecek olan Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve mevzuat hükmü ile idarenin taşınmaza fiilen müdahalesinin olup olmamasına göre ikili bir görevli yargı yolu ayrımına tabi tutulmuştur. Buna göre idarenin taşınmaza fiilî müdahalesinin olduğu hallerde davalar adli yargıda görülecek, fiilî müdahalenin söz konusu olmadığı hallerde ise idarî yargı görevli olacaktır.

Kamulaştırmasız el atma davalarında verilecek hükmün esasen iki yönü bulunmaktadır: Bunlardan birisi "taşınmazın değerine karşılık gelen tazminat", diğeri ise "taşınmazın terkini veya idare adına hükmen tescildir". İdarî yargı kararlarında ise tazminata hükmedilmesine rağmen taşınmazın hükmen tesciline ilişkin hüküm oluşturulması mümkün olmamaktadır. Bu yönüyle idarî yargıda kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan davalarda verilecek hükmün, bu davaların niteliğine uygun düşmeyeceği kanaatindeyiz. Çalışmada, bu bağlamda idarî yargıda görülen kamulaştırmasız el atma davalarında ortaya çıkan taşınmazın tescilli sorunu ve buna ilişkin çözüm önerileri ele alınacaktır. Ayrıca, konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla kamulaştırmasız el atma ile ilgili olarak gerekli birtakım hususlara kısaca değinilecektir.

I- Kamulaştırmasız El Atmanın Tanımı

Kamulaştırmasız el atma olgusu, özel mülkiyete tabi taşınmaza hukuka uygun bir dayanak olmaksızın kalıcı bir surette ve sahiplenmek amacıyla taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının sağladığı hak ve yetkilerinden istifade etmesinin kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından kısmen veya tamamen kısıtlanması olarak tanımlanabilir².

Kamulaştırmasız el atma, idarenin haksız fiili neticesinde meydana gelen za-

- 1) YİBK., T. 11.02.1959 - E. 1958/17 - K. 1959/15 sayılı kararı (KILIÇ, Halil, **Gayrimenkul Davaları**, C. I, İstanbul 2013, s. 234).
- 2) YILDIRIM, Bekir, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Ankara 2013, s. 845; HAYTA, Mehmet Ali, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, Ankara 2014, s. 382; AKAR, Zeki, **Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları**, C. II, Ankara 2007, s. 1615; ÇABRİ, Sezer, "Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması", **EÜHFĐ.**, C. XV, S. 1-2, Erzincan 2011, s. 87.

rarın tazmini davasıdır³. Kamulaştırmamız el atma kavramı ilk olarak Yargıtay'ın T. 16.05.1956 – 1956/1-6 ve 1956/1-7 sayılı İBK. kararlarında tanımlanmış ve büyük oranda içtihatlarla şekillenmiştir.

YİBK. 1956/1-6 kararına⁴ göre, usulüne uygun olarak alınmış bir kamulaştırma kararına binaen bedeli ödenmeksizin yalnızca fiili durum dolayısıyla taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermez; ancak malikin muvafakati veya mahkeme kararı ile hükmen kamulaştırılması şeklinde sona erer. Kamulaştırılmamasına rağmen taşınmazına idare tarafından fiilen müdahale edilen malik, mülkiyet hakkına dayanarak idareye karşı el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, fiili duruma rıza göstererek taşınmaz bedelinin tazminini de talep edebilir. Kamulaştırma Kanunu m. 11 hükmüne göre taşınmazın bedeli, davanın açıldığı tarih itibarıyla belirlenecek *“kamulaştırma bedelidir.”*

YİBK. 1956/1-7 sayılı kararında⁵ ise idare tarafından taşınmazına fiilen müdahale edilen malikin el atmanın önlenmesi davası veya mülkiyetin idareye devri karşılığında dava tarihi itibarıyla taşınmazının değerinin tazminini isteyebileceği, ayrıca mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak bu davada zamanaşımının söz konusu olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

II- Kamulaştırmamız El Atma Davasının Hukukî Niteliği

Kamulaştırmamız el atma olgusu, idarenin özel bir haksız fiili neticesinde mülkiyet hakkının sağladığı hak ve yetkilerin kısıtlanması olarak nitelendirilmektedir. Bu olgu için yalnızca idare tarafından gerçekleştirilebilen bir haksız fiil olarak nitelendirilmesinin sebebi ise kamulaştırma yetkisinin idareye özgü bir yetki olmasından kaynaklanmaktadır: İdare, taşınmazı kamulaştırmamak suretiyle mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getiren -eylemli veya eylemsiz- bir haksız fiil işlemektedir.

Adli yargıda görülen kamulaştırmamız el atma davalarında mahkeme, iki hüsusta hüküm oluşturmaktadır: Bunlardan birisi *“belirlenecek olan kamulaştırma bedelinin idarenin hukuka aykırı fiili dolayısıyla tazminat olarak taşınmaz malikine ödenmesine”*, diğeri ise *“taşınmazın terkini veya idare adına hükmen tesciline”* ilişkindir. Bu anlamda kamulaştırmamız el atmadan doğan tazminat davaları, haksız fiil tazminatı ile birlikte tapu iptali ve tescilli davalarının sonuçlarını da içeren karma nitelikte davalardır⁶.

3) Bkz.: dp. 1.

4) YİBK., T. 16.5.1956, E. 1956/1, K. 1956/6 sayılı kararı (KILIÇ, s. 231).

5) YİBK., T. 16.5.1956, E. 1954/1, K. 1956/7 sayılı kararı (KILIÇ, s. 232).

6) KULAKLI, Emrah, **İmar Kısıtlılığı ile Arazi ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları**, İstanbul 2014 (*Yayınlanmamış Doktora Tezi*), s. 83.

III- Kamulaştırmasız El Atmanın Şartları

Kamulaştırmasız el atma davasından bahsedilebilmesi için kamulaştırma yetkisine sahip idare tarafından geçerli bir kamulaştırma işlemi yapılmaksızın taşınmaza sürekli ve kalıcı olması amacıyla müdahale edilmiş olmalıdır⁷.

Aşağıda yer verilecek olan YHGK. T. 15.12.2010 - E. 2010/5-662 - K. 2010/651 sayılı kararına kadar kamulaştırmasız el atma için idare tarafından taşınmaza yapılan müdahalenin, fiilen gerçekleşmiş olması aranmaktaydı. Bu karar ile birlikte kamulaştırmasız el atmanın varlığı için idarenin taşınmaza fiilen müdahalesi değil, mülkiyet hakkının sağladığı hak ve yetkilerin kısmen veya tamamen engellenip engellenmediğinin araştırılması gerektiği hususu benimsenmiştir. Kararda, kamulaştırılması gerektiği halde uzun yıllar imar programına alınmayan taşınmazlarla ilgili olarak idarenin, imar programını hazırlamamak⁸ ve imar planını fiilen hayata geçirmemek suretiyle pasif ve suskun kaldığı, idarî işlem tesis etmediği için taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkının özüne dokunduğu ve bu sebeplerle kamulaştırmasız el koyma hükümleri doğrultusunda sorumlu olduğuna hükmedilmiştir⁹. Dolayısıyla YHGK.'nın, bu kararı ile köklü bir içtihat de-

- 7) ŞAHİNİZ, C. Salih, **Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma**, Ankara 2006, s. 45; YHGK., T. 07.11.2007 – E. 2007/5-805 – K. 2007/826 sayılı kararından; “Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmasız el koymuş olur. İdarece sahiplenmek amacıyla ve devamlı olarak fiilen el atılma olmadıkça kamulaştırmasız el atmadan söz edilemez. Fiilen el atma olmadıkça taşınmazın imar planında yeşil alan, oyun alanı, park vs. olarak gösterilmesi kamulaştırmasız el atma sayılmaz. Kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaza idarece fiilen el atılması ve mal sahibinin tasarrufunun engellenmiş olması gerekir. (Kazancı Bilişim – İchtihat Bilgi Bankası / 03.02.2013); YHGK, T. 29.09.2004, E. 2004/5-450, K. 2004/454 kararından: “İdarenin Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın bir kimsenin taşınmaz malına el koyması halinde bu eylem kamulaştırmasız el atma olarak kabul edilir. Kamulaştırmasız el atmadan söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyma malikin kullanımını yasaya aykırı olarak tamamen ortadan kaldırması ve durumun kalıcı olması gereklidir. Taşınmaz mal, sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip bulunduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez. (Kazancı Bilişim – İchtihat Bilgi Bankası / 12.05.2015)”.
- 8) İmar Kanunu m. 10/I: **İmar Programları, Kamulaştırma, Kısıtlılık Hali** – “Belediye-ler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisince kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar.”
- 9) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 15.12.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651 sayılı kararından: “... Dava konusu taşınmaz, 1978 yılından bu yana değişen bütün planlarda temel eğitim (ilköğretim) alanında bulunan dava konusu taşınmazın amacına uygun olarak imar program-

ğişikliğine gittiği ifade edilebilir¹⁰.

IV- Kamulaştırmaz El Atma Davalarında Görevli Mahkeme Hususu

YİBK. T. 11.02.1959 – E. 1958/17 -1959/15 sayılı kararında kamulaştırmaz el atma kavramı “idarenin kanunsuz bir hareketi” olarak değerlendirilmiş, bu sebepten kaynaklanan mülkiyet hakkı ihlallerinin çözümüne ilişkin adli yargının görevli olduğu kabul edilmişti¹¹. Nitekim bilindiği üzere taşınmazın tescili hükümünü içeren malvarlığı haklarına (*aynına*) ilişkin davalarda görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m. 2/I).

YHGK'nın T. 15.12.2010 - E. 2010/5-662 - K. 2010/651 sayılı kararı sonrasında kamulaştırmaz el atma davaları ile ilgili olarak görevli yargı yolu hususu tartışmaya açılmıştır. YHGK. kararından sonra Uyuşmazlık Mahkemesi, kamulaştırmaz el atma davalarında, taşınmaza idare tarafından fiilen müdahale edilip edilmediği bakımından ikili bir görevli yargı yolu benimsemiştir: Buna göre, imar planları ile kamusal fonksiyona tahsis edilmiş olmasına rağmen halen kamulaştırılmamış, bununla birlikte idarenin fiilen müdahale etmediği taşınmazlarla ilgili olarak açılacak kamulaştırmaz el atma davalarının İdari Yargılama

larına alınmamış, yatırımcı kuruluş olan davalı İstanbul İl Özel İdaresi Müdürlüğü'nce de kamulaştırılmamıştır. İlgili İdarelerin pasif ve suskun kalarak, amacına uygun işlem tesis etmemek suretiyle, davacı taşınmaz mal sahibinin mülkiyet hakkını, süresi belli olmayan bir sınırlamaya tabi tuttukları belirgindir.

Bu cümleden olarak, imar planlarında okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu arsa üzerinde davacının, ileriye yönelik inşaat yapma gibi kişisel tasarruflarda bulunma, rayiç değeri üzerinden satma, kiralama, yararlı değişiklikler yapma gibi, mülkiyet hakkının sahibine verdiği yetkileri kullanma hakkı kısıtlanmıştır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikinin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan İdarece engellendiği kuşkusuzdur.

Bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalmama ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu halyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.

Bu itibarla, kamulaştırmaz el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmaz el koyma hükümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır. (Kazancı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası, 21.02.2012).

10) ÇINAR, Turan, **Kamulaştırmaz El Atma Davaları**, Ankara 2014, s. 5; ÇABRİ, s. 87.

11) YİBK., T. 11.02.1959 - E. 1958/17 – K. 1959/15 sayılı kararı (KILIÇ, C. I, s. 234); KULAKLI, s. 84.

Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan “*idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları*” kapsamında idarî yargıda görülmesi gerekir¹². Bir başka ifadeyle, idarenin taşınmaza fiilen müdahalesinin söz konusu olduğu hallerde kamulaştırmasız el atma davalarında adli yargı, idarenin fiilen müdahalesinin bulunmadığı -yalnızca imar planında kamusal fonksiyona tahsis edilmiş- taşınmazlarla ilgili davalarda ise idarî yargı görevlidir¹³.

Bu kararları takiben 24.05.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6487 sayılı “*Bazı Kanunlar ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*” m. 21/X c.III ile düzenlenen ve Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici m. 6/X c.III hükmü ile Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; “*uygulama imar planlarında umumî hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir.*” Görevli yargı yoluna ilişkin düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru ise yapılan redde-

12) Uyuşmazlık Mahkemesi'nin T. 09.04.2012 – E. 2011/238 – K. 2012/63 sayılı kararı: “... Olayda, imar planının uygulaması sonucu, uyumsuzluğa konu parsellerin imar planında park alanında kaldığı, uzun süredir park alanı olarak düzenleme yapılmadığı, kamulaştırılmadığı, taşınmazda inşaat yapma olanağı bulunmadığı; kamulaştırmasız el atma nedeniyle taşınmazın bedelinin ödenilmesi gerektiğinin iddia edildiği; davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı Kanunu uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yeşil alan olarak yer alan davacılar aitt taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.” (02.05.2012 tarih ve 28280 sayılı RG.).

13) Uyuşmazlık Mahkemesi'nin T. 24.12.2012 – E. 2012/205 – K. 2012/279 sayılı kararı: “... Olayda, imar planının uygulaması sonucu, uyumsuzluğa konu parselin imar planında okul alanında kaldığı, taşınmaza idarece fiilen el atılmadığı ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile bu tür yerlerin bedelinin ödeneceğine karar verildiği, kamulaştırmasız el atma nedeniyle taşınmazın bedelinin ödenilmesi gerektiğinin iddia edildiği; davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı Kanunu uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yer alan davacının hissedar olduğu taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmış olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan “İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.” (12.02.2013 tarih ve 28557 (Mükerrer) sayılı RG.).

dilmiştir¹⁴. Dolayısıyla, 2010 yılında verilen YHGK. kararı¹⁵ sonrasındaki görevli yargı yoluna ilişkin uygulamanın, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile Kam. K. geçici m. 6/X c.III düzenlemesi ve bu düzenlemenin iptali talebiyle yapılan başvuruya ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararın sonrasında istikrar kazandığı söylenebilir.

V- İdari Yargı Kararlarında Tescil Sorunu

Anayasa Mahkemesi'nin T. 25.09.2013 – E. 2013/93 – K. 2013/101 sayılı kararı¹⁶ sonrasında kamulaştırmaz el atma davalarında görevli yargı yoluna ilişkin olarak uygulamada bir tereddüt kalmamakla birlikte, oluşan son durum idarî yargıda verilecek kararlar bakımından birtakım sorunlara yol açabilecek niteliktedir¹⁷.

14) Anayasa Mahkemesi'nin T. 25.09.2013 – E. 2013/93 – K. 2013/101 sayılı kararı: “... *Başvuran Mahkemede görülen davaya konu olayda, davacıya ait taşınmaz, imar planlarıyla 'dere mutlak koruma alanı' sınırları içine alınmış ve bu nedenle davacının taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır. Davacının tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının, davacının mamelekinde azalma meydana getirebileceği tartışmasızdır. Ancak, davacının mülkü üzerinde tasarruf etme hakkının kısıtlanması, idarenin bir eyleminden değil, idari bir işlem niteliğinde olduğu tartışmasız olan imar planından kaynaklanmaktadır. Olayda, idarenin fiili el koyma niteliği taşıyan bir eylemi henüz bulunmamakta, aksine kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusudur. Öte yandan, kamulaştırmaz el atmadan söz edilebilmesi için taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmesi ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerekmektedir. Oysa, Mahkemede görülen davaya konu olayda olduğu gibi 'imar kısıtlamaları'nda taşınmaz zilyetliği malikte kalmaya devam etmekte olup yalnızca malikin tasarruf yetkisinin, ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kalması söz konusu olmaktadır.*

Sonuç olarak, davacının taşınmazının imar planlarında 'dere mutlak koruma alanı'nda bırakılması nedeniyle tasarruf hakkının kısıtlanmasının kamulaştırmaz el atma olarak nitelendirilemeyeceği, bunun, idari bir işlem olan imar planlarının zorunlu bir sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bakılmakta olan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin görev alanına girmemektedir.

Nitekim, Anayasa'nın 158. maddesiyle, adli, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmeye yetkili kılan Uyuşmazlık Mahkemesinin istikrar bulmuş içtihatları da bu yöndedir (Örneğin; 4.2.2013 günlü, E.201/107, K.2013/230 sayılı kararı).

Kaldı ki, dava konusu kuralları da içeren geçici 6. maddenin onuncu fıkrasının üçüncü cümlesinde de, 'Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir.' hükmüne yer verilerek 'imar kısıtlamalarından kaynaklanan tazminat davalarının idari yargıda açılacağı teyit edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle başvurunun, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.” (22.07.2014 tarih ve 29068 sayılı RG.).

15) Bkz.: dp. 9.

16) Bkz.: dp. 14.

17) KULAKLI, s. 59.

İfade edildiği üzere; kamulaştırmasız el atma davaları karma nitelikli davalar-
dır. Bu sebeple davada verilecek hükmün tazminat ile birlikte taşınmazın terkinin
veyahut mülkiyetinin idare lehine tescilini de içermesi gerekir. Bir başka ifadeyle
tazminatın yanı sıra taşınmazın aynına ilişkin de karar verilmelidir. Nitekim adli
yargı kararları bu yöndedir¹⁸ 19.

Buna karşın idarî yargıda, Anayasa m. 125/IV²⁰ ve İYUK. m. 2/II²¹ hükümleri
karşısında “*idarenin yargı kararı ile işlem tesisine zorlanamayacağı*” ilkesi²² ve
Danıştay’ın yerleşik içtihatlarına²³ göre taşınmazın terkinin veya idare adına tes-
ciline karar verilemez. Bu durumda idare mahkemesi kamulaştırmasız el atma
davalarında tazminata hükmedecek, ancak taşınmazın terkinin veya idare adına
tesciline dair *-aynına ilişkin-* karar veremeyecektir²⁴. Nitekim uygulamada, bu

- 18) HMK. m. 2/I: **Asliye Hukuk Mahkemelerinin Görevi** – “*Dava konusunun değer ve mik-
tarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına (aynına) ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin
davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.*”
- 19) Anadolu 20 Asliye Hukuk Mahkemesi’nin T. 31.01.2013 – E. 2011/592 – K. 2013/61 sayılı ka-
rarı: “... İİK. m 28 gereğince hüküm özetinin şerh edilmesi için derhal, kararın kesinleşmesini
müteakip ise yeterli suretinin infaz için Tapu Sicil Müdürlüğü’ne re’sen gönderilmesine, ...”.
- 20) Anayasa m. 125/IV: “*Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi
ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin
kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî
eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.*”
- 21) İYUK. m. 2/II: **İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı** – “*İdari yargı yetkisi,
idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler;
yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara
uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin
takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.*”
- 22) Konu hakkında detaylı açıklama için bkz.: KAYA, Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yar-
gısal Denetimi**, İstanbul 2011, s. 186 vd.
- 23) Danıştay 7. Dairesi, T. 07.04.2010 - E. 2009/1034 – K. 2010/1665 sayılı kararından: “... *İdari
yargı yetkisi, 2577 sayılı Kanunun 2’nci maddesinin 2’nci fıkrasında, idarî eylem ve işlemler-
in hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlandırılmış; idarî eylem veya işlem niteliğinde
yargı kararı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. İdari yargı yerlerinin bu denetim yetkisi,
kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığı-
nın araştırılmasını kapsar; yoksa, söz konusu yetkilerin idarî yargı yerlerince kullanılması
sonucunu yaratmaz.*”; Danıştay 6. Dairesi, T. 25.01.2007 - E. 2006/1873 – K. 2007/138 sayılı
kararından: “... *İdari yargı denetiminin gerekleri dışına çıkılarak işlemi yargılanan idarenin
yapması gereken konularda talimat niteliği taşıyan hüküm kurulmasında, yargılama hukuku
kurallarına uyarlık bulunmamaktadır.*” (Kazanıcı Bilişim – İctihat Bilgi Bankası, 19.05.2015).
- 24) İstanbul 1. İdare Mahkemesi, T. 30.12.2013 - E. 2013/2634 – K. 2013/2628 sayılı kararından: “...
*davacılar tarafından, anılan taşınmaz için kamulaştırmasız el atma nedeniyle-TL bedelin
dava tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tahsiline ve taşınmazın davacılar adına olan
tapunun iptali ile tapunun davalı idare adına tesciline karar verilmesinin istenildiği, bu şekil-
de istemde bulunulmakla idarî işlem mahiyetinde yargı kararının talep edilemeyeceği, kaldı
ki bu dava konusu taşınmazın davacılar adına olan tapu kaydının iptali ve tapu kayıtlarının
davalı idare adına tapuya tesciline yönelik istemin adli yargı mercilerinde dava konusu edil-
mesi gerektiği...*”. Aynı yönde kararlar için bkz.: İstanbul 10. İdare Mahkemesi, T. 26.12.2013
- E. 2013/2631 – K. 2013/2539; İstanbul 1. İdare Mahkemesi, T. 25.08.2014 - E. 2014/1663 – K.
2014/1077; Antalya 1. İdare Mahkemesi, T. 19.11.2012, E. 2012/892, K. 2012/1443 sayılı kararlar.

kapsamda açılan tam yargı davalarında tescil kararı verilmemekte, bunun yerine “...*hükmedilen kamulaştırma bedelinin söz konusu taşınmazın davacı tarafından her türlü kısıtlamadan ari olarak davalı idare lehine ferağ vermesi koşuluyla ödenmesine*” şeklinde hüküm oluşturulmaktadır²⁵.

İdari yargı tarafından verilen “*feraç şartına bağlı tazminat ödenmesi*” yönünde oluşturulan hükmün tartışmaya açık yönleri olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki; bilindiği üzere “*şarta bağlı mahkeme kararı tesis edilememesi*”, yargılama hukukunun temel ilkelerindendir²⁶. Bunun istisnası olarak Alman hukukunda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birisinin açmış olduğu davada diğer tarafın ödemezlik definde bulunması halinde davanın reddedilmeyerek hâkim tarafından karşılıklı ve aynı zamanda ifaya hükmedileceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır²⁷. Ancak Alman hukukundaki istisna hükümden yola çıkılarak Türk hukukunda da şarta bağlı hüküm kurulabileceği sonucuna varılamaz²⁸. Dolayısıyla kamulaştırmaz el atma davasında verilecek tazminat kararı, davacının mülkiyet hakkından tapuda feragat etmesine bağlı tutulamamalıdır. Buna karşın doktrinde, kısmen de olsa bazı hallerde şarta bağlı hüküm verilebilmesinin mümkün olabileceğini savunan görüşlerin olduğunu da ifade etmek gerekir²⁹. Ayrıca, HMK. m. 297/II’de yer alan “hükümün açık olmasının, taraflar ile hak ve yükümlülüklerinin hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde yazılması” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bir görüş³⁰ olsa da, davacının tapuda idare lehine ferağ vermesi şartı ile tazminatın ödenmesine ilişkin yukarıda ifade edilen idare mahkemesi kararının şarta tabi olmadığını iddia etmek kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

Diğer yandan, idarî yargıda görülen davalarda *dava konusu taşınmazın tapuda terkinine veya idare adına tescili şeklinde hüküm tesis edilememesi*, idarenin mağduriyetine de yol açabilecek niteliktedir. Zira tazminat ödemeye mahkûm edilen idarenin, buna karşın taşınmazın mülkiyetini edinmesi hükmen sağlanamayacaktır. Bir diğer ifadeyle hüküm, taşınmazın aynına ilişkin eksik olacaktır. Buna karşın kamulaştırmaz el atma davalarında adli yargı kararları tazminat ile birlikte TMK. m. 705/II çerçevesinde taşınmaz mülkiyetinin devrini de içermekte; bu yönüyle “*taşınmazın idare adına tesciline, ayrıca karar kesin-*

25) İstanbul 9. İdare Mahkemesi, T. 10.03.2015 - E. 2014/1955 - K. 2015/443; İstanbul 1. İdare Mahkemesi, T. 26.12.2014 - E. 2014/1044 - K. 2014/2390 sayılı kararları.

26) KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III**, İstanbul 2001, s. 3073.

27) KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler**, İstanbul 2001, s. 101.

28) ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul 2000, s. 803 (*KARSLI, s. 106’dan naklen*).

29) POSTACIOĞLU, İlhan, **Makaleler ve Karar İncelemeleri - “Şarta Muallak Hükümler”**, İstanbul 2011, s. 209.

30) PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara 2013, s. 473.

leşinceye kadar İİK. m. 28 gereğince hükmün TMK. m. 1010/II doğrultusunda geçici tescil şerhi için re'sen ilgili Tapu Sicil Müdürlüğü'ne gönderilmesine" şeklinde hüküm kurulmaktadır³¹. Kararın kesinleştiğinin tapuya bildirilmesi üzerine geçici tescil şerhi, yerel mahkeme hükmü tarihinden itibaren geçerli olmak üzere tapu kaydına işlenecektir. Dolayısıyla hükmün tescil işlemi için taşınmaz malikinin veya idarenin talebine veya işlemine lüzum yoktur.

İdari yargıda görülen kamulaştırmasız el atma davalarında idarenin, kararın gereği olarak tazminatı ödemesinin ardından adli yargıda açacağı ikinci bir dava ile taşınmazın tapu kaydının terkinin veya idare adına tescilini sağlayabileceği, bu surette mağduriyetinin önüne geçebileceği öne sürülebilir. Ancak, bu davanın birtakım maddi külfetlere ve gecikmelere sebep olacağı, bu sebeple usul ekonomisine de uygun olmayacağı hususu izahtan varestedir.

İdari yargıda taşınmazın aynına ilişkin hüküm kurulmamasının doğuracağı bir başka hukukî soruna daha değinmek gerekir: Kamulaştırmasız el atma nedeniyle idarî yargıda tazminat ödemesine hükmedilen mahkeme kararından sonraki bir tarihte ve henüz idare adına taşınmazın tescili gerçekleşmeden önce tapu kaydına güvenerek iyi niyetli olarak aynı hak edinen üçüncü kişinin kazanımı korunacak mıdır? TMK. m. 1023 hükmü çerçevesinde, bu durumda taşınmaz üzerinde mülkiyet veya sınırlı aynı hak elde eden iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımının korunacağı kuşkusuzdur³². Dolayısıyla idarî yargıda verilen tazminat kararı, taşınmaz üzerinde aynı hak edinen iyiniyetli üçüncü kişiyi bağlamayacaktır³³. Buna karşın idare, taşınmazı edinmekten bağımsız olarak hükmedilen tazminat miktarını İYUK. m. 28'e göre otuz gün içinde tazminle yükümlüdür³⁴. Bu durumda kanaatimizce hem idare tazminat ödemekle yükümlü olacak, hem de iyi niyetli üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır.

Görülmektedir ki yukarıda izah edilen tescile ilişkin ve buna bağlı olarak doğabilecek sorunların ortaya çıkış sebebi, kamulaştırmasız el atma davalarında 2010 yılı YHGK. ile birlikte ortaya çıkan adli yargı-idarî yargıya ilişkin görev

31) İİK. m. 28: **Taşınmaz Davalarında Hükümlerin Tapu Sicil Dairesine Tebliği**: "Taşınmaz davalarında davacının lehine hüküm verildiği takdirde mahkeme davacının talebine hacet kalmaksızın hükmün teftihini ile beraber hulasasını tapu sicili dairesine bildirir. İlgili daire bu ciheti hükmolunan taşınmazın kaydına şerh verir. Bu şerh, Türk Medeni Kanununun 1010 uncu maddesinin ikinci fıkrası hükmüne tâbidir.

Taşınmaz davası üzerine verilen karar ileride davacının aleyhine kesinleşirse mahkeme, derhal bu hükmün hulasasını da tapu sicili dairesine bildirir."

32) OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2014, s. 341.

33) GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku, (C. II)**, Ankara 2014, s. 715.

34) İYUK. m. 28: **Kararların Sonuçları** - "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez."

ayrımıdır. Her ne kadar görevli yargı yolu ayrımı mevcut haliyle istikrar kazanmış olsa da, yukarıda değinilen hususlar sebebiyle bu ayrımı sorgulanabilir kılmaktadır. Son yıllarda idarî yargıda açılan kamulaştırmaz el atma dolayısıyla tazminat talebiyle açılan bu tür davaların çokluğu göz önüne alındığında, tescile ilişkin ortaya çıkan hukuki sorunun ciddiyeti ortadadır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki; idare tarafından taşınmaza fiilen müdahale edilip edilmemiş olması görevli yargı yolunun tayininde belirleyici olduğu halde, gerek adli yargıda gerekse idarî yargıda “zararın kapsamı” aynı esaslar çerçevesinde belirlenmektedir. Nitekim Danıştay 6. Dairesi bir kararında, imar kısıtlılığı nedeniyle mülkiyet hakkının kullanılamaz hale gelmesinin ve buna rağmen taşınmazın kamulaştırılmamasının mülkiyet hakkının ihlaline sebep olduğu, bu durum karşısında, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 15 hükümleri çerçevesinde oluşturulacak bilirkişi heyeti tarafından kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktarda tazminat bedelinin aynı kanun m. 11 esasları doğrultusunda tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁵. Görüldüğü üzere idarî yargıda verilecek tazminat da -tıpkı adli yargıda olduğu gibi- “*Kam. K. m. 11 çerçevesinde taşınmazın kamulaştırma bedeli*” olacaktır. Bir başka ifadeyle gerek adli yargı gerekse idarî yargıda taşınmaz malikine ödenecek tazminat miktarı aynı esaslara göre belirlenecektir³⁶. Dolayısıyla, idarenin taşınmaza fiilen müda-

35) Danıştay 6. Dairesi, T. 17.04.2013 - E. 2011/8152 - K. 2013/2702 sayılı karardan: “... *Davacıya ait taşınmazın imar planında “yol ve otopark” olarak belirlenmesi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 10. maddesi uyarınca imar planının yürürlüğe girmesinden itibaren en geç 3 ay içinde bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programının belediyece hazırlanmaması ve bunun sonucunda taşınmazın kamulaştırılmaması nedeniyle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır.*

İdarece taşınmaz kamulaştırılmış olsaydı taşınmaz bedelinin mahkemece Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilerek hak sahibine ödenmesi gerekecekti; bu nedenle taşınmaz değerinin belirtilen Kanun hükümleri dikkate alınarak saptanması gerekmektedir. Öte yandan, davacıya ödenmesine hükümlenilecek tazminat tutarının, taşınmazın idare adına tapuda tescil edilmesi sırasında kamulaştırma bedeli yerine geçecek miktar olarak kabul edilmesi ve buna göre işlem yapılması zorunludur.” (Kazancı Bilişim - İctihat Bilgi Bankası, 15.01.2014).

36) İdarî yargılama usulü ve tam yargı davaları çerçevesinde ele alınması gereken bir başka husus ise, Danıştay 6. Dairesi T. 17.04.2013 - E. 2011/8152 - K. 2013/2702 sayılı kararının içeriği olmalıdır. Şöyle ki; her ne kadar Danıştay bu kararı ile imar kısıtlılığı dolayısıyla idarî yargıda açılacak davalarda tazminatın “*dava tarihi itibarıyla taşınmazın Kam. K. m. 11 çerçevesinde belirlenecek kamulaştırma bedeli*” olması gerektiğine hükmetmiş olsa da, tam yargı davası bakımından imar kısıtlılığı halinde oluşan zararın “*taşınmazın kamulaştırma bedeli*” olarak değerlendirilmesinin yerinde olup olmadığı hususu da idare hukuku ilkeleri çerçevesinde tartışılmalıdır. İmar kısıtlılığı halinde idari yargıda açılacak tam yargı davalarındaki zararın kapsamına ilişkin farklı bir yaklaşım ve öneri için bkz.: AKBULUT, Emre, “*Kamulaştırmadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay’ın Yaklaşımı ve Alternatif Çözüm Önerisi*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S.XIX, Ekim 2014, s. 447 - 489.

hale edip etmediğinden yola çıkılarak yapılan görev ayırımına rağmen her iki yargı yolunda da tazminatın kapsamı ve miktarı aynı esaslara göre belirlenecektir.

Sonuç ve Öneriler

1- İmar kısıtlılığına tabi taşınmazlarla ilgili YHGK. T. 15.12.2010-E. 2010/5-662-K. 2010/651 sayılı kararı son derece önemlidir. Yargıtay bu kararla birlikte, kamulaştırmasız el atmadan bahsedilebilmesi için “idarenin taşınmaza fiilen müdahalesi”nin zorunlu olduğu yönündeki yerleşik içtihadından vazgeçmiş, bunun yerine “taşınmaza fiilen müdahale edilmiş olmasa dahi imar programına alınmayarak ve kamulaştırılmayarak uzun yıllar pasif ve suskun kalmak suretiyle idare tarafından *mülkiyet hakkının sağladığı hak ve yetkilerin belirsiz süre engellendiği, bu surette kamulaştırmasız el atmanın oluştuğu yönünde hüküm geliştirmiştir.*

Kanaatimizce kamulaştırmasız el atma davalarında idarenin taşınmaza fiilî müdahalesi, mülkiyet hakkının ihlali bakımından bir ölçüt değildir. Bu hususta esas alınması gereken, mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkilerin kısmen veya tamamen engellenip engellenmediği olmalıdır. Bu anlamda, mülkiyet hakkına üstünlük tanıyan YHGK.’nın yaklaşımı son derece isabetli ve yerindedir.

2- YHGK. kararının doğurduğu bir sonuç olarak; Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ve Kam. K.’ya eklenen geçici m. 6/X c.III hükmü ile birlikte kamulaştırmasız el atma davalarında “*idarenin taşınmaza fiilen müdahalede bulunup bulunmadığı*” olgusundan yola çıkılarak adli yargı-idarî yargı şeklinde ikili bir görev ayırımı benimsenmiştir. Bu görev ayırımına istinaden kamulaştırmasız el atma davalarının idarî yargıda görülmesinin uygulamada sorunlara yol açacağı kanaatindeyiz.

Herşeyden önce taşınmazın hükmen tescili ile görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m. 2/D). Bir başka ifadeyle, Anayasa m. 125/IV ve İYUK. m. 2/II hükümleri gereği idarî yargıda taşınmazın hükmen tesciline karar verilemez. Kamulaştırmasız el atma davalarında ise mahkemenin, tazminat hükümünün yanı sıra dava konusu taşınmazın terkinin veyahut idare adına hükmen tesciline karar vermesi gerekir.

Yürürlükteki idarî yargılama usulü çerçevesinde değerlendirildiğinde, idarî yargıda verilen tazminat kararı sonrasında malikin tapuda rızaen ferağ vermesi ihtimalinde idarenin, tapu iptali ve tescili talebiyle dava açması gerekecektir³⁷. Bu, ideal bir çözüm olmaktan uzaktır. Ayrıca, mahkeme kararı ile belirlenen kamulaştırma bedelinin idare tarafından malike ödenmesine rağmen dava ko-

37) Taşınmazın mülkiyet hakkından feragat şartına bağlı olarak tazminata hükmedilmesine ilişkin kararların hukuk tekniği bakımından uygun olmayacağı yukarıda belirtilmiştir.

nusu taşınmazın idare adına tescilinin gerçekleşmediği dönemde “tapu siciline güven ilkesi” çerçevesinde iyiniyetli 3. kişilere yapılacak bir devir sonrasında ortaya çıkacak hukukî durum da, idarenin mağduriyetini doğuracak niteliktedir. Adli yargıda taşınmazın idare adına hükmen tescili, tüm bu ihtimalleri ortadan kaldırmaktadır.

Açıklamalarımız birlikte değerlendirildiğinde, imar planı ile kamusal fonksiyona tahsis edilmiş imar kısıtlılığı altındaki taşınmazlarla ilgili olarak kamulaştırmaz el atmadan kaynaklanan tazminat davalarının, idarenin taşınmaza fiili müdahalesinin olup olmadığı ayrımı gözetmeksizin tamamının *-daha önceki uygulamada olduğu gibi-* adli yargıda görülmesinin uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz. Zira mülkiyet hakkının ihlali bağlamında değerlendirildiğinde, taşınmaza idare tarafından fiilen el atılıp atılmaması önem teşkil etmez. Tazminat bedelinin idarî yargıda da *-adli yargıdaki-* aynı esaslarla (Kam. K. m. 11 hükümlerine göre *taşınmazın kamulaştırma bedeli*) belirlenmesi gerektiğine ilişkin Danıştay içtihadı³⁸ da adli yargı - idarî yargı görev ayrımını anlamsız kılmaktadır.

Ayrıca kamulaştırmaz el atma davalarının tamamının adli yargıda görülmesi, aynı mahiyetteki davalarda ileride oluşması muhtemel içtihat farklılığına mahal vermeyecektir.

3- İdarî yargının görevli olduğu davalarla ilgili olarak taşınmazın tapuda terkin veya idare adına tescil edilebilmesinin sağlanması bakımından, Kam. K. geçici m. 6/X'a hüküm eklenmesi de başka bir çözüm yolu olarak önerilebilir. Bu kapsamda yapılacak düzenleme ile idarî yargıda açılacak davada tazminat ödemekle yükümlü kılınan davalı idareye, taşınmaza ilişkin tapuda geçici tescil serhi ve idarî yargı kararının kesinleşmesi ile birlikte tescil talebinde bulunma yetkisi verilebilir. Bu sayede idare, kamulaştırma bedelini tazminat olarak ödediği taşınmazın mülkiyetini idarî bir işlemle elde edebilecektir.

4- Son olarak, konumuz ve alanımız dışında olmakla birlikte, idarî yargıda tescil kararı verilebilmesinin “idarenin yargı kararı ile işlem tesisine zorlanamayacağı” ilkesi karşısında ne gibi sakıncalar doğurduğu sorgulanmalı, idarî yargı tarafından taşınmazın aynına ilişkin kararlar verilebilmesine ilişkin imkânlar ele alınmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akar, Zeki, Kamulaştırma Ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, C. İn, Ankara 2007.
- Akbulut, Emre, “Kamulaştırmadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay’ın Yaklaşımı Ve Alternatif Çözüm Önerisi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.XIX, Ekim 2014, S. 447 – 489.

38) Danıştay’ın T. 17.04.2013 - E. 2011/8152 – K. 2013/2702 sayılı kararı.

- Çabri, Sezer, “Kamulaştırmasız El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması”, Eühfd., C. Xv, S. 1–2, Erzincan 2011, S. 77 – 104.
- Çınar, Turan, Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Ankara 2014.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut, İdare Hukuku, C. Iı, Ankara 2014.
- Hayta, Mehmet Ali, Kamulaştırma Ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Ankara 2014.
- Karşlı, Abdürrahim, Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001.
- Kaya, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi Ve Yargısal Denetimi, İstanbul 2011.
- Kılıç, Halil, Gayrimenkul Davaları, C. Iıı, İstanbul 2013.
- Kulaklı, Emrah, İmar Kısıtlılığı İle Arazi Ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları, İstanbul 2014 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. Iıı, İstanbul 2001.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2014.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2013.
- Postacıoğlu, İlhan, Makaleler Ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011.
- Şahiniz, C. Salih, Teoride Ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma, Ankara 2006.
- Yıldırım, Bekir, Kamulaştırma Ve Kamulaştırmasız El Atma Davaları, Ankara 2013.

ÖZET

İdari yargıda görülen kamulaştırmasız el atma davalarında verilen hüküm, taşınmazın idare adına hükmen tescilini sağlayacak nitelik taşıyamazlar. Dolayısıyla, kamulaştırmasız el atma davalarının niteliği uygun düşmeyen bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Çalışma, bu bağlamda idari yargıda görülen kamulaştırmasız el atma davalarında ortaya tescil sorununu ve buna ilişkin çözüm önerilerini ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırmasız El Atma, Mülkiyet Hakkı, Taşınmaz Mülkiyeti, Haksız Fiil, Görevli Yargı Yolu, Tescil Kararı.

Kamulaştırmasız El Atma Halinde Açılabilir Davalar, Taraf Ehliyetleri ve Nitelikleri

The Lawsuits, Parties' Competence And Qualifications in Case of Confiscation Without Expropriation

Afra Uysal

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ABSTRACT

This is a frequently encountered situation in practice that administrations illegally intervene to immovable private properties without expropriation which are stated and processed by Constitution and legislation. Therefore, the lawsuits in the case of confiscation without expropriation are very important for property owners. In this article, the possible lawsuits, their parties' competence and parties' qualifications in the case of confiscation without expropriation are examined. This examination has been made in the frame of limited legal regulations and verdicts of Constitutional Court, Supreme Court, and Council of State about confiscation without expropriations.

Keywords: confiscation without expropriation, zoning restriction, lawsuits, parties' competence, parties' qualifications.

Genel Olarak

İdareler, kamu hizmetlerini yerine getirirken ihtiyaç duydukları taşınmazlar üzerinde kamulaştırma yoluyla hak sahibi olabilirler. Mülkiyet hakkının idarenin tek taraflı tasarrufu ile malikin rızası olmaksızın kısıtlandığı veya sona erdirildiği istisnai hallerden biri olan kamulaştırma, Anayasa'nın 46. maddesinin verdiği yetki ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun gösterdiği usulle yapıldığı sürece mülkiyet hakkının ihlali olarak kabul edilmemektedir. Nitekim Anayasa'nın 35. maddesinde de, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

İdarelerin taşınmaz mal ve irtifak hakkı ihtiyacını karşılamak için öngörülen usul kamulaştırma olmakla birlikte, uygulamada idarelerin her zaman bu usule uygun hareket ettiği söylenemez. Bütçe yetersizlikleri, keyfi uygulamalar ve başkaca imar hukukundan kaynaklanan sebeplerle idarelerin özel mülkiyete tabi taşınmazlara ve irtifak haklarına hukuka aykırı olarak müdahale ettiği görülmektedir. Bu müdahaleler taşınmazı fiilen işgal etme şeklinde olabileceği gibi malikine o taşınmaz üzerinde imar faaliyetinde bulunma izni vermeyerek mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmesi şeklinde de olabilmektedir. Bu hallerde, kamulaştırmasız el atmadan söz etmek gerekir.

Kamulaştırmasız el atmanın yasal bir tanımı bulunmamakla birlikte, idarenin özel mülkiyete tabi bir taşınmaza hukuka aykırı olarak el koyması olarak tanımlanabilir¹.

Kamulaştırmasız el atma hukuki değil, fiili bir durumdur. Bir başka ifade ile mevzuatta yeri yoktur. Bu nedenle de hukuki dayanaktan yoksundur. Yargıtay'ın 16.5.1956 tarihinde vermiş olduğu 1/6 ve 1/7 sayılı içtihadı birleştirme kararları² ile kanuni düzenlemeye dayanmayan ancak fiilen mevcut olan kamulaştırmasız el atma olgusu, hukuki bir kavram haline gelmiştir. Uzun yıllar tanımı, şartları ve nitelikleri doktrin ve yargı kararları ile oluşturulan kamulaştırmasız el atma, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen³ 38. Maddesi⁴ ile kanunda yer almıştı. Kamulaştırmasız el atmadan doğan davaları 20 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlayarak mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğini ihlal eden bu hükmün iptalinden sonra Kamulaştırma Kanunu'na 5999 sayılı Kanun⁵ ile eklenen ve 6487 sayılı Kanun⁶ ile değiştirilen geçici 6. madde bu konudaki tek yasal dayanağı oluşturmaktadır. Ancak bu madde de fiilen var olan bir sorunu çözümlenmek amacıyla çıkan ve hukuki bir kurum ihdas etme amacından uzak olan bir düzenlemedir⁷.

Kamulaştırmasız el atma ile mülkiyet hakkı ihlal edilen malikin idareye karşı

- 1) Mehmet Ali HAYTA, Kamulaştırma ve Kamulaştırmasız El Koyma Davaları, 2. bs., Ankara (2014), Adalet Yayınevi, s.381.
- 2) Salih ŞAHİNİZ, Teoride ve Uygulamada Kamulaştırmasız El Koyma, Ankara (2006), Seçkin Yayıncılık, s.19.
- 3) Anayasa Mahkemesi, 10.4.2003, E.2002/112, K. 2003/33. R.G. S. 25279, T. 4.11.2003.
- 4) 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 38. Maddesi: *"Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik zilyed veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer. Bu süre taşınmaz mala elkoyma tarihinden başlar."*
- 5) R.G. S. 27627, T. 30.06.2010.
- 6) R.G. S. 28674, T. 11.06.2013.
- 7) Gürsel KAPLAN, Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, D. 2012, S.99, s.126.

sahip olduğu hukuki imkânlar mevcuttur. Malik, adli yargıda el atmanın önlenmesi, kamulaştırmaz el atma ve ecrimisil davaları ile idari yargıda tam yargı davası açma hakkına sahiptir. Ayrıca mülkiyet hakkının kısıtlanması idarenin yaptığı imar planlarından kaynaklanıyorsa, malik idari yargıda imar planının iptali davası da açabilir.

I- Kamulaştırmaz El Atma Kavramı

2942 sayılı Kanunun mülga 38. maddesi ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları⁸ doğrultusunda doktrinde yapılan tanıma göre kamulaştırmaz el atma; idarelerin kamulaştırma işlemi yapmaksızın veya kamulaştırma işlemlerini tamamlamaksızın özel mülkiyete tabi bir taşınmaza fiilen ve sürekli olarak el koymasına veya üzerine bir tesis yapmasına ya da imar planlarında taşınmazı kamu yararına tahsis etmesi neticesinde mülkiyet hakkının kullanılmasına engel olmasına denmektedir⁹.

Doktrinde yargı kararları ve 2942 sayılı kanunun ilgili hükümlerine dayanarak yapılan tanımlarda, idarenin taşınmaza fiilen el atması kamulaştırmaz el atmanın bir şartı olarak sayılmaktaydı¹⁰. Yargıtay'ın bir kararında da, *“Bir taşınmaza kamulaştırmaz el atıldığından bahsedebilmek için kamulaştırma yetkisine sahip olan idarenin sahiplenme kastı ile kamulaştırma yapmadan taşınmaza fiilen el atması gerekir.”* demek suretiyle fiili el atma şartından bahsedilmiştir¹¹.

Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.06.2010 gün, E. 2010/5-662, K. 2010/651 sayılı kararına göre; imar planında kamusal fonksiyona tahsis edilen taşınmazı uzun yıllar imar programına alınmayan ve idarenin bu konuda pasif ve suskun kalması sonucu mülkiyet hakkı ihlal edilen malikin de kamulaştırmaz el atmadan doğan hukuki imkânlarla başvurabilme hakkı olacaktır. Bu durumda, taşınmaza fiilen el atılması artık kamulaştırmaz el atmanın gerçekleşmesi için gerekli bir şart değildir¹².

İdarenin taşınmaza fiili olarak el atmadan, hukuki olarak taşınmaz üzerindeki

8) YHGK., 16.5.1956, E.1, K.6 ve E.1, K.7

9) HAYTA, a.e.g., s.382 / Turan ÇINAR, Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Ankara (2010), Adalet Yayınevi, s.3/ ŞAHİNİZ, a.e.g., s.17/ Bekir YILDIRIM, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Ankara (2012), Yetkin Yayınları, s.835. / ÇABRİ, Sezer, Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması, EÜHFD, C.XV, S.1-2, s.87.

10) Yasin ULUSOY, Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma, Ankara (2004), Nobel Yayıncılık, s.55/ HAYTA, a.e.g., s.392.

11) Y, 5. HD., 19.3.2013, E. 2013/32, K. 2013/4898.

12) ÇABRİ, a.g.m., s. 86.

mülkiyet hakkına müdahale etmesi de söz konusu olabilir. Bazı eserlerde¹³ hukuki el atma olarak da karşılaşılabilen, idarenin imar düzenlemelerinden dolayı mülkiyet hakkının kısıtlanması durumuna imar kısıtlılığı denmektedir. Daha açık bir ifadeyle imar kısıtlılığı, özel mülkiyete tabi taşınmazlarda imar planı dolayısıyla malikin mülkiyet hakkından doğan hak ve yetkilerini dilediği gibi kullanma imkânını ortadan kaldıran bir durumdur¹⁴. Yargıtay'ın 2010 tarihli kararında da bu durum; *“Uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği açıktır.”* şeklinde belirtilmiştir¹⁵.

Kamulaştırılacak taşınmaz malın imar planı sınırları dâhilinde kalması durumunda, idarenin bu taşınmazı 5 yıllık imar programı süresi içinde kamulaştırması gerekir¹⁶. Ancak uygulamada, idarelerin bütçe yetersizlikleri gibi sebepler nedeniyle durum bu şekilde işlememektedir. Taşınmazlar, uzun yıllar imar planı sınırları içinde kaldığı ve planda kamusal fonksiyona tahsis edildiği için mülkiyet hakkının anlamsız kaldığı örnekler mevcuttur. Nitekim Yargıtay da bahsedilen 2010 yılındaki kararı ile imar kısıtlılığı durumunu da kamulaştırmaz el atma olarak kabul etmiştir.

II- Kamulaştırmaz El Atmadan Doğan Davalar, Taraf Ehliyetleri ve Nitelikleri

2010 yılı YHGK sonrasında, kamulaştırmaz el atmadan doğan tazminat davalarında görevli mahkeme hususunda incelenmesi gereken önemli Uyuşmazlık Mahkemesi kararları vardır. Bunlardan biri olan 11.3.2013 gün, E. 2012/313 ve K. 2013/326 sayılı kararında Uyuşmazlık Mahkemesi; *“Belediyece ...taşınmaza fiilen el atılarak bina inşa etmesi karşısında, idarenin bu eyleminin kamulaştırmaz el atma niteliğini taşıdığı açıktır. İdarenin taşınmaza kamulaştırmaz el atmasından doğan zararın tazminine yönelik bulunan davanın haksız fiillere ilişkin özel hukuk hükümlerine göre adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir.”* demek suretiyle fiili el atmadan doğan davaların adli yargıda görüleceğine hükmetmiştir¹⁷.

Mahkeme 24.12.2012 gün, E.2012/615 ve K.2012/485 sayılı bir başka ka-

13) Taner ÖZÜLKÜ; Cemil TEMEL, Uygulamada Kamulaştırmadan Doğan Davalar, Kamulaştırmaz El Atma Davaları ve Geçici İşgal, 2.bs., Ankara (2013), Bilge Yayınevi, s. 521.

14) Emrah KULAKLI, İmar Kısıtlılığı ile Arazi ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları (yayınlanmamış doktora tezi), (2014), s. 37.

15) YHGK., 09.06.2010, E. 2010/5-662, K. 2010/651.

16) Halil KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, 4.bs., Ankara (2012), Seçkin Yayıncılık, s. 271.

17) Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.3.2013, E. 2012/313, K. 2013/326.

rarında ise “İmar planının uygulanması sonucu, uyumsuzluğa konu parselin imar planında sağlık alanında kaldığı, taşınmaza idarece fiilen el atılmadığı, ...imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.” demekle imar kısıtlılığında doğan tazminat talepli davaların idari yargıda görüleceğine hükmetmiştir¹⁸.

Çalışmamızda da bahsedilen kararlar ışığında kamulaştırmaz el atmaya karşı açılacak davalar, fiili el atmadan doğan davalar ve imar kısıtlılığında doğan davalar olarak iki ayrı başlıkta incelenecektir.

A- Fiili El Atmadan Doğan Davalar

İdarenin özel mülkiyete tabi bir taşınmaza kamulaştırmaz olarak fiilen el atmasından doğan davalar, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 11.3.2013 gün, E. 2012/313 ve K. 2013/326 sayılı kararında da belirtildiği üzere adli yargıda görülecektir. Bu nedenle, fiili el atma durumunda yargılama Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır.

1956 ile 1983 yılları arasındaki kamulaştırmaz el atmalar hariç fiili el atmadan doğan davalarda, idari yargılama usulü hukukundaki gibi dava açmadan önce idareye başvuru yapılması dava açma süresini etkilemez. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun mülga 38. maddesi ile kamulaştırmaz el atmadan doğan hakların kullanılabilmesi 20 yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır¹⁹. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 2010 yılında bu hükmü anayasaya aykırı bularak iptal etmesi ile mülkiyet hakkının özüne dokunan bu düzenleme ortadan kalkmıştır²⁰. Taşınmazın ayınından doğan davalarda dava hakkı süreye bağlı değildir. Diğer davalarda ise davanın zamanaşımı süresi içinde açılması gerekir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinde, aynı kanunun iptal edilen 38. maddesi uygulaması gereği dava haklarını 20 yıllık hak düşürücü süre sebebiyle kaybeden kişiler açısından geçmişe dönük bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre 1956 ile 1983 yılları arasında taşınmazına kamulaştırmaz el atılmış ve bu konuda bir yargı kararı alınmamış uyuşmazlıklar geçici 6. maddeye göre çözümlenecektir. Bu madde ile maliklere belli haklar tanınmıştır. Ancak aynı maddenin 1. fıkrasına göre, bu maddeden kaynaklanan davalar bakımından öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır. Bu düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi uzlaşma usulünün bu madde kapsamındaki davalar bakımından dava şartı olarak

18) Uyuşmazlık Mahkemesi, 24.12.2012, E. 2012/615, K. 2012/485.

19) Bkz: dn. 4.

20) Bkz: dn. 3.

düzenlenmesini Anayasa'ya aykırı bulmayarak iptal talebini reddetmiştir²¹.

İdarenin kamulaştırma yapmaksızın bir taşınmaza fiili olarak el atmasından dolayı idareye karşı; el atmanın önlenmesi davası, kamulaştırmasız el atma davası veya ecrimisil davası açılabilir.

1- El atmanın Önlenmesi Davası

Kamulaştırmasız el atmaya karşı açılacak davalardan biri Türk Medeni Kanunu kapsamında düzenlenen el atmanın önlenmesi davasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde "*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı... her türlü haksız el atmanın önlenmesini de dava edebilir.*" demek suretiyle malikin el atma davası açma hakkı belirtilmiştir.

16.5.1956 gün, E.1, K.6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında da bu husus değerlendirilmiş ve usulsüz olarak taşınmaz malı üzerinden yol geçirilen şahsın ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi bu fiili duruma razı olduğu takdirde, taşınmaz malının değer karşılığının verilmesini isteyebileceğine hükmedilmiştir²². Bu İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı üzerine taşınmaz malına kamulaştırmasız olarak el atılan malikin el atmanın önlenmesi veya kamulaştırmasız el atma davası açma konusunda seçimlik hakka sahip olmuştur. Buna göre malik dilerse TMK hükümlerine dayanarak idareye karşı el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, dilerse de malın mülkiyetini devretmeyi kabul ederek malın bedelinin ödenmesini dava edebilir.

El atmanın önlenmesi davası, malikin zilyetliğine ve bu suretle mülkiyet hakkına yapılmış ve halen devam etmekte olan bir saldırının önlenmesini sağlamak amacını taşır²³. Malik bu dava ile mahkemeden, mülkiyet hakkını devretme amacı gütmeyen, idare tarafından yapılan haksız el atmanın sona erdirilmesini talep eder²⁴. Malik haksız el atmanın sona erdirilmesi talebi ile birlikte taşınmazın eski hale getirilmesini de talep edebilir²⁵.

El atmanın önlenmesi davasının açılabilmesinin şartları kanunda sayılmamış olmakla birlikte doktrinde²⁶ ve yargı kararlarında aranan şartlar vardır. Buna göre el atmanın önlenmesi davası açılabilmesi için:

21) Anayasa Mahkemesi, 13.11.2014, E.2013/95, K.2014/176. R.G. S. 29294, T. 13.3.2015.

22) ŞAHİNİZ, a.g.e., s. 19.

23) OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 15.bs., İstanbul (2012), Filiz Kitabevi, s.285.

24) ULUSOY, a.g.e., s. 55.

25) ÇINAR, a.g.e., s. 9.

26) OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, a.g.e., s.286-287/ ULUSOY, a.g.e., s.55/ YILDIRIM, a.g.e., s.1018 /ÇINAR, a.g.e., s.9.

- İdare tarafından taşınmaza hukuka aykırı bir el atmanın yapılmış olması gerekir. Fakat el atmada idarenin kusurunun bulunması aranmaz.

- Taşınmaza idare tarafından fiilen el atılmış olması gerekir.

- Fiilen el atmanın devam ediyor olması gerekir.

Yıldırım'a göre el atmanın önlenmesi davası açılabilmesi için davacının taşınmaza tapuda malik olma şartı aransa da²⁷ kanaatimizce tapusuz taşınmaz üzerinde kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyet hakkını kazanan zilyet de mülkiyeti kazandığını ispat ederek bu davayı açabilmelidir.

El atmanın önlenmesi davası nitelik itibarıyla bir eda davasıdır²⁸. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesine göre eda davası ile mahkemenin davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir. El atmanın önlenmesi davasında da mahkemenin, idarenin el atmanın sona erdirilmesi gibi bir şeyi yapmamasına ya da taşınmazın eski hale getirilmesi gibi bir şeyi yapmasına mahkûm edilmesi talep edilir.

El atmanın önlenmesi davası, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkından doğan bir dava olduğu için aynı bir davadır ve mülkiyet hakkına süregelen bir tecavüz söz konusu olduğu için de herhangi bir zamanaşımına tabi değildir²⁹.

Malikin idareye karşı açtığı el atmanın önlenmesi davası kamu yararı gerekçesiyle reddedilemez³⁰. Adli yargıda açılan bu davada her ne kadar taraflardan biri idare olsa da, uyuşmazlık özel hukuka ilişkindir ve idari yargıdaki gibi yargılamada bir taraf lehine kamu yararı ilkesinin gözetilmesi söz konusu olmamalıdır. Ancak Hayta'ya göre, el atmanın önlenmesi ile taşınmazın eski hale getirilmesinin istenmesi durumunda, eski hale getirme masraflarının taşınmazın bedelinden fazla olması durumunda taşınmaz bedelinin ödenmesine ve taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesi gerekir³¹. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bazı kararlarda da durum bu şekildedir³². Bu nedenle planlarda kamusal

27) YILDIRIM, a.g.e., s. 1018.

28) OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, a.g.e., s.286.

29) OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, a.g.e., s.286.

30) YILDIRIM, a.g.e., s. 1018.

31) HAYTA, a.g.e., s. 423.

32) Y, 5. HD., 06.02.2012, E. 2011/14905, K. 2012/1204 sayılı kararı: "Belirtilen nedenle; öncelikle dava konusu taşınmazların el atılan bölümlerinin bedellerinin 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 11/1-f maddesi uyarınca olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri üzerinden bilimsel yolla taşınmazların değerinin tespiti ile dava konusu taşınmazların davalı idarece el atılan bölümlerinin eski hale getirme masraflarının karşılaştırması yapılarak, eski hale getirme bedelinin yer bedelinden daha fazla olması halinde zemin bedeline, aksi halde eski hale getirme bedeline hükmedilmesi gerektiği düşünülmeyen eksik inceleme ile karar verilmesi, doğru görülmemiştir". Yine konuya ilişkin Y, 5.HD, 30.06.2003, E. 2003/6435, K.2003/8861 sayılı kararı: "Eski hale getirme gideri zemin bedelinden fazla ise; el atılan bölümün zemin bedeline

fonksiyona sahip olan ve idarece fiilen üzerinden yol geçirmek ya da bina inşa etmek suretiyle el atılmış olan taşınmazlarda el atmanın önlenmesi davası açmak, pratik yarar olarak tercih edilmez.

El atmanın önlenmesi davası açan malik daha sonradan davanın konusunu ıslah suretiyle davasını kamulaştırmasız el atma davasına dönüştürebilir³³.

El atmanın önlenmesi davasında davacı, söz konusu taşınmazın tapuda kayıtlı olan malikidir³⁴. Malikin mirasçıları da el atmanın önlenmesi davasını açabilirler. Mülkiyet hakkından doğan bir dava olduğu için kiracı gibi zilyetler el atmanın önlenmesi davası açamazlar. Ancak, her ne kadar Yıldırım bu konuda davacı olabilmek için tapulu taşınmazın maliki olma durumunu arasa da³⁵, doktrinde tapusuz taşınmazın mülkiyetini kazandırıcı zamanaşımı suretiyle kazanan zilyedin de, mülkiyet hakkını kazandığını ispat etmesi durumunda el atmanın önlenmesi davasını açabileceği kabul edilmektedir³⁶. Kanaatimiz de bu yöndedir.

El atmanın önlenmesi davası genel nitelikte bir davadır ve mülkiyet hakkını ihlal eden herkese karşı açılabilir³⁷. Ancak kamulaştırmasız el atmadan dolayı açılan el atmanın önlenmesi davasında davalı, taşınmaza kamulaştırma yapmaksızın el koyan idaredir³⁸. Kamulaştırmasız el koyma fiilini gerçekleştiren idare ile bu işlemde yararlanan idareler farklı ise davalı idarenin tespiti önem taşır. Yargıtay'a göre davanın, adına işlem yapılan yani el atmadan yararlanan idare aleyhine açılması gereklidir³⁹.

Yetkili idarenin tespiti ile ilgili ortaya çıkan bir başka problem ise husumetin yetkili idare yerine, bu idarenin idari vesayet ilişkisi ile bağlı bulunduğu başka bir idareye yöneltmesidir. Örneğin, ayrı bir bütçesi ve tüzel kişiliği bulunan bir genel müdürlüğe dava açılması gerekirken bağlı bulunduğu bakanlık aleyhine dava açılması durumunda ne olacaktır? Yargıtay bir kararında, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'ne açılması gerekirken kurumun bağlı bulunduğu bakanlık aleyhinde açılan davanın, esasa girilmeden reddedilmesini doğru bulmayarak kararı bozmuş ve davanın doğru idareye yöneltmesi için davacıya süre verilme-

hükmedilmesi ve kamulaştırma yetkisine sahip davalı idare adına tapuya tesciline karar verilmesi gerekirken, infazda duraksamaya sebebiyet verecek şekilde, hem taşınmaza el atmanın önlenmesine ve hem de el atılan taşınmaz bölümlerinin bedelinin davacıya ödenmesi halinde bu bölümlerin tapularının iptali ile yol olarak terkinine karar verilmesi, doğru görülmemiştir".

33) YILDIRIM, a.g.e., s.1020.

34) YILDIRIM, a.g.e., s.1021/ OĞUZMAN, a.g.e., s. 287/ HAYTA, a.g.e., s.422.

35) YILDIRIM, a.g.e., s. 1018.

36) ULUSOY, a.g.e., s.72.

37) KULAKLI, a.g.e., s.73.

38) ŞAHİNİZ, a.g.e., s.138.

39) ULUSOY, a.g.e., s.74.

si gerektiğini belirtmiştir⁴⁰. Yargıtay bu kararında tarafın belirlenmesinde yapılan yanlışlığın “temsilcide hata” kurumu ile düzeltilmesine imkân sağlamıştır⁴¹. HMK. madde 124/3’e göre de “... maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir”. Dolayısıyla davalı idarenin gösterilmesindeki hata kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, karşı tarafın rızası alınmaksızın taraf değişikliği kabul edilmelidir⁴².

2- Kamulaştırmasız El Atma Davası

Uygulamada bedel davası olarak da bilinen kamulaştırmasız el atma davası esasında kanuni düzenlemeden ziyade uygulamada şekillenen bir dava türüdür. Yargıtay, bu davanın haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davası olduğunu kabul etmiştir⁴³. Karara göre; idarenin kamulaştırma yapmaksızın taşınmaza fiilen el atması, borçlar hukuku anlamında bir haksız fiil teşkil eder ve idare açısından taşınmaza verdiği zarar sebebiyle bir tazminat borcu doğurur.

Ancak haksız fiilden doğan tazminat davasından farklı olarak bu davada hâkim, taşınmazın bedelinin malike ödenmesinin yanında taşınmazın mülkiyetinin idareye devri ve tapuda idare adına tesciline de hükmeder. Bu açıdan kamulaştırmasız el atma davasının karma nitelikli bir dava olduğu söylenebilir⁴⁴. Bu dava ile idare tarafından malike taşınmazın bedelinin ödenmesi üzerine malik tarafından da tapuda idare lehine terkin işlemi yapılması amaçlanmaktadır.

Kamulaştırmasız el atma davasının niteliği hususunda doktrinde farklı görüşler de mevcuttur. Atik; kamulaştırmasız el atma davasının maddi anlamda bir dava olmayıp, dava ile idari bir fonksiyonun yerine getirildiğini, bunun esasında idare tarafından yapılması gereken bir işlemin hâkim tarafından yapılması ol-

40) Y, 5. HD., 30.3.1995, E. 1995/4810, K. 1995/6587 sayılı kararı: “Kamulaştırmasız el atma davasına konu teşkil eden taşınmaz mala, ziraat teknisyenliği binası yapmak suretiyle fiilen el atan, ayrı tüzel kişiliği bulunan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü olduğundan; husumetin, Köy İşleri Genel Müdürlüğü’ne tevcihi gerekir. Davanın, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü yerine, bu Genel Müdürlüğün bağlı bulunduğu Tarım Orman ve Köy İşleri Bakanlığı aleyhine açılmış olması temsilcideki yanılı niteliğindedir. Davanın Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü aleyhine tevchi edilmesi için davacıya süre verilmesi ve işin esasına girilerek hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü ve köy hükmü şahsiyeti aleyhine açılması gerektiğinden söz edilerek reddine karar verilmiş olması, doğru görülmemiştir.”

41) Serdar KALE, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul (2012), On İki Levha Yayıncılık, s.35.

42) HAYTA, a.g.e., s.422.

43) YİBGK, 11.02.1959, E.1958/17, K.1959/15 “... İstimlaksiz el atma halinde amme teşekkülü İstimlak Kanununa uygun hareket etmeden ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır ve bu bakımdan dava, Medeni Kanun hükümlerine giren mülkiyet tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararının tazmini davasıdır ve bu bakımdan adliye mahkemesini vazifesi içindedir.”

44) KULAKLI, a.g.e., s.87.

duğunu savunmaktadır⁴⁵. Fakat kanaatimizce kamulaştırmasız el atma davasını karma nitelikli bir dava olarak kabul etmek hukuk mantığına daha uygundur.

Kamulaştırmasız el atma davası ile malik mülkiyet hakkının devri karşılığında bedelin tahsilini talep ettiği için bu dava aynı bir davadır⁴⁶. Aynı bir dava olması sebebiyle de zamanaşımı süresine tabi değildir. Yargıtay'a göre kamulaştırmasız el atma davası aynı zamanda bir eda davasıdır⁴⁷.

Yargıtay'ın 16.5.1956 gün ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile kamulaştırmasız el atmaya karşı, malike, el atmanın önlenmesi veya kamulaştırmasız el atma davası açma konusunda bir seçimlik hak tanınmıştır⁴⁸. Kamulaştırmasız el atma davası açıldığında malik malın mülkiyetini devretmeyi kabul ederek malın dava tarihindeki bedelini talep etmiş olmaktadır⁴⁹.

Malike ödenecek bedel tespit edilirken, taşınmaz malın el atma günündeki nitelikleri dikkate alınarak dava tarihindeki değerün ödenmesine hükmedilmesi gerekir⁵⁰. Yargıtay uygulaması da bu şekildedir⁵¹.

Kamulaştırmasız el atma davası ile birlikte ecrimisil talebinde de bulunulabilir⁵². Yargıtay'ın ecrimisil talebinde üst sınır olarak kabul ettiği⁵³ tam gelir yoksunluğunu aşan bir zararın olması durumunda, bu zararların da haksız fiil hükümlerine göre ayrıca tazmini mümkün olabilmelidir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinde, 1956 ile 1983 yılları arasında hükme bağlanmamış kamulaştırmasız el atma uyuşmazlıklarının bu madde hükümlerine göre çözümleneceği düzenlenmiştir. Hayta, kamulaştırmasız el atma davası ile bu maddenin 6. fıkrasında düzenlenen bedel tespit davasının ayrı davalar olduğunu ve bedel tespit davası açılması gereken durumlarda kamulaştırmasız el atma davasının açılmayacağını savunmaktadır⁵⁴. Ancak maddenin başlığında bedel tespit davası denilmiş olsa da maddenin içeriğinde 1956 ile 1983 yılları arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin kamulaştırmasız el atma davasının açılma şartları düzenlenmiştir. Nitekim uygulamada da bu madde sadece belirtilen tarihler arasındaki uyuşmazlıklarda değil, bütün kamulaştırmasız

45) Ayşegül ÇOBAN ATİK, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Ankara (2014), Adalet Yayınevi, s.275.

46) ŞAHİNİZ, a.g.e., s.140.

47) Y, 5.HD 21.12.1998, E. 1998/17966, K.19822.

48) ŞAHİNİZ, a.g.e., s.19.

49) YILDIRIM, a.g.e., s.1018.

50) ULUSOY, a.g.e., s.64.

51) Y, 5.HD., 11.3.1992, E. 1992/3527, K. 1992/77000.

52) KULAKLI, a.g.e., s.84.

53) YHGK., 22.5.1996, E.1996/3-246, K.1996/360.

54) HAYTA, a.g.e., s.424.

el atma davalarında uygulanmaktadır⁵⁵.

Geçici 6. madde kapsamında açılacak olan bedel tespit davalarında aynı maddenin 1. fıkrası gereği dava açmadan önce uzlaşma usulüne başvurulması dava şartıdır. Uzlaşma usulünün dava şartı olarak düzenlendiği bu hükmün iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, fakat Mahkeme iptal talebinin reddine karar vermiştir⁵⁶. Bu karar ile birlikte değerlendirildiğinde, 1956 ile 1983 yılları arasında gerçekleşen kamulaştırmazsız el atmalar için öncelikle idareye başvuru yapılmasının dava şartı olması gerekir.

Uzlaşmanın içeriği, maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre uzlaşma, *“idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması halinde nakdi bedel üzerinden yapılabilir”*.

Kamulaştırmazsız el atma davası, esas olarak taşınmazın maliki veya mirasçıları tarafından açılabilir⁵⁷. Tapusuz taşınmaz üzerinde kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazandığını ispat eden zilyet de bu davayı açabilmelidir.

Davalı ise taşınmaza daha önce el atan idare başka olsa da, davanın açıldığı tarihte taşınmazı kullanan ve ondan yararlanan idare olmalıdır⁵⁸. Yargıtay'ın uygulaması da bu doğrultudadır⁵⁹.

3- Ecrimisil Davası

Ecrimisil davası, Türk Medeni Kanunu'nun 995. maddesine dayanarak malikin iyiniyetli olmayan zilyetten, malını haksız olarak alıkoymasından dolayı uğradığı zararın tazminini talep ettiği bir davadır.

Ecrimisil, malikinın rızası olmaksızın bir taşınmaz malın işgal edilmesi üzerine, mülk sahibinin işgal edenden isteyebileceği tazminata denir⁶⁰. Uygulamada ecrimisil, haksız işgal edilen taşınmazın kira karşılığı olarak kabul edilmektedir⁶¹.

Yargıtay 26.03.2009 gün ve 2009/2906 esas ve 2009/5182 sayılı kararında, taşınmaz mal açısından ecrimisilin bir haksız işgal tazminatı olduğunu ve tazminatın miktarının en az kira bedeli, en çok ise tam gelir yoksunluğu olacağını belirtmiştir⁶².

55) KULAKLI, a.g.e., s.70.

56) Anayasa Mahkemesi, 13.11.2014, E.2013/95, K.2014/176. R.G. S.29294, T.13.3.2015.

57) ŞAHİNİZ, a.g.e., s.143.

58) YILDIRIM, a.g.e., s. 848.

59) Y, 5.HD., 30.6.2005, E.2005/7040, K. 2005/7804.

60) ULUSOY, a.g.e., s.69.

61) ÇINAR, a.g.e., s.11.

62) YILDIRIM, a.g.e., s.1103.

Ecrimisil talebi malikin haksız zilyedin işgali sonucu bir zarara uğraması ve bunu ispatlaması koşuluna bağlıdır⁶³. Taşınmaza herhangi bir zarar verilmiş olması şart değildir. Sadece işgal edilmesi sebebiyle de malik ecrimisil talebinde bulunabilir⁶⁴. Nitekim taşınmazın işgal edilmiş olması malikin zarar görmesi için yeterlidir.

Kamulaştırmasız el atmadan dolayı açılan ecrimisil davasının davacısı taşınmaz maliki, davalısı ise kamulaştırmasız olarak taşınmazına el atan idaredir⁶⁵.

Ecrimisil kira bedeli olarak kabul edildiği için talep edilmesi TBK'nın 147. Maddesi gereği 5 yıllık zamanaşımına⁶⁶ tabi olacaktır.

Kamulaştırmasız el koyma halinde, ecrimisil davası tek başına açılabileceği gibi el atanın önlenmesi veya kamulaştırmasız el atma davası ile birlikte de açılabilir⁶⁷.

A- İmar Kısıtlılığında Doğan Davalar

Özel mülkiyete tabi bir taşınmazın imar planlarında kamusal fonksiyona tahsis edilmesi ve idarece kamulaştırılmaması sonucu oluşan imar kısıtlılığında doğan davalar, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 24.12.2012 gün, E.2012/615 ve K.2012/485 sayılı kararı, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici m.6/10 düzenlemesi ve bu düzenleme hakkındaki iptal talebinin reddine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 25.09.2013 gün, E.2013/93, K.2013/101 sayılı kararında⁶⁸ belirtildiği üzere idari yargıda görülecektir. Bu nedenle, imar kısıtlılığı halinde açılan davalarda yargılama, idari yargılama usulü hukukuna göre yapılacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesine göre dava açmadan önce işlemleri yapan idareye başvurulması durumunda, 60 günlük dava açma süresi idarenin ret kararından itibaren işlemeye başlayacaktır⁶⁹.

İdarenin kamulaştırma yapmaksızın bir taşınmaza hukuki olarak el atmasından dolayı malik; imar planında değişiklik talebiyle idareye başvuru yapabilir,

63) KULAKLI, a.g.e., s.78.

64) KULAKLI, a.g.e., s.76.

65) YILDIRIM, a.g.e., s.1103.

66) KULAKLI, a.g.e., s.84.

67) ŞAHİNİZ, a.g.e., s.224.

68) Anayasa Mahkemesi, 25.09.2013, E.2013/93, K.2013/101: "Kamulaştırmasız el atmadan sözü edilebilmesi için taşınmaz zilyetliğinin idareye geçmesi ve taşınmazın fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olması gerektiği; imar kısıtlamalarında taşınmazın zilyetliğinin malikte kalmaya devam etmekte olup, yalnızca malikin tasarruf yetkisinin, ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kaldığı, bu nedenle imar kısıtlamalarından kaynaklanan tazminat davaları idari yargıda açılabilir." R.G. S.29068, T.22.7.2014.

69) İYUK madde 11/3: "İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır."

imar planının iptali davası açabilir ya da tam yargı davası açarak zararının tazmin edilmesini isteyebilir.

1- İmar Planında Değişiklik Talebi ile İdareye Başvuru

Taşınmazı imar planı sınırları içerisinde kalan malik, imar planına karşı ilan süresi içerisinde idareye başvurarak imar planının değiştirilmesini talep edebileceği gibi imar kısıtlılığı bulunan taşınmazının kamulaştırılmasını da talep edebilir⁷⁰. Malikin bu talebi idare hukuku kapsamında bir idari başvuru teşkil eder. Bu başvurular, İYUK madde 11'in genel hükmü karşısında İmar Kanunu madde 8'de öngörülen hak düşürücü süreye tabidir⁷¹. Buna göre idari başvurunun imar planlarını yapan idareye karşı, imar planlarının ilan süresi olan 1 aylık süre içerisinde yapılması gerekir.

Başvurunun kabul edilip edilmemesi idarenin takdirindedir. Anayasa'nın m.125/4'teki "*idari işlem veya eylem niteliğinde ve idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği*" hükmü gereği, Danıştay'ın konuya yaklaşımı da, idarelerin kamulaştırma yapmaya zorlanamayacağı şeklindedir⁷². Ancak Danıştay, son yıllarda verdiği kararlarda, imar planı ile kamusal kullanıma ayrıldıktan sonra 5 yıllık süre içinde imar programına alınıp kamulaştırılmayan taşınmazların kamulaştırma taleplerini reddeden idari işlemlerin iptal edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁷³. Danıştay'ın yaklaşımındaki bu değişiklik, idarelerin idari başvurular hakkındaki takdir yetkisini dolaylı bir şekilde de olsa sınırlayacaktır.

İtiraz başvurusuna karşı idare, itirazı haklı görerek planın tadil edilmesine veya taşınmazın kamulaştırılmasına karar verebilir ya da itirazı açıkça veya zımnen reddedebilir⁷⁴.

İdarenin 60 gün suskun kalması başvurunun reddi anlamına gelir⁷⁵. Malikin bu aşamadan sonra 60 günlük süre içinde idari yargıda iptal veya tam yargı davası açması gerekir.

2- İmar Planının İptali Davası

İmar planında değişiklik talebiyle yaptığı idari başvurusu reddedilen kişi, red-

70) KULAKLI, a.g.e., s. 70

71) İmar Kanunu m. 8: "...Bu planlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde ve ilgili idarelerin internet sayfalarında bir ay süreyle eş zamanlı olarak ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir."

72) Emre AKBULUT, Kamulaştırmadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay'ın Yaklaşımı ve Alternatif Çözüm Önerisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.5, S.19, (2014), s.463.

73) AKBULUT, a.g.m., s. 465.

74) KULAKLI, a.g.e., s. 70.

75) İYUK madde 11/2: "...(2) Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır..."

dedilme tarihinden itibaren 60 günlük dava açma süresi içerisinde idari yargıda imar planına karşı iptal davası açabilir⁷⁶. İmar planının değişikliği talebiyle idareye başvuru yapılması, dava şartı değildir⁷⁷. İdari yargıda dava açma süresi olan 60 günlük süre içerisinde açılması koşuluyla, doğrudan imar planının iptali davası da açılabilir.

İdari yargıda açılan davanın kaynağını mülkiyet hakkı değil, idarenin eylem ve işlemleri oluşturur. Bu nedenle idari yargıda dava açma hakkının hak düşürücü süreye bağlanmış olması mülkiyet hakkının ihlalini doğurmaz.

İmar planının şehircilik ilkelerine, planlama esaslarına ve kamu yararına uygun olması, imar planı değişikliklerinin de kamu yararının üstünlüğü ilkesine uygun olarak yapılması gerekir⁷⁸. İdarenin bu hususlara uygun hareket etmemesi durumunda imar planının iptaline karar verilecektir.

İmar planlarında değişiklik talebinde bulunabilmek ya da imar planına karşı iptal davası açabilmek için “meşru ve güncel bir menfaatin” mevcut olması gerekir⁷⁹.

3- Tam Yargı Davası

İdare tarafından yapılan imar planlarının fiilen hayata geçirilmemesi ve yıllarca kamulaştırma konusunda suskun kalınması ile özel mülkiyetteki imar kısıtlılığı sonucu⁸⁰ zarara uğrayan kişi idari yargıda tam yargı davası açarak zararının tazmin edilmesini isteyebilir.

İYUK madde 2/1-b'ye göre, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarara uğrayanlar tam yargı davası açabilirler. Tam yargı davası için idari yargıda açılan tazminat davası denilebilir.

Tam yargı davası iptal davası ile birlikte açılacağı gibi tek başına da açılabilir⁸¹. Tam yargı davasının iptal davası yapılmadan veya idari başvuruda bulunulmadan doğrudan doğruya açılması durumu kanunda belli şartlara bağlanmıştır. İYUK m. 13/1'e göre, “İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle

76) KULAKLI, a.g.e., s. 71.

77) KULAKLI, a.g.e., s.71.

78) Cafer ERGEN, İmar Planları, 2.bs., Ankara (2009), Seçkin Yayıncılık, s.534.

79) KULAKLI, a.g.e., s.72.

80) ÖZÜLKÜ, Taner; TEMEL, a.g.e., s.521.

81) İYUK m. 12: “İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler...”

öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemele-ri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.” Yani tam yargı davası açılmadan önce, malikin kanunda öngörülen 1-5 yıllık süreler içinde idareye başvuru yapması şarttır. Dava açma süresi olan 60 günlük süre, idari başvurularının reddinin kendilerine tebliğinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Danıştay'ın 17.4.2013 gün, E. 2011/8152, K. 2013/2702 sayılı kararı, kamulaştırmasız el atmadan doğan tam yargı davaları bakımından son derece önemli bir karardır. Danıştay bu kararında, Anayasa ve AİHS'nin mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeleri ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ilgili düzenlemelerini değerlendirerek, imar planlarında kalan taşınmazın imar programına alınmadığı ve kamulaştırılmadığı için mülkiyet hakkının belirsiz bir süre kısıtlandığına ve bu nedenle taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmadığına hükmetmiştir⁸². Danıştay ayrıca, taşınmaz malın değerinin hesaplanmasının Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁸³.

Danıştay'ın bu tutumu sonucunda, kamulaştırmasız el atmadan doğan tam yargı davaları idari yargıda görülen bedel tespit davalarına dönüşmüştür. Bu noktada ortaya çıkan problem ise idari yargıda görülen tam yargı davalarında tazminat olarak bedele hükmedilebilirse de idare lehine bir tescil kararı verilemeyecek olmasıdır. Bu problemin uygulamada ciddi problemler doğuracağı ve çözülmesi gerektiği açıktır.

SONUÇ

Ulusal ve uluslararası hukuk metinleri ile güvence altına alınmış olan ve en temel insan haklarından biri olarak kabul edilen mülkiyet hakkının sınırları ile kamu yararı gerekçesiyle mülkiyet hakkına yapılabilecek müdahalelerin usulü ve sınırları her zaman tartışma konusu olmaya devam edecektir. Kamulaştırmasız el atma dediğimiz olgu ise kamu yararı ile mülkiyet hakkı arasında kanuni düzenlemeler ile öngörülen dengenin uygulamada oluşan hukuka aykırılıklar nedeniyle bozulmasıdır.

Kanuni metinlerin hukuka uygunluğu ne kadar önemli ise uygulayıcıların var olan kanuni düzenlemelere uygun davranması da o kadar önemlidir. Aksi halde

82) AKBULUT, s. 470.

83) AKBULUT, s. 470.

kanun üzerinde en adaletli çözümleri kabul etmiş olsak da, bu adaleti tesis edebilmek adına hiçbir şey ifade etmez. Bu nedenle idarelerin işlem ve eylemlerinde kanuna uygun hareket etmeleri hayati öneme sahiptir. Uygulamada idare tarafından bütçe yetersizlikleri veya imar problemleri gibi sebeplerle kamulaştırma usulü uygulanmaksızın özel mülkiyete müdahale edilmesi sonucu ortaya çıkan kanuna aykırılıklar mahkemeler eliyle düzeltilmeye çalışılmaktadır.

Çalışmamızda da idarenin kamulaştırma yapmaksızın özel mülkiyete tabi bir taşınmaza hukuki veya fiili el atması sonucu başvurulabilecek hukuki yollar incelenmiştir. Kamulaştırmaz el atmanın kanuni düzenlemelerden çok yargı kararları ile şekillenmesi sebebiyle, yargı içtihatlarıyla oluşan bazı düzenlemeler gözden kaçırılmış olabilir. Bu durum dahi, kamulaştırmaz el atma konusunda hukuki düzenleme ihtiyacını ortaya koymaktadır.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Emre, Kamulaştırmadan Kaynaklanan Tam Yargı Davalarına Danıştay'ın Yaklaşımı Ve Alternatif Çözüm Önerisi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.5, S.19, Ekim 2014.
- Çabri, Sezer, Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması, Eühfd, C.Xv, S.1-2, Erzincan 2011.
- Çınar, Turan, Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Çoban Atik, Ayşegül, Kamulaştırmada Yargısal Denetim, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Ergen, Cafer, İmar Planları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Hayta, Mehmet Ali, Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Koyma Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Kalabalık, Halil, İmar Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- Kale, Serdar, Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Kaplan, Gürsel, Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul Ve Esaslar, TBB Dergisi, D. 2012, S.99, Ankara 2012.
- Kazancı İctihat Bilgi Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (Son Erişim Tarihi: 24.04.2015)
- Kulaklı, Emrah, İmar Kısıtlılığı İle Arazi Ve Arsa Düzenlemesinden Doğan Taşınmaz Mülkiyeti Kısıtlamaları (Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2014.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 15. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul 2012.
- Özülkü, Taner; Temel, Cemil, Uygulamada Kamulaştırmadan Doğan Davalar, Kamulaştırmaz El Atma Davaları Ve Geçici İşgal, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2013.
- Şahiniz, Salih, Teoride Ve Uygulamada Kamulaştırmaz El Koyma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

- Ulusoy, Yasin, Yargıtay Kararları Işığında Kamulaştırmaz El Atma, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2004.
- Yıldırım, Bekir, Kamulaştırma Ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

ÖZET

İdarelerin Anayasa ve yasalar çerçevesinde belirlenen usule uymaksızın özel mülkiyete tabi bir taşınmaza kamulaştırmaz olarak müdahale etmesi ya da imar planlarında kamusal fonksiyona tahsis edilmiş olmakla birlikte taşınmazı kamulaştırmaması sonucu ortaya çıkan imar kısıtlılığı uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenle, kamulaştırmaz el atma halinde sahip olunan hukuki imkânlar mülkiyet hakkı sahibi bakımından oldukça önemlidir. Bu makalede de genel olarak kamulaştırmaz el atma halinde idareye karşı açılacak davalar, bu davalarda tarafların sahip olması gereken ehliyetler ve nitelikler incelenmiştir. Söz konusu inceleme, kamulaştırmaz el atma hakkındaki sınırlı kanuni düzenlemelerin yanında bu konuda Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay tarafından verilen yargı kararları çerçevesinde yapılmıştır.

Anahtar sözcükler: kamulaştırmaz el atma, imar kısıtlılığı, davalar, taraf ehliyetleri, taraf nitelikleri.

