



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

Cilt : 6 – Sayı : 2
Temmuz – Aralık 2015

Vol. : 6 – No : 2
July – December 2015



Directory of Research Journals Indexing



WZB
Elektronische Zeitschriften

2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2015 yılından geçerli olmak üzere ile **InfoBase Index** tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2015-16 yılından geçerli olmak üzere ile **International Scientific Journal** tarafından indekslenmeye başlamıştır.

2010 yılından itibaren **Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung WZB** tarafından taranan dergiler arasındadır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Tüm hakları saklıdır. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Journal of the Faculty of Law of İnönü University

All rights reserved. No parts of the İnönü University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the İnönü University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the İnönü University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors.

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası
Kapak Tasarım Okt. Fehmi KOLÇAK

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukuk

www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler-Editors

Doç. Dr. Tamer BUDAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Yrd. Doç. Dr. Joseph ZAND İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ceren SOYDAN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Volkan MAVİŞ İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt	School of Law, University of Exeter, United Kingdom
Prof. Dr. Alan C. Neal	School of Law, University of Warwick, United Kingdom
Prof. Dr. Neil Boister	School of Law University of Canterbury, New Zealand
Prof. Dr. Thom Brooks	School of Law, Durham University, United Kingdom
Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney	Faculty of Law, University of Calgary, Canada
Prof. Dr. Hakan Karan	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta	Atlanta's John Marshall Law School, USA
Prof. Dr. Jason Chuah	School of Law, City University London, United Kingdom
Prof. Dr. Jean Allain	School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.
Prof. Dr. Haluk Emiroğlu	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zheng Sophia Tang	School of Law, Newcastle University, United Kingdom.
Prof. Dr. Maurizio Borghi	School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.
Prof. Dr. Tomoya Obokata	School of Law, Keele University, United Kingdom.
Prof. Dr. Petra Butler	Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand
Doç. Dr. Tamer Budak	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hayri Keser	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KIRCA	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. K.Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet ÖZCAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol CAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oğuz Kürşat ÜNAL	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Tekin MEMİŞ	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vahit DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. İbrahim ERMENEK	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Oğuz S. AYDOS	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç..Dr. Serkan AYYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Mete ERDEM	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Josaph ZAND	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç yirmi gün öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, bir diskette bir nüsha A4 boyutunda bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
Ayrıca yazılar, hukuk@inonu.edu.tr adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayım yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayımlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The submissions must be delivered in both printed and electronic formats. The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
The articles may also be sent to the editorial board via hukuk@inonu.edu.tr.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.
Example: Inonu University, School of Law
11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER

Ahmet Hulusi AKKAŞ Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi (CMK md. 2018)	1-28
Başak BAŞOĞLU Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler	29-56
A.Burak BİLGİN Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları – Olumsuz Örnekler/ Uygulamalar/ Yaklaşımlar	57-128
A.Burak BİLGİN Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları – Olumlu Örnekler/ Uygulamalar/ Yaklaşımlar	129-210
Mete ERDEM İnsancıl Hukukta Martens Kaydı	211-286
Gökhan GÜNEYSU Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku -Bir Girizgâh-	287-306
Devrim GÜNGÖR Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Değeri Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler	307-318
K. Berk KAPANCI Satıcının Satış Konusuyla İlgili Olarak Verdiği (Saf) Garanti Taahhütleri	319-368
Ahmet KARAKOCALI Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığına İlişkin Düzenlemelerin Türk Hukuku ve Roma Özel Yargılama Sistemi Bakımından Değerlendirilmesi	369-400
İdil TUNCER KAZANCI Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma ile Alacaklılarından Mal Kaçırımlarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu	401-424
Bahar ÖCAL APAYDIN Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş mudur?	425-458
Veliye YANLI Halka Açık Şirketlerde Önemli Nitelikteki İşlemler	459-472

CONTENTS

Ahmet Hulusi AKKAŞ Additional Power of Criminal Courts (TCPC art. 218)	1-28
Başak BAŞOĞLU Thoughts on Strict Tort Liability, Especially on Liability for Abnormally Dangerous Activities	29-56
A. Burak BİLGİN 3 Years in Individual Application: Human Rights Record-Unfavourable Examples/Practises/Approaches	57-128
A. Burak BİLGİN 3 Years of Individual Application: Human Rights Record-Favourable Examples/Practises/Approaches	129-210
Mete ERDEM The Martens Clause and Humanitarian Law	211-286
Gökhan GÜNEYSU Global Administrative Law Froman International Legal Theory Outlook: an Introduction	287-306
Devrim GÜNGÖR Some Findings and Considerations on the Probative Value of Witness Statementin Criminal Procedure	307-318
K. Berk KAPANCI Additional Guarantees Provided by the Seller with regard to the Sold Goods	319-368
Ahmet KARAKOCALI Evaluation of the Regulations for Judicial Independence and Impartiality in terms of Turkish Law and Roman Private Trial System	369-400
İdil TUNCER KAZANCI The Uncontested Divorce, Hiding Assets from Creditors of a Spouse, the Actio Pauliana in the Light of a Decision of the Supreme Court	401-424
Bahar ÖCAL APAYDIN The Issue of Women’s Surname Has Been Resolved in the Light of Recent Jurisprudence in Turkey?	425-458
Veliye YANLI Significant Transactions in Publicly Held Corporations	459-472

CEZA MAHKEMELERİNİN EK YETKİSİ (CMK md. 218)*

Ahmet Hulusi AKKAŞ**

ÖZET

Bir ceza davasında hükmün verilmesi bazen ceza davasının konusunu teşkil etmeyen bir sorunun çözülmesine bağlı kılınmış olabilir. Bu duruma ilişkin olarak CMK'nın 218'inci maddesinin birinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: *“Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir”*.

Sanık veya mağdurun yaşı da ceza davasında önem arz edebilir. Bu konuya ilişkin olarak CMK'nın 218'inci maddesinin ikinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: *“Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmü verir”*.

Çalışmamızda CMK'nın 218'inci maddesi incelemeye tabi tutulacaktır. Bu bakımdan madde düzenlemesine paralel olarak ilk başta ceza mahkemelerinin yargılama esnasında başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümünde nasıl hareket etmesi gerekeceği belirlenmeye çalışıldıktan sonra; ortaya çıkan sorunun mağdur veya

* Bu çalışma “Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi” başlıklı doktora tez çalışmamızdan türetilmiş olup, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Ar.Gör.Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

sanığın yaşına ilişkin olması durumunda ne yapılması gerektiği de açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza davası, bekletici sorun, nispi muhakeme, bağlayıcılık etkisi, yaş tashihi.

ADDITIONAL POWER OF CRIMINAL COURTS (TCCP art. 218)

ABSTRACT

In terms of prosecution of some cases, reaching a verdict may depend on solving a problem which is not directly relevant to the prosecution. Regarding this particular situation, it is revealing to consider the first subsection of article 218 of the Criminal Procedure Code which states: *“If the proving of the charged crime depends on solving a problem that falls under the jurisdiction of courts other than criminal courts, then the Criminal Court may render its decision related to this problem also by utilizing the rules of this Code. However, it may decide on suspending the main hearing in order to bring a law suit regarding this problem at the competent court, or in order to wait until a pending case is resolved”*.

The age of the accused or the victim may be important in terms of a criminal case. In this regard, second subsection of article 218 of the Criminal Procedure Code states: *“If during the prosecution there is a problem about the determination of the age of the victim or the accused in respect to the criminal provisions, then the court shall solve this problem through using the procedure that is mentioned in the related Act, and shall render its judgment”*

In this paper, article 218 of the Criminal Procedure Code will be reviewed. In this sense, in parallel with related provision, firstly, it will consider how a criminal court must act if proving of the charged crime depends on solving a problem that falls under the jurisdiction of courts other than criminal courts; secondly, it will endeavor to express as what

must be done if the emerged problem is about the age of the accused or the victim.

Keywords: Criminal case, pending case, proratable judgment, the integrity of the legal system, the correction of the age

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218. maddesinin birinci fıkrası, yüklenen suçun ispatının bir başka mahkemece çözülmesi gereken soruna bağlı olması durumunda ceza mahkemesinin nasıl hareket edeceğine ilişkindir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında ayrıca kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın gerçek yaşının tespitinin uygulanacak ceza hükümleri açısından önem arz etmesi durumunda ceza mahkemesinin nasıl hareket edeceği hüküm altına alınmıştır. Çalışmamızda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218'inci maddesi bütün yönleri ile ele alınacaktır.

I. MADDE HAKKINDA GENEL BİLGİ

Bir ceza davasında hükmün verilmesi bazen ceza davasının konusunu teşkil etmeyen bir sorunun çözülmesine bağlı kılınmış olabilir. Bu duruma ilişkin olarak CMK'nın 218'inci maddesinin birinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: “*Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir*”.

Düzenlemeye göre, bu gibi bir durumda ceza hakiminin önünde iki seçenek bulunmaktadır: İlk olarak, ceza hakimi ön sorun hakkında kendisi karar verebilir. Ceza hakimi, sorunu kendisinin çözecek olması halinde, olayı CMK'da geçerli olan prensiplere göre çözer¹. Bu düzenleme, ceza

¹ “Bu fıkradan anlaşılıyor ki, eğer bir fiilin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına karar vermek, evvela hukuki bir meselenin halledilmesini icap ettiriyorsa, ceza mahkemesi bu meseleyi de serbest takdir prensibine göre halleder. Yoksa halli lazım gelen meselenin

hakimine kendi yetki alanı dışındaki bir sorun hakkında da karar verme yetkisini mümkün kılmaktadır. Eğer ceza hakimi ilk yolu tercih etmez ise uyuşmazlığın ilgili yargı yerinde karara bağlanması için bekleme kararı verebilir. Ceza hakimi, bekletici sorun kararını yargılamaya katılanların talebi üzerine veya resen de verebilir².

Ceza mahkemesine bekletici sorun yapma veya sorunu kendisinin çözme yetkisinin tanınmış olmasının nedeni, farklı yargı mercilerinin aynı sorun ile meşgul olmalarını, ayrıca aynı soruna ilişkin birbiriyle çelişen hükümlerin verilmesini engellemektir³. Düzenlemenin bu belirtilenlerle

hukuki olması onun Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri ile bağlı tutulmasını istilzam etmez. Mademki ceza mahkemesinde delillerin serbest takdiri kaidesi hakimdir, o halde bu mahkemede halli lazım gelen bütün meselelerin hallinde de bu kaideye riayet lazımgelir” (Kantar, B. (1957). *Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap*. (Dördüncü Bası). Ankara, s. 306); Moschüring, H. (1993). § 262. *Reihe Alternative Kommentare Kommentar zur Strafprozeßordnung*. Band 2, Teilband 2 (Gesamtherausgeber Wassermann Rudolf, Luchterhand, Rn. 1; Engelhardt, H. (2008). § 262. *Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung (Herausgegeben von Hannich, Rolf)*, (6. Auflage). München, Rn. 1; Gollwitzer, W. (2001). §262. *Löwe-Rosenberg Kommentar*. (Vierter Band), Berlin, Rn. 3.

² Eschelbach, R. (2010). § 262. *Strafprozessordnung Kommentar (Herausgegeben von Graf, Jürgen Peter)*, München, Rn. 6.

³ Moschüring, 1993, Rn. 28; Bir başka görüşe göre ise ceza mahkemelerine bekletici sorun kararı verme yetkisinin tanınmış olmasının nedeni, birbiriyle çelişen kararların verilmesinin önüne geçmek olamaz. Düzenlemenin asıl amacı, yargılamanın ekonomik yapılması ilkesinin arkasına sığınarak, ceza muhakemesinin kötüye kullanılmasının önüne geçmektir. Zira tecrübe göstermiştir ki, diğer hukuk disiplinleri ile bağlantılı durumlarda, bu hukuk disiplinine ilişkin uyuşmazlıklar ceza mahkemesine çözdürülmek istenmektedir. Çünkü ceza muhakemesinde delil serbestisinin oluşu, iddia sahibinin iddiasını daha rahat ispatlamasına olanak sağlamaktadır. Bu nedenle, birçok durumda hukuki uyuşmazlıkların ceza muhakemesi içerisinde çözdürülme girişimleri olmaktadır. Eğer ceza mahkemesine hukuk mahkemesi kararını bekleme yetkisi verilmemiş olsa ceza hakimi bu uyuşmazlık hakkında da karar vermek zorunda kalacaktı (Gollwitzer, 2001, Rn. 25). Bu görüşe katılmasak da görüşün kendi içerisinde tutarlı olduğunu belirtmemiz gerekir. Zira hem bağlayıcılık etkisini kabul etmeyip hem bu etkinin birbiriyle çelişen hükümlerin ortaya çıkmasını engellemek olduğunu söylemek bir çelişki arz eder. Çünkü bağlayıcılık etkisini kabul etmemek, bekletici soruna ilişkin verilen hüküm ile ceza hakiminin bağlı olmayacağı anlamına gelmektedir. Bu durumda ceza hakimi, ön sorunu çözen mahkeme hükmü ile tatmin olmaz ise kendisi bu hükümden ayrılabilir. Sonuçta, bağlayıcılık etkisinin kabul edilmemesi, doğal olarak birbiriyle çelişen hükümlerin meydana çıkabileceğinin kabullenilmesi anlamına gelir. Bu nedenle, hem bağlayıcılık etkisini kabul etmeyip hem de CMK md. 218 hükmünün (StPO § 262)

bağlantılı bir başka amacı ise yargılamanın hızlı ve ekonomik bir şekilde yapılmasını sağlamaktır⁴. Bu nedenle ceza mahkemesi, bu amaçları göz önünde bulundurmak suretiyle, takdir hakkını hangi seçenekten yana kullanacağına karar vermelidir.

1412 sayılı CMUK'un 255'inci maddesine göre, bir fiilin suç olup olmaması "adi hukuka" ait bir sorunun çözümüne bağlı ise ceza hakimi sorunu ceza muhakemesi hükümleri çerçevesinde çözebileceği gibi, bu durumu bekletici sorun da sayabilirdi. Madde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, adi hukuktan kastın özel hukuk ilişkileri olduğu sonucuna ulaşılmaktaydı. Zira söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında, ceza mahkemesinin hukuk mahkemesinin kararını bekleyebileceği belirtilmekteydi. Bu nedenle, sanki bir fiilin suç olup olmaması idari yargıda çözülmesi gereken bir sorunun haline bağlı olması durumunda, CMUK'un 255'inci maddesi hükmünün uygulanmayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. Buna karşılık CMK'nın 218'inci maddesinde, "yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise" denilmek suretiyle, idari uyuşmazlıklar da açıkça söz konusu hüküm kapsamına alınmıştır⁵.

birbiriyle çelişen hükümlerin ortaya çıkmasını engellemek olduğunu söylemek, açık bir çelişkidir.

⁴ Moschüring, 1993, Rn. 28; Eschelbach, 2010, Rn. 6; Gollwitzer, 2001, Rn. 25.

⁵ Benzer bir düzenleme Alman StPO'nun 262'inci paragrafında yer almaktadır. Düzenleme şu şekildedir:

"StPO 262: 1) Bir fiilin cezalandırılabilirliği özel hukuka ait bir ilişki hakkında verilecek karara bağlı ise, ceza hakimi bu mesele hakkında da, ceza yargılamasında ispata ve usule ilişkin hükümler çerçevesinde, karar verir. 2) Mahkeme ayrıca, yargılamaya ara vermeye ve davaya katılanlardan birisine hukuk mahkemesinde dava açmak için süre vermeye veya hukuk mahkemesinin kararını beklemeye yetkilidir".

CMUK md. 255 hükmünün aslı olan Alman StPO 262 hükmünde de hukuk uyuşmazlıkları zikredilmiş, idari veya diğer uyuşmazlıklardan bahsedilmemiştir. Ancak, Alman öğretisinde StPO § 262 hükmünün hukuk uyuşmazlıkları dışındaki uyuşmazlıklar için de uygulanabileceği noktasında görüş birliği mevcuttur (Moschüring, 1993, Rn. 2; Eschelbach, 2010, Rn. 2; Gollwitzer, 2001, Rn. 1; Meyer-Goßner, L. (2005). *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* §262. (48. Neu bearbeitete Auflage). München, Rn. 1).

Yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğine bağlı olması halinde, bu durumda da yargılamayı yapan ceza mahkemesinin bekletici sorun kararı verebilip veremeyeceği konusu tartışmalıdır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO), CMK md. 218 hükmünün karşılığı olan 262'nci paragrafında sadece hukuki uyuşmazlıklar zikredildiği için yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğine bağlı olması halinde, ceza mahkemesinin bu madde hükümlerine göre hareket edemeyeceği görüşü savunulmaktadır⁶.

Hukukumuzda ise yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğine bağlı olması halinde, ilk başta davaların birleştirilmesi müessesinin işletilmesi gerekir. Çünkü böyle bir durumda suçlar arasında bir bağlantı söz konusudur. Bağlantılı suçlarda ise ilk olarak savcılık, birleştirmek suretiyle davaları yüksek görevli mahkemede açabilir (CMK md. 9). Davalar ayrı mahkemelerde açılmış olsa da kovuşturma evresinin her aşamasında, bağlantılı ceza davalarının birleştirilmesine yüksek görevli mahkeme tarafından karar verilebilir (CMK md. 10, f. 1). Görüleceği gibi, uyuşmazlıklar arasında bir bağlantı bulunması durumunda, davaların birleştirilmesine karar verilip uyuşmazlık yüksek görevli mahkemede çözüme kavuşturulacağı için bekletici sorun kararı verme veya nispi muhakeme yapma yollarına gerek dahi bulunmayacaktır. Fakat uyuşmazlıklar arasında bağlantı bulunması, davaların mutlaka birleştirileceği anlamına da gelmemektedir. Eğer davaların birleştirilmesi suretiyle yargılama daha çabuk ve ekonomik yapılacaksa ve daha isabetli bir karar verilecekse birleştirme yapılmasında fayda vardır. Buna karşılık davaların birleştirilmesinde fayda yok ise davalar ayrı görülmeye devam eder.

Ancak böyle bir durumda, yargılamayı yapan ceza mahkemesinin diğer ceza mahkemesinin konuya ilişkin vereceği hükmü beklemesi gerekir. Her ne kadar CMK'nın 218'inci maddesinde “*yüklenen suçun*

⁶ Gollwitzer, 2001, Rn. 33.

ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise” denilmek suretiyle, yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine girmesi durumunda bekletici sorun kararı verilemeyeceği gibi bir durum ortaya çıksa da mahkemenin bu durumla ilgili de bekletici sorun kararı verebileceği kanaatindeyiz. Bu durumda, ceza muhakemesinde serbest olan kıyas müessesesine başvurulmak suretiyle bir çözüm yoluna gidilebilir. Çünkü mevzuatımızda bir başka ceza mahkemesinin yapacağı yargılamanın beklenmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır (Örn. TCK md. 127). Söz konusu düzenlemelerden yola çıkarak yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğine bağlı olması halinde de bekletici sorun kararı verilebileceği sonucuna ulaşılabilir.

Bekletici sorun kararı verilmesinin veya nispi muhakeme yapılmasının sadece ilk derece mahkemelerinde değil, istinaf aşamasında da uygulanma imkânına sahip olduğu; buna karşılık temyiz aşamasında ise bu hükmün uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Bunun sebebinin ise temyiz mahkemesinin, kural olarak başka olayların tespitini ve onların değerlendirilmesini dikkate alamayacak olması gösterilmektedir⁷.

II. BEKLETİCİ SORUN KARARI VERME VEYA NİSPİ MUHAKEME YAPMA KONUSUNDA CEZA MAHKEMESİNİN TAKDİR YETKİSİNİN SINIRI

A. Takdir Yetkisinin Zaman İtibariyle Sınırlandırılması

Takdir yetkisinin zaman itibariyle sınırlandırılması ile kastedilen, mahkemenin ne zaman nispi muhakeme yapmaya karar vermesi ne zaman bekletici sorun kararı vermesi gerektiğidir. Bu bakımdan ön sorun ile ilgili üç ihtimal ortaya çıkabilir. İlk olarak, ceza yargılaması yapılırken ön sorun hakkında ilgili yargı yerinde henüz bir dava açılmamış olabilir. İkinci olarak, ceza yargılamasına paralel bir şekilde, ilgili yargı yerinde de ön sorun hakkında bir yargılama yapılıyor olabilir. Son olarak da ceza

⁷ Gollwitzer, 2001, Rn. 27.

mahkemesi ön sorunu tespit etmeden önce, bu sorun hakkında ilgili yargı yerinde bir karar verilmiş olabilir. Bu ihtimaller çerçevesinde ceza mahkemesinin sorunu kendisinin mi çözeceği, yoksa bu durumu bir bekletici sorun mu sayacağını tespit edilmesi gerekir.

Maddenin düzenlemesinden, ceza hakiminin bekletici sorun kararı verme veya nispi muhakeme yapma yollarından birisini seçme konusunda tamamen serbest olduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak soruna daha yakından bakıldığında, bunu söylemenin o kadar da kolay olmadığı ortaya çıkmaktadır. Zira ön sorun hakkında ilgili yargı yerinde ceza yargılamasından önce dava açılmış olması veya bu sorun hakkında önceden ilgili yargı yerince karar verilmiş olması hallerinde, nasıl hareket edileceğine ilişkin olarak madde metninde açık bir ifade yer almamaktadır. Kanımızca ceza hakiminin bu serbestisi, ön sorun hakkında ilgili yargı yerinde herhangi bir yargılama yapılmamış olması durumunda tamdır. Zira maddenin ilk fıkrasının “Ancak” diye başlayan ikinci cümlesini göz önünde bulundurduğumuzda, ceza hakiminin bu serbestisinin söz konusu olabilmesi için henüz ortada diğer mahkemeler tarafından bir yargılamanın yapılmamış olması gerektiği sonucu çıkar. Çünkü ikinci cümlenin “ancak” diye başlaması, fıkrada yer alan her iki cümlenin bir bağlantı içinde olduğunun göstergesidir. Fıkranın ikinci cümlesine göre ise ceza hakimi, *bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilecektir*. Görüleceği gibi, ilgili yargı yerinde henüz dava açılmamış olması durumunda ceza mahkemesi dava açılması için bekletici sorun kararı verebilir veya sorunu kendisi çözer. İlgili yargı yerinde açılmış bir dava var ise ceza hakimi ancak bekletici sorun kararı verebilir⁸.

⁸ Kantar, 1957, s. 307; İlgili yargı yerinde açılmış bir dava olması halinde ceza mahkemesi nispi muhakeme yapamasa da, yapmış olduğu yargılamaya ara verip vermeme konusunda takdir hakkına sahiptir. Bkz. Tan, H. (1951, Mayıs). Medeni Hukuk Münasebetlerine Müteallik Meselelerde Ceza Mahkemesinin Yetkisi. *AD*, (5), s. 663.

Sonuç olarak 218'inci maddenin birinci fıkrasına göre ceza hakiminin önünde henüz ceza mahkemelerinden başka bir mahkemeye götürülmemiş bir sorunla ilgili iki seçenek bulunmaktadır: ceza hakimi bu sorunu ya kendisi çözecek ya da sorunun başka bir mahkemede çözülmesi için veya açılmış davanın sonucunun beklenmesi için bekletici sorun kararı verecektir. Buna karşılık ön sorun ile ilgili olarak ilgili yargı yerinde açılmış bir dava bulunmakta ise ceza hakimi sadece bekletici sorun kararı verebilecektir.

Ön sorun hakkında ilgili yargı yerinde henüz bir dava açılmamış ise ceza mahkemesi ilgililere süre vererek bu sorun hakkında ilgili yargı yerinde dava açılmasını sağlayabilir. Ceza mahkemesinin ilgililere süre vermiş olması, bu kişilerin ilgili yargı yerinde dava açmak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir⁹. Tayin ettiği süre zarfında dava açılmamış olması durumunda, ceza mahkemesinin ön sorun hakkında kendisinin karar vermesi mümkündür¹⁰. İlgililerin belirlenen süre zarfında dava açmaması halinde, ceza mahkemesinin yeniden bir süre tayin etmesine ise herhangi bir kanuni engel olmasa da bu durum, ceza yargılamasının gereksiz yere uzaması anlamına gelir. Bekletici sorun sayılması nedeniyle ceza yargılamasına ara verilmesi durumunda, dava zamanaşımına ilişkin süreler durur (TCK md. 67, f. 1)¹¹. Fakat sürenin

⁹ Moschüring, 1993, Rn. 39; Engelhardt, 2008, Rn. 10; Gollwitzer, 2001, Rn. 40.

¹⁰ HMK'nın bekletici sorunun düzenlendiği 165'inci maddesinde yer alan düzenlemeye göre ise; hukuk mahkemesinin bekletici sorun kararı verdiği durumlarda, ilgili yargı yerinde dava açması için kendisine süre verilen taraf, bu süre içerisinde davasını açmaz ise, bu tarafın bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır (HMK md. 165, f. 2). Söz konusu düzenleme tasarruf ilkesinin geçerli olması nedeniyle hukuk muhakeme açısından kabul edilebilir. Fakat ceza mahkemesinin bekletici sorun kararı verdiği durumlarda ilgili yargı yerinde dava açılmamış olması, ilgililerin bu haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez. Ceza muhakemesinde maddi gerçek araştırıldığı için artık böyle bir durumda konuyla ilgili olarak ceza mahkemesinin kendisinin karar vermesi en uygun yoldur.

¹¹ Güngör, D. ve Okuyucu-Ergün, G. (2009). Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi. *TBBB*, (83), s. 69; Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu hususu dolaylı olarak dile getirmiştir. Anılan kararın konumuzu ilgilendiren kısmı şu şekildedir: “*Yerel mahkemece, 3.3.1987 tarihli oturumunda, kadastro mahkemesinin dava dosyasının sonucunun beklenilmesine karar verilmiş ise de, yapılan*

durmuş olması, sanığın makul sürede yargılanma hakkına bir istisna getirilebileceği anlamına gelmemektedir. İlgili yargı yerinde dava açılmasını sağlamak amacıyla ceza davasının sürekli durmasına karar vermek, ceza muhakemesinin makul sürede bitirilememesine neden olabilir. Bunun neticesinde de sanığın söz konusu hakkı ihlal edilmiş olur. Bu nedenle, ceza mahkemesinin ilgililerin dava açıp açmayacaklarını en kısa sürede netleştirip bu kişilerin vereceği karara göre hareket etmesinde büyük yarar vardır.

Ön sorun, daha önceden kesin bir şekilde ilgili yargı yerinde sonuçlandırılmış ise; ceza hakiminin nispi muhakeme yapmasının veya bekletici sorun kararı vermesinin mümkün olmadığı savunulmaktadır¹². Bu görüşe kısmen katıldığımızı, kısmen de katılmadığımızı belirtmekte fayda vardır. Şöyle ki, ön sorun hakkında ilgili yargı yerince önceden karar verilmiş olması durumunda ceza hakimi, bekletici sorun sayarak ilgili yargı yerinde dava açılmasına karar veremez. Zira bu sorun hakkında daha önceden kesinleşmiş bir hüküm mevcuttur. Taraflardan birisi tekrardan dava açmak isterse bu durumda ilgili yargı yerindeki ikinci mahkeme, kesin hüküm bulunması nedeniyle davayı kabul etmeyecektir. İşletilmesi olanağı dahi bulunmayan bir yola başvurulmasının ise kabul edilmemesi gerekir. Bu yönüyle belirtilen görüş isabetlidir.

keşiflerde suça konu emvalin kesildiği yerin itirazlı 1193 nolu parsel dışında kaldığı, dolayısıyla dava konusu yer ile orman emvalinin kesildiği yerin aynı yerler olmadığı, mahkemeye suça konu emvalin kesildiği yerin, orman olup olmadığı usulünce araştırılmak suretiyle sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, sanığın hukuki durumunu hiçbir şekilde etkilemeyecek olan kadastro mahkemesine açılan dava sonucunun beklenilmesinin, ön sorun olarak kabul edilemeyeceği, zamanaşımını kesen en son işlem tarihi olan sanığın sorgusunun yapıldığı 8.7.1983 tarihinden itibaren TCY'nin 102/4. Maddesinde belirtilen 5 yıllık zamanaşımı süresinin 8.7.1988 tarihinde dolduğu saptandığından, kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına ilişkin direnme kararı isabetlidir” YCGK, 04.05.2004 tarih ve E. 2004/3-89, K. 2004/110 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 22.05.2012.

¹² Oğuzman, K. (1952, Mart). HUMK'nun İspatını Kanuni Delile Tabi Tuttuğu Bir Mesele Bir Suç Dolayısıyla Ceza Mahkemesinde Mevzubahis Olunca Her Türlü Delile İspat Edilebilir mi?. *İBD*, XXVI (3), s. 149; bağlayıcılık etkisini kabul etmeyen yazarlar da bu durumda ceza hakiminin bekletici sorun kararı veremeyeceği, buna karşılık nispi muhakeme yapabileceği görüşündedirler (Gollwitzer, 2001, Rn. 34).

Buna karşılık, ilgili yargı yerince ceza mahkemesi için bağlayıcı etkiye sahip olmayan bir hüküm verilmesi durumunda, ceza mahkemesi bekletici sorun sayarak ilgili yargı yerinde tekrardan dava açılmasına karar veremez ise de bu durumla ilgili nispi muhakeme yapabilir ve sorunu kendisine yetecek ölçüde çözebilir. İlgili yargı yerince ceza mahkemesini bağlayıcı etkiye sahip bir hükmün verilmiş olması durumunda ise ceza mahkemesi bu verilen mahkeme hükmü ile bağlı olacağı için konu ile ilgili nispi muhakeme yapamaz.

B. Takdir Yetkisinin Konu İtibariyle Sınırlandırılması

Takdir yetkisinin konu itibariyle sınırlandırılmasından, ceza mahkemesinin, öngörülen bu iki yoldan birisini seçme yönündeki takdir yetkisinin her türlü uyuşmazlık bakımından mutlak olmadığı kastedilmektedir. Kanun koyucu bazen bu gibi durumlarda ceza mahkemesinin sorunu kendisinin çözmesini zorunlu kılarken; bazı durumlarda ise bekletici sorun kararı vermesini zorunlu kılmış olabilir.

1. Bekletici Sorun Kararının Verilmesinin Zorunlu Olduğu Haller

Hukukumuzda bekletici sorun kararının verilmesinin zorunlu olmasının en tipik örneğini Anayasaya aykırılık iddiaları oluşturmaktadır. Böyle bir durumda, ceza hakimi de zorunlu olarak bekletici sorun kararı vererek bu sorunun ilgili yargı yerinde sonuçlandırılmasına kadar yargılamaya ara vermek zorundadır. 1982 Anayasası'nın 152'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, “*bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*”. Bu hüküm gereğince, uygulayacağı kanun hükümleri bakımından bir anayasaya aykırılık sorunu ortaya çıkması halinde ceza mahkemesi, bu sorunu kendisi çözemeyecek ve zorunlu olarak bu durumu bekletici sorun sayacaktır.

Ceza mahkemelerinin bekletici sorun kararı vermek zorunda olduğu haller anayasaya aykırılık iddiası ile sınırlı değildir. Bekletici sorun kararının verilmesinin zorunlu olduğu bir başka durum ise Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda yer almaktadır. Bilindiği üzere, ceza hukukunda mülkîlik ilkesi geçerlidir. Bu ilke gereğince suç Türkiye'de ister yabancı isterse de bir Türk vatandaşı tarafından işlenmiş olsun, olaya Türk kanunları uygulanır (TCK md. 8). Buna karşılık yabancı ülkede işlenen suçlarda fail veya mağdurun Türk vatandaşı olup olmaması, Türk mahkemelerinin yetkili olup olmamasında etkili olabilmektedir. İşte böyle bir durumda, fail veya mağdurun Türk vatandaşı olup olmadığı noktasında dava esnasında bir tereddüt yaşanırsa ceza mahkemesi mutlaka bekletici sorun kararı vermek zorundadır. Zira 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 36'ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "*bir kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüde düşüldüğü takdirde, bu husus Bakanlıktan sorulur*". Burada kastedilen bakanlığın İçişleri Bakanlığı olduğu açıktır (5901 sayılı Kanun md. 3)¹³.

Bekletici sorun kararının verilmesinin zorunlu olduğu bir başka durum da 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkındaki Kanun'da düzenlenmiştir. Adli, idari ve askeri yargı yerleri arasında olumlu görev uyuşmazlığının¹⁴ çıkması halinde görev konusunda

¹³ Bu konu ile ilgili olarak yürürlükten kaldırılan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 41'inci maddesinde daha açık bir ifadeye yer verildiği kanısındayız. Bu hükmeye göre "*Danıştay dışında herhangi bir Türk yargı organı önünde bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığı iddia edilir veya ilgili organ tarafından tereddüde düşülürse bu husus İçişleri bakanlığından sorulur. İçişleri bakanlığı en geç bir ay içinde kararını bildirir. İçişleri bakanlığınca verilen kararın davaya bakmakta olan mahkemece taraflara tebliğinden başlayarak bir ay içinde ilgililerce Danıştay'a başvurulmadığı takdirde bakanlık kararı kesinleşir. 2'nci fıkrada, belirtilen şekilde Danıştay'a başvurulursa, bakılmakta olan dava, karara kadar durdurulur. Sözü edilen fıkra gereğince yapılan müracaatları Danıştay üç ay içinde kesin olarak karara bağlar*".

¹⁴ Kanun'un 17'inci maddesine göre, olumlu görev uyuşmazlığı şu şekilde tanımlanmıştır: "*Olumlu görev uyuşmazlığı; adli, idari ve askeri yargıya bağlı ayrı iki yargı merciiine açılan ve tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davalarda bu yargı mercilerinin her ikisinin kendilerini görevli sayan kararlar vermiş olmaları, görev kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğu ceza davalarında bu kararların kesinleşmiş bulunması*" haline denir.

Uyuşmazlık Mahkemesince bir karar verilmeye kadar davanın görülmesi geri bırakılır (2247 sayılı Kanun md. 18, f. 1). Uyuşmazlık Mahkemesi kararını altı ay içerisinde vermelidir. Eğer altı ay içerisinde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı gelmez ise yargılamaya devam olunur. Altı ay geçtikten sonra ve fakat esasa ilişkin bir karar verilmeden önce, Uyuşmazlık Mahkemesinin kararının gelmesi durumunda, Uyuşmazlık Mahkemesinin göreve ilişkin vermiş olduğu karara uyulması gerekmektedir (2247 sayılı Kanun md. 18, f. 2).

Ceza mahkemeleri arasında olumlu madde (CMK md. 4) ve yer bakımından yetki (CMK md. 17) uyuşmazlıklarının çıkması halinde de mahkemeler yargılamaya devam edemezler. Bu konuda merci tarafından bir karar verilmeye kadar yargılamanın durdurulması gerekmektedir.

Bekletici sorun kararı vermenin zorunlu olmadığı diğer bütün durumlarda bekletici sorun kararı verme veya nispi muhakeme yapma yetkisi ceza hakimindedir¹⁵. Yargıtay ise 1412 sayılı CMUK zamanında vermiş olduğu bir kararında, yaş düzeltme ve fiilin suç olup olmamasına ilişkin konular dışındaki sorunlara ceza mahkemesince karar verilemeyeceğini; bu gibi durumlarda ceza mahkemesinin ya bekletici sorun kararı vermesi ya da eldeki kayıtlarla yetinerek hüküm kurması gerektiğine hükmetmiştir¹⁶. Yargıtay'ın bu kararı 1412 sayılı CMUK'un

¹⁵ Güngör/Okuyucu-Ergün, 2009, s. 70.

¹⁶ *“Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın adam öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde cezayı azaltıcı tahrik ve takdire ilişkin sebeplerin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümden bozma nedenleri dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanık müdafinin duruşmalı incelemede; tahrikin derecesine, Cumhuriyet Savcısının; otopsi raporunun beklenmesi gerektiğine ilişkin ve yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddine, Ancak; a) CMUK. 255. maddesinin, bir fiilin suç olup olmaması adi hukuka ait bir meselenin haliyle bağlı olan durumlarda ceza mahkemesinin bu meseleye dair karar vermesinin mümkün olduğuna işaret etmesi, maktülenin anne adında yapılan değişikliğin ise eylemin suç olup olmadığını değil suçun niteliğini değiştirmesi karşısında, ceza mahkemesinin nüfus kaydında böyle bir düzeltmeye karar verme yetkisinin bulunmadığı gözetilmeden maktülenin anne adının "C." olarak düzeltilmesine karar verilip buna göre suça vasıf verilmesi, b) Yaş düzeltilmesine veya meselenin suç olup olmamasına ilişkin ihtilaflar dışındaki meselelere ceza mahkemesince karar verilemeyeceğinden, bu gibi durumlarda hukuk*

255'inci maddesinin birinci fıkrası hükmü ile uyum arz etmektedir. Zira ilgili kanuni düzenlemede *“bir fiilin suç olup olmamasının adi hukuka ilişkin bir meselenin haline bağlı”* olması durumunda ceza mahkemesinin kendisinin bu sorun hakkında karar verebileceği belirtilmişti. Yani Yargıtay'ın belirttiği gibi, fiilin suç teşkil edip etmemesi değil de; suç olmakla beraber, özel hukuka ilişkin bir problemin çözümü, bu suçun mahiyetinde bir değişiklik yapacak ise bu durumda ceza mahkemesinin sorunu kendisinin çözmesine olanak yoktu.

Yargıtay'ın söz konusu içtihadının 5271 sayılı CMK karşısında ise bir geçerliliğinin kalmadığı düşüncesindeyiz. Zira CMK'nın 218'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, *“yüklenen suçun ispatının ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise”* ceza mahkemesi bu sorun hakkında kendisi karar verebilir. CMK bu yönüyle CMUK'tan daha geniş kapsamlıdır. Çünkü *“Yüklenen suçun ispatı”* kavramının içerisine eylemin suç teşkil edip etmemesi sorunu girebileceği gibi, o eylemin başka bir suçu veya suçun nitelikli halini oluşturup oluşturmaması hususu da girer.

2. Bekletici Sorun Kararının Verilmesinin Yasak Olduğu Haller

Bazı durumlarda ise bekletici sorun kararının verilmesi kanun tarafından yasaklanmış olabilir. CMK'nın 218'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“ kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir”*. Bu düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere, sanığın veya

mahkemesine dava açılmış ise sonucuna intizar edilmesi, aksi takdirde mevcut kayıtlarla yetinilerek hüküm kurulması gerektiğinden sanığın mevcut kayıtlar dikkate alınarak TCK.nun 448,51/1,59. maddeleri uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi icap ederken yazılı şekilde mahkumiyetine hükmedilmesi, Kanuna aykırı, sanık ve C.Savcısının temyiz itirazları bu itibarla kabul edilerek hükmün tebliğnamedeki düşünce gibi (BOZULMASINA), 26.6.2001 gününde oybirliği ile karar verildi” Yargıtay 1. CD, 26.06.2001 tarih ve E. 2001/2184, K. 2001/2972 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 22.05.2012.

mağdurun yaşının düzeltilmesi gerektiğinde, ceza mahkemesi zorunlu olarak bu sorunu kendisi gidermelidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, sanığın veya mağdurun yaşının düzeltilmesinin ceza hükümleri bakımından önem arz etmesi gerektiğidir. Örneğin, sanığın 18 yaşını ikmal etmiş olup olmaması sanığa verilecek cezanın miktarı bakımından önem arz eder. Buna karşılık sanığın örneğin 29 yaşında mı, yoksa 30 yaşında mı olduğu uygulanacak ceza hükümleri bakımından bir önem arz etmez. Bu belirtilen ikinci durumda, sanık hakkında bir ceza yargılamasının yapıyor olması, sanığın yaşının mutlaka ceza mahkemesi tarafından düzeltilmesi gerektiği anlamına gelmez¹⁷. Böyle bir durumda ceza mahkemesinin, sanığın veya mağdurun yaşını düzeltmeye yetkisi dahi yoktur. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, görülmekte olan bir ceza yargılaması varsa ve ceza hükümleri bakımından gerekli olması durumunda, sanığın veya mağdurun yaşının ceza mahkemesince düzeltilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸.

CMK'nın 218'inci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiş olmasa da diğer bazı konular bakımından da ceza mahkemesi bekletici sorun kararı veremez. Örneğin, taksirli yaralamadan dolayı sanık hakkında hem ceza yargılaması hem de mağdurun zararının tazmini için bir hukuk yargılaması sürdürülmektedir. Suçun manevi unsurunu tespit etmek bizzat ceza hakiminin görevidir. Bu nedenle ceza hakiminin, fiilin taksirli olup olmadığını kendisinin değerlendirmesi gerekir, tazminat davasının sonucunu bekleme yetkisi ise yoktur¹⁹.

¹⁷ Yargıtay 1. CD, 20.9.1957 tarih ve 566/2541 sayılı kararı, (Baykal, A. (1973, Mayıs-Haziran). Ceza Davası Sırasında Yaş Kayıtlarının Düzeltilmesi. *AD*, (5-6), s. 419).

¹⁸ Yargıtay 18. HD, 28.12.2004 tarih ve E. 2004/9139, K. 2004/10256 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD, 09.03.2004 tarih ve E. 2004/676, K. 2004/1843 sayılı karar; Yargıtay 5. CD, 15.12.2003 tarih ve E. 2003/184, K. 2003/7337 sayılı karar; YCGK, 13.06. 2000 tarih ve E. 2000/124, K. 2000/125 sayılı kararı; Yargıtay 10. CD, 22.04.1999 tarih ve E. 1999/1415, K. 1999/4763 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 23.05.2012.

¹⁹ Gollwitzer, 2001, Rn. 30.

III. CMK MD. 218 UYARINCA VERİLEN HÜKÜMLERİN CEZA MAHKEMESİNE ETKİSİ

A. Bekletici Sorun Kararı Verilmesi Durumunda İlgili Yargı Yerince Verilen Hükmün Ceza Mahkemesine Etkisi

CMK'nın 218'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, ceza hakimine ilgili yargı yerinin hükmünü bekleme imkanı vermesine karşılık madde, bu mahkemelerin vermiş oldukları hükümlerin ceza hakiminin kararına etkisinin ne olacağı konusunda ise sessiz kalmaktadır²⁰.

Öğretide bekletici sorun kararı verilmesi durumunda dahi ceza mahkemesinin ön sorun hakkında verilen mahkeme hükmü ile bağlı olmadığını düşünen yazarlar çoğunluktadır. Bu yazarlara göre, ceza hakiminin bağılıktan masuniyeti, ön sorun hakkında verilmiş hükümler bakımından da geçerlidir. Ön soruna ilişkin hüküm, suç teşkil eden fiilin gerçekleştirilmesinden önce verilmiş olsa bile, bu hükmün herhangi bir bağlayıcılık etkisi yoktur. Ceza hakimi, bu ön sorun hakkında kendisi özgürce karar verebilir. Ancak verilen mahkeme hükmünün gerçekliğine inanmış ise bu hükmü kendi hükmüne de dayanak teşkil ettirebilir²¹. Bu nedenle ceza hakimi, ön sorun hakkında karar verilebilmesi için hukuk mahkemesinin kararını bekleyebilir. Böyle bir durumda, verilmiş hukuk

²⁰ Bruns, H.J. (1957). Bindet die Rechtskraft Deklaratorischer Urteile Der Zivil- und Verwaltungsgerichte Auch Den Strafrichter?. *Festschrift Für Friedrich Lent Zum 75. Geburtstag*, München und Berlin, s. 107.

²¹ Tan, 1951, s. 662; Engelhardt, 2008, Rn. 3; Gollwitzer, 2001, Rn. 3; Moschüring, 1993, Rn. 6; Eschelbach, 2010, Rn. 2; Kaiser, E. (1972). Bindung des Strafrichters an Zivilurteile in Verfahren nach § 170 b StGB. *NJW*, Heft 41, s. 1848; Waldeyer, K. (2006). *Die Bedeutung eines rechtskräftigen Strafurteils im Rahmen der Strafzumessung*. Hamburg, s. 142; Federal Alman Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, ceza mahkemesinin StPO § 262'ye göre bekletici sorun kararı verdiği durumlarda dahi verilen mahkeme kararı ile bağlı olmayacağı görüşündedir. Yüksek mahkemeye göre ceza mahkemesi yalnızca inşai etki doğuran hukuk mahkemesi kararları ile bağlıdır (BGH, Beschluss vom 4.11.1953, 4 StR 91/53. (1954). *NJW*, s. 82).

mahkemesi hükmünü kendi hükmüne dayanak teşkil ettirmek, tamamen ceza hakiminin takdirinde olan bir husustur²².

Ceza yargılamasının durdurulmasındaki asıl amaç, aynı konuya ilişkin hem ceza mahkemesinin hem de diğer muhakeme alanlarındaki mahkemelerin birbiriyle çelişen hükümler vermesinin önlenmek istenmesidir²³. Ceza hakimi bekletici sorun kararı vererek bir bakıma bu konuda verilecek mahkeme hükmünü kabul edeceğini baştan belirtmiştir. Bu nedenle, ceza mahkemesinin bekletici sorun kararı verebilmesini kabul ettikten sonra, bunun sonucunda verilen mahkeme hükmü ile bağlı olmadığının söylenmesi açık bir çelişki arz eder²⁴.

B. Yaş Tashihine İlişkin Verilmiş Hukuk Mahkemesi Hükümlerinin Ceza Mahkemesine Etkisi

Diğer mahkemelerin vermiş oldukları hükümlerin ceza mahkemesine etkisi ile ilgili CMK'nın 218'inci maddesi bağlamında tartışmak istediğimiz bir başka sorun, sanığın veya mağdurun yaşının daha önceden bir mahkeme hükmü ile düzeltilmiş olması halinde ceza mahkemesinin ne yapacağıdır.

²² OLG Stuttgart, Urteil vom 11.03.1960- 2Ss 786/59. (1960). *NJW*, s. 2204; OLG Oldenburg, Urteil vom 18.09.1951- Ss 130/51. (1952). *NJW*, s. 118; Gollwitzer, 2001, Rn. 10.

²³ Koch, H.J. (1963). *Ist der Strafrichter an Zivilurteile Gebunden?*. Hamburg, s. 20.

²⁴ Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2011). *Medeni Usul Hukuku*. (22. Baskı). Ankara, s. 702; “mağdura ait zeytinleri terhin ettiği kabul edildiği ahvalde maznun, bahis mevzuu zeytinlerin kendisine satıldığını tahkikatın her safhasında dermeyan etmiştir. Bu husus hakkında mağdur, maznun Kemal Ziya Özyücel ile Muazzez Özyücel ve Ziraat Bankası aleyhine zeytin bedeli 14.000 liranın tahsiline mütedair Gemlik gösliye hukuk mahkemesinde dava açmıştır. İşbu dava neticesinde istihsal edilecek karar emniyeti suiistimal davasının esasına müessir olacağından, mesele-i müstehire mahiyetinde olan hukuk davasının sonucunun beklenilmesi lüzumunun düşünülmemesinde de isabet mütalaa edilemediğinden, meselenin bir kere de yüksek umumi ceza heyetince tetkik olunarak yazılı sebeplerden dolayı daire kararının kaldırılarak mahalli mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmesi hususunda itiraz edilmekle, icabı görüşülüp düşünüldü: dosya münderecatına ve tahkikat safahatına göre itiraz varit görüldüğünden 4'üncü ceza dairesinin 24.4.1959 tarihli tasdik kararının kaldırılmasına ekseriyetle karar verildi” YCGK, 15.6.1959 tarih ve 46/46 sayılı kararı, (Çağlayan, M. (1966). *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Cilt2*. Ankara, s. 424); ayrıca bkz. Yargıtay 2. CD, 26.5.1959 tarih ve 18514/18593 sayılı kararı, (Çağlayan, M, 1966, s. 425).

Bu noktada iki farklı görüş ortaya çıkmaktadır. Birinci görüşteki yazarlar, sanık veya mağdurun yaşına ilişkin daha önceden bir hukuk mahkemesi hükmü olsa da bununla ceza mahkemesinin bağlı olmayacağını ve ceza hakiminin sanığın veya mağdurun yaşını tekrardan tespit edebileceğini savunmaktadırlar. İkinci görüşteki yazarlar ise yaş düzeltmeye ilişkin hukuk mahkemesi tarafından bir hüküm verilmiş olması durumunda, ceza mahkemesinin bu hükümlerle bağlı olması gerektiğini; bundan dolayı yeniden sanığın veya mağdurun yaşının tespit edilemeyeceği kanaatinde dirler.

Yargıtay kararlarında ise bir istikrar söz konusu değildir. Yüksek mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarında, ceza mahkemesinin sanığın veya mağdurun yaşını düzeltten hukuk mahkemesi kararı ile bağlı olacağını söylerken; diğer bazı kararlarında ise ceza mahkemesinin maddi gerçeği araştırdığı gerekçesiyle, hukuk mahkemesi hükmünden ayrılabileceğine hükmetmiştir.

1. Hukuk Mahkemesince Hüküm Verilmiş Olsa da Ceza Hakiminin Yaş Düzeltmesi Yapabileceği Görüşü

Bu görüşteki yazarlara göre, sanık veya mağdurun yaşı daha önceden bir hukuk mahkemesi tarafından düzeltilmiş olsa da eğer ceza hakimi sanığın veya mağdurun düzeltilmiş bu yaşının doğru olmadığını düşünüyorsa gerçek yaşı tekrardan araştırır²⁵.

²⁵ Kunter, N. (1989). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası). İstanbul, s. 311; Hukuk mahkemesince hüküm verilmiş olsa da ceza hakiminin tekrardan yaş tespiti yapabileceği görüşünü savunan yazarlara YCGK'nın 30. 03. 1981 tarih ve E. 1981/5-2, K. 1981/106 sayılı kararı ilham vermiştir. Yargıtay söz konusu kararında özetle şu hususları belirtmiştir: “Mağdurenin olay tarihindeki gerçek yaşı, Adli Tıp Meclisi raporu gibi kuşkuya yer bırakmayacak bir delille kesinlikle saptanabildiği ve bu gerçek yaşı ile, nüfus kaydındaki kesinleşmiş bir ilamla düzeltilmiş yaşı arasında, olayımızda olduğu gibi, sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde bir uyum bulunmadığı takdirde, ceza hakiminin maddi hakikat açık bir şekilde ortada iken, şekli hakikatle yetinip sanığa daha fazla bir ceza verilmesi gibi, hak ve adalet duygularını inciten bir uygulama yapıp yapamayacağı sorunu yine de zihinleri kurcalamakta ve bu olay dolayısıyla gündemimizde yer almış bulunmaktadır...”, www.hukukturk.com, erişim tarihi 25. 05. 2012; aynı yönde Yargıtay 5. CD, 2.2.1982 tarih ve E. 1982/44, K. 1982/229 sayılı kararı, (YKD, Haziran 1982, 8(6), s. 876-877).

Bu yazarlardan bazıları, yaş düzeltme ile ilgili ceza mahkemesinin bir nispi muhakeme yaptığı görüşündedir. Nispi muhakeme yapılmış olması; eğer mağdur veya sanığın yaşı ilk defa ceza mahkemesi tarafından düzeltiliyor ise ceza yargılamasından sonra sanık veya mağdurun yaşını düzeltmek amacıyla tekrardan görevli ve yetkili yargı yerinde dava açabileceği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, ceza mahkemesinin yaptığı işe düzeltme dahi denilmemeli, yaş tespitinden söz edilmelidir²⁶. Ceza mahkemesinin yaptığı iş yaş düzeltme değil, sadece gerçek yaşı tespit olduğu için sanığın veya mağdurun yaşının önceden hukuk mahkemesinde düzeltilmiş olması bir anlam ifade etmez. Ceza mahkemesi, eğer önceden verilmiş hukuk mahkemesi hükmüne itibar etmiyorsa sadece o yargılama ile sınırlı olmak kaydıyla, sanığın veya mağdurun gerçek yaşını tespit edebilir.

Buna karşılık bir başka görüşe göre ise ceza mahkemesinin yaptığı iş nispi muhakeme değildir. Bu durumda davaların birleştirilmesi söz konusudur. Başka bir deyişle ceza mahkemesinin sanığın veya mağdurun yaşını düzeltiltiği durumda, bu karar sadece o dava bakımından değil, her iş bakımından geçerli olmalıdır. Bunun sonucu olarak da ceza mahkemesi tarafından yaşı düzeltilmiş olan kişi, hukuk mahkemesinde tekrardan yaşını düzeltmek isterse bu talebi, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36'ncı maddesinin birinci fıkrasının "b" bendi²⁷ nedeniyle reddedilmelidir²⁸. Yaş düzeltme işi, ceza mahkemesi tarafından davaların birleştirilmesi suretiyle yapıldığı için kural olarak hukuk mahkemesi tarafından verilmiş karar ceza mahkemesi için bir karine oluşturur. Ancak hukuk mahkemesinin

²⁶ Kunter, 1989, s. 312, dn. 92.

²⁷ Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Kararın tam metni için bkz. Anayasa Mahkemesi, 30.03.2012 tarih ve E. 2011/34, K. 2012/48 sayılı kararı, http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000257&content=, erişim tarihi, 27.01.2014.

²⁸ Tosun, Ö. (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. cilt 1, Genel Kısım, (Üçüncü Bası). İstanbul, s. 338; Yargıtay da bir içtihadı birleştirme kararında, ceza mahkemelerince yapılan yaş tespitlerinin dahi nüfus kütüğüne işlenmesi gerektiğine karar vermiştir: YİBK, 31.01. 1945 tarih ve E. 1944/22, K. 1945/3 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 25.05.2012.

vermiş olduğu bu kararın aksi sabit olursa ceza mahkemesi, bu karardan ayrılabilir ve sanığın veya mağdurun yaşını kendisi tespit eder²⁹. Sonuç olarak bu görüş de ilk görüş gibi, ceza mahkemesinin hatalı olarak değerlendirdiği hukuk mahkemesi hükmünden ayrılabilceğini kabul etmektedir. Zira bir taraftan ceza muhakemesinde maddi gerçek, hukuk muhakemesinde ise şekli gerçek aranmaktadır. Diğer taraftan, hukuk ve ceza davalarının konuları, tarafları ve mahiyetleri tamamıyla ayrı olduğu için hukuk mahkemelerinden verilen kesinleşmiş bir hükmün kural olarak ceza davasına herhangi bir etkisinin olmaması gerekir. Ancak hukuk mahkemesinin kesin hükme bağladığı meselenin halli, daha önce bekletici mesele yapılarak hukuk mahkemesine tevdi edilmiş ise bu konuda verilecek hüküm, diğer delillerle birlikte takdir edilir ve kuşkusuz ceza mahkemesince göz önünde tutulur³⁰.

2. Hukuk Mahkemesince Hüküm Verilmiş Olması Durumunda Ceza Hakiminin Yaş Düzeltmesi Yapamayacağı Görüşü

Diğer görüşteki yazarlara göre, sanık veya mağdurun yaşı daha önceden bir hukuk mahkemesi tarafından düzeltilmiş ise ceza hakimi, sanığın veya mağdurun yaşını tekrardan düzeltemez. Zira hukuk mahkemesince verilmiş hüküm ceza mahkemesi için kesin hüküm teşkil eder³¹.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında özetle şu hususu dile getirmiştir: “...ceza davası açılmadan evvel yaş tashihi davalının asliye hukuk mahkemesince karar verilerek kesinleşmesine göre, hukuk mahkemesi ilamının doğruluğundan şüphe edilmeye, yeniden tashihi yoluna gitmeye hukuk muhakemeleri usulü kanununun 237’inci maddesi mani olduğu gibi, muhakemenin iadesi yoluna başvurularak kesin hüküm

²⁹ Tosun, 1981, s. 291.

³⁰ YCGK, 30. 03. 1981 tarih ve E. 1981/5-2, K. 1981/106 sayılı kararı.

³¹ Baykal, 1973, s. 423; Kuru/Arslan/Yılmaz, 2011, s. 701; Akcan, R. (1988). *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 80; Erçin, F. (2000). *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi - Borçlar Kanunu 53.maddesi*. İstanbul, s. 45.

*ortadan kaldırılmadıkça yaş tashihi isteğinin ceza mahkemesince yeniden ele alınmasına imkan yoktur*³².

3. Görüşümüz

Kanımızca yaş düzeltmeye ilişkin olarak hukuk mahkemesince önceden verilmiş hüküm, ceza mahkemesini bağlar. Bu görüşümüzün gerekçelerini şu şekilde sıralayabiliriz:

İlk olarak ceza mahkemeleri de sanığın veya mağdurun yaşını düzeltirken bunu nispi muhakeme şeklinde değil; tam aksine davaların birleştirilmesi şeklinde yapmaktadır. Çünkü CMK'nın 218'inci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça, ceza mahkemesinin ilgili kanundaki hükümler çerçevesinde sanığın veya mağdurun yaşına ilişkin sorunu çözeceği hüküm altına alınmıştır. Eğer kanun koyucu ceza mahkemesinin sorunu kendi yargılamasına yetecek oranda çözeceği düşüncesindeyse bunu açıkça belirtirdi. Ayrıca söz konusu edilen sanığın veya mağdurun yaşının tespitinin, ceza yargılamasına yetecek oranda çözülmesi ne anlama gelmektedir? Sanığın veya mağdurun ceza yargılaması bakımından belirli bir yaşta, diğer durumlarda farklı bir yaşta olduklarını kabul etmek ne derece doğrudur? Hukuk mahkemesi yaş tespiti ile ilgili hatalı bir karar vermiş olabilir. Fakat bu hatalı kararlar bağlı olunmamasını sağlamak için ceza mahkemesinin yaptığı iş nispi muhakeme olarak değerlendirilemez.

Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarında açılmış bir ceza davası var ise hukuk mahkemesindeki dava ile ceza davasının birleştirilmesi gerektiğine hükmetmiştir³³. Zira her iki uyuşmazlığın da konusu, sebebi

³² Yargıtay 1. CD, 25. 09. 1963 tarih ve 1281/1850 sayılı kararı, (Baykal, 1973, s. 422); ayrıca bkz. YCGK, 19.11.1962 tarih ve 48/44 sayılı kararı; Yargıtay 1. CD, 2.10.1962 tarih ve 2120/2325 sayılı kararı, (Çağlayan, M, 1966, s. 419-420).

³³ “Ceza Usulünün 255'inci maddesinin son fıkrası hükmünce tahkikat esnasında yaş tashihleri Nüfus Kanunu'ndaki usule göre ceza mahkemelerine aittir. Son tahkikatın açılması kararında Usulün 255/sonuncu maddesi icabınca lüzum görülecek tashih mahkemece nazara alınmasına işaret olunmakla beraber, mahkeme maznunun yaş tashihi davasına Taş Köprü asliye hukuk mahkemesinde bakılmakta olduğuna muttali olduğu halde, o dava dosyasını getirip birleştirerek ağır cezada, maznunun yaşının tashihine lüzum bulunup bulunmadığını ve delillerini tetkik etmesi ve röntgen ile kemik

ve tarafları aynıdır. Davaların birleştirilmesinin gerektiğini söylemek, Yargıtay'ın ceza mahkemesinin yaş düzeltmeye ilişkin yapmış olduğu işin bir nispi muhakeme değil, bağımsız bir dava olduğunu kabul ettiği anlamına gelir.

İkinci olarak CMK'nın 218'inci maddesinin ikinci fıkrasında açıkça, ceza mahkemesinin de ilgili kanun hükümlerine göre meseleyi çözeceğinden bahsedilmektedir. Bu demek oluyor ki, yaş düzeltmeye ilişkin olarak önceki hukuk mahkemesi ile ceza mahkemesi aynı usulü takip edecektir. Bu nedenle Yargıtay'ın 30.03.1981 tarihli kararında savunduğu “*maddi gerçeği araştıran ceza mahkemesinin şekli gerçeği araştıran mahkeme kararı ile bağlı olmayacağı*” görüşüne katılmamaktayız. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında, “*yaş tashihi istenen kimsenin tashih edilecek yaşta bir kardeşi bulunur ve ikiz olmadıkları anlaşılır ise diğer kardeşlerin celp ve muayenesinden hasıl olacak kanaate göre hüküm verilmelidir*” demektedir³⁴. Bu karardan da açıkça anlaşıldığı üzere, hukuk mahkemesi de ilgilinin gerçek yaşını tespit etmek amacıyla gerekli bütün incelemeleri yapmalıdır. Davacının talebi ve tanıkların ifadeleri ile yetinmemelidir.

Ceza mahkemesince yapılan yaş düzeltme işinin ayrı bir dava olarak görülmesinin bir diğer sonucu, hukuk mahkemeleri ile ceza mahkemeleri arasında görev uyuşmazlığının çıkacak olmasıdır. Bu bakımdan ceza muhakemesinin hangi aşamasında hukuk mahkemeleri yetkili olmalı, hangi aşamasında ceza mahkemeleri yetkili olmalı, onun tespit edilmesi de gerekir:

İlk olarak şüphelinin veya mağdurun yaşı ile ilgili problem soruşturma aşamasında ortaya çıkmış olabilir. Şüpheli veya mağdurun gerçek yaşının tespiti soruşturma aşamasında da önem arz etmektedir. Soruşturma aşamasında ortada henüz görevli ve yetkili mahkeme

sistemini tetkik ettirerek hakiki yaşını tespit eylemesi icap ederken Taş Köprü hukuk mahkemesindeki yaş davası neticesini bekleyerek vazifesiz mahkemenin vermiş olduğu 10.10.1956 tarihli karara istinatla maznunun doğumunun 1.3.1926 olduğunu kabul ile hüküm tesisi yolsuzdur” Yargıtay 1. CD, 189/2985, (Çağlayan, M, 1966, s. 422).

³⁴ YHGK, 27. 12. 1950 tarih ve 2-148-93/99 sayılı kararı, (Baykal, 1973, s. 419).

bulunmadığı ve savcılığın yaş düzeltmeye ilişkin bir yetkisi olmadığı için bu aşamada ortaya çıkan sorun hukuk mahkemesi tarafından giderilmelidir. Sorun hukuk mahkemesi tarafından giderilinceye kadar yaş tespiti ile ilgili olanlar bakımından soruşturma işlemleri askıya alınmalıdır³⁵.

İkinci olarak hukuk mahkemesindeki yaş düzeltmeye ilişkin açılmış dava, ceza muhakemesinde kovuşturma evresine geçildikten sonra açılmış olabileceği gibi; hukuk mahkemesinde dava devam ederken, diğer taraftan ceza muhakemesinde kovuşturma evresine geçilmiş olabilir. CMK'nın 218'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşı ile ilgili bir problemin çözülmesi noktasında ceza mahkemeleri yetkili olduğu için hukuk mahkemesinin böyle bir davaya bakmaması ve görevsizlik kararı vermesi gerekir³⁶.

³⁵ "1.10.1986 doğumlu olan sanığın 21.9.1997 suç tarihinde 10 yaşında olup 11 yaşından küçük olması sebebiyle 2253 sayılı kanunun 11. maddesi gereğince hakkında kamu davası açılmasının mümkün olmadığı, c. savcılığınca yaşı yönünden kuşku duyulması halinde Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açılıp yaşının düzeltilmesinin istenmesi ve sonucunda 11 yaşından büyük olduğu anlaşılırsa kamu davasının açılması gerekli olduğu cihetle CMUK'nun 255. maddesine göre yaş tashiherinin ceza mahkemesinde yapılmasının usulen açılmış davalarda uygulanabileceği gözetilerek aynı kanunun 253/4. maddesi uyarınca yargılamanın durmasına ve dosyanın C. Savcılığına tevdiine karar verilmesi gerekirken hatalı olarak açılan davada yargılama sürdürülüp yaş tashihi de yapılmak suretiyle hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan sair yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak (**BOZULMASINA**), 24.2.2000 tarihinde oybirliğiyle karar verildi" Yargıtay 2. CD, 24. 02. 2000 tarih ve E. 2000/1437, K. 2000/2034 sayılı kararı; aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 18. HD, 24. 10. 1995 tarih ve E. 1995/10227, K. 1995/10625 sayılı kararı; Yargıtay 2. CD, 29. 09. 1994 tarih ve E. 1994/ 8254, K. 1994/9667 sayılı kararı; YCGK, 04. 05. 1987 tarih ve E. 1987/6-121, K. 1987/251 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.

³⁶ "Dava, S. G.'in nüfus kütüğünde yazılı 03.03.1992 olan doğum tarihinin 03.03.1989 olarak değiştirilmesi istemine ilişkindir. Dosyada toplanan bilgi ve belgelerden, doğum tarihinin düzeltilmesi istenilen S. G.'in Afyon ili Şuhut ilçesi nüfusuna kayıtlı olduğu ve velisi (babası) ile birlikte Afyon il merkezinde oturduğu, buna göre 1587 Sayılı Nüfus Yasası'nın 46.maddesi hükmü uyarınca davaya bakmakta adı geçenin oturduğu yer Afyon Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yetkili bulunduğu anlaşılmakta ise de; Eskişehir Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.01.2005 gün ve 2004/470 esas sayılı yazısı içeriğinden S.'in rızası ile kaçırılıp alıkonulmak suçlarından sanık E. G. hakkında kamu davasının açılmış olduğu belirlendiği cihetle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 255.maddesinin son

SONUÇ

Çalışmamızda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218'inci maddesi tüm yönleri ile alınmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda ceza mahkemesinin hangi durumlarda bekletici sorun kararı vererek, sorunun ilgili yargı yerinde çözülmesini bekleyeceği; hangi durumlarda sorunu kendisinin ele alması gerektiği hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Konuya ilişkin teorik açıklamalar Yargıtay kararları ile zenginleştirilmiş ve konu hakkında kendi görüşümüze de yer verilmiştir.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- Akcan, R.** (1988). *Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Baykal, A.** (1973, Mayıs-Haziran). Ceza Davası Sırasında Yaş Kayıtlarının Düzeltilmesi. *AD*, (5-6)
- Bruns, H.J.** (1957). Bindet die Rechtskraft Deklaratorischer Urteile Der Zivil- und Verwaltungsgerichte Auch Den Strafrichter?. *Festschrift Für Friedrich Lent Zum 75. Geburtstag*, München und Berlin.
- Engelhardt, H.** (2008). § 262. *Karlsruher Kommenter Zur Strafprozessordnung (Herausgegeben von Hannich, Rolf)*, (6. Auflage). München.
- Ercin, F.** (2000). *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi - Borçlar Kanunu 53.maddesi*. İstanbul.

fıkrası uyarınca mağdurenin yaşının düzeltilmesi davasının adı geçen Ağır Ceza Mahkemesinde görülmesi gerekir” Yargıtay 18. HD, 29. 03. 2005 tarih ve E. 2005/1705, K. 2005/2924 sayılı kararı; aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 18. HD, 28. 12. 2004 tarih ve E. 2004/9139, K. 2004/10256 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD, 09. 03. 2004 tarih ve E. 2004/676, K. 2004/1843 sayılı kararı; Yargıtay 18. HD, 27.01.2011 tarih ve E. 2010/12143, K. 2011/689 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.

- Eschelbach, R.** (2010). § 262. *Strafprozessordnung Kommentar* (Herausgegeben von Graf, Jürgen Peter), München.
- Gollwitzer, W.** (2001). §262. *Löwe-Rosenberg Kommentar*. (Vierter Band), Berlin.
- Güngör, D ve Okuyucu-Ergün, G.** (2009). Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi. *TBBD*, (83).
- Kaiser, E.** (1972). Bindung des Strafrichters an Zivilurteile in Verfahren nach § 170 b StGB. *NJW*, Heft 41.
- Kantar, B.** (1957). *Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap*. (Dördüncü Bası). Ankara.
- Koch, H.J.** (1963). *Ist der Strafrichter an Zivilurteile Gebunden?*. Hamburg.
- Kunter, N.** (1989). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası). İstanbul.
- Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E.** (2011). *Medeni Usul Hukuku*. (22. Baskı). Ankara.
- Meyer-Goßner, L.** (2005). *Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen §262*. (48. Neu bearbeitete Auflage). München.
- Moschüring, H.** (1993). § 262. *Reihe Alternative Kommentare Kommentar zur Strafprozeßordnung*. Band 2, Teilband 2 (Gesamtherausgeber Wassermann Rudolf), Luchterhand.
- Oğuzman, K.** (1952, Mart). HUMK'nun İspatını Kanuni Delile Tabi Tuttuğu Bir Mesele Bir Suç Dolayısıyla Ceza Mahkemesinde Mevzubahis Olunca Her Türlü Delille İspat Edilebilir mi?. *İBD*, XXVI (3).
- Tan, H.** (1951, Mayıs). Medeni Hukuk Münasebetlerine Müteallik Meselelerde Ceza Mahkemesinin Yetkisi. *AD*, (5).

- Tosun, Ö.** (1981). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. cilt 1, Genel Kısım, (Üçüncü Bası). İstanbul.
- Waldeyer, K.** (2006). *Die Bedeutung eines rechtskräftigen Strafurteils im Rahmen der Strafzumessung*. Hamburg.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, 30.03.2012 tarih ve E. 2011/34, K. 2012/48 sayılı kararı,
http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000257&content=, erişim tarihi, 27.01.2014.
- BGH, Beschluß vom 4.11.1953, 4 StR 91/53. (1954). *NJW*.
- OLG Oldenburg, Urteil vom 18.09.1951- Ss 130/51. (1952). *NJW*.
- OLG Stuttgart, Urteil vom 11.03.1960- 2Ss 786/59. (1960). *NJW*.
- Yargıtay 1. CD, 189/2985, Çağlayan, M. (1966). *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Cilt2*. Ankara.
- Yargıtay 1. CD, 2.10.1962 tarih ve 2120/2325 sayılı kararı, Çağlayan, M. (1966). *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Cilt2*. Ankara.
- Yargıtay 1. CD, 20.9.1957 tarih ve 566/2541 sayılı kararı, Baykal, A. (1973, Mayıs-Haziran). Ceza Davası Sırasında Yaş Kayıtlarının Düzeltilmesi. *AD*, (5-6).
- Yargıtay 1. CD, 25. 09. 1963 tarih ve 1281/1850 sayılı kararı, Baykal, A. (1973, Mayıs-Haziran). Ceza Davası Sırasında Yaş Kayıtlarının Düzeltilmesi. *AD*, (5-6).
- Yargıtay 1. CD, 26.06.2001 tarih ve E. 2001/2184, K. 2001/2972 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 22.05.2012.
- Yargıtay 10. CD, 22.04.1999 tarih ve E. 1999/1415, K. 1999/4763 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 23.05.2012.

- Yargıtay 18. HD, 09. 03. 2004 tarih ve E. 2004/676, K. 2004/1843 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- Yargıtay 18. HD, 09.03.2004 tarih ve E. 2004/676, K. 2004/1843 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 23.05.2012.
- Yargıtay 18. HD, 24. 10. 1995 tarih ve E. 1995/10227, K. 1995/10625 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- Yargıtay 18. HD, 27.01.2011 tarih ve E. 2010/12143, K. 2011/689 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- Yargıtay 18. HD, 28. 12. 2004 tarih ve E. 2004/9139, K. 2004/10256 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- Yargıtay 18. HD, 28.12.2004 tarih ve E. 2004/9139, K. 2004/10256 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 23.05.2012.
- Yargıtay 18. HD, 29. 03. 2005 tarih ve E. 2005/1705, K. 2005/2924 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- Yargıtay 2. CD, 24. 02. 2000 tarih ve E. 2000/1437, K. 2000/2034 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- Yargıtay 2. CD, 26.5.1959 tarih ve 18514/18593 sayılı kararı, Çağlayan, M. (1966). *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Cilt2*. Ankara.
- Yargıtay 2. CD, 29. 09. 1994 tarih ve E. 1994/ 8254, K. 1994/9667 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- Yargıtay 5. CD, 15.12.2003 tarih ve E. 2003/184, K. 2003/7337 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 23.05.2012.

- Yargıtay 5. CD, 2.2.1982 tarih ve E. 1982/44, K. 1982/229 sayılı kararı, (YKD, Haziran 1982, 8(6).
- YCGK, 04. 05. 1987 tarih ve E. 1987/6-121, K. 1987/251 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 28.05.2012.
- YCGK, 04.05.2004 tarih ve E. 2004/3-89, K. 2004/110 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 22.05.2012.
- YCGK, 13.06. 2000 tarih ve E. 2000/124, K. 2000/125 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 23.05.2012.
- YCGK, 15.6.1959 tarih ve 46/46 sayılı kararı, Çağlayan, M. (1966). *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Cilt2*. Ankara.
- YCGK, 19.11.1962 tarih ve 48/44 sayılı kararı, Çağlayan, M. (1966). *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Cilt2*. Ankara.
- YCGK, 30. 03. 1981 tarih ve E. 1981/5-2, K. 1981/106 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 25. 05. 2012.
- YHGK, 27. 12. 1950 tarih ve 2-148-93/99 sayılı kararı, Baykal, A. (1973, Mayıs-Haziran). Ceza Davası Sırasında Yaş Kayıtlarının Düzeltilmesi. *AD*, (5-6).
- YİBK, 31.01. 1945 tarih ve E. 1944/22, K. 1945/3 sayılı kararı, www.hukukturk.com, erişim tarihi 25.05.2012.

SÖZLEŞME DIŞI KUSURSUZ SORUMLULUK HUKUKU VE ÖZELLİKLE TEHLİKE SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER*

*Başak BAŞOĞLU***

Özet

Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda düzenlemenin sınırlarının çizilmesi ve uygulanması bakımından sorumluluğun niteliğinin ve dayandığı sorumluluk esasının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Zira, kusursuz sorumluluk rejiminin dayandığı esas, bu sorumluluğun şartları ile sonuçlarına da yansıtacaktır. Bu çalışmada, Türk hukukundaki sorumluluk türleri ile bu sorumlulukların dayandığı esaslara ilişkin bir tasnif yapılacaktır, daha sonra yapılan bu tasnif çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 71. maddesinde yer alan tehlike sorumluluğu düzenlemesine ilişkin bir değerlendirme yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: *Haksız Fiiller, Kusursuz Sorumluluk, Tehlike Sorumluluğu*

THOUGHTS ON STRICT TORT LIABILITY, ESPECIALLY ON LIABILITY FOR ABNORMALLY DANGEROUS ACTIVITIES

Abstract

In Strict Tort Liability, the principals in which the liability is based on and its features are of special importance for determination and limitation of the liability since the conditions and consequences of the liability depends on the principals in which the liability is based on. In

*Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

**Yrd. Doç. Dr. İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, basak.basoglu@kemerburgaz.edu.tr.

this paper, the types of tort liability in Turkish Code of Obligations shall be classified and then the article 71 of Turkish Code of Obligations on abnormally dangerous activities shall be assessed.

Keywords: *Torts, Strict Liability, Liability for Abnormally Dangerous Activities*

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun temelinde *neminem laedere* (hukuka aykırı olarak kimseye zarar vermeme) ilkesi bulunmaktadır. Zira sorumluluk hukukunun öncelikli amacı, bu ilkeye aykırı davranılarak bir başkasına zarar verilmesi durumunda, zararın zarar görenden zarar verene aktarılmasıdır. Bir başka deyişle, zarar gören sebep olduğu zararı karşılamakla yükümlüdür. Ancak zarar verenin sadece bir zarara sebep olması yeterli değildir. Ayrıca, *nulla indemnitas sine culpa* (kusursuz tazminat olmaz) ilkesi gereğince zarar verenin kusuru da aranmaktadır¹. Bu husus, Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinde “*kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür,*” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu kapsamda, sorumluluğunun kurulması için kural olarak, dört temel unsur aranmaktadır. Bu unsurlar, kusur, hukuka aykırılık, zarar ve zarar ile zarara sebep olan olay arasında uygun nedensellik bağının bulunması şeklinde sıralanabilir. Buna karşılık, istisnai durumlarda kusur aranmaksızın ve hatta bazen zarar veya hukuka aykırılık olmaksızın sorumluluk söz konusu olabilecektir. Sorumluluğun kurulması için aranan unsurları dikkate almak suretiyle Türk hukukundaki sorumluluk düzenlemelerini “kusur sorumluluğu”, “kusursuz sorumluluk”, “gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk” ve “hukuka uygun

¹ Kusur ile hukuka aykırılık unsurları birbirleri ile karıştırılmaya elverişlidirler. Ancak belirtmek gerekir ki, hukuka aykırılık fiilin hukuka aykırı olduğunu, kusur ise failin hukuka aykırı davranışının kınanmasını ifade eder. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.54).

müdahaleden doğan sorumluluk” veya “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı sorumluluk” olarak dörde ayırmak mümkündür².

I. Sözleşme Dışı Sorumluluk Türlerini Temellendiren Esaslar

Türk hukukunda haksız fiil sorumluluğu kural olarak, kusur esasına dayanmaktadır³. Buna göre, bir kimse kendisinden beklenen özenli davranışı yerine getirmediği için sebep olduğu zarardan sorumlu tutulur⁴. Kusur esasına dayanan bu sorumluluk türü, kusur sorumluluğudur⁵. Kusur sorumluluğu, Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinde açık olarak düzenlenmektedir. Bu sorumluluk türünde amaç, bireylerin özenli ve

² Belirtmek gerekir ki, mehaz İsviçre hukukunda ve Türk hukukunda baskın olarak sorumluluk, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden doğan sorumluluk ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı sorumluluk olmaksızın “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk (sebeplendirilmiş sorumluluk)” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ancak, Türk Medeni Kanununun 730. maddesinin ikinci fıkrasında ve Türk Borçlar Kanununun 64. maddesinin 2. fıkrasında pozitif bir temele dayanmış olması itibarıyla fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı sorumluluğun da bu ayırmda yer bulması gerekmektedir. (Benzer şekilde kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı sorumluluk olarak üçlü bir ayırım için bkz. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanun'una Göre Hazırlanmış 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s.493.)

³ Henri Deschenaux, Pierre Tercier, **La Responsabilité Civile**, 2.Bası, Bern, Stämpfli, 1982, s.79; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.569; Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.6; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil**, Bern, Stämpfli, 2012, N 49.07; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta, s.169; Hâluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981, s.1; Hâluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.89; Pierre Tercier; Pascal Pichonnaz; **Le droit des obligations**, 5. édition, Zürich, Schulthess, 2012, s.414; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Hâluk Burcuoğlu, Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.497, Franz Werro, **La responsabilité civile**, 2. édition, Bern, Stämpfli, 2011, s.12.

⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.493; Hüseyin Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, § 8, N 1; Zahit İmre, “*Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler*” **İÜHFMDoğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan**, cilt: 45 sayı: 1-4, İstanbul, 1979-1981, s.402-420 (403); Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s.266; Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.2; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.174; Schwenzer, **a.g.e.**, N 49.07; Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.46; Werro, **responsabilité civile**, s.79.

⁵ Zarar verici davranış, belli bir kişiye, yani sūjeye bağlandığı için bu tür sorumluluğa subjektif sorumluluk veya dar anlamda haksız fiil sorumluluğu da denmektedir. Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.493; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.492.

tedbirli davranmalarını sağlamaktır⁶. Dolayısıyla, bir kişi gereken özeni gösterdiği takdirde, zarara yol açsa dahi kural olarak sorumlu tutulamaz, bu durumda zarara, zarar gören katlanacaktır. Nitekim bu husus da *casum sentit dominus* (tesadüfen meydana gelmiş bir sonuca, bu sonuç kimde meydana gelmiş ise, o katlanır) ilkesi ile ifade edilmektedir⁷.

Ancak, bu ilke özellikle sorumluluk düzenlemesinin toplumun genelini ilgilendirdiği ve toplumsal bir öneme sahip olduğu bazı durumlarda âdil bir çözüm sunamayabilir⁸. Bu nedenle, sosyal adaleti sağlamak adına kimi zaman kusur ilkesinden ayrılarak, bireylerin kusur aranmaksızın sebep oldukları zarara katlanmalarını öngören kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin getirilmesi söz konusu olabilecektir⁹.

⁶ Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.1; Werro, **responsabilité civile**, s.12.

⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.494; Karl Oftinger; Emil W. Stark; **Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bnd II/2: Besonderer Teil**, Zürich, Schulthess, 1989, § 1 N 10; Heinz Rey; **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 4. Bası, Zurich, Schulthess, 2008, N 18-19.

⁸ İmre, **Hukuki Mesuliyet**, s.402; Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980 s.29-66 (56); Refik Korkusuz, “*Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, s.147-207 (150); Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.10; Mustafa Tiftik, **Tehlike Sorumluluğunun Ayrıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2005, s.11.

⁹ Sorumluluğun subjektif bir şart olan kusur yerine kanunun öngördüğü belirli bir olguya yani objektif şarta bağlanmasından ve sorumluluğun kurulması için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep – sonuç ilişkisinin bulunması yeterli sayıldığından, bu tür sorumluluk için “objektif sorumluluk” veya “sebebe bağlı sorumluluk” terimleri de kullanılmaktadır. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.495; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 8 N 4; Zahit İmre, “Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Şeylerden Doğan Mesuliyet”, **Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı**, Ankara 1968, s.422; Zahit İmre, **Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s.169; İmre, **Hukuki Mesuliyet**, s.403; Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.302; Korkusuz, **Tehlike Sorumluluğu**, s.150; Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.135; Reisoğlu, **a.g.e.**, s.174; Rey, **a.g.e.**, N 1023; Schwenzer, **a.g.e.**, N 53.01; Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.7; Tandoğan, **Mesuliyet Hukuku**, s.90; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Borçlar Hukuku**, s.497; Süleyman Yılmaz, “*Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin yeni Hükümler*”, **AÜHFD**, cilt: 59, sayı: 3, Ankara, 2010, s.551-578 (552). Aynı yönde Avrupa Haksız Fiil sistemleri bakımından

Kusursuz sorumluluk düzenlemelerinde sorumluluğun kurulması kusur yerine özel olarak öngörülen bir olguya (*sebepl olma esası*) bağlanmıştır¹⁰,¹¹. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk hâllerinde zarar veren değil, zarar gören ile zararın tazmini olgularından hareket edilmektedir¹². Ancak belirtmek gerekir ki, sebepl olma esası, bir kusursuz sorumluluk rejiminin öngörülmesi için tek başına yeterli değildir¹³. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk rejiminin kabul edilebilmesi için sebepl olma esasının yanı sıra kusur ilkesinden ayrılmaya neden ihtiyaç olduğunu gerektirendiren başka esaslar da aranır. Buna göre, başkaları için tehlikeli bir faaliyet yürütenlerin (*tehlike esası*) bu tehlikeli faaliyet nedeniyle ortaya çıkan zarara ve tehlikeli bir durum yaratmasalar da kendi hâkimiyet alanındaki diğer kişilerden veya eşyalardan yarar sağlayanların bu kişi ve eşyaların neden olduğu zarara (*hâkimiyet ve yararlanma esası*) katlanmaları beklenebilir¹⁴. Bunların yanı sıra, kusursuz sorumluluk rejiminin öngörülmesi zarar veren ile zarar görenin ekonomik durumlarının karşılaştırılması neticesinde zarar verenin hakkaniyet gereği zararı tazmin etmesi düşüncesine de (*hakkaniyet esası*) dayanabilir¹⁵.

Bu esaslar temel itibarıyla kusur ilkesinden ayrılmaya neden ihtiyaç olduğunu açıklarlar. Bir başka deyişle, kanunda bir kusursuz sorumluluk

bir değerlendirme için bkz. Cees van Dam, **European Tort Law**, New York, Oxford University Press, 2013, s.255.

¹⁰ Erdem Büyüksağış, “*Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 8, sayı: 1, İzmir, 2006, s.1-19 (2); Eren, **Borçlar Hukuku**, s.495; Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.7. Aynı yönde Avrupa Haksız Fiil sistemleri bakımından bir değerlendirme için bkz. Franz Werro, Vernon Valentine Palmer, Anne-Catherine Hahn, “*Strict Liability in European tort law: and introduction*”, **The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law**, Franz Werro, Vernon Valentine Palmer (editör), Durham-Bern-Bruxelles, Carolina Academic Press, Stämpfli, Bruylant, 2004, s.3-35 (18).

¹¹ Öğretide kusursuz sorumluluk yerine “sebepl sorumluluğu” ifadesini kullanan yazarlar da bulunmaktadır (Eren, **Borçlar Hukuku**, s.495; Oftinger/ Stark, **a.g.e.**, § 24 N 13).

¹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s.573.

¹³ Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.5-6.

¹⁴ Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.3-4; Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.4.

¹⁵ Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.3-4; Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.4.

düzenlemesi getirilmek suretiyle, kusurlu olmasa bile sebebiyet verilen zarardan sorumlu tutulabilmesinin gerekçesini yukarıda sayılan bu esaslar oluştururlar. Dolayısıyla, her bir kusursuz sorumluluk türünün sebep olma esasının yanı sıra, hakkaniyet, hâkimiyet ve yararlanma ile tehlike esaslarından en az birini bünyesinde barındırması gerekir.

Sorumluluk türleri bünyelerinde birden fazla sorumluluk esasını barındırırlar, ancak bu sorumluluk esaslarından ön plana çıkan sorumluluk türü bakımından da belirleyici olur. Yoksa her bir kusursuz sorumluluk türünün bünyesinde yalnızca bir sorumluluk esasını barındırdığını söylemek uygun değildir. Dolayısıyla, bir sorumluluk türünün bünyesinde yer alan tehlike esası yoğunluğu artıkça, bu sorumluluk türüne bağlanan sonuçlar da ağırlaşır. Örneğin adam çalıştıranın sorumluluğu ve yapı malikinin sorumluluğunda sebep olmak, tehlike, hâkimiyet ve yararlanma esaslarından hâkimiyet ve yararlanma ön plana çıkarken, bir tehlike sorumluluğu örneği olan motorlu taşıtları işletenin sorumluluğunda tehlike esasına öne çıkmaktadır.

Öte yandan sorumluluk, hukuka uygun müdahaleye katlanmak zorunda kalan zarar görenin katlandığı fedakârlığın, müdahale eden tarafından hakkaniyete uygun bir tazminat ile giderilmesi (*fedakârlığın denkleştirilmesi esası*) düşüncesine de dayanabilir. Bu durumda, zarar verici davranışın hukuka aykırılığını engelleyen bir nedenin varlığına rağmen, söz konusu eylemi yapan kimsenin sebep olduğu zararın bir kısmına katlanması söz konusu olacaktır. Fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanan bu sorumluluk türü, hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı sorumluluk olarak anılmaktadır. Bu sorumluluk, Türk Medeni Kanununun 730. maddesinin ikinci fıkrasında ve Türk Borçlar Kanununun 64. maddesinin 2. fıkrasında açık olarak düzenlenmektedir.

Görüldüğü üzere, sorumluluk türleri ile sorumluluk esasları birbirlerinden farklı kavramlardır. Ancak, öğretilerde sorumluluğun dayandığı esaslar ile sorumluluk türlerini birlikte ayrımlara tabi tutan

yazarlar bulunmaktadır¹⁶. Bu yaklaşım isabetli değildir. Zira belirtildiği üzere, kuraldan ayrılarak yeni bir kusursuz sorumluluk türü yaratmak için

¹⁶ Bkz. Ece Baş, **Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul**, XII Levha Yayıncılık, 2011, s.45. Yazar yapı malikinin sorumluluğuna ilişkin çalışmada öncelikle “sorumluluğun dayandığı temeli incelerken, tehlike sorumluluğu – olağan sebep sorumluluğu – yararlanma esası olarak farklı bir üçlü ayırım” kabul etmiştir. (bkz. Baş, **a.g.e.**, s.55, 57). Oysa ki, yazarın sorumluluğun dayandığı temel olarak saymış olduğu tehlike sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu, birer sorumluluk türü iken yararlanma esası sorumluluğun dayandığı bir esastır. Üstelik, hem tehlike sorumluluğu, hem de olağan sebep sorumluluğu türlerinin bünyelerinde yararlanma esası da yer almaktadır. Yazar, daha sonra yapı malikinin sorumluluğunun “yararlanma esası” olarak adlandırdığı temele dayandığını ileri sürmüştür. Esasen yazarın bu şekilde bir ayırım yapmasının sebebi, yapı malikinin sorumluluğunun dayandığı esas bakımından öğretilerde yer alan farklı görüşlerdir. Nitekim yazarın da gerekçesinde yer verdiği üzere, Türk-İsviçre öğretisi ve içtihatlarında yapı malikinin sorumluluğunun yararlanma esasına dayandığı ifade edilmektedir. Ancak öğretilerde bu görüşü ileri süren yazarlar, yararlanma esasını sorumluluk türleri ile birlikte değerlendirmemekte, yazardan farklı olarak yararlanma esasını sorumluluğun dayandığı bir esas olarak incelemekte ve *tehlike esası* ile karşılaştırmaktadırlar. Yazarın genel kabul edilen ayırlardan ayrılması ve sorumluluk esaslarından ile türlerinden bazılarını birlikte değerlendirerek yeni bir ayırım yaratması maalesef kendi içinde de çelişen ifadeler kullanmasına sebep olmuştur. Şöyle ki, yazar yapı malikinin sorumluluğunu yararlanma esasına dayandırdıktan sonra, “*Daha önce de belirttiğimiz gibi, sorumluluğun temeline ilişkin bu ayımlar kanımızca kalın çizgilerle ayrılmamaktadır. Bazı önemli farklar taşıdıkları şüphesiz olsa da, TBK md. 69 gibi bazı sorumluluk türleri bakımından, farklı sorumluluk temellerinden faydalanılması doğaldır. Zira nasıl ki kusur sorumluluğu tek başına sorumluluk hukukunun varlığı bakımından yeterli olmuyorsa; kusursuz sorumlulukların da tek bir temele dayandırılması kanımızca çok kolay olmayacağı gibi gerekli de değildir.*”, şeklinde bir ifadeye vermiştir. (Baş, **a.g.e.**, s.57.) Bu ifadesinde yazar, sorumluluk türleri ile birlikte ayırma tabi tuttuğu yararlanma esasının tek başına yapı malikinin sorumluluğuna temel oluşturmaya yeterli olmadığını vurgulamaktadır. Böylece yazar tek bir esasın yeni bir kusursuz sorumluluk türünü ifade etmeye yetmeyeceğini belirterek bir anlamda kendi eleştirisini de kendi yapmaktadır. Yazar çalışmasında yapı malikinin sorumluluğu bakımından esas önem taşıyan objektif sorumluluğun “olağan (esnek)” ve “ağırlaştırılmış (katı)” şeklindeki ayırımını “*Objektif özen yükümlülüğüne dayanan kusursuz sorumluluk en hafif kusursuz sorumluluktur. Ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk ise tehlike sorumlulukları için kullanılan bir terimdir.*” gerekçesiyle kabul etmemiştir. Kanımızca yazar, öğretilerde yapı malikinin sorumluluğu bakımından kabul edilen ağırlaştırılmış objektif sorumluluk ayırımını kabul etmediği için bu sorumluluk türünü sehven başka bir kavramla ifade etme gereği duymuştur. Gerek yazarın çalışmasındaki karışıklığı çözümlenmek, gerekse de bu çalışmada kabul edilen ayımlar bağlamında kavramsal çerçevenin net olarak oturtulması için, yapı malikinin sorumluluğunun, ağırlaştırılmış objektif sorumluluğun en tipik örneği olduğunu ve bu

birden fazla esas (veya gerekçe) gerekmektedir. Buna karşılık, sorumluluk esaslarını sorumluluk türü olarak değerlendirmek, tek bir esasın varlığının aynı zamanda bir sorumluluk türü oluşturmaya yeteceğini kabul etmek anlamına gelecektir.

II. Sözleşme Dışı Sorumluluk Türlerine Genel Bakış

Kusur sorumluluğunun ve kusursuz sorumluluğun yanı sıra, sorumluluk hukukundaki üçüncü sorumluluk türü ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluktur. Türk Borçlar Kanunu'nun 530. maddesinde düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hâlinde, bir kimse, başkasının işini kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak üzere görmektedir. Bu niteliği itibarıyla gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin *kusur esasına* dayandığı kabul edilebilecektir. Bu düzenleme uyarınca, iş sahibi, iş görenin kendi menfaat alanına yönelik hukuka aykırı el atması nedeniyle elde ettiği kazançların kendisine devredilmesi¹⁷ ile iş görenin işi özensiz görmesinden dolayı uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir¹⁸. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden sorumluluk her ne kadar Borçlar Kanununun özel hükümleri arasında düzenlense de, esasen genel nitelikte bir sorumluluk düzenlemesidir¹⁹. Öte yandan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk zarardan bağımsız olduğundan klâsik anlamda haksız fiil sorumluluğundan ayrılır.

sorumluluğun yararlanma ve hâkimiyet esası ile birlikte sebep olma ve tehlike esası da bünyesinde barındırdığını vurgulamak gerekir.

¹⁷ Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler c.II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.237.

¹⁸ Azra Arkan Akbıyık, **Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Alfa, 1999, s.44; Başak Başoğlu, “Non-Genunine Benevolent Intervention In Another’s Affairs and Disgorgement of Profits under Turkish Law”, **Disgorgement of Profits – Gain-based Damages for Breach of Law or Contract**, editorler: Ewoud Hondius, André Janssen, Springer, 2015, s.253-266 (255). Gümüş, **c.II**, s.239; Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar; **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2012, s.801.

¹⁹ Başoğlu, **Non-Genunine Benevolent Intervention In Another’s Affairs**, s. 264; Christine Chappuis, “*Le remise du gain: les temps sont mûrs*”, **Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives**, Bern, Stämpfli, 2002, s.51- 77 (54); Gümüş, **c.II**, s.237; Yavuz/ Özen/ Acar, **a.g.e.**, s.801.

Kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden sorumluluğun yanı sıra sonuncu sorumluluk türü, hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk veya fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı sorumluluk olarak sayılabilir. Bu sorumluluk türü, *fedakârlığın denkleştirilmesi esasına* dayanmaktadır. Buna göre, zarar verici davranışın hukuka aykırılığını engelleyen bir nedenin varlığına rağmen, söz konusu eylemi yapan kimse zararın bir kısmına katlanmak zorundadır. Bir başka deyişle, fedakârlığın denkleştirilmesi hukuka uygun müdahaleye katlanmak zorunda kalan zarar görenin katlandığı fedakârlığın, müdahale eden tarafından hakkaniyete uygun bir tazminat ile giderilmesidir²⁰. Fedakârlığın denkleştirilmesinde eylemin değil, zararın hukuka uygunluğu söz konusudur²¹. Bu sorumluluk türünde hukuka aykırılık söz konusu olmadığından, kusur tartışma konusu bile yapılmaz ve bu özellikleri nedeniyle klâsik anlamda haksız fiil sorumluluğundan da ayrılır.

Kusursuz sorumluluk türleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun sistematığına sadık kalınarak “hakkaniyet sorumluluğu”, “özen sorumluluğu” (veya “objektif sorumluluk”) ve “tehlike sorumluluğu” şeklinde üçe ayrılmaktadır^{22, 23}.

²⁰ Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.10; İlhan Ulsan, **Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012., s.8.

²¹ Ulsan, **Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi**, s.56 vd.

²² Eren, **Borçlar Hukuku**, s.614; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, **Borçlar Hukuku**, s.498.

²³ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde kusursuz sorumluluk hâllerini “özen sorumluluğu” (objektif sorumluluk) ve “tehlike sorumluluğu” olarak ikiye ayıran bir görüş de mevcuttu (Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.22 vd.). Bu ayrıma göre, Türk Borçlar Kanununun 65., 66., 67., 69. maddeleri ile Türk Medeni Kanununun 369. ve 730. maddeleri “olağan objektif sorumluluk”; Türk Borçlar Kanununun 71. maddesi ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu ve 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununa göre kabul edilmiş kusursuz sorumluluk hâlleri “tehlike sorumluluğu” olarak ayrılmaktadır.

III. Kusursuz Sorumluluk Türlerine İlişkin Ayrımlar

A. Hakkaniyet Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanununun 65. maddesinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu, adından da anlaşılacağı üzere sebep olma esası ile birlikte hakkaniyet esasına dayanmaktadır. Bu madde uyarınca, hakkaniyet esasına dayanan genel sorumluluk kuralı getirilmemekte, sadece ayırt etme gücü bulunmayanların hakkaniyet sorumluluğu düzenlenmektedir²⁴.

B. Özen Sorumluluğu (Objektif Sorumluluk)

1. Genel Bakış

Özen sorumluluğu (objektif sorumluluk), zarar verenin kusuruna dayanmadığı için subjektif değil, objektiftir²⁵. Buna göre sorumluluğun doğması, kusur yerine özel olarak öngörülen bir olguya bağlanmıştır. Ancak bu olgu, tehlike sorumluluğundaki gibi belirli bir tesis, işletme veya faaliyetten kaynaklanan özel ve tipik bir tehlike de değildir²⁶. Bu çalışma kapsamında kabul edilen ayrıma göre, kusursuz sorumluluk türlerinden özen sorumluluğu da kendi içinde “olağan” ve “ağırlaştırılmış” olarak ikiye ayrılmaktadır²⁷. Dolayısıyla, özen sorumluluğunun, bir yüzünü kusur sorumluluğuna dönmüş, diğer yüzünü ise tehlike sorumluluğuna dönmüş bir sorumluluk türü olduğunu söylemek mümkündür. Öyle ki, tehlike sorumluluklarına yaklaşan özen sorumluluğunun ağırlaştırılmış hâlinde objektif özenin gösterilmesinin aranıp aranmadığı hususu bile tartışmalıdır²⁸. Bu nedenle, çalışma kapsamında Türk Borçlar Kanununun lafzından ayrılarak özen sorumluluğu yerine “objektif sorumluluk”

²⁴ Bu düzenleme, Türk Borçlar Kanunu tasarısının ilk hâlinde, ayırt etme gücü bulunan fakat kusursuz olarak başkasına zarar verenlerin tümünü kapsayacak şekilde genel bir hakkaniyet sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Ancak, bu düzenleme sonradan değiştirilerek, 818 sayılı (eski) Borçlar Kanununun 54. maddesine paralel olarak sadece ayırt etme gücünden yoksunlara ilişkin bir düzenleme olarak sınırlanmıştır.

²⁵ Werro, **responsabilité civile**, s.13.

²⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.499.

²⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.500. Öğretide bu ayrım “katı” ve “esnek” olarak da ifade edilmektedir.

²⁸ Ağırlaştırılmış özen sorumluluğunun en tipik hâli olan bina malikinin sorumluluğu bakımından konuya yaklaşan bir görüş için bkz. Baş, **a.g.e.**, 43 vd.

tabirinin kullanılması tercih edilmiştir. Nitekim İsviçre öğretisinde de özen sorumluluğu yerine objektif sorumluluk ifadesi kullanılmaktadır²⁹.

2. Olağan Objektif Sorumluluk

Olağan objektif sorumlulukta, sorumluluğun kurucu unsuru kanunda öngörülen objektif özen yükümüne aykırılıktır³⁰. Söz konusu objektif özen yükümü sebep olma esası ile birlikte hâkimiyet ve yararlanma esaslarından kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu hâllerde esasen kusur esasından tam olarak ayrılınmamaktadır³¹. Nitekim sorumlu kişiye isnad edilen özen ve gözetim eksikliği, aslında kınanan bir davranıştır. Bu durum, yani özensizlik isnadı veya objektif özen yükümüne aykırılık esasen kusurun objektifleştirilmiş hâlidir³². Nitekim bu sorumluluk türünde, sorumlu tutulan kişi, özen yükümünü gereği gibi yerine getirdiğini veya gerekli özeni göstermesi hâlinde bile zararın gerçekleşeceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bir başka deyişle, kusura ilişkin ispat dağılımı farklı yapıldığından, sorumlu tutulan kişiler, kusursuzluklarını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilmektedirler³³. İşte sorumlu tutulan kişiye kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanıyan bu esnek objektif sorumluluğa, öğretilerde *olağan objektif sorumluluk* denilmektedir³⁴.

²⁹ Bkz. Deschenaux/ Tercier, **a.g.e.**, s.96 vd; Werro, **responsabilité civile**, s.13 vd.

³⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.499. Objektif sorumluluktan farklı olarak kusur sorumluluğunda bir kimse kendisinden beklenen özenli davranışı yerine getirmediği için sorumlu tutulmaktadır (Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.59; Hâluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, İstanbul, Beta, 2012, s.121, Tercier/ Pichonnaz, **a.g.e.**, s.418; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.492). Buna göre, kusur sorumluluğunda sübjektif özen yükümüne, objektif sorumluluk ise objektif özen yükümüne aykırılık bulunmaktadır. Ancak, esasında bu iki kavram arasındaki ayrım çoğu zaman sadece sözde kalmaktadır. Nitekim bir kişinin kendisinden beklenen özenli davranışı yerine getirip getirmediğinin belirlenmesinde, kişisel özellikleri önem taşımayacak, makul bir insandan beklenen özeni gösterip göstermediği dikkate alınacaktır. Bu anlamda, makul bir insandan beklenen özen ölçütünün objektif bir kriter olduğunu ve dolayısıyla esasında kusur sorumluluğu ile objektif sorumluluk arasında bu anlamda bir fark bulunmadığını söylemek mümkündür.

³¹ Schwenzer, **a.g.e.**, N 49.09.

³² Schwenzer, **a.g.e.**, N 49.09.

³³ Schwenzer, **a.g.e.**, N 49.09.

³⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.500.

Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu ile 67. maddesi uyarınca hayvan bulduranın sorumluluğu, Türk Medeni Kanununun 369. maddesi uyarınca ev başkanının sorumluluğu olağan objektif sorumluluğa örnek olarak gösterilebilirler.

3. Ağırlaştırılmış Objektif Sorumluluk

Sorumlu tutulan kişiye kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanımayan daha katı objektif sorumluluk hâlleri de bulunmaktadır³⁵. Bu hâller, öğretilerde *ağırlaştırılmış objektif sorumluluk* hâlleri olarak anılmaktadır³⁶. Olağan objektif sorumluluk hâllerinden farklı olarak, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk hâlleri sebep olma ile hâkimiyet ve yararlanma esaslarının yanı sıra tehlike esasını da bünyelerinde barındırmaktadır. Bununla birlikte, tehlike esasını ön plana çıkarmakta ve sadece diğer esaslar ile birlikte varlık göstermektedir. Yine de ağırlaştırılmış objektif sorumluluk, tehlike sorumluluğuna öyle yaklaşmıştır ki burada “minyatür bir tehlike sorumluluğu” hâlinin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür³⁷. Nitekim ağırlaştırılmış objektif sorumluluk hâllerinde, sorumluluğun kurucu unsurunun kanunda öngörülen objektif özen yükümüne aykırılık olup olmadığı hususu bile tartışmalıdır. Öğretilerde bir görüşe göre, bu sorumluluk hâllerinde de çoğunlukla kusur esasının izlerini sürmek mümkündür³⁸. Şöyle ki, bu hâllerde sorumluluk tehlike arz eden bir olgunun gerçekleşmesine bağlı olan sonuçtan ileri gelmektedir³⁹. Söz konusu olgunun gerçekleşmemesi için en fazla özeni gösterecek olan kişi ise tehlike arz eden bu olguyu hâkimiyet alanında

³⁵ Bu gibi hâllerde, sorumlu tutulan kişinin elindeki tek imkân, nedensellik bağımlı kesen sebeplerin varlığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulmaktır.

³⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.500. Bu sorumluluk, İsviçre öğretisinde genellikle katı sebep sorumluluğu (*strenge, scharfe Kausalhaftung*) olarak da anılmaktadır.

³⁷ Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, (*Borçlar Özel*), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.158. Yazar, “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” ifadesi yerine “nesnel özen sorumluluğu” (yapmadan ve organizasyon bozukluğundan geniş sorumluluk) ifadesini kullanmaktadır.

³⁸ Schwenzer, **a.g.e.**, N 49.09.

³⁹ Rey bu hususu “ortaya çıkan durumdan sorumluluk” (*Zustandhaftung*) olarak ifade etmektedir. (Rey, **a.g.e.**, N 1024-1025.) Kanımızca burada söz konusu olan, bu çalışma kapsamında “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” olarak ifade edilmiş olan türdür.

bulunduran ve bu olgudan yararlananlardır. Bu nedenle de tehlikenin gerçekleşmemesi için gereken yüksek özeni gösterme imkânına sahip bu kişilere sorumluluk isnad edilmektedir. Bir başka deyişle, sorumluluğun dayandığı olgunun gerçekleşmesi, esasen sorumlu tutulan kişinin göstermesi gereken yüksek özeni yerine getirmediğine işaret etmektedir. Bu hususa da örnek olarak, ürün sorumluluğunda ortaya çıkan ürünün hatalı olması veya yapı malikinin sorumluluğu bakımından yapıdaki bozukluk ve bakımdaki eksiklik gösterilebilir⁴⁰,⁴¹. Öte yandan, öğretide yapı malikinin kendisinden önceki dönemden kaynaklanan eksikliklerden de sorumlu tutulduğu kabul edilmektedir⁴². Buna göre, eğer yapım eksikliği, mevcut yapı malikinin mülkiyeti devralmasından önceki bir dönemden kaynaklanıyorsa ve yapı malikinin herhangi bir şekilde bu eksikliği giderecek zamanı olmadan zarar gerçekleşebilir. Bu durumda yeni malikin herhangi bir özen yükümlülüğünü ihlâl etmeksizin sorumlu tutulduğunu söylemek de mümkün olabileceğinden, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk hâllerinde özen yükümüne aykırılığın aranmadığı ileri sürülmektedir⁴³. Kanımızca ağırlaştırılmış objektif sorumlulukta çıkış noktası objektif özen yükümlülüğüne aykırılık olmakla birlikte, zaman içinde bu sorumluluk türü objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın aranmadığı sorumluluk hâllerini de bünyesinde barındıracak şekilde genişlemiştir. Türk hukukunda ağırlaştırılmış objektif sorumluluğun yegâne örnekleri, Türk Borçlar Kanununun 69. maddesinde düzenlenen yapı malikinin sorumluluğu, Türk Medeni Kanununun 730. maddesi uyarınca taşınmaz malikinin sorumluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi uyarınca ürün sorumluluğudur.

⁴⁰ Bkz. Schwenger, **a.g.e.**, N 49.09.

⁴¹ Yapı malikinin sorumluluğu bakımından bu konudaki tartışmalar için bkz. Baş, **a.g.e.**, s.40-42. Yazarın olağan objektif sorumluluk – ağırlaştırılmış objektif sorumluluk ayrımını kabul etmeme gerekçeleri yetersizdir. Yazar, Yargıtay kararlarını da kararlarda yer alan “*bu maddedeki sorumluluk objektif özen yükümlülüğüne dayanan ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluktur*” ifadesi nedeniyle eleştirmektedir. Yargıtay'ın bu ifadesi yerinde değildir, ancak burada ifade edilmeye çalışılan ağırlaştırılmış objektif sorumluluk görüşü ise açıklandığı üzere genel kabul görmektedir.

⁴² Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.164-165.

⁴³ Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.164-165.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, bugün İsviçre öğretisinde ağırlaştırılmış objektif sorumluluk (*responsabilité objective aggravée*) ifadesi tehlike sorumluluğunu (*responsabilité à raison du risque*) karşılayacak şekilde de kullanılmaktadır⁴⁴. Ancak esasen ağırlaştırılmış objektif sorumluluk (*responsabilité objective aggravée*) tehlike sorumluluğu hâllerinin yanı sıra objektif özen yükümlülüğünün ihlâlini şart kılmayan ama özel bir tehlikeye de dayanmayan sorumluluk hâllerini kapsayan bir sorumluluk türünü karşılamak için ortaya koyulmuştu⁴⁵. Böyle bir sorumluluk türüne ihtiyaç duyulmasının nedeni, İsviçre’de o tarihte yürürlükte olan Suların Kirletilmesine karşı Korunması hakkında 8 Ekim 1971 tarihli Federal Kanun’un (*Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur la protection des eaux contre la pollution*) 36. maddesinde öngörülen sorumluluk düzenlemesiydi⁴⁶. Söz konusu düzenlemede objektif bir özen yükümlülüğünün ihlâlini şart kılmadığı gibi özel bir tehlike de öngörülmemekteydi. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin ne objektif sorumluluk altında, ne de tehlike sorumluluğu altında sınıflandırılması mümkün olmamıştı. Bu düzenlemeden hareketle, tehlike sorumluluğu türü objektif bir özen yükümlülüğünün ihlâlini şart kılınmadığı gibi özel bir tehlike de öngörülmeven sorumluluk hâllerini de kapsayacak şekilde genişletilmiş ve bu tür “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” olarak anılmıştı. Ancak 1991 yılında İsviçre’de Suların Kirletilmesine karşı Korunması hakkında Kanun yürürlükten kalkmış⁴⁷ ve ağırlaştırılmış

⁴⁴ Franz Werro, **Commentaire romand, Codes des obligations I**, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2012, Intro Art.41-61 CO, N 3; Werro, **responsabilité civile**, s.13-14.

⁴⁵ Bkz. Deschenaux/ Tercier, **a.g.e.**, s.42-43; Yazarlar, “olağan objektif sorumluluk” ve “tehlike sorumluluğu” ayrımı yerine “basit objektif sorumluluk” (*responsabilité objective simple*) ve “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” (*responsabilité objective aggravée*) ayrımını benimsemişlerdir.

⁴⁶ Söz konusu düzenleme uyarınca “İşletmesi veya tesisatı yahut kendi eylem veya ihmalleriyle suları kirleten kişi bundan doğan zarardan sorumludur.” denilmekteydi.

⁴⁷ Suların Kirletilmesine karşı Korunması hakkında 8 Ekim 1971 tarihli Federal Kanun (*Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur la protection des eaux contre la pollution*), Suların korunmasına ilişkin 24 Ocak 1991 tarihli Federal Kanun’un 74. maddesi uyarınca (*Loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux) du 24 janvier 1991*) yürürlükten kalkmıştır.

objektif sorumluluk ifadesi de sadece özel ve tipik bir tehlikenin varlığının arandığı tehlike sorumluluğunu karşılamak için kullanılmaya başlamıştır. Kanımızca, İsviçre’de bu ifadenin sadece tehlike sorumluluğunu karşılayacak şekilde kullanılmaya devam etmesi yerinde değildir. Zira bu durumda, objektif bir özen yükümlülüğünün ihlâlini şart kılınmadığı gibi özel bir tehlike de öngörülmeven sorumluluk hâlleri tasnif dışında bırakılmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu’nun da tehlike sorumluluğu özel olarak düzenlendiğinden, objektif bir özen yükümlülüğünün ihlâlini şart kılınmadığı gibi özel bir tehlike de öngörmeven sorumluluk hâllerinin tehlike sorumluluğunun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, bir özen yükümlülüğünün ihlâlini şart kılınmadığı gibi özel bir tehlike de öngörülmeven sorumluluk hâllerinin objektif sorumluluğun bir alt türünü olarak sınıflandırılması mümkündür. Nitekim ağırlaştırılmış objektif sorumluluğun, olağan objektif sorumluluktan ve tehlike sorumluluğundan farklı bir tür olarak incelenmesi ihtiyacına Türk Borçlar Kanununun sistematiği de işaret etmektedir. Şöyle ki, ağırlaştırılmış objektif sorumluluğun yegâne örneğini teşkil eden yapı malikinin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanununda özen sorumluluğunun (*objektif sorumluluk*) altında incelenmiştir. Oysaki, yukarıda belirtildiği üzere, yapı malikinin sorumluluğunda olağan özen sorumluluklarından farklı olarak sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamakta ve hatta bazı durumlarda objektif özen yükümlülüğüne aykırılık da söz konusu olmamaktadır⁴⁸.

C. Tehlike Sorumluluğu

Kusursuz sorumluluğun son türü olarak tehlike sorumluluğu sayılabilir. Tehlike sorumluluğunda, adından da anlaşılacağı üzere temel

⁴⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.500. İsviçre öğretisinde yapı malikinin sorumluluğu ile taşınmaz malikinin sorumluluğu, olağan objektif sorumlulukların en katı hâli olarak anılmaktadır (Bkz. Rey, **a.g.e.**, N 1023) İsviçre’de ağırlaştırılmış objektif sorumluluk ifadesinin yaratılmasına sebep olan bir özen yükümlülüğünün ihlâlini şart kılınmadığı gibi özel bir tehlike de öngörülmeven sorumluluk hâlleri bu çalışmada objektif sorumluluğun altında sınıflandırılmıştır.

itibariyle tehlike esaslı ön plana çıkmaktadır. Tehlike sorumluluklarının ortaya çıkışında, insan ve çevre için önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden doğan zararlı sonuçların giderilmesi bulunmaktadır⁴⁹. Tehlike arz eden faaliyetlerde bulunan işletmelerin varlığı toplum için gereklidir ve bu nedenle, söz konusu işletmelerin varlığı toplum tarafından arzu edilmektedir⁵⁰. Dolayısıyla, bu faaliyetlerin yasaklanması söz konusu değildir. Nitekim ekonomik, endüstriyel ve teknolojik gelişme sayesinde elde edilecek sosyal ve ekonomik menfaatler, bu faaliyetler nedeniyle ortaya çıkabilecek zararlara katlanılmasını gerektirmektedir⁵¹. İşte böyle bir durumda karakteristik rizikonun zarar görenlere değil, faaliyette bulunanlara yükletilmesi için tehlike sorumlulukları kusursuz sorumluluğun özel bir türü olarak geliştirilmiştir.

Tehlike sorumluluğu, kusurdan ve objektif özen yükümlülüğünden bağımsız olarak, tehlikenin gerçekleşmesi durumunda sorumluluğun doğması nedeniyle en ağır sorumluluk türüdür⁵². Tehlike sorumluluğunda da sorumlu tutulan kişinin elindeki tek imkân, nedensellik bağıını kesen sebeplerin varlığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulmaktır. Bu bakımdan, tehlike sorumluluğu, ilk anda ağırlaştırılmış objektif sorumluluğa benzetilebilecektir. Ancak tehlike sorumluluğunda ağırlaştırılmış objektif sorumluluktan farklı olarak, nitelik veya nicelik

⁴⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.501; Çiğdem Kırcı, **Ürün Sorumluluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s.118; Rey, **a.g.e.**, N 1170; Schwenger, **a.g.e.**, N 54.01 Bu noktada tekrar vurgulamak gerekir ki, tehlike sorumluluğu ile tehlike esaslı birbirlerinden farklıdır. Nitekim başka sorumluluk türlerinin de tehlike esasına dayanmasında hiç bir engel bulunmamaktadır (İmre, **Tehlike Mesuliyeti**, s.423). Zira tehlike esaslı, özel ve tipik bir tehlikeyi esas alan tehlike sorumluluğuna göre çok daha geniş bir kavramdır.

⁵⁰ Nuri Erişgin, “*Türk Borçlar Kanunu madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu*”, **TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (Makaleler, Tebliğler)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s.59-101 (68); Schwenger, **a.g.e.**, N 54.01.

⁵¹ Pierre Widmer, “*Switzerland*”, **Unification of Tort Law: Strict Liability**, New York, Kluwer Law International, 2001, s.323-350 (332).

⁵² Deschenaux/ Tercier, **a.g.e.**, s.42-43; **Güzin Üçışık**, “*Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s.127-145 (129); Werro, **responsabilité civile**, s.13.

yönünden ağır ve tipik bir tehlikenin varlığı aranmaktadır⁵³. Bu anlamda, tehlike sorumluluğunda, bünyelerinde tehlike esasını barındıran diğer sorumluluk türlerine göre çok daha ağır bir tehlike unsuru aranmaktadır ve buna bağlı olarak daha ağır bir sorumluluk öngörülmektedir.

Tehlike sorumluluklarında sorumluluk genellikle tehlikeli faaliyette bulunan işletmenin sahibi ile işletene yükletilmektedir. Zira tehlike arz eden faaliyetten doğrudan ve en görünür şekilde ekonomik menfaat elde edenler bu kişilerdir. Ancak toplumun genelinin tehlikeli faaliyetlerin sürmesini arzuladığı ve bu faaliyetlerden dolayı olarak sosyal ve ekonomik menfaatler elde ettiği unutulmamalıdır. Tehlikeli faaliyetlerin rizikosunun tamamen işleten ve işletme sahiplerine yansıtılması bu kişilerin söz konusu faaliyetlerde bulunmaktan çekinmelerine sebep olabilecektir. Bu açıdan, tehlike sorumluluklarında rizikonun doğrudan menfaat elde eden işleten ve işletme sahibi ile dolaylı menfaatler elde eden toplum arasında paylaşılması önemlidir. Nitekim işleten ve işletme sahibi karakteristik rizikonun neden olabileceği muhtemel zararı işletme maliyetlerine ve fiyatlarına yansıtılmak suretiyle bu rizikoyu toplum ile paylaşacaklardır⁵⁴.

Öte yandan, tehlike arz eden işletmelerin sıklıkla ve ağır zararlara sebep olması, işletenler ile işletme sahiplerine karşılayamayacakları tazminat miktarlarının yükletilmesine ve dolayısıyla işletmelerin iflasına sebep olabilecektir. Bu durumda, zarar görenlerin zararları tam olarak karşılanamayacağı gibi toplum tarafından sürdürülmesi arzu edilen bir işletmenin faaliyetlerine de son verilmiş olacaktır. Bu ağır sonuçların bertaraf edilmesi ve rizikonun dağıtılması için tehlike sorumluluğu düzenlemelerine zorunlu

⁵³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.501. Yazar, tehlike sorumluluğunun ağırlaştırılmış objektif sorumluluktan farklı olduğunu belirterek, tehlike sorumluluğunda özel bir düzenleme ile çevresi için önemli ölçüde tehlike arzeden bazı işletmelerin faaliyetinden doğan zararlı sonuçların giderilmesinin amaçlandığını belirtmiştir.

⁵⁴ Kerem Cem Sanlı, “*Kusursuz Sorumluluk Halleri*”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.61-81(78).

sorumluluk sigortası düzenlemesinin de eşlik etmesi gerekmektedir⁵⁵. Şüphesiz gerek rizikonun neden olabileceği muhtemel tazminat ödemelerinin işletme maliyetlerine ve fiyatlarına doğru yansıtılması, gerekse de sorumluluk sigortası primlerinin belirlenebilmesi için, karakteristik rizikonun önceden tanımlanabilmesi büyük önem taşımaktadır. Karakteristik rizikonun neden olabileceği muhtemel zararın tahmin edilmesinin güç olduğu yüksek risk içeren faaliyetler açısından ayrıca tazminatın miktar bakımından sınırlandırılması da önemlidir.

Dolayısıyla, tehlike sorumluluklarını diğer kusursuz sorumluluk türlerinden ayıran en önemli özellik, özel veya tipik bir tehlike aranmak suretiyle karakteristik rizikonun önceden tanımlanabilmesidir⁵⁶. Bunun dışında, tehlike sorumluluğunda kusurdan ve objektif özen yükümlülüğünden bağımsız olarak, karakteristik rizikonun gerçekleşmesi durumunda sorumluluk doğmakta ve sorumlulara kurtuluş kanıtı sunmak suretiyle sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmamaktadır⁵⁷. Bir başka deyişle, tehlike sorumluluklarında objektif dahi olsa bir özen yükümü söz konusu değildir⁵⁸. Türk hukukunda tehlike sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelere, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer

⁵⁵ İmre, **Kusursuz Mesuliyet**, s.71; Schwenger, **a.g.e.**, N 54.01; Tiftik, **Tehlike Sorumluluğu**, s.117; Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.13. Türk hukukunda zorunlu sorumluluk sigortası ile tamamlanan tehlike sorumluluğu düzenlemesinin en tipik örneği Karayolları Trafik Kanununda yer almaktadır.

⁵⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.503; Schwenger, **a.g.e.**, N 54.01; Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.23. Tehlike sorumluluğunda, tehlikeli olgunun varlığının zararlı sonuca sebep olması gerektiğinden, sorumluluk için ayrıca bu olguda bir eksikliğin aranması durumunda tehlike sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, ürün sorumluluğu ve bina malikinin sorumluluğu birer tehlike sorumluluğu hâlleri olarak nitelendirilmemektedir. Bkz. Kırca, **Ürün Sorumluluğu**, s.120.

⁵⁷ Oftinger/ Stark, **a.g.e.**, § 24 N 1.

⁵⁸ Oftinger/ Stark, **a.g.e.**, § 17 N 6; § 24 N 22. Öyle ki, tehlike sorumluluğu düzenlemeleri, bireylerin özel ve tipik tehlike arz eden faaliyetlerde bulunmadan önce akla gelebilecek bütün önlemleri almaları gerektiğinden hareketle getirilmiştir. Bénédit Winiger, “*La responsabilité pour risque est-elle dangereuse pour la faute?*”, **Responsabilité objectives**, Zürich, Shuthess, 2003, s.191-206 (194).

Zararlı maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun ve Çevre Kanununun 28. maddesi örnek olarak gösterilebilir.⁵⁹.

Bu düzenlemelerin yanı sıra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinde tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme getirilmiştir⁶⁰. Diğer kusursuz sorumluluk türleri bakımından genel bir düzenlemeye yer verilmezken, tehlike sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme getirilmesinin temel nedeni, endüstriyel ve teknolojik gelişmelerin beraberlerinde getirdikleri rizikoların her biri için sürekli yeni sorumluluk düzenlemeleri yapmanın güçlüğüdür⁶¹.

Öte yandan, bu yeni düzenlemenin karşısında özel düzenlemelerin ne olacağı sorununa ise Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinin 3. fıkrasında, “*Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır*”, ifadesiyle bir çözüm getirilerek, 71. madde

⁵⁹ Tehlike sorumlulukları üç şekilde getirilebilir: mahkeme içtihatlarıyla, özel kanunlarla ve genel bir hükümlerle. Tehlike sorumluluğunun genel bir kural ile öngörülmesi hâlinde, tehlikeli faaliyetin ne olduğu veya ne zaman söz konusu olacağı hususları her bir uyuşmazlık bakımından mahkemeler tarafınca belirlenecektir. Öğretide tehlike sorumluluklarının içtihat yolu ile yaratılması ve kıyasen uygulanması hususları tartışmalıydı. Bu tartışmalar için bkz. İmre, **Tehlike Mesuliyeti**, s.422; Kaneti, **a.g.m.**, s.57; Korkusuz, **a.g.m.**, s.149; Hâluk Tandoğan, “*Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu*”, **Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980, s.7-52 (47); Tiftik, **a.g.m.**, s.57 vd.; Üçışık, **a.g.m.**, s.137; Yılmaz, **a.g.m.**, s.552. Öte yandan, bu tartışmalar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu öncesine aittir. Bu Kanun’un 71. maddesi ile genel bir düzenlemenin yapılmış olması, tehlike arz eden durumlara özel düzenlemelerin kıyasen uygulanması sorununu ortadan kaldırmıştır.

⁶⁰ Türk Borçlar Kanununun 71. maddesi ile getirilen genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi İsviçre’de kanunlaşmayan Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesak Hâle Getirilmesine İlişkin Ön Tasarısı’nın (*Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*) 50. maddesi takip edilerek hazırlanmıştır. Tasarı’nın 50. maddesinin sorumluluk hukukunda yaratabileceği etkiler için bkz. Winiger, **a.g.m.**, b.a.

⁶¹ Bkz. **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu**, s.54 (çevrimiçi 25.09.2013

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>). Özel kanunlarda düzenlenen sorumlulukların kıyasen uygulanması ise öğretilerde tartışmalıdır. Bkz. Tandoğan, **Kusursuz Sorumluluk**, s.44.

hükümünün özel kanunlarla düzenlenen sorumluluk hükümlerini dışlamayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, özel tehlike sorumluluğu düzenlemeleri öncelikle uygulama alanı bulacak, ancak bu düzenlemelerde açık kalan hususlarda Türk Borçlar Kanununun 71. maddesi uygulanacaktır.

Bu durumda, artık her gün ortaya çıkan ve yeni sorumluluk düzenlemesi gerektiren önemli ölçüde tehlikeli faaliyetler için yeni bir sorumluluk düzenlemesi öngörülene kadar veya mevcut özel tehlike sorumluluğu düzenlemelerinin boşluklarının doldurulmasında Türk Borçlar Kanununun 71. maddesine başvurmak mümkün olacaktır: *“Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.”* Bu madde uyarınca sorumluluk önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetleri yürüten işletmeler ve tesisler ile sınırlandırılmıştır.

Bu düzenleme uyarınca, önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetlerin tespit edilmesi hususunda ise 71. madde şöyle bir kriter getirmiştir: *“Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.”*

Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinin son fıkrasında *“Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre karakteristik riziko, tehlikeli faaliyette bulunan işletmenin gerekli izinleri almaksızın veya ilgili denetimlere tabi olmaksızın yürütülmesinden kaynaklanabileceği gibi bir izne tabi olarak yürütülen ve fakat işletmenin

verilen izin kapsamında uyması gereken standartlara uygun işletilmemesi neticesinde de gerçekleşebilecektir.

Ancak hemen belirtilmelidir ki, işletmenin izinli olarak işletilmesinin, mutlak hak ihlalleri bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olacağı şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Zira bir olayda karakteristik rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle başkalarının mutlak hak değerlerinin zarara uğraması durumunda işletme faaliyetlerinin izin kapsamında yürütülüp, yürütülmemesinin herhangi bir etkisi olmayacaktır. Mutlak hak ihlalleri bakımından sonucun hukuka aykırılığı görüşü kabul edildiğinden,⁶² mutlak hak ihlâli nedeniyle kişi ve malvarlığına gelen zararlar işletme faaliyetleri izin kapsamında yürütülse de yürütülme de tazmin edilecektir.

Bu durumda, 71. maddenin son fıkrası olsa olsa mutlak hak ihlali olmaksızın ortaya çıkan zararlar yani salt ekonomik zararlar bakımından bir anlam taşıyacaktır. Nitekim söz konusu düzenlemede tazmin edilmesi gereken zararlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre, şartları olduğu sürece kişi ve malvarlığına gelen zararların yanı sıra salt ekonomik zararların da tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesi söz konusu olabilecektir. Mutlak ihlali olmaksızın ortaya çıkan salt ekonomik zararlar,⁶³ ancak zarara uğrayanın bu menfaatlerini koruyan özel davranış normlarının ihlâl edilmiş olması halinde tazmin edilebilecektir⁶⁴.

⁶² Oğuzman/ Öz, **c.II**, s.15; Werro, **ComRom.**, Art.41 CO, N 76. ⁶² Şöyle ki, kişilik hakkı ve mülkiyet gibi mutlak hakların ihlâli hukuka aykırı sayılmıştır. Bu durumlarda, bir mutlak hakkın ihlâl edilmiş olmasının bizatihi kendisi hukuka aykırı nitelik taşıyacağından ayrıca bir normun ihlâl edilip edilmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

⁶³ Örneğin bir fabrikanın yol açtığı deniz kirlenmesi nedeniyle deniz kenarındaki otelin kirlenmeye bağlı olarak müşteri kaybetmesi söz konusu olabilecektir. Ancak, müşteri kaybı veya piyasa değerindeki düşüşler, söz konusu mala doğrudan fiziksel bir zarar verilmiş olmadıkça salt ekonomik zarar kapsamında değerlendirilecektir.

⁶⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.595; Kaneti, **a.g.m.**, s.39.

Bu durumda, 71. maddenin son fıkrasının bu özel koruma normunu sağladığı şeklinde yorumlanması mümkündür⁶⁵. Şöyle ki, eğer son fıkrada salt ekonomik zararların izin olması durumunda fedakarlığın denkleştirilmesine tabi tutulacağı ifade ediliyorsa, iznin bulunmadığı veya verilen izin çerçevesinde faaliyet gösterilmeyen yani hukuka aykırılığın gerçekleştiği durumlarda da salt ekonomik zararların tazmin edilebileceğini anlamak gerekir - ki maddenin hukuka aykırılık getirisi de işlerlik kazanmış olur. Böylece, karakteristik riziko izne tabi olarak yürütülen bir işletmenin kendisine tanınan izne aykırı davranması veya iznin kapsamını aşması sonucunda ortaya çıkmışsa, işletme sahibi ve işleten hiç şüphesiz mutlak hak ihlâlinden kaynaklanan kişi ve malvarlığı zararlarının yanı sıra salt ekonomik zararları da tazmin etmekle yükümlü olacaklardır. Bu yorumun kabul edilmesi, tehlike sorumluluğunun, sonuçları itibarıyla en ağır sorumluluk türü olduğunu ortaya koymaktadır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

Sözleşme dışı sorumluluk hukukunda kusursuz sorumluluk düzenlemelerinin sınırlarının çizilebilmesi ve kuralların uygulanması bakımından sorumluluğun niteliğinin ve dayandığı sorumluluk esasının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Zira, kusursuz sorumluluk rejiminin dayandığı esas, bu sorumluluğun şartları ile sonuçlarına da yansiyacak, kuralların yorumlanmasında ışık tutacaktır.

Öte yandan, birçok sorumluluk türü ile söz konusu türün dayandığı esası birbirinden ayırmak son derece zordur. Öyle ki, hakkaniyet sorumluluğu ile tehlike sorumluluğunda sorumluluğun dayandığı esas ile tür birbirleri ile öyle bütünleşmiştir ki, sorumluluğun dayandığı esas, sorumluluk türüne adını vermiştir. Bu nedenledir ki, ilk bakışta sorumluluğun dayandığı esas ile sorumluluk türüne ilişkin yapılan ayrımlar yapay görünebilir. Ancak bu ayrımın net bir şekilde ortaya

⁶⁵ Bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Başak Başoğlu, “Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması”, **Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan**, Der Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.161-184.

koyulması, özellikle ağırlaştırılmış objektif sorumluluk ile tehlike sorumluluğu türlerinin birbirinden ayrılması bakımından önemlidir.

Bu ayrımın ortaya koyulması özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinde tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenleme getirilmiş olduğundan önemlidir. Böylece, özel olarak düzenlenmemiş ve tehlike sorumluluğu hallerinde, bu genel tehlike sorumluluğu düzenlemesi uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanı sıra, özel olarak düzenlenmiş olan bir tehlike sorumluluğu türünün boşluklarının doldurulmasında da genel nitelikteki 71. madde hükmünden faydalanılması mümkün olacaktır. Bu nedenledir ki, birbirine son derece yaklaşmış iki sorumluluk türü olan ağırlaştırılmış objektif sorumluluk ile tehlike sorumluluğunun farklarının ortaya koyulması büyük önem taşır.

KAYNAKÇA

- Arkan Akbıyık, Azra: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, Alfa, 1999.
- Baş, Ece: Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.
- Başoğlu, Başak: “Non-Genunine Benevolent Intervention In Another’s Affairs and Disgorgement of Profits under Turkish Law”, Disgorgement of Profits – Gain-based Damages for Breach of Law or Contract, editorler: Ewoud Hondius, André Janssen, Springer, 2015, s.253-266.
- Başoğlu, Başak: “Tehlike Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Tartışması”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.161-184.
- Büyüksağış, Erdem: “Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt: 8, sayı: 1, İzmir, 2006, s.1-19.

- Chappuis, Christine: “Le remise du gain: les temps sont mûrs”,
Quelques questions fondamentales du droit de la
responsabilité civile: actualités et perspectives, Bern,
Stämpfli, 2002, s.51- 77.
- van Dam, Cees: European Tort Law, New York, Oxford University
Press, 2013.
- Deschenaux, Henri / Tercier, Pierre: La Responsabilité Civile, 2.Bası,
Bern, Stämpfli, 1982.
- Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk
Borçlar Kanun’una Göre Hazırlanmış 14. Bası,
Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Erişgin, Nuri: “Türk Borçlar Kanunu madde 71: Genel Tehlike
Sorumluluğu”, TOBB Ekonomi ve Teknoloji
Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yeni Türk Borçlar
Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu
(Makaleler, Tebliğler), İstanbul, Vedat Kitapçılık,
2013, s.59-101.
- Gümüş, Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler c.II, İstanbul, Vedat
Kitapçılık, 2012.
- Hatemi, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, Filiz
Kitabevi, 1994.
- İmre, Zahit: “Türk Hususi Hukukuna Göre Tehlikeli Şeylerden
Doğan Mesuliyet”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü
Armağanı, Ankara 1968.
- İmre, Zahit: “Hukuki Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler”
İÜHFM Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan,
cilt: 45 sayı: 1-4, İstanbul, 1979-1981, s.402-420.
- İmre, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet
Hâlleri, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1949.
- Kaneti, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının
Görevi”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları,
Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I.

- Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980 s.29-66.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Kırca, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007.
- Korkusuz, Refik: “Hukumumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s.147-207.
- Nomer, Hâluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul, Beta , 2012.
- Oftinger, Karl/ Stark, Emil W.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bnd II/2: Besonderer Teil, Zürich, Schulthess, 1989.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta, s.169;
- Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Bası, Zurich, Schulthess, 2008.
- Sanlı, Kerem Cem: “Kusursuz Sorumluluk Halleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.61-81.
- Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Bern, Stämpfli, 2012.
- Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, (Borçlar Özel), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Tandoğan, Hâluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981
- Tandoğan, Hâluk: Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

- Tandoğan, Hâluk: “Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu”, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, 1980, s.7-52.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Hâluk/ Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal: Le droit des obligations, 5. édition, Zürich, Schulthess, 2012.
- Tiftik, Mustafa: Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin, 2005.
- Ulusan, İlhan: Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Üçışık, Güzin: “Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s.127-145.
- Werro, Franz: Commentaire romand, Codes des obligations I, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2012, Intro Art.41-61 CO.
- Werro, Franz: La responsabilité civile, 2. édition, Bern, Stämpfli, 2011.
- Werro, Franz/ Palmer, Vernon Valentine/ Hahn, Anne-Catherine: “Strict Liability in European tort law: and introduction”, The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law, Franz Werro, Vernon Valentine Palmer (editör), Durham-Bern-Bruxelles, Carolina Academic Press, Stämpfli, Bruylant, 2004, s.3-35.

- Widmer, Pierre: “Switzerland”, Unification of Tort Law: Strict Liability, New York, Kluwer Law International, 2001, s.323-350.
- Winiger, Bénédit: “La responsabilité pour risque est-elle dangereuse pour la faute?”, Responsabilité objectives, Zürich, Shuthess, 2003, s.191-206.
- Yavuz, Cevdet/ Özen, Burak/ Acar, Faruk: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Baskı, İstanbul, Beta, 2012.
- Yılmaz, Süleyman: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluklarına İlişkin yeni Hükümler”, AÜHFD, cilt: 59, sayı: 3, Ankara, 2010, s.551-578.

**BİREYSEL BAŞVURUDA 3 YIL:
BİR İNSAN HAKLARI KARNESİ – OLUMSUZ
ÖRNEKLER/UYGULAMALAR/YAKLAŞIMLAR***

A.Burak BİLGİN**

ÖZET

Temel hak ve özgürlüklerin etkili ve pratik bir şekilde korunmasında hayati bir fonksiyon icra eden bireysel başvuru mekanizması, geçtiğimiz üç yıllık süre içinde, bu koruma adına olumlu ve korumayı artırıcı yaklaşım ve uygulamaları karşımıza çıkardığı gibi, olumsuz ve sorunlu yaklaşım ve uygulamalara da sahne olmuştur. Mahkeme, kimi zaman bireysel başvurunun usuli koşullarına kimi zaman da temel hak ve özgürlüklerin maddi yönüne ilişkin, insan haklarının mahiyetiyle bağdaşmayacak yaklaşım ve uygulamalar ortaya koymaktadır. Bilhassa başta 6216 sayılı Kanun olmak üzere ilgili mevzuattaki bazı kuralları katı ve şekilci bir biçimde uygulamasından kaynaklanan problemler ile bir hakkın kapsamı konusunda AİHM içtihadıyla kendini sınırlama ve Strazburg çitasını aşmama eğiliminde olma şeklindeki sorunlar, başı çekmektedir. Mahkemenin ‘’zihniyet’’ olarak hak ve özgürlüklerin korunmasının tarafında olduğu söylenebilir. Fakat bu süreçteki olumsuz ve insan haklarının korunması adına çok sayıda sorunlu yaklaşım, uygulama ve tespiti de, uygulamanın değişimi açısından dikkatlere sunmak gerekmektedir.

Anahtar Kavramlar: *Bireysel başvuru, insan hakları karnesi, 3 yıllık bilanço, olumlu uygulamalar/yaklaşımlar*

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen ‘‘Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu’’nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Arş. Grv. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

3 YEARS IN INDIVIDUAL APPLICATION: HUMAN RIGHTS RECORD – UNFAVOURABLE EXAMPLES/PRACTISES/APPROACHES

ABSTRACT

Three years in the individual application mechanism, which has a cardinal role in the effective and practical protection of fundamental rights and freedoms, has generated approaches and practises bearing the potential to promote and enhance the protection of rights and freedoms. We have however witnessed discouraging and unfavourable examples. The Constitutional Court has adopted approaches and practises challenging the very nature of human rights, sometimes as regards to the procedural conditions of individual application mechanism or sometimes to the very substance of a right or freedom. Be especially in the forefront are the challenges stemmed from formalistic and inflexible interpretation of the rules in the Law No: 6216, together with the Court's self-restriction to the ECtHR's position with regard to the scope of a right and its tendency not to go beyond of Strasbourg's limits. The Court, when it comes to mentality, may be claimed to take its side on behalf of rights. However, the approaches and practises which are problematic and pose threat and challenge to the effective protection of human rights through this period should be addressed to let the Court to change its practise.

Keywords: *Individual application, human rights record, 3 years' balance-sheet, favourable practises and approaches*

GİRİŞ

Bilindiği üzere, bireysel başvuru müessesesi, Türk Hukukunda ilgili yasal düzenlemelerin tamamlanmasının ardından Eylül 2012'de uygulamaya geçmiştir. Bu mekanizmanın Türkiye'de insan haklarının korunmasına katkı sağlayıp sağlamayacağı, gerek bireysel başvurunun (referandum sonucu) kabul edildiği 2010 yılından önce gerekse bu tarihten sonra yoğun biçimde tartışılmış ve halen de tartışılmaktadır. Bilhassa Anayasa Mahkemesinin (AYM) gerek iş yükü gerek

ideolojik/felsefi altyapı açısından, bu yeni hak arama yolunu gereği gibi işletip işletemeyeceği sorusu zihinleri meşgul etmiştir. Aradan geçen üç yıl, bu sorulara sağlıklı cevaplar vermek için yeteri kadar başvuru ve karar birikimini oluşturmuştur.

Bu süreçte Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, kişi hürriyeti ve güvenliği ve maddi-manevi varlığın korunması hakkı gibi hak ve özgürlük alanlarında çok önemli ve hakların koruma alanını genişletecek kararlar vermiş; uygulama ve yaklaşımlar ortaya koymuştur. Fakat yine bu süreçte bir yandan kabul edilebilirlik ve o bağlamda da tüketme kuralı; bir yandan da hak ve özgürlüklerin esası (öznesi, kapsamı, sınırları vs.) noktasında olumsuz ve insan haklarının etkili korunması adına sorunlu kararlara, uygulama ve yaklaşımlara rastlamak da mümkündür.

Örneğin, ortak koruma alanına dair benimsenen sınırlayıcı yaklaşım; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) Ek Protokollere ilişkin benimsenen yaklaşım; yasama işlemlerine karşı bireysel başvuru yasağı ile kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuru ehliyetsizliğinin katı surette uygulanması; yargı yolu kapalı işlemlere karşı bireysel başvuru yasağının YSK kararlarına teşmil edilmesi; mağduriyet koşulu ve ihlalden kişisel olarak etkilenme şartına yönelik katı-şekilci yaklaşım; geçici tedbir müessesesinin dar bir alana hasredilmesi ve bireysel başvuruda somut norm denetimi yapmama gibi, insan haklarının etkili korunması adına, kimi kabul edilebilirlik kimi de temel hakların esasına ilişkin sorunlu ilke ve yaklaşımlar, bu süreçte göze çarpmaktadır. Bu makalede yapılacak olan da, üç yıllık süreçte karşımıza çıkan bu minvaldeki uygulama ve yaklaşımları ortaya koymaktır.¹

Öncelikle bir hususu belirtmek gerekir ki, burada ‘‘olumsuz’’ olarak nitelediğimiz kararlar, ilkesel bir durumu yansıtan kararlardır.

¹ Aynı şekilde bu üç yıllık süre içinde insan haklarının etkili korunması adına var olduğunu söylediğimiz olumlu tespit, yaklaşım, uygulama ve argümanlar, ayrı bir çalışmada incelenecektir.

Örneğin AYM'nin, aslında 17. maddenin gerektirdiği şekilde etkili bir soruşturma yapılmamış bir olayda bu yönde bir ihlal bulmaması; yahut aslında yargılamanın adilliğini etkileyecek kanuna aykırı bir delilin kullanıldığı bir yargılama için ihlal kararı vermemesi; yahut tutukluluk ve ifade-basın özgürlüğüne ilişkin bir konuda temel hakların mantığına aykırı bir karar vermiş olması, böyle kararlar ilkesel bir yaklaşım kazanmadığı müddetçe bizim burada yer verdiğimiz manada ‘olumsuz’ kararlar olarak görülmemektedir. Burada gündemimizde olacak olanlar, Mahkemenin insan haklarının ve bireysel başvuru yoluyla etkili bir surette korunmasının işlevi ve mantığına aykırı surette ortaya koyduğu ilkesel tespit ve yaklaşımlardır. Bu anlamda bir karar, sonucu itibariyle başvuru lehine olsa da, içinde insan haklarının korunması adına sorunlu bir argüman veya tespit ortaya konmuşsa, burada ele alınacaktır.

Son olarak belirtelim ki, bu olumsuz uygulama, tespit ve yaklaşımları, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri ve temel hakların esası bağlamında ikiye ayırarak inceleyeceğiz. Fakat bu noktada da belirtelim ki, ortaya koyacağımız bir ilke, tespit yahut yaklaşımın, AYM tarafından bireysel başvurunun hangi aşamasında ortaya konduğu bu makale kapsamında önemli değildir. Mühim olan, o hususun, bireysel başvurunun başta tüketme kuralı olmak üzere kabul edilebilirlik kriterlerini mi veya bir temel hak ve özgürlüğün esasını mı ilgilendirdiğidir.²

A. KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERLERİ BAĞLAMINDAKİ SORUNLU YAKLAŞIM VE UYGULAMALAR

Yukarıda da belirtildiği gibi, insan haklarının korunması adına sorunlu bir uygulama veya tespit, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri yahut bir temel hakkın esasıyla ilgili olabilir. Üç yıllık uygulama (ve aslında daha uzun yıllara dayanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi –

² Bu anlamda makale boyunca ‘‘esas’’ kısmında ele alınacak pek çok yaklaşım ve tespit, aslında Mahkemece kabul edilebilirlik incelemesi sırasında ortaya konmuştur. Ancak bunlar, temel hakların esasıyla (örneğin ortak koruma alanının belirlenmesinde bir hakkın kapsamıyla) ilgili olduğundan, ‘‘esas’’ kısmında ele alınmıştır.

AİHM uygulaması) göstermektedir ki, bir bireysel başvuruda, temel hakların esasıyla ilgili bir sorunlu uygulama ve yaklaşım kadar, o esasın incelenmesini sağlayacak kabul edilebilirlik kriterleri noktasındaki bir sorunlu uygulama ve yaklaşım da, insan haklarının etkili korunması adına menfi sonuçlar doğurabilmektedir. Aşağıda, kabul edilebilirlik kriterleri arasında yer alan tüketme kuralı dışındaki³ kabul edilebilirliğe ilişkin olumsuz uygulama ve yaklaşımlar ele alınacaktır.⁴

1. Ek Protokollere Dair Yaklaşım

Bilindiği gibi, bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerinden birisi, başvuruya konu edilecek hakkın hem Anayasa hem de AİHS'nin ortak koruma alanında bulunmasıdır. Bu noktada Mahkemenin ortak koruma alanının belirlenmesinde Sözleşmeye Ek Protokollerden hangilerinin dikkate alınacağına ilişkin yaklaşımı üzerinde durmak

³ Tüketme kuralı, müstakil bir incelemeyi gerektirmekte olup; onunla ilgili üç yıllık (olumlu-olumsuz) bilanço, ayrı bir çalışmada ele alınmıştır. Bkz.: Ahmet Burak Bilgin, **3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında “Tüketme” Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar**, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak).

⁴ Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun bireysel başvuruya ilişkin maddelerinden (m.45-51) hareketle, bireysel başvuruda kabul edilebilirlik kriterleri olarak;

- başvuruçunun, güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi;
- bu hakkın, hem 1982 Anayasası hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) (yani ikisinde birden ortak olarak) düzenlenen bir hak olması
- ihlalin kamu gücü (yasama, yürütme ve yargı organları) tarafından gerçekleştirilmesi
- ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için mevzuatta öngörölmüş idari ve yargısal tüm başvuru yollarının tüketilmesi
- başvuruçunun gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişi olması
- başvurunun son başvuru yolunun tüketilmesinden (başvuru yolu yoksa ihlalin öğrenilmesinden) sonra 30 gün içinde yapılması

sayılabilir. Daha ayrıntılı inceleme için bkz.: Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s.44 vd.; Cüneyt Durmaz, Hüseyin Ekinci, İbrahim Çınar, Musa Sağlam, Mustafa Baysal, **Bireysel Başvuru – İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2013, s.109 vd.; Özcan Özbey, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Adalet, Ankara, 2012, s.149 vd.; Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, XII Levha, İstanbul, 2015, s.50 vd.

gerekmektedir.⁵ Burada temel soru, bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde, sadece Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerin mi yoksa Türkiye taraf olsun olmasın Sözleşmeye ek olarak imzalanmış tüm Protokollerin mi dikkate alınacağıdır.⁶ Lafzi yoruma elverişli iki metinden Anayasaya baktığımızda, ilgili hüküm, bilindiği gibi, "herkesin, AİHS kapsamındaki herhangi bir anayasal hak ve özgürlüğü için" bireysel başvuru yapabileceğini söylemektedir. Buradan hareketle anayasal bir hakkın bireysel başvuruya konu olabilmesi için AİHS kapsamındaki bir Ek Protokolde düzenlenmesinin yeterli olacağı ve bu anlamda Türkiye'nin taraf olmasının aranmayacağı söylenebilir. Buna karşılık elimizdeki ikinci metin olan 6216 sayılı Kanun'a baktığımızda ise, ilgili hükümde açıkça "AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğunu Protokoller" ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz. Aslında bireysel başvurunun Türkiye'nin AİHM nezdindeki mahkûmiyetlerini azaltmak şeklindeki temel (fakat insan hakları adına bir miktar sorunlu) yaklaşımını dikkate aldığımızda (yani tarihsel ve hatta bir bakışa göre amaçsal yorum yaptığımızda), Kanun'daki bu hükmün anayasal düzenlemelerle uyumlu olduğunu söyleyebiliriz.

AYM'nin tavrına gelince ise, Mahkeme, bugüne kadarki uygulamasında, ortak koruma alanının tespitinde, Kanun'un lafzına uygun olarak Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokolleri dikkate almıştır. *Sebahat Tuncel* kararı,⁷ bunun güzel bir örneğidir. Silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yargılandığı davada, davaya bakan mahkemenin kararıyla hakkında yurtdışına çıkmamak şeklinde adli kontrol uygulanan başvuru, diğer iddiaları yanında, bu tür bir tedbirin ideolojik ve politik bir karar

⁵ Ortak koruma alanıyla ilgili olarak AYM'nin bir sorunlu yaklaşımı da, ortak koruma alanının belirlenmesinde hakların kapsamını AİHS ve ona ilişkin AİHM içtihadıyla sınırlı yorumlama eğilimidir. Ancak bu, temel hakların esasıyla ilgili bir durum olduğu için, çalışmanın "esasa dair sorunlu yaklaşım ve uygulamalar" kısmında ele alınmıştır.

⁶ Aslında sorulabilecek bir soru da, Türkiye'nin taraf olduğu Protokollerin bu kapsama girip girmeyeceğidir. Ancak biz tartışmayı buradan başlatmayı biraz işgüzarlık olarak gördüğümüzden, bu soruya "tabii ki evet" cevabını vererek bir adım ileriye (hangi Ek Protokoller noktasına) gitmekte ve tartışmayı oradan başlatmaktayız.

⁷ B. No: 2012/1051, Kt. 20.2.2014.

olduğunu ve böylece Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen *eşitlik ilkesini* ve ayrıca Anayasanın 23. maddesinde düzenlenen *yerleşme ve seyahat özgürlüğünü* ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AYM ise, yine (yukarıdaki gerekçelerle) *eşitlik ilkesinin soyut olarak ileri sürülemeyeceğini ve ancak Anayasa ile Sözleşmedeki başka bir hak/özgürlük ile bağlantılı olarak incelenebileceğini* söylemiş; *bu bağlamda somut olay bakımından bu iddianın Anayasanın 19 (kişi hürriyeti ve güvenliği) ve 23. (yerleşme ve seyahat hürriyeti) maddeleri bağlamında incelenebileceğini* belirtmiştir. Mahkeme, bu yönlerden yaptığı değerlendirme neticesinde de, bu hürriyetin AIHS'ye ek 4 Numaralı Protokolde düzenlendiğini; bu Protokole ise Türkiye'nin taraf olmadığını; dolayısıyla bu Protokol kapsamında kalan Anayasanın 23. maddesindeki seyahat özgürlüğüyle ilgili olarak bireysel başvuruda bulunulamayacağını belirtmiştir (böyle olunca haliyle Anayasanın 10. maddesi yönünden de inceleme yapılması mümkün olmamıştır).⁸

⁸ Yine bir başka kararında Mahkeme, bir kimsenin, kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesiyle yaptığı şikayete ilişkin kovuşturmaya yer olmaması kararı verilmesinin, cinsel eğiliminden kaynaklandığı ve bu sebeple ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla yaptığı başvuruda (B. No: 2012/1049, Kt. 26.3.2013), ihlal edildiği ileri sürülen (ve Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan) “ayrımcılık yasağı” ve “eşit muamele ilkesinin” bireysel başvuruya konu olup olamayacağını belirlerken, Sözleşmenin sadece Sözleşmede düzenlenen haklara ilişkin olarak getirdiği ayrımcılık yasağı hükmünü (m.14) dikkate almıştır. Mahkemeye göre, *Anayasanın 10 ve AIHS'nin 14. maddelerinde geçen ifadeler dikkate alındığında, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp; mutlaka Anayasa ve AIHS kapsamında yer alan diğer bir temel hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ele alınması gerekir.* (Aynı doğrultuda bkz.: B. No: 2012/869, Kt. 16.4.2013 ve B. No: 2013/2237, Kt. 18.9.2014 sayılı kararlar.) Oysa Mahkeme, Türkiye'nin henüz taraf olmadığı 12 Numaralı Ek Protokol'deki genel ayrımcılık yasağı düzenlemesini dikkate almış olsa, böyle bir gereklilik kalmayacaktır. AYM, bu kararlarında söz konusu Ek Protokol'deki genel ayrımcılık yasağından hiç bahsetmemekte; bu hükmü, Türkiye'nin taraf olmadığı bir Ek Protokol'de yer aldığı için ortak koruma alanının belirlenmesinde dikkate almadığına ilişkin açık bir ifade kullanmamaktadır. Ancak böyle bir hükümden habersiz olması mümkün olmadığına göre, bunun sebebi, belirttiğimiz gibi, söz konusu Protokol'ün Türkiye'nin henüz taraf olmadığı bir Protokol olmasıdır.

Doktrinde Mahkemenin bu tavrı eleştirilmiştir.⁹ Olması gereken hukuk açısından, bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde taraf olunmayan Ek Protokollerin de dikkate alınmaması şüphesiz isabetli bir yaklaşım değildir. Ne var ki, bizce burada sorun, Mahkemenin kendisinden (yani onun aksi de yapılabilecekken tercih etmediği bir daraltıcı ve şekilci yorumdan) değil; doğrudan karşımızda duran net bir yasal düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Çünkü görüldüğü gibi, 6216 sayılı Kanun'un ilgili hükmü, bu konuda oldukça açıktır. Üstelik bu durum, bizce Mahkemenin açıkça kanuna aykırı bir yorum tarzını benimsemedikçe üstesinden gelebileceği bir sorun da değildir. Mahkemeyi, çalışma boyunca zaman zaman bu yönden eleştireceğiz. Ne var ki, buradaki problem, yorum yoluyla halledilebilecek bir mesele değildir. Kanunun açıklığı karşısında Mahkemeden bunu yapmasını istemek, hak lehine yargısal aktivizmin çok ötesinde bir tavır benimsemesini istemek olur. Bizce burada Mahkemenin yapabileceği ve yapması gereken şey, somut norm denetimini işletmek ve hükümdeki "Türkiye'nin taraf olduğu" ibaresini iptal etmektir. Ne var ki, aşağıda göreceğimiz üzere, Mahkeme, bireysel başvuruda somut norm denetimini işletmeye henüz istekli değildir.¹⁰

⁹ Örneğin Şirin'e göre, bir uluslararası sözleşmeye veya protokollerine taraf olup olmamak, uluslararası hukuka ilişkin bir meseledir ve bu şekilde ülke, uluslararası bir taahhüde girip uluslararası bir mahkemenin yargı denetimine tabi olur. Ancak ulusal usul, ondan bağımsız olarak çalışır. Yazar, örneğin Türkiye, bir gün AİHS'den ayrılırsa bireysel başvurunun konusuz mu kalacağı sorusunu sormaktadır. (Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**, s.33-35. Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiri. Bildiriye şu adresten ulaşılabilir: http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplantı_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 13.10.2015.)

¹⁰ Bu, Mahkemenin başlı başına olumsuz yaklaşımlarından birisidir. Buna ileride değineceğiz. Bkz.: aşağıda *b.10.* numaralı başlık.

2. Yasama İşlemleri ile Düzenleyici İdari İşlemlere Karşı Doğrudan Bireysel Başvuru Yapılamaması Kuralının Mutlak Olarak Uygulanması

Anayasa Mahkemesinin hakların koruma alanını daraltma potansiyelini taşıyan bir yaklaşımı da, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlere karşı bireysel başvuru yapılamayacağına yönelik hükmü katı biçimde yorumlamasıdır.¹¹ 6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi uyarınca, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler, bireysel başvurunun konusu yapılamaz. Mahkemenin bu kurala ilişkin yaklaşımını ortaya koyan başta seçim barajı ile ilgili olmak üzere pek çok (olumsuz) karar vardır. Örneğin *Arif Güneş* başvurusunda,¹² iki dönem üst üste bir

¹¹ Bu noktada başlamadan, *potansiyel mağdurluk* kavramı ile *yasama işlemlerine karşı doğrudan başvuru yapılamaması* kavramı arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Bizim bu başlık altında olumsuz bir yaklaşım olarak ele aldığımız husus, AYM'nin 6216 sayılı Kanun'daki *yasama işlemleri ile düzenleyici işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz* hükmüne verdiği katı-şekilci anlamdır. Bununla ilgili fakat ayrı bir husus olarak AYM'nin *potansiyel mağdurluk* kavramına olan bakışı da söz konusudur. İki kavramın arasındaki bağlantı, örneğin doğrudan bir yasal düzenlemeye karşı ileride mutlak olarak etkilenme ihtimali ileri sürülerek yapılan bir başvurunun, *potansiyel mağdurluk* kavramı benimsenerek esastan incelenebilecek olmasıdır. Fakat bizce AYM, iki meseleyi birbirinden ayırmaktadır. AYM, bir yasal düzenlemenin mutlak olarak uygulanacak olması karşısında ileride mağdur olacak olan kimsenin doğrudan bir yasama işlemine veya düzenleyici işleme karşı yaptığı başvuruyu yasama işlemine karşı başvuru yapılamayacağı kuralından hareketle reddetmektedir; yoksa bu kişinin potansiyel mağdur olduğu ve potansiyel mağdurluğun da kendisi tarafından tanınmadığı gerekçesiyle değil. Bu anlamda Mahkeme, böyle bir başvuruyu halihazırda mağdur olan bir kimse yaptığı zaman da – aşağıda örneklerini göreceğimiz üzere – reddetmektedir. Bundan bağımsız olarak, Mahkeme, *potansiyel mağdurluk* kavramıyla ilgili olarak da bir yaklaşım geliştirmiştir. Mahkeme, AIHM içtihatlarında tanındığı bilinen bu kavramı henüz net olarak uygulamamakta; fakat bazı kararlarında benimseyebileceğine dair ifadeler kullanmaktadır (bkz.: B. No: 2013/8479, Kt. 6.2.2014; B. No: 2014/11628, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/11438, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/13675, Kt. 8.9.2014; B. No: 2014/13625, Kt. 8.9.2014 künyeli kararlar. Ancak buradaki hareket noktası, mağdurluk ve bu bağlamda "güncel ve kişisel bir hakkın ihlal edilmiş olması kuralıdır. Oysa bizim bu başlık altında ele aldığımız husus, yasama işlemleri ile düzenleyici işlemlere karşı doğrudan bireysel başvuru yapılmaması kuralıdır. Örneğin yine bir yasal düzenlemeye karşı yapılan ve fakat Mahkemenin güncel ve kişisel bir hakkın ihlal edilmediği gerekçesiyle *mağduriyet* koşulu üzerinden yetkisizlik verdiği kararlar, burada ele alınmamıştır (Bkz.: B. No: 2013/469, Kt. 16.4.2013).

¹² B. No: 2012/837, Kt. 5.3.2013.

ticaret borsasının yönetim kurulu başkanlığını yürüten başvurucu, üç kez üst üste bu görevin yapılamayacağını düzenleyen kanun hükmünün¹³ eşitlik ilkesi ile seçme-seçilme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un söz konusu hükmüne atıf yaparak, *kanunun bir yasama işlemi olduğunu; bireysel başvuru yolunun, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvence olduğunu; bu güvence kapsamında, bireylere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisinin tanınmadığını ve bu yolun kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasaya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmediğini; bu anlamda bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmellere karşı başvuru yapılabileceğini ve bu şekilde bireysel başvuru yolunun kullanılabilmesi için de, söz konusu işlem, eylem ve ihmellere karşı varsa başvurulabilecek kanun yollarının da daha öncesinde tüketilmiş olması gerektiğini* belirtmiştir. Mahkemeye göre, *başvurucu, başvuru dilekçesinde, 5174 sayılı Kanun'un 40. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiğini iddia etmiştir. Oysa, bireysel başvuru kapsamında, bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamamaktadır.*

Benzer şekilde seçim barajının seçme-seçilme hakkının ihlali olduğuna yönelik bazı siyasi partiler tarafından yapılan başvuruya ilişkin verilen karar da,¹⁴ olumsuz anlamda güzel bir örnek teşkil etmektedir. Karara konu olaylarda, bir siyasi parti, Yüksek Seçim Kuruluna başvurarak, 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenen %10'luk ülke barajının, AİHS Ek 1 Numaralı Protokolün 3. maddesindeki serbest seçim hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasanın temel hak ve

¹³ 5174 sayılı Kanun m.40

¹⁴ Başvuru No: 2014/8842, Kt. 6.1.2015.

özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelere kanunlar karşısında üstünlük tanıyan 90/5, c.2 hükmü uyarınca 2015 yılında yapılacak milletvekili genel seçimlerinde uygulanmamasını talep etmiştir. YSK ise, bu başvuruyu, konunun ancak yasal bir düzenleme ile mümkün olabileceği olması ve kendisinin bu konuda yapacağı bir işlemin olmaması dolayısıyla reddetmiştir. Bunun üzerine bu siyasi partiyle beraber birkaç parti daha, 2015 yılında yapılacak seçimlerde uygulanacak söz konusu seçim barajının potansiyel olarak mağduru olacaklarını belirterek doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.¹⁵ Mahkeme ise, başvurunun doğrudan bir yasama işlemine karşı yapılmış olduğu gerekçesiyle, başvuruyu, konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.

Mahkemeye göre, *‘bir yasama işleminin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı bireysel başvuru yapılabilir. Her ne kadar başvuruculardan DSP, YSK'ya bir başvuruda bulunmuş ise de, bu başvuru sonucunda verilen kararın, seçimlerde başvurucunun anayasal haklarını doğrudan etkileyen bir uygulama işlemine dönük olmadığı, başvurucu partinin ulusal seçim barajının kaldırılmasına yönelik olarak ileri sürdüğü soyut nitelikteki talebi nedeniyle verildiği, bu sebeplerle YSK'nın bu kararının yasama işleminin (kanunun) uygulanması mahiyetinde olmadığı anlaşılmıştır. Başvuru konusu olayda, başvurucular 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ‘Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların % 10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar.’ şeklindeki hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilir. Diğer bir deyişle bir yasama*

¹⁵ Başvurucular, aynı zamanda, bu hükmün Anayasanın başta 67 olmak üzere birtakım maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Mahkeme tarafından somut norm denetimi işlemlerle iptal edilmesini de istemişlerdir. Konunun bu boyutuna aşağıda başka bir başlık altında değinilecektir.

*işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz.*¹⁶

Görüldüğü gibi, Mahkeme, teorik olarak, bir yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlemlere karşı bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etse de; somut olayda böyle bir başvuru olmadığını; başvurunun doğrudan seçim barajı öngören bir kanun hükmüne karşı yapıldığını belirterek kabul edilemezlik kararı vermiştir. Halbuki somut olayda başvuruculardan bazılarının söz konusu kanun hükmünün iptali yönünde talepleri bulunsa da, bundan başka ve önce olarak, söz konusu kanun hükmünün geçmişte kendilerine uygulanması ve gelecekte de uygulanacak olması dolayısıyla birtakım haklarının (seçme-seçilme ve ifade) ihlal edildiği ve ihlal edilmiş olacağı talepleri bulunmaktadır. Kanundaki yasama işlemlerine yönelik doğrudan bireysel başvuru yasağı, kişilerin kendilerine herhangi bir şekilde uygulanmamış bir kanuna (veya düzenleyici idari işleme) karşı, sırf hukuk düzeninde bir değişiklik yapmak amacıyla iptal istemiyle bir başvuru yapılamaması amacına yöneliktir.¹⁷ Bu itibarla, herhangi bir uygulama işlemine ihtiyaç bırakmayacak şekilde doğrudan etki doğuran bir kanun hükmü söz konusu ise ve bu hüküm kişilerin hak ve özgürlüklerini ihlal eder nitelikteyse, bunlara karşı başvurunun kabul edilmesi gerekir.

Karara karşı yazılan “Farklı Gerekçe”de de belirtildiği üzere; *“bir kanunun veya genel düzenleyici işlemin bir hak veya özgürlüğü ihlâl etmesi halinde, bireysel başvuru doğrudan bu işlemlere karşı değil, bunların somut olaya uygulanmasına ilişkin bireysel nitelikteki kamu gücü işlemlerine karşı olabilir. **Düzenleniş itibarıyla doğrudan sonuç doğuran kanun hükümlerinden dolayı ilgililerin temel hakları ihlal edilmiş ise,***

¹⁶ Mahkeme, başka bir kararında, yine benzer şekilde; bir yasama işlemi veya düzenleyici işlemin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması halinde, bireysel başvuru yoluyla doğrudan bu işlemlere değil, **ancak o yasama işlemi veya düzenleyici idari işlemin uygulanması mahiyetindeki** işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabileceğini söylemiştir. (B. No: 2013/469, Kt. 16.4.2013, para.15, 17 ve B. No: 2013/1613, Kt. 2.10.2013, para.37.)

¹⁷ Böyle davalara, kamu davası veya halk davası anlamında “*actio popularis*” denmektedir (bkz.: aynı *Farklı Gerekçe*).

bireysel başvurunun diğer koşulları da yerine getirilmek koşuluyla, koruma mekanizmasının geçerli olduğu kabul edilmelidir. Ancak bazı hallerde, bir kanun hükmünün ilgililer hakkında sonuç doğurması ve hak ihlâline neden olabilmesi için idarenin bireysel bir işlemine de gerek bulunmayabilir. Bu nedenle, doğrudan ve güncel bir temel hak ihlali söz konusu olmaksızın soyut olarak bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasına yönelik "halk davası" (actio popularis) niteliğindeki başvurularla, dayanağı kanun hükmü olmakla birlikte aynı zamanda ilgili hakkından sonuç doğuran, onun doğrudan ve güncel bir temel hakkının ihlaline yol açtığı iddialarını içeren başvuruların **birbirinden ayrılması gerekir**. Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen "kamu gücü" kavramının kapsamına, kişilere doğrudan uygulanmış ve yakın gelecekte uygulanma olasılığı yüksek olan yasama işlemlerinin de girdiği kuşkusuzdur.¹⁸

Yine bu görüşteki üyeye göre, '6216 sayılı Kanun'un yasama çalışmaları sırasındaki tartışmalardan, soyut başvuruların yasaklanmasının sebebinin, Anayasa'da bunlar yönünden ayrı bir denetim (iptal davası) mekanizmasının öngörülmesi olduğu anlaşılmaktadır. Kamu gücünden kaynaklanan ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açan birçok durumun kaynağı yasama işlemi olabilir. Konu bakımından yetkisizliğin geniş yorumlanması, kaynağı yasama işlemi olan geniş bir alanın bireysel başvuru denetim alanından çıkarılması sonucunu doğurur ki, Anayasa ve yasa koyucunun bunu amaçladığı söylenemez. Böyle bir kabulün sonucu, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline yol açan birçok durum bakımından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun etkisiz bir yol olarak görülmesi olacaktır. Başvurucular, kendilerine geçmişte uygulanmış ve gelecekte uygulanacak bir yasama işlemi nedeniyle geçmişte uğradıkları ve gelecekte uğrayacakları hak ihlalinin tespiti talebiyle başvuruda bulunmuşlardır. Diğer bir deyişle, herhangi bir uygulama işlemine gerek olmaksızın, uygulanmış ve uygulanacak bir yasama işlemine karşı bireysel başvuru yapılmıştır.

¹⁸ Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir. (Makale boyunca AYM kararlarından yapılan alıntılarda tarafımızca vurgulanmak istenen hususlar, kalın olarak belirtilmiştir.)

Dolayısıyla bireysel başvuru yoluyla soyut ve doğrudan yasama işlemine değil, geçmişte uygulanmış ve yakın gelecekte uygulanması halinde uğrayacakları hak ihlaline yönelik olarak başvuruda bulduklarından, başvuruların Anayasa Mahkemesinin ‘konu bakımından yetkisi’ kapsamında olduğunun kabulü gerekir’’.¹⁹

Karara karşı yazılan ‘Karşı Oy’da da benzer görüşler ileri sürülmüştür. Buna göre; ‘soyut, genel kanun hükmü, genellikle hak ihlâline neden olmaz. Bunun için kural olarak somut olaya idare veya mahkemeler tarafından uygulanması gereklidir. İşte 6216 sayılı Kanunla öngörülen sistem de bu esas üzerine kurulmuştur. Ancak bazı hallerde, bir kanun hükmünün ilgililer hakkında sonuç doğurması ve hak ihlâline neden olabilmesi için idarenin bireysel bir işlemine gerek kalmamaktadır. O nedenle de, bu gibi kanunlara doğrudan uygulanan kanunlar denilmektedir. Bu gibi kanun hükümlerinin düzenlediği hak ve özgürlükler için de, idarenin bireysel bir işlem yapması ilgili idari ve yargısal yolların tüketilmesi ve ondan sonra bireysel başvuruda bulunulmasını istemek doğru olmaz. Zira, kanunun hüküm ve sonuç doğurması için idarenin yapması gereken bireysel nitelikte bir işlem yoktur, keza bazı hallerde, somut olayda olduğu gibi, başvurulabilecek etkili bir başvuru yolu da bulunmayabilir. Böyle bir durumda, hak veya özgürlük ihlâli nedeniyle bireysel başvuruda bulunulduğunda, kanun hükmüne karşı başvuruda bulunulduğu gerekçesiyle, yapılan başvuru konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilecek olursa, o kanun hükmüne konu olan hak veya özgürlük, bireysel başvuruya konu olabilecek haklar kapsamında olmasına rağmen, bireysel başvuru açısından korumasız kalabilecektir. Dolayısıyla, kişinin bir kanun hükmünün soyut olarak Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, bu kanun hükmünün başka bir düzenleyici veya idari işleme gerek olmadan doğrudan uygulanması sonucunda anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası arasında esaslı bir fark bulunmaktadır.

¹⁹ Bu görüşün sahibi, başvurunun, konu bakımından kabul edilebilir olduğunu düşünse de, başka bir açıdan (kişi bakımından) kabul edilemez olduğunu düşünmektedir. Bu itibarla görüşü, ‘Karşı Oy’ değil; ‘Farklı Gerekçe’ olarak nitelenmiştir.

Bireysel başvuruda, başvuru konusu yapılabilecek hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması amaçlandığından, bu farkın mutlak surette göz önünde tutulması gerekir. Aksi halde genel, soyut ve objektif olması gereken yasal düzenlemeler yerine, temel hak ve hürriyetler üzerinde doğrudan etki gösteren kanuni düzenlemeler yapılarak hak ve özgürlük alanının bireysel başvuru kapsamından çıkarılması ihtimal dâhilindedir. Şüphesiz bu yaklaşım, bireysel başvurunun etkin koruma amacıyla bağdaşmaz.

Somut olay açısından değerlendirdiğimizde, hak ihlâline neden olduğu ileri sürülen seçim barajına ilişkin hüküm, seçimi yürüten organlarca oylar değerlendirilirken kendiliğinden dikkate alınması gereken bir hüküm olduğundan, başvuruçuların seçim öncesinde bu konuda yapabileceği yahut yapması gereken bir şey yoktur. Seçim sonuçlandıktan sonra oyların sayımında veya oy oranlarında yanlışlık yapıldığı iddiasıyla seçim kurullarına itiraz edilebilir. Ancak burada da yapılan itiraz, yine şikâyet edilen kuralın esasına ilişkin olamamaktadır. İlgili seçim kurulları bir partinin milletvekili çıkarıp çıkarmayacağını yine % 10 seçim barajını dikkate alarak belirleyecektir. Sonuç açıklandığında da seçim yapıp tamamlanmış olmakta; bu duruma bağlı olarak da şikâyet edilen kural da sonucunu doğurmuş olmaktadır.

*Seçim öncesinde Yüksek Seçim Kuruluna bu amaçla başvurulması düşünülebilir, ancak Yüksek Seçim Kurulu da ileri sürülen hak ihlâli açısından etkili bir başvuru yolu değildir, yapabileceği hiçbir şey yoktur. Esasen, bu konuda Yüksek Seçim Kuruluna başvurmayı öngören hukuki bir yol öngörülmemiştir. O nedenle Yüksek Seçim Kurulu da söz konusu kanun hükmünü sadece uygulama konumunda olup, hak ihlallerini değerlendirebilecek ve ihlâl tespit edildiğinde giderebilecek konumda değildir. **Seçim barajına ilişkin hüküm, şu halde doğrudan uygulanacak kanun niteliğindedir.** Kanunun uygulanması ve başvuruçular açısından öngörülen sonuçların doğması için idare tarafından yapılması gereken bireysel bir işleme ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim, başvuruçulardan Demokratik Sol Parti, Yüksek Seçim Kurulu'na bu konuda bir başvuruda*

bulunarak, % 10 oranındaki ülke barajı uygulamasına son verilmesini talep etmiştir. Ancak, Yüksek Seçim Kurulu'nun 25/9/2014 tarih ve 4025 sayılı kararıyla, söz konusu talep, yasal düzenlemeyi gerektirdiği ve Kurulca yapılacak bir işlemin bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Yukarıda ifade edildiği üzere 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrasında yasama işlemleri aleyhine 'doğrudan' bireysel başvuru yapılamayacağı kabul edilmiştir. Bu ifadenin mefhumu muhalifinden, yasama işlemlerine karşı 'dolaylı' olarak bireysel başvuruda bulunulabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu duruma bağlı olarak, doğrudan kanun hükmüne değil de, kanun hükmünün uygulanması nedeniyle doğan sonuç hak ihlâline neden oluyorsa, doğan bu sonuç nedeniyle bireysel başvuruda bulunulabilmesi gerekir. Böyle bir durumda da, doğrudan yasama işlemi aleyhine değil, yasama işleminin uygulanması nedeniyle ortaya çıkan hak ihlâli sonucu nedeniyle bireysel başvuruda bulunulmuş olmaktadır. Hükmün lafzı ve bireysel başvurunun amacı, 45. maddenin 3. fıkrasının bu şekilde anlaşılmasına ve uygulanmasına uygundur. Nitekim Kanun koyucu, yasama işlemleri aleyhine hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunulamaz dememiştir. Eğer bu düşüncede olsa idi, bu takdirde, hiç bir şekilde yasama işlemleri aleyhine bireysel başvuruda bulunulamayacağını belirtirdi. Başvurucular, daha önce gerçekleşen seçimlerde şikayet konusu seçim barajının kendilerine uygulandığını, yakın bir gelecekte gerçekleşecek milletvekili seçimlerinde de uygulanmasının beklendiğini, bu haliyle de Anayasa m. 67'de düzenlenen seçme ve seçilme haklarının ihlâl edileceğini belirtmişlerdir. Buna göre başvurucular anılan Kanun hükmünü soyut olarak bireysel başvuru konusu yapmış değillerdir. Bilakis, doğrudan hüküm ifade eden bu kuralın potansiyel mağdurları olduklarını iddia etmektedirler. Bu nedenle başvuruların konu bakımından bireysel başvurunun kapsamında olduğu açıktır.'''

Gerek Farklı Gerekçe'de gerek Karşı Oy'da belirtilen hususlar, Mahkemenin yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz hükmünü katı biçimde yorumladığını göstermektedir.

Doktrinde İnceoğlu'nun dikkati çektiği bir başka kararda, AYM'nin, farklı bir açıdan yine 6216 sayılı Kanun'daki konumuz olan yasağı katı biçimde uyguladığı görülmektedir.²⁰ *Ahmet Soysal* kararında,²¹ ilgili yasa hükmü gereği benzer suçlardan mahkûm olanların erteleme imkanından yararlanabilmesine karşılık, kendi işlediği suçun erteleme kapsamı dışında tutulmasının eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine götürülmesi isteminin yerel mahkemece reddedilmesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri süren başvuruçunun iddiasına ilişkin olarak Mahkeme, *başvuruçunun asıl amacının, işlediği suçu kapsamına almayan kanun hükmünün kendisine uygulanmasını ve bu yolla infazın ertelenmesi kuralından yararlanmasını sağlamak olduğunu; fakat bireysel başvuru kapsamında bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için bireysel başvuru yapılamayacağını* belirtmiştir (para.19, 20). İnceoğlu'nun da haklı olarak belirttiği gibi, işin esası itibariyle bir ayrımcılık olup olmadığı ve bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği tartışmasından bağımsız olarak, sırf 6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi çerçevesinde başvurunun reddedilmesi sorundur. Yazar, aynı başvurunun AİHM önüne gitmesi halinde, büyük ihtimalle Strazburg Mahkemesinin başvuru açısından bu yönden bir problem görmeyeceğini ve esastan inceleyeceğini söylemekte; dolayısıyla AYM'nin bu tavrının ileride AİHM önünde muhtemel ihlal kararlarına yol açabileceğini söylemektedir.²² Aslında AYM, örneğin *Kadının Soyadı* kararında²³ olduğu gibi, doğrudan kanundan kaynaklanan bir müdahaleyi

²⁰ Sibel İnceoğlu, **Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.155 vd.

²¹ B. No: 2012/237, Kt. 26.3.2013.

²² İnceoğlu, s.154 vd. Nitekim yazar, iddiasını desteklemek adına AİHM'nin benzer olaylarda verdiği birtakım kararlardan da örnekler vermektedir. Ancak bizce burada şu hususa dikkat etmek gerekmektedir. Yazarın da belirttiği gibi, AİHM, böyle başvuruları *mağduriyet* açısından problemlili görmemektedir. Oysa AYM de, örneğin yukarıda yer verdiğimiz kararda, *mağduriyet* açısından değil; *yasama işlemine karşı bireysel başvuru yasağından* ötürü sorun görmüştür. Belirttiğimiz gibi, AYM, kabul edilebilirlik noktasındaki bu iki kavramı birbirinden ayırır gözükmektedir.

²³ B. No: 2013/2187, Kt. 19.12.2013.

(kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakılmasını) ihlal görürken de, ihlal, doğrudan bir yasa hükmünden kaynaklanmakta ve dolayısıyla başvuru bir anlamda yasa hükmüne karşı yapılmış olmaktadır. Orada 6216 sayılı Kanun m.45/3 anlamında bir problem görmeyen Mahkemenin, *Ahmet Soysal* kararında neden bu hükümle bağdaşmazlık gördüğünü anlamak güçtür.²⁴

Böyle bir yaklaşım, özellikle son yıllarda bireysel idari işlem formatında yapılan kanuni düzenlemelerin sayıca çokluğu düşünüldüğünde, hakların etkili yargısal korunması adına oldukça sorunludur. Böyle bir yaklaşım, örneğin son birkaç yıldır sıkça karşılaştığımız kanun yoluyla belli kimselerin emekliye sevk edilmesi, görevlerine son verilmesi, bir kadro veya statüden başka bir statüye aktarılması içeriğine sahip yasal düzenlemelerin doğurduğu hak ihlallerine karşı iç hukukta bireylerin korunmasız kalması sonucunu da doğuracaktır. Herhangi bir uygulama işlemi gerektirmeyen bu tür düzenlemelere karşı idari yargı yoluna gidilemeyeceğini;²⁵ iptal veya itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilse de, iptal kararlarının geçmişe yürümemesi (ve Anayasa Mahkemesinin de “yokluk” kararı vermeye pek istekli olmaması) karşısında²⁶ olası bir iptal kararlarının da ihlalin tamiri adına

²⁴ Gerçi ilk kararda Mahkeme, kadının kocasının soyadını almasını öngören Medeni Kanun hükmünü AİHS’ye aykırı görmüş ve bu bağlamda AY m.90/5, c.3 uyarınca uygulanmaması gerektiğini belirtmiş; böyle olunca da müdahalenin AY m.13 anlamında kanunilik unsurunu taşımadığından ihlal kararı vermiştir. Fakat orada da ihlalin kaynağı neticede bir yasa hükmüdür ve AYM, bunu 6216 sayılı Kanun m.45/3 anlamında bir sorun olarak görmemiştir. İkinci kararda da, aynı mantıkla işin esasına girebilirdi.

²⁵ Her ne kadar, bu tür yasal düzenlemeler bakımından da, kişinin kadrosunun sonlandırılması, emeklilik işlemlerinin yapılması, eski görevine devam ettirilmemesi gibi işlemlerin var olduğu ve böylece ortada bir idari işlemin var sayılarak yargısal denetime konu edilebilmesine yönelik bir yorum yapılabilirse de, neticede idari işlemlerin dayanağı kanun hükmü olduğu için, idari yargı yerlerinin doğrudan Anayasayı uygulamaları mümkün olmayacak ve yapabilecekleri şey, itiraz yolunu işleterek Anayasa Mahkemesine başvurmak olacaktır. Ne var ki bu halde de kanun iptal edilse bile, iptal kararı geçmişe yürümeceğinden, yokluk kararı da verilmediği takdirde, yine ihlalin telafisi mümkün olmayabilecektir.

²⁶ Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi, bir kanun için yokluk kararı verebileceği halleri, *Cumhurbaşkanı'nun yayımlama iradesinin olmaması, TBMM'nin kabul iradesi olmaması ve Resmi Gazete'de yayımlanmaması* halleri ile sınırlamakta; bunun dışında ne kadar

etkili olmayacağını düşündüğümüzde, bu tür düzenlemelere karşı, yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamaz hükmünü katı biçimde uygulayıp önümüzdeki olayda olduğu gibi bireysel başvuru yolunun da kapatılması, insan hak ve özgürlükleri adına oldukça sakıncalı sonuçlara yol açacaktır.²⁷

3. Kamu Tüzel Kişilerine Yönelik Bireysel Başvuru Ehliyetsizliğinin Mutlak Biçimde Uygulanması

Üzerinde durulması gereken bir başka uygulama da, Anayasa Mahkemesinin, kamu tüzel kişilerine yönelik bireysel başvuru ehliyetsizliği kuralını mutlak şekilde uygulamasıdır.²⁸ Bilkent Üniversitesi'nin hissedar olduğu taşınmaza kamulaştırmaz el attığı iddiasıyla aleyhine açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiği iddiasıyla yaptığı başvuruda,²⁹ Mahkeme, 6216 sayılı Kanun'un "kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz" diyen m.46/2 hükmünü gerekçe göstererek başvurucunun bireysel yapmaya ehil olmadığına karar vermiştir.³⁰

Başvurucu, hissedar olduğu taşınmaza yönelik olarak aleyhine açılan kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat davasında kamu gücü kullanılmadığını, davanın özel hukuk tüzel kişisi olarak eşitler arasındaki

Anayasaya aykırı olursa olsun yokluk değil iptal kararı verilebileceğini söylemektedir. Bkz.: Anayasa Mahkemesinin E.2007/72, K. 2007/68 sayı ve 5.7.2007 tarihli kararı ile E. 2007/99, K. 2007/86 sayı ve 5.6.2008 tarihli kararı. Bu konuda bir tartışma için bkz.: Osman Can, **Anayasa Yargısında Yokluk**, Ergun Özbudun'a Armağan, Ankara, Yetkin, Cilt:2, 2008, s.175 vd.

²⁷ Nitekim doktrinde Şirin'in belirttiği gibi, mukayeseli hukukta uygulanması halinde başvuru açısından telafisi imkansız yahut güç zararlar doğurma tehlikesi olan yasal düzenlemelere karşı bireysel başvuruda bulunabilmek için, bunların kişiye uygulanmasının beklenmesi aranmamaktadır. Yazar, AIHM'nin, mutlak kürtaj yasağı ve eşcinsel ilişkilerin cezalandırılmasını öngören düzenlemelere karşı yapılan bireysel başvuruları; Federal Alman Anayasa Mahkemesinin de, uçak kaçırma olaylarında silahlı kuvvetlere uçağı vurma yetkisi veren yasal düzenlemeye karşı yapılan anayasa şikayetini kabul edilebilir bulduğunu belirtmektedir (Şirin, s.46).

²⁸ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.15.

²⁹ B. No: 2013/1430, Kt. 21.11.2013.

³⁰ Bu yöndeki başka kararlar için bkz.: Gözde Atasayan, **Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açından Değerlendirilmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.229 vd.

bir dava olduğunu ve taraflar arasında paylı mülkiyet hakkının kullanımından kaynaklanan ihtilaf bulunduğunu ve dolayısıyla kamu gücünü kullanan kamu tüzel kişisi olarak değerlendirilemeyeceğini; zira vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olarak düzenlenmelerinin, her faaliyetinde kamu gücünü kullandığı anlamına gelmeyeceğini ileri sürerek bireysel başvuru ehliyetine sahip olduğunu iddia etmiştir. Oysa Mahkeme, *söz konusu 46/2 hükmünün, başvuruya konu olayın özel hukuk ilişkisinden ya da kamu gücü kullanılmasından kaynaklanan bir olay olup olmadığı ayrımı yapmadığını; bu açıdan, ilgili idarenin içinde bulunduğu hukuki ilişkinin niteliğinin bir önemi olmadığını belirterek, başvurucunun bireysel başvuru yapamayacağını* söylemiştir.

Mukayeseli hukukta kamu tüzel kişilerinin, bizzat kamu gücünü kullanan birimler olmaları dolayısıyla bireysel başvuru/anayasa şikayeti yapamayacakları kabul edilmektedir. Nitekim AİHM de, kamu gücünü kullanan devlet organlarının AİHS uyarınca başvuru yapamayacağını söylemektedir.³¹ 6216 sayılı Kanun'daki hüküm de, bu maksatla öngörülmüş bir düzenlemedir.³² Anayasa Mahkemesi de, kararında, *'bireysel başvuru, kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olduğundan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukuki niteliği ile bağdaşmamaktadır'* diyerek bu durumu ortaya koymuştur. Gerek

³¹ Bkz.: *Döşemealtı Belediyesi/Türkiye* (No:50108/06), *Municipal Section of Antilly/Fransa* (No: 45129/98). Başka kararlar için bkz.: Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007, s.39, para. 126.

³² Nitekim, Anayasanın 148/3 maddesinde 'herkes'in bireysel başvuruda bulunabileceğinin belirtilmesi (ve buna uygun olarak 6216 sayılı Kanun'un 45/1 maddesinde de aynı şekilde 'herkes' ifadesinin kullanılması) karşısında, bu hükmün Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiş; Anayasa Mahkemesi ise (E.2011/59, K.2012/34 sayılı kararında), *'Anayasada yer alan 'herkes' ibaresinin kapsamında aynı zamanda kişilerin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle bazı kısıtlamaları da içinde barındırdığının kabulünün gerektiğini; Anayasanın 148. maddesinde yer alan 'herkes' ibaresinin, kamu gücü kullanan kamu tüzel kişilerini de kapsadığı şekilde anlaşılmaya elverişli olmadığını; bu konuda kanun koyucunun bireysel başvuruda bulunma ile ilgili hak sahipleri yönünden takdir hakkının bulunduğu kabulünün gerektiğini'* belirterek iptal istemini reddetmiştir.

AİHM'nin gerekse AYM'nin yaklaşımında, bu durumun sebebinin, kamu tüzel kişilerinin kamu gücünü kullanan organlar olması olduğu açıkça ortaya konmaktadır.

Fakat günümüzde, kamu tüzel kişilerinin bazı hukuki işlem, eylem ve sözleşmeleri, kamu gücünü kullanan idari nitelikte sayılmayıp, özel hukuk eylem, işlem ve sözleşmesi olarak muamele görmektedir. Örneğin idare hukukunda, idarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin, idari sözleşme mi özel hukuk sözleşmesi mi olduğu değerlendirilirken, kamu gücünün kullanılıp kullanılmadığı bir kriter olarak kullanılmakta; idari sözleşmelerde idarenin üstün hak ve ayrıcalıklara sahip olduğu, oysa özel hukuk sözleşmelerinde tarafların eşit olduğu kabul edilmekte ve nihayet, her iki tür sözleşmenin hukuki rejimi belirlenirken, ilkinde dair uyuşmazlıkların idari, ikincisine dair olanların da adli yargıda görülmesi söz konusu olmaktadır. Başvurucunun haklı olarak belirttiği gibi, bir kamu tüzel kişinin tüm eylem ve işlemleri, kamu gücünün kullanıldığı eylem ve işlemler değildir.³³

Bu anlamda, özel gerçek ve tüzel kişilerle tamamen aynı hukuki statüde kabul edilen ve eşit muamele gören eylem ve işlemleri bakımından, kamu tüzel kişilerinin, bireysel başvuru imkanından mahrum bırakılmaları, bireysel başvurunun mantığı, işlevi ve dahası Anayasa hükümleri ve hatta izin vermemeye gerekçe olarak gösterilen 6216 sayılı Kanun'un 46/2 hükmünün dahi amacıyla bağdaşmaz.³⁴ Üstelik kamu tüzel

³³ Örneğin Anayasa Mahkemesinin, kararında değindiği son yıllardaki bir düzenleme de, bunu desteklemektedir. Anayasa açık bir şekilde kamu tüzel kişilerine kamulaştırma yetkisi vermesine (m.46) rağmen, 2013 yılında 2547 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesine eklenen "vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının, kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinemeyeceklerine" dair hüküm, bu anlamda zikredilmelidir.

³⁴ Nitekim doktrinde Şirin'e göre, Almanya'da özellikle devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olan (*Staatsdistanzierter*) hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşlarının temel haklarla ilgili bireysel başvuruları, belli şartlarda kabul edilmektedir. Yazara göre, akademik özerklik ve özgürlükler konusunda üniversitelerin, basın özerkliği ve özgürlükleri konusunda radyo televizyon kuruluşlarının, dinsel özerklik ve özgürlükler konusunda kilise ve dini cemaatlerin yaptığı bireysel başvurular (anayasa şikayetleri) başvuruçuların kamu tüzel kişisi olmasına bakılmaksızın kabul edilmiştir. Keza yine Şirin'in verdiği bilgiye göre, Alman Federal AYM, özel hukuk

kişileri için böyle otomatik bir sınırlama uygulamak, AİHM içtihadıyla³⁵ ve bu bağlamda Anayasa hükümleriyle de uyumlu değildir. 2010 yılında Anayasaya giren bireysel başvurunun temel sebeplerinden birinin, insan hakları ihlallerini içeride çözerek, ülkenin AİHM nezdinde mahkum olmasını engellemek olduğu herkesin malumudur. Nitekim tam da bu yüzden eleştiriye açık bir şekilde bireysel başvuruya konu edilebilecek hakların hem Anayasada hem de AİHS'te ortak olarak düzenlenmesi aranmıştır. Bu karardan sonra başvuru Üniuersite, AİHM'ye başvurabilecek ve AİHM de, uyuşmazlık, kamu gücünün kullanılmadığı bir işlemde kaynaklandığı için büyük olasılıkla davayı görecektir.³⁶ O halde, kişi bakımından AİHM'ye başvurma hakkına ehil bir kişiye bireysel başvuru imkanı tanımamak, Anayasanın bireysel başvuruya yüklediği bu işlev ve anlamla da bağdaşmamaktadır.³⁷

alanında faaliyet gösteren kamu tüzel kişileri ile kamu-özel ortaklık modellerinin başvuru ehliyeti konusunda da esnek bir yaklaşım sergilemektedir (Şirin, s.13, 14).

³⁵ AİHM, yukarıda değindiğimiz gibi, kamu otoritesinin kamu gücünü kullandığı hallerde, bunların başvuru yapma ehliyeti olmadığını söylerken; böyle olmayan durumlarda, kamu birimlerini başvuruya ehil kabul etmektedir. Mahkeme, başvuru, iç hukukta bir kamu tüzel kişisi olarak nitelendiği hallerde bile, somut olay bakımından bir kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili bir durum olup olmadığını incelemekte ve ona göre hüküm vermektedir. Bu bağlamda bkz.: *Radio France ve Diğerleri/Fransa* (No: 53984/00) (Radio France, Türkiye'deki TRT'ye karşılık gelebilir); *Holy Monasteries/Yunanistan* (No: 13984/88); *Islamic Republic of Iran Shipping Lines/Türkiye* (40998/98). Bu yönde bkz.: Gözübüyük-Gölcüklü, s.39, para. 126.

³⁶ Örneğin bir öğrenciye veya personele disiplin cezası uygulayan üniversitenin bu işlemine karşı ceza alan kişi, idari yargıda dava açsa ve davayı kazanarak işlemi iptal ettirse, davalı üniversitenin, kamu gücünü kullandığı bir işlemle ilgili açılmış olan bu davada adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapamayacağı açıktır. Nitekim bu üniversite, bu olayda, zaten AİHM'ye de başvuramayacaktır. Fakat elimizdeki olaydaki gibi örneğin bir mal veya hizmet alımı için ihale açan ve ihaleyi kazanan kimseyle tamamen Borçlar Kanunu'na tabi olarak bir özel hukuk sözleşmesi akdeden üniversitenin bu sözleşme kapsamında çıkacak uyuşmazlığın adli yargı mahkemelerinde görülmesi sonucu çıkacak kararın adil yargılanma, mülkiyet vs. haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle bireysel başvuru yapamaması, bireysel başvurunun mantığıyla bağdaşmaz.

³⁷ Bu noktada karara muhalif kalan bir Mahkeme üyesinin görüşlerini de zikretmek, görüşümüzün desteklenmesi adına faydalı olacaktır. Karşı oya göre; '... 6216 s.K. m.46,2'deki hükmün lafzı doğrultusunda, söz konusu başvuruyu değerlendirdiğimizde, başvuru bir kamu tüzel kişisi olduğundan, başvurunun 'kişi yönünden yetkisizlik'

nenediyle reddi gerekmektedir. Ancak kanaatimce, söz konusu hükmün uygulama alanını, sadece lâfzına bağlı olarak belirlemek doğru değildir; bireysel başvurunun niteliğini ve amacını da dikkate alarak amaçsal yoruma da tabi tutmak ve ona göre uygulama alanını belirlemek daha uygun olacaktır... Bu yol, kamu gücü kullananlara karşı, kamu gücü kullanmayan, zayıf durumda olanların temel haklarının korunması için kabul edilmiştir. 'Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz' hükmünü bu açıdan da değerlendirmek gerekir. Kural olarak kamu tüzel kişileri, kamu gücünü kullandıklarından, bu durum dikkate alınarak, kamu tüzel kişilerinin bireysel başvuruda bulunamayacaklarına ilişkin genel bir hüküm konulması gerek bireysel başvurunun, gerekse kamu tüzel kişilerinin niteliğine uygundur. Gerçekten, kamu tüzel kişilerinin, bir taraftan kamu gücünü kullanıp işlem yapmaları, diğer taraftan bundan şikayet etmeleri çelişki oluşturur. Keza ihlâl neden olan da, kamu gücünü kullanan bir diğer organ olduğundan, devlet organlarının kendi içindeki çatışmayı yahut fikir ayrılığını bireysel başvuruya konu etmek mümkün değildir. Kamu tüzel kişilerinin, diğer gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri gibi, nitelikleri gereği temel hak ve özgürlüklere aynı şekilde sahip oldukları da söylenemez; o nedenle de kamu gücüne karşı, temel hak ve özgürlükler açısından korunma ihtiyacı içinde oldukları kabul edilemez... Ancak, 6216, s.K. m.46,2 cümle 1'deki hükmü, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde de teşmil etmek, kamu tüzel kişilerinin de yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlükleri kapsam dışı bırakacak şekilde yorumlayıp, uygulamak ve kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacaklarını kabul etmek, bireysel başvurunun niteliğine aykırı olduğu gibi, amacına da uygun düşmez. O nedenle, kamu tüzel kişilerinin kamu gücü kullanmadıkları hallerde, yararlanabilecekleri temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda, sınırlı da olsa bireysel başvuruda bulunabilmelerini kabul etmek gereklidir... Gerçekten bu gibi hallerde, kamu tüzel kişilerinin de söz konusu haklardan yararlanmaları ve bu haklar ihlâl edildiğinde, bireysel başvuruda bulunabilmeleri, kamu tüzel kişilerinin konumuna aykırı olmadığı gibi, bireysel başvurunun niteliğine ve amacına da uygun düşmektedir. Bu durum, özellikle yargı organlarının keyfi davranışlarla, hak ihlâline neden olmalarının bertaraf edilmesi açısından da gereklidir. Hukukumuz açısından da, kamu tüzel kişileri Anayasa m. 36, 37'deki haklardan zaten yararlanabildiklerinden, bu haklarının ihlâli halinde bireysel başvuruda bulunabilmeleri de kabul edilmelidir. İnceleme konusu olayda da, başvurunun ihlâl iddiaları dikkate alındığında, bunların Anayasa m. 35'deki mülkiyet hakkına ve m. 36.'daki (AİHS m.6) adil yargılanma hakkına dayandığı görülmektedir. Bu iddiaların ayrı ayrı incelenmesi ve mülkiyet hakkının ihlâli açısından başvurunun kamu tüzel kişisi olması dikkate alınarak "kişi yönünden yetkisizlik" kararı verilebilirse de, adil yargılanma hakkı bakımından başvurunun "kişi yönünden yetkisizliğine" karar verilmeyip, kabul edilebilirlik incelemesinin diğer açılardan da yapılması gerekirdi. 6216 s.K. 46,2'deki, 'kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz' kuralını, kamu tüzel kişilerinin kategorik olarak hiçbir şekilde bireysel başvuruda bulunamayacakları şeklinde yorumlamak ve uygulamak, Anayasanın 36. ve 148. maddelerine de aykırı olur... 6216 s. K. m. 46,2'deki söz konusu hükmü, kamu tüzel kişilerinin kural olarak bireysel başvuruda bulunamayacakları, ancak kamu gücünü kullanmadıkları Anayasa m. 36, 37'de düzenlenen haklara ilişkin olarak istisnaen başvurabilmelerinin mümkün olduğu şeklinde yorumlamak ve uygulamak, Anayasa m. 36 ve 148'in bu açıdan

4. Kişisel Olarak Etkilenme Şartına Yönelik Daraltıcı Yaklaşım

Mahkemenin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında bir sorunlu yaklaşımı da, kabul edilebilirlik kriterleri arasında yer alan “başvurucunun güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi” koşulundaki “kişisel” unsuruna yöneliktir. Süreçteki bazı kararlar, insan haklarının etkili yargısal korunması adına olumsuz ve riskli sayılabilecek şekilde, Anayasa Mahkemesinin, bu kavramı oldukça daraltıcı bir surette yorumladığını ortaya koymaktadır. Bu noktada çarpıcı bir örnek, kamuoyunda uzun süre tartışılan, aralarında bazı bakanların da bulunduğu yolsuzluk iddiaları hakkında yürütülen soruşturmaya yönelik yayım yasağı ile ilgili *Mahmut Tanal ve Diğerleri* kararıdır.³⁸ Karara konu olaylarda, dört eski bakan için TBMM’de kurulan soruşturma komisyonu tarafından yürütülen soruşturmada gizlilik kararı alınması üzerine bir kısım milletvekili, gazeteci ve akademisyen, karara itiraz etmiş; itirazın reddedilmesi üzerine de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. İddiaları, söz konusu soruşturmanın sıradan bir soruşturma olmadığı ve kamuoyunu yakından ilgilendirdiği; kendilerinin de toplumu aydınlatma görevi bulunan gazeteci ve milletvekili gibi kimseler oldukları; yayım yasağının halkın haber alma ve bilgilendirme hakkının kısıtlayıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğidir.³⁹ Anayasa Mahkemesi ise, *söz konusu soruşturmanın bir ceza soruşturması olduğunu; dolayısıyla TBMM İçtüzüğü’nün 110. maddesinin öngördüğü gizliliğin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 157. maddesinde düzenlenen soruşturmanın gizliliği ile aynı şekilde*

birbiriyle uyumlu olarak yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlayacağı gibi, bireysel başvurunun niteliğine de uygun olur.”

³⁸ B. No: 2014/18803, Kt. 10.12.2014.

³⁹ Başvuruculardan biri ayrıca, yolsuzluk suçlarından toplumun bir bireyi olarak zarar gördüğünü ve bu açıdan taraf sıfatı bulunmasına rağmen yayım yasağına itiraz üzerine verilen kararın gerekçeden yoksun olduğunu ve bu yönüyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini de ileri sürmüştür.

yorumlanması gerektiğini;⁴⁰ bununla birlikte yürütülen soruşturmanın içeriği dikkate alındığında başvuru sahiplerinin ne soruşturmanın süjelerinden olduklarının ne de soruşturulan kişilere atfedilen fiillerden doğrudan ve şahsen etkilendiklerinin söylenebileceğini belirterek kişi yönünden yetkisizlik kararı vermiştir. Mahkemeye göre, başvuru sahiplerinin konuları ve statüleri gereği topluma karşı sorumlu oldukları olgusu da, doğrudan ve şahsen etkilenmiş olma gerekliliğini karşılama noktasında yeterli değildir. Yine Mahkemeye göre, bir yolsuzluk soruşturmasından ‘toplumun her bireyi gibi’ etkilenmiş olmak da, sonucu değiştirmeyecektir; çünkü zaten herhangi bir soruşturmaya ilişkin gizlilik kararından, bilgi edinme hakkı bakımından ‘herkes’ doğal olarak etkilenecektir. Üstelik Mahkeme, başvuru sahiplerinin söz konusu soruşturmanın gizliliği kapsamındaki bilgi ve belgelere ulaşmada ne gibi meşru menfaatleri bulunduğunu da gösteremediklerini belirtmiştir.

Bizce karar, mağduriyetin bir kriteri olarak ‘kişisel olarak etkilenme’ koşulunun bireysel başvurunun mantığına aykırı olarak dar biçimde yorumlandığı bir karar olmuştur. Elbette bir soruşturmanın gizliliği dolayısıyla bilgi alamadığını iddia eden herkese bireysel başvuru anlamında mağduriyet statüsü vermek, Mahkemenin de dediği gibi, mağdur statüsünü öngörülemez biçimde genişletebilecektir. Fakat Mahkemenin dikkatten kaçırdığı husus, somut olaydaki soruşturmanın sıradan bir soruşturma olmayıp, toplumu yakından ilgilendiren ve gerçeğin aydınlatılmasında tüm toplumun menfaatinin bulunduğu bir soruşturma olduğu; ve somut olaydaki başvuru sahiplerinin de, sıradan insanlar olmayıp topluma bu konuda bilgi akışını sağlayabilecek (gazeteci, milletvekili vb.) kimseler olduklarıdır. Mahkemenin bu durumu dikkate

⁴⁰ Karara karşı oy yazan üç üye, bu tespiti katılmamışlardır. Onlara göre, meclis soruşturmasını düzenleyen Anayasanın 100. maddesine bakıldığında, soruşturmanın gizli yürütüleceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu maddede geçen siyasi parti gruplarında bu konuda görüşme yapılamayacağı ve karar alınmayacağı yönündeki hüküm, soruşturmanın gizli yürütülmesine atıf yapmamakta; sadece soruşturmanın tamamlanmasından sonra hakkında soruşturma açılan kişilerin Yüce Divan’a gönderilip gönderilmeyeceği konusunda parti gruplarında milletvekillerini bağlayacak şekilde görüşme yapılamayacağını ve karar alınmayacağını öngörmektedir.

almayan ve eldeki soruşturma ile başvuruculara sıradan muamele yapan yaklaşımı, insan hakları adına sorunlu bir yaklaşımdır.⁴¹

Nitekim karara karşı oy yazan üç üyenin de belirttiği gibi, *‘başvuruya konu olan soruşturma bir meclis soruşturmasıdır ve bir dönem en üst düzey icra organı olan hükümette Bakan olarak görev yapmış kişilere karşı yürütülmektedir. Meclisin iradesini bu milletvekillerine karşı soruşturma açma yönünde kullanması, konunun kamuya bakan bir yönünün olduğunun da kabulü anlamına gelmektedir. Ayrıca soruşturma, milletvekillerine yönelik şahsi nitelikli sayılabilecek iddialarla ilgili değildir. Soruşturma kamuoyunda yolsuzluk olarak tanımlanan, kamu kaynaklarının usulsüz kullanımı iddialarına yönelik bir soruşturmadır. Bu nedenle başvurucularla birlikte toplumun geneli soruşturmanın içeriğini bilme ve kamuoyunda tartışabilme noktasında hak sahibidirler. Öte yandan, Mahkemenin Youtube ve Twitter kararlarında ortaya koyduğu, ortada doğrudan başvuruculara yönelik bir tedbir olmasa da, başvurucuların aktif internet kullanıcıları olmalarından dolayı söz konusu erişim engellemelerinden mağdur oldukları yönündeki yaklaşımı, şimdiki somut olaydan ayırmak için bir sebep yoktur. Zira başvurucular, söz konusu meclis soruşturmasına ilişkin olarak yazılı ve görsel medya yahut internet ortamında yayınlanacak bilgilerin aktif kullanıcıları konumundadırlar. Bu itibarla genel bir hak olan ve demokratik toplumun sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için son derece önemli olan ifade özgürlüğü ve bilgilenme hakkı açısından, başvurucular arasında ayırım yapılmasına gerek olmaksızın, tamamının ifade özgürlüklerinin etkilendiği ve bu konuda güncel ve kişisel bir haklarının bulunduğu kabul edilmelidir.’*⁴²

⁴¹ Eleştiriler için bkz.: Serkan Cengiz, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi** (Kamu Hukukçuları Platformu’nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiri, s.35, 36; bildirilere şu adresten ulaşılabilir: http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplantı_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 23.10.2015); Şirin, s.21.

⁴² Bazı üyeler ise, *bu durumun sadece gazeteci olan başvurular açısından geçerli olduğunu; sadece onlar yönünden mağduriyet koşulunun bulunduğunu* belirtmişlerdir.

5. Yüksek Seçim Kurulunun Kararlarına Karşı Bireysel Başvuruya İzin Verilmemesi

Bireysel başvuru bağlamında değinilmesi gerekli bir sorunlu uygulama da, aleyhine başvuru yapılamayacak kararlar kapsamında kanunda öngörülen Anayasanın yargı denetimine kapattığı işlem ve eylemlerden biri olan Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı başvuru yapılamayacağına ilişkin yaklaşımdır. 6216 sayılı Kanun'un 45/3. maddesi, Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvurunun konusu olamayacağını söylemektedir. Yüksek Seçim Kurulu kararı aleyhine yapılan iki başvuruda verilen kararlar,⁴³ bu noktadaki sorunlu yaklaşımın güzel birer örneğidir. İlk başvuru, milletvekili adaylığının yürütülen kamu görevi nedeniyle YSK tarafından iptal edilmesi üzerine; ikinci başvuru ise, 7 Haziran 2015 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimleri öncesinde, Cumhurbaşkanı'nın konuşmalarında dile getirdiği düşüncelerin ve yorumların Anayasada öngörülen "Cumhurbaşkanının tarafsızlığı" ilkesine aykırı olduğu ve bu sebeple basında yer verilmemesi talebiyle YSK'ya yapılan başvurunun, konunun YSK'nın yetkisinde olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine (seçimle hakkının ihlal edildiği iddiasıyla) yapılmıştır.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi ise, *Anayasanın 79/2, c.2 hükmü uyarınca Yüksek Seçim Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağına; buradaki "başka merci" kavramının içine Anayasa Mahkemesinin de gireceğine; bu anlamda Anayasanın YSK kararlarını yargı denetimine kapattığına ve böylece yukarıdaki kanun hükmü uyarınca YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağına* hükmetmiştir.

Değindiğimiz bu anayasal ve yasal hükümlerden, Mahkemenin ulaştığı gibi bir yorumu yapmak, elbette mümkündür; bu anlamda böyle

⁴³ B. No: 2015/6723, Kt. 14.7.2015; B. No: 2015/8818, Kt.14.7.2015.

⁴⁴ Aslında yukarıda incelediğimiz *Mansur Yavaş ve CHP* kararında da YSK'nın kararından sonra bireysel başvuru yapılmıştır. Fakat orada Mahkeme, *yemel seçimlerin 1. Ek Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenmediği gerekçesiyle ortak koruma alanında olmaması yönüyle* konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Böylece YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yapıp yapılamayacağı, o davada tartışılmamıştır.

bir yorumu bariz biçimde sakat bir yorum olarak kabul etmemek gerekir. Fakat demokratik düzenin temel unsurlarından birinin seçme ve seçilme hakkı olduğunu; seçimlerin, öncesi ve sonrasıyla hak ve özgürlüklerin en fazla ihlal edilme potansiyeli olan alanlarından biri olduğunu; ve bilhassa ülkemizde seçimle ilgili uyuşmazlıkların çok hassas bir mesele olduğunu düşündüğümüzde; Mahkemenin, burada, aşırı aktivist davranıp yetkisini aştığı şeklinde bir suçlamaya maruz kalmayacak şekilde daha özgürlükçü ve yargısal denetime kapı aralayan bir yorum yapabilmesi mümkündür.

Örneğin karara karşı yazılan ‘‘Karşı Oy’’lardan birinde ileri sürüldüğü gibi, *YSK kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağını söyleyen Anayasanın 79/2, c.2 hükmünü, 6216 sayılı Kanun’un 45/3 maddesi anlamında YSK kararlarını yargı denetimine kapatan bir hüküm olarak değil de; YSK’nın verdiği kararların bir idari işlem sayılmayıp bir yargı kararı olduğunu ve bu yönüyle de (Danıştay, AYM vs.) başka bir yargı merciinde tekrar dava konusu yapılamayacağını öngören bir hüküm şeklinde yorumlamak mümkündür.*⁴⁵

Yine maksat YSK kararlarını bireysel başvurunun koruma alanına almak olduğunda, karara karşı yazılan başka bir Karşı Oy’da belirtildiği gibi, *45/3. maddedeki ‘‘Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler’’ ifadesi ile, ‘‘idari işlemlerin’’ kastedildiği ve ‘‘yargısal kararların’’ bu kapsamda olmadığı (dolayısıyla ancak YSK’nın idari nitelikteki kararlarını kapsayabileceği) şeklinde bir yorum da, makul sayılmayacak bir yorum değildir. Söz konusu hükümde ‘‘kesin olan işlemler’’ ifadesinden sonra ‘‘Anayasa Mahkemesi kararları’’ ifadesine de*

⁴⁵ Bu görüşteki Mahkeme üyelerine göre, *Yargıtay ve Danıştayın temyiz üzerine verdiği kararlar da kesindir; ne var ki bu durum, bunların kararlarına karşı bireysel başvuruyu kapatır şekilde yorumlanmamaktadır. Hem böyle kabul edildiğinde, Sayıştay’ın bizzat Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal karar olarak kabul edilen ‘‘kesin hükme bağlama’’ kararları için de aynı şey düşünülebilir. Bu bağlamda Sayıştay kararları için Anayasanın 160/1. maddesinde öngörülen ‘‘idari yargı yoluna başvurulamama kuralı, aynı YSK kararları için düşündüğümüz şekilde, bu kararların 6216 sayılı Kanun’un 45/3. maddesi anlamında ‘‘Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerden olduğunu gösteren bir kural değil; bunların bir idari işlem sayılıp da (idari) yargı yoluna başvurulmasını engelleyen bir kural olarak yorumlanmalıdır.*

ayrıca yer verilmesi de, bu görüşü desteklemektedir. Zira kesin olan işlemler ifadesinin sadece kesin olan idari işlemleri kapsamı düşünülmeseydi, AYM kararlarının da ayrıca zikredilmesine gerek kalmayacağı söylenebilir.⁴⁶

Üstelik seçim yargısı alanında YSK dışında görev yapan il ve ilçe seçim kurullarının kararlarının bu kapsamda olmadığı açıktır. Zira Anayasanın m.79/2, c.2 hükmü, bu kurulların kararlarının kapsamamaktadır ve zaten Anayasa Mahkemesi de, ilçe seçim kurulunu, Anayasanın 36. maddesi anlamında bir ‘‘yargı yeri’’ olarak kabul edip onun kararına karşı yapılan başvuruyu adil yargılanma hakkı açısından incelemiştir.⁴⁷ Böyle olunca seçme ve seçilme hakkı bakımından il ve ilçe seçim kurullarınca YSK’ya başvuru imkanı olmadan kesin olarak verilen kararlar aleyhine bireysel başvuru yapmak mümkün olabilecek iken; bunların YSK’ya itiraz yolu açık kararlarına karşı, tüketme kuralı dolayısıyla önce YSK’ya başvurulacağı için bireysel başvuru yapılamaması gibi ‘‘tutarsız’’ ve eşitliğe aykırı bir durum da söz konusu olacaktır.

Netice olarak YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kabul edilmemesi, ülkemizde tüm önemli seçim uyuşmazlıklarının nihai olarak YSK’da çözümlendiğini düşündüğümüzde, AİHS (1 Numaralı Ek Protokol m.3) ile Anayasada (m.67) yer alan seçme-seçilme hakkına

⁴⁶ Doktrinde bu yönde bir başka argüman olarak, Anayasanın 148. maddesine 2010 yılında eklenen bireysel başvuruya ilişkin düzenlemelerin, Anayasanın başlangıcından itibaren Anayasa metninde yer alan ‘‘yargı denetimi dışındaki işlemlerle’’ ilgili düzenlemelere (mesela 125/2, 159/10, 148/1 gibi) göre sonraki hüküm olduğu ve onları zımnen ilga ettiği şeklinde bir görüş de ortaya atılmıştır. Buna göre, örneğin Cumhurbaşkanı’nın tek başına yaptığı işlemler, YAŞ ve HSYK’nın ihraç dışındaki kararları, olağanüstü hal KHK’ları bakımından söz konusu olan yasama kısıntıları, daha sonradan yürürlüğe giren bireysel başvuru bakımından geçerli olmayacaktır (Şirin, s.52). 6216 sayılı Kanun’un değindiğimiz ilgili hükmü karşısında, böyle bir yorumun biraz zorlama olacağı düşünülebilir. Zira bu takdirde – isabetli veya değil, Anayasaya aykırı veya değil – Kanun’daki engelleyici hükmün (m.45/3) uygulama alanı kalmayacak; hükmün konması abes olacaktır. O yüzden söz konusu yasağı YSK kararları bakımından yukarıda yaptığımız tarzda bir yorumla aşmaya çalışmak daha makuldür.

⁴⁷ B. No: 2013/3912, Kt. 6.2.2014.

yönelik kamu gücü işlemlerinin, hakların korunması adına çok önemli bir mekanizma olan bireysel başvuruya konu edilememesi sonucunu doğurması yönüyle oldukça sakıncalıdır. Üstelik bu, bireysel başvurunun temel getiriliş amaçlarından biri olan AİHM önündeki ihlalleri azaltma amacıyla da bağdaşmamaktadır. Yukarıda zikrettiğimiz Karşı Oy'da da belirtildiği gibi, yasal bir değişiklik yapılmaya gerek olmaksızın yukarıdaki yorumlar benimsenerek bu meselenin çözümü pekala mümkündür.

B. HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ESASINA İLİŞKİN SORUNLU YAKLAŞIM VE UYGULAMALAR

Anayasa Mahkemesinin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında, temel hak ve özgürlüklerin maddi yönüne (içerik, kapsam, koruma alanı, özneleri ve sınırları) dair insan haklarının korunması adına olumsuz sayılabilecek kararları/yaklaşımları da olmuştur. Mahkeme, kimi zaman kabul edilebilirlik kimi zaman da esas incelemesi sırasında,⁴⁸ bir hak veya özgürlüğün maddi yönüne/esasına dair insan hakları adına olumsuz/sorunlu bir ilke, yaklaşım yahut tespit benimseyebilmektedir. Aşağıda üç yıllık süreçte bu minvalde tespit edebildiğimiz yaklaşım ve uygulamalara yer verilmiştir.

⁴⁸ Bu noktada başta belirttiğimiz bir hususu tekrardan vurgulamak gerekirse; bizim burada çalışmayı, "usule" ve "esasa" dair şekilde ikiye bölme kriterimiz, bireysel başvuru mekanizmasının usuli yönlerine (kabul edilebilirlik kriterlerine) ilişkin ve bireysel başvuru incelemesinde (ister kabul edilebilirlik ister esas incelemesi olsun) temel hak ve özgürlüklerin maddi yönüne (içeriği, konusu, kapsamı, öznesi, sınırları vs.) ilişkin olumsuz/sorunlu yaklaşımlar/kararlar şeklindedir. Bu anlamda sorunlu görüp ele aldığımız bir yaklaşımın, kabul edilebilirlik incelemesinde yahut esas incelemesinde ortaya konmuş olması önemli değildir. Önemli olan, o yaklaşımın bireysel başvurunun usuli yönüne ilişkin mi olduğu; yoksa bir temel hak veya özgürlüğün maddi yönüne ilişkin mi olduğudur. İlk gruptakiler, çalışmanın birinci kısmında; ikinci gruptakiler ise halihazırdaki kısmında ele alınmıştır.

1. Ortak Koruma Alanının Belirlenmesine İlişkin Sorunlu Yaklaşımlar: Hakların Kapsamının AİHS ve Ona İlişkin AİHM İçtihadıyla Sınırlı Olarak Belirlenmesine Yönelik Yaklaşım

Bu bağlamda ilk değineceğimiz husus, AYM'nin bireysel başvuruya konu olabilecek hak ve özgürlükleri tespit ederken benimsediği daraltıcı yaklaşımdır. Gerek hakların kapsamının AİHM içtihadıyla sınırlı olarak belirlenmesine yönelik yaklaşım, gerek Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollere ilişkin durum ve gerekse Anayasanın kapsamını AİHS'ten daha geniş olarak çizdiği haklarda iki metnin de kesişim kümesinin esas alınmasına ilişkin tavrı, insan hakları adına sorunlu olarak göze çarpan gelişmelerdir.

Bilhassa *adil yargılanma* (AY m.36-AİHS m.6), *ayrımcılık yasağı-eşitlik ilkesi* (AY m.10-AİHS m.14) ve *seçme-seçilme hakkı* (AY m.67, 68-AİHS 1 Numaralı Ek Protokol m.3), Anayasamızın AİHS'ye göre daha geniş bir norm alanı çizdiği hak ve özgürlüklerdir.⁴⁹ Bu noktada temel soru, Anayasanın 148/3. maddesi bağlamında bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde, Anayasanın mı yoksa AİHS ve ona AİHM'nin verdiği anlam bağlamındaki norm alanının mı esas alınacağıdır. Bireysel başvurunun temel getiriliş gerekçelerinden biri olan AİHM önündeki ihlalleri azaltmak niyeti doğrultusunda, bireysel başvuruya konu hakların tespitinde ortak koruma alanını belirlerken AİHS ve ona ilişkin AİHM yaklaşımının esas alınması gerektiği savunulabileceği gibi; böyle bir yaklaşımın sınırlayıcı olacağı ve AİHS'nin sadece bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde liste işlevi görmesi gerekip esas olarak Anayasanın esas alınması gerektiği de savunulabilir.⁵⁰ Mahkeme ise, bu noktada, biraz da sorunlu olarak, ilk yaklaşımı benimser gözükmektedir.

Bireysel başvuruda benimsenen bu tarz bir *ortak koruma alanı* sisteminin en muhtemel sebebine yukarıda değinmiştik. Bazı kesimlerce eleştirilen böyle bir gerekçenin makul olup olmaması bir yana; bu duruma ilişkin Anayasa Mahkemesinin benimsediği yaklaşım da, bu durumu daha

⁴⁹ İnceoğlu, s.156, 157.

⁵⁰ İnceoğlu, s.158 vd; Atasayan, s. 232.

katılaştırmakta ve çok önemli bazı haklar bakımından bireysel başvuru yolunu kapatmaktadır. Mahkemenin şimdiye kadarki tavrı, AİHS'nin veya ona ilişkin AİHM içtihadının 1982 Anayasasına göre daha dar bir çerçevede benimsediği haklarla ilgili olarak, Strazburg'u çıta olarak kabul etmek ve hakların bireysel başvuruya konu olup olamayacağını belirlerken ona göre hareket etmek şeklinde olmuştur. Bu durum, başka hak ve özgürlük alanlarında da karşımıza çıkmakla birlikte; en sorunlu bir şekilde seçim ve adil yargılanma hakkında karşımıza çıkmaktadır.⁵¹

i. Yasama Seçimleri Dışında Seçim Hakkının Bireysel Başvuruya Konu Olmaması

Seçim hakkı bağlamında verilen *Mansur Yavaş ve CHP kararı*⁵² bunun güzel bir örneğidir. Başvuru, 30 Mart 2014'te yapılan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminin iptal edilmesi talebinin Yüksek Seçim Kurulu tarafından reddedilmesinin, Anayasanın 67. maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkı, 36. maddesinde tanınan adil yargılanma hakkı ve 26. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla yapılmıştır. Mahkeme, *seçme ve seçilme hakkı yönünden, yerel seçimlere ilişkin bir seçme-seçilme hakkının AİHS'te düzenlenmediğini; Sözleşmenin serbest seçim hakkına ilişkin hükmünün (1 Numaralı Ek Protokol'ün 3. maddesi)*⁵³ "yasama seçimlerini" kapsadığını; zira hükmün AİHM tarafından böyle yorumlandığını belirtmiş ve böylece "ortak koruma alanında" olan bir hak söz konusu olmadığı için başvuruyu konu bakımından kabul edilemez bulmuştur.⁵⁴

Sözleşmenin seçimlere ve seçme-seçilme hakkına ilişkin tek hükmünün bu olduğu ve AİHM'nin de, yerel yönetim seçimlerini söz

⁵¹ Ayrımcılık yasağı bağlamında kararlar için bkz.: B. No: 2012/869, Kt. 16.4.2013 ve B. No: 2013/1337, 16.5.2013. Eleştiri için bkz.: İnceoğlu, s.161, 162.

⁵² B. No: 2014/5425, Kt. 23.7.2014.

⁵³ Ek Protokol m.3: *Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.*

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin serbest seçim hakkı yönünden Anayasa ile Sözleşmenin ortak koruma alanının "yasama organı" seçimleri ile sınırlı olduğuna yönelik başka kararları için bkz.: B. No: 2014/184, Kt. 16.7.2014 ve B. No: 2014/13675, Kt. 8.9.2014.

konusu hüküm içinde değerlendirmedeği açıktır. Fakat Anayasa Mahkemesi, bilindiği gibi, bireysel başvurularda, dava edilen kamu gücü işleminin ihlal teşkil edip etmediğini, elbette Sözleşme hükümlerinden ve onlara ilişkin Sözleşmenin yargı organının içtihatlarından esinlenmekle birlikte, Anayasadaki temel hak ve özgürlüklere göre yapmaktadır. Sözleşme ise, daha sürecin en başında devreye girmekte ve ihlal edildiği ileri sürülen hak veya özgürlüğün bireysel başvuruya konu olup olmayacağına belirlenmesinde rol oynamaktadır. Öte yandan, 1982 Anayasasının 67. maddesinde düzenlenen seçme ve seçilme hakkının, TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri yanında yerel seçimleri de kapsadığı açıktır. Ülkemizde yerel seçimlerin de, en az Parlamento seçimler kadar önemli olduğunu düşündüğümüzde, böyle bir hakkın bireysel başvuruya konu olup olamayacağına belirlenmesinde, Anayasa Mahkemesi, Sözleşmede var olan bir hakka ilişkin olarak, AIHM'nin sınırlayıcı yorumunu dikkate almak yerine, daha genişletici bir yorum benimseyebilir ve yerel seçimler bağlamındaki seçme-seçilme hakkını da, bireysel başvuruya konu edilebilecek bir hak/özgürlük olarak değerlendirebilirdi. Aksi durum, ülkemizde milletvekili seçimleri dışındaki hiçbir seçimin bireysel başvuruya konu olamayacağı sonucunu doğurmaktadır.⁵⁵

Anayasanın getirdiği bu ‘‘ortak koruma alanı sisteminin’’ açıklığı karşısında, Anayasa Mahkemesinden, ortak koruma alanında olmadığı net olan hak ve özgürlükler bakımından, sırf hakların korunması adına, bunları da kapsama alacak şekilde bir yargısal aktivizm (hatta belki yetki aşımı) beklemek makul olmasa da; Sözleşmede düzenlenen hakların kapsamını belirleme ve birtakım alt hakların bu kapsama girip girmediğini

⁵⁵ Örneğin Mahkeme, Cumhurbaşkanlığı seçim sonuçları 15 Ağustos 2015 tarihinde kesinleşmesine rağmen, Cumhurbaşkanı seçilen Recep Tayyip Erdoğan'ın Adalet ve Kalkınma Parti Genel Başkanlığı görevinden ayrılmamasının ve 27 Ağustos 2015'te bu Parti'nin 1. Olağanüstü Kongresi'nin yapılmasının belli hakları ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda (B. 2014/13675, Kt. 8.9.2014), Ek 1 Numaralı Protokol'ün 3. maddesinin yalnızca yasama seçimlerini kapsamı dolayısıyla, bir siyasi partinin kongresinin hukuka aykırı şekilde yapıldığı yönünde yasama organının seçimi ile ilgili olmayan ihlal iddiasının bireysel başvuruya konu olamayacağına hükmetmiştir.

değerlendirmede, Strazburg Mahkemesinden daha cömert davranmasını beklemek, makul bir beklentidir. Böyle bir yaklaşım, aynı zamanda, bireysel başvurunun insan haklarını koruyup geliştirmek için değil de, salt AİHM önündeki mahkumiyetleri azaltmak amacıyla getirildiği eleştirilerinin de dozunu yumuşatacaktır.

ii. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamına İlişkin Daraltıcı Yaklaşım

Yine bu bağlamdaki bir sorunlu yaklaşım da, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının AİHS'nin ilgili hükmü ve ona ilişkin AİHM içtihadıyla sınırlı olarak belirlenmesidir. Bilindiği gibi, AİHS'nin 6/1. maddesi, adil yargılanma hakkının kapsamını çizerken, ‘‘medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar ve cezai alanda kişiye yöneltilmiş suçlamalar’’ ifadesini kullanmaktadır. Nitekim AİHM de, bir tazminat talebinin söz konusu olmadığı; salt cezalandırmayı istemenin söz konusu olduğu ceza davaları yönüyle, bu hükmün, suçtan zarar gören, mağdur olan veya davaya katılan kişilere bir kimsenin cezalandırılmasını isteme hakkı vermediğini (yani bir anlamda bu kimselerin m.6/1 kapsamında olmadığını) söylemektedir.⁵⁶

Anayasa Mahkemesi de, *Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamının Anayasada belirlenmediğini; o halde onu Sözleşmenin muadil maddesi ve o maddeye Sözleşmenin yargı organı olan AİHM'nin verdiği anlam bağlamında yorumlamak gerektiğini* söylemiştir. Bu noktada da Mahkemeye göre, *ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş olması veya ceza davası sonucunda verilecek kararın hukuk davası açısından da etkili/bağlayıcı olması halleri dışında, Sözleşmenin 6/1. maddesi, suçtan zarar gören, mağdur, şikayetçi ve müdahil gibi kimseleri kapsamamaktadır. Böyle olunca da, suç işlediğini düşündüğü bir kimsenin cezalandırılması amacıyla suç duyurusunda bulunan bir kimsenin bu talebinin reddedilmesi üzerine adil yargılanma hakkı bağlamında bir bireysel başvuru yapması mümkün değildir; çünkü onun bu hakkı, AİHS tarafından*

⁵⁶ Bkz.: *Perez/Fransa* (No:47287/99), para. 66 vd.

*korunmamakta ve böylece bireysel başvuruya konu olabilecek haklar arasında yer almamaktadır.*⁵⁷

Mahkeme, bu yaklaşımına istikrar kazandırmıştır.⁵⁸ Bizce Mahkemenin bu kararı da, yine seçim hakkında olduğu gibi aynı hastalıktan muzdariptir. Gerçekten de Anayasa, adil yargılanma hakkının içeriğine dair bir şey söylememektedir. Bu anlamda hükmü, AİHS’teki muadili bağlamında yorumlamak gayet doğal ve doğrudur. Fakat bu yorumu yaparken ve hele hele ortada başvuruya konu bir hakkın olup olmadığını belirlerken, AİHM’nin sınırlayıcı yorumunu esas almak ve onun ötesine geçmemek, hiç makul ve isabetli değildir.⁵⁹ Yukarıda da

⁵⁷ B. No: 2012/1049, Kt. 26.3.2013 sayılı karar. Mahkeme, bunu yaparken, yeni CMK ile birlikte, ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkanının ortadan kaldırılmış olmasını ve böylece kişilerin ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkanının kalmadığını dikkate almıştır.

⁵⁸ Bkz.: B. No: 2012/848, Kt. 17.7.2014; B. No: 2013/5956, Kt. 15.4.2014; B. No: 2013/5680, Kt. 15.4.2014; B. No: 2013/514, Kt. 2.10.2013; B. No: 2013/1123, Kt. 2.10.2013; B. No: 2013/2355, Kt. 7.11.2013 ve B. No: 2013/5636, Kt. 8.9.2014 sayılı başvurulara ilişkin kararlar. Başka kararlar ve değerlendirmeler için bkz.: İnceoğlu, s.162 vd.

⁵⁹ Benzer yönde eleştiriler için bkz.: Göztepe, s.6, 7. Doktrinde Şirin, idari prosedürlerde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin *Yusuf Gezer* kararına (2013/2103) da dikkat çekmektedir (Şirin, s.39). Bu karara konu olaylarda, başvuru, hakkındaki memuriyete atamama işleminin tesisi sırasında kendisine bilgi verilmediğini ve işleme yönelik olarak açıklama yapma ve hakkını savunma olanağının engellendiğini iddia etmiş ve böylece adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AYM ise, *gerek Anayasa gerek AİHS bağlamında adil yargılanma hakkının – belirli istisnai durumlar haricinde – yargılama sürecine mahsus olduğunu ve yargılama sürecinden önceli bir aşama olan idari işlemin tesisi aşamasını kapsamayacağını* belirtmiştir. Mahkemeye göre, *adil yargılanma hakkı, dava sürecine özgülenmiştir ve mahkemedeki yargılama sürecine uygulanmaktadır. O halde yargılama süreci dışında meydana geldiği ileri sürülen ihlal iddialarına ilişkin başvurular, istisnai durumlar dışında adil yargılanma hakkının kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya da konu edilemez.* Bizce bu yaklaşım, Mahkemenin “dava öncesini kapsayacak istisnai durumlar” yaklaşımını da düşündüğümüzde, doğru bir yaklaşımdır. Çünkü Anayasa, açıkça “yargı mercileri” önünde ifadesini kullanmaktadır ve adil yargılanma hakkının mahiyeti de bunu gerektirmektedir. Üstelik Mahkeme, ceza kovuşturması (yani dava) öncesindeki ifade vb. ceza soruşturması işlemleri ile örneğin idari yargıda dava açmadan önce idari başvurunun yapılması gereken hallerde bu başvuruya ilişkin safahat gibi asıl dava sürecinin adillğine etki edecek aşamaları, 36. madde anlamında adil yargılanma hakkının kapsamında saymaktadır. Yine Şirin, AYM’nin kararda kullandığı

belirttiğimiz gibi, AİHS ve ona ilişkin AİHM yorumuna, Anayasanın tanıdığı bir hakkın başvuruya konu olup olmamasının belirlenmesinde daha sınırlayıcı bir rol yüklenmesi, hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım değildir.⁶⁰

Görüldüğü gibi, Mahkemenin tavrı, hakların ulaşabileceği son nokta olarak AİHS metnini ve ona ilişkin AİHM içtihadını esas almaktır. Elbette AİHM, AİHS'nin otantik yorumlayıcısıdır. Fakat bu durum, doğaldır ki, ulusal mahkemelerin çıtayı daha ileri götürmelerine engel değildir. Üstelik asıl incelemenin Anayasaya göre yapılacağı bir süreçte, ondan daha önceki bir aşama olarak sürece konu olabilecek hak ve özgürlüklerin tespitinde bu çıtanın ileri götürülmemesi makul değildir. 1982 Anayasası, yukarıda gördüğümüz gibi adil yargılanma ve seçim hakkı başta olmak üzere bir kısım hak ve özgürlükler bakımından kapsamı AİHS'ye nazaran daha geniş tutmaktadır.⁶¹ Bu gibi durumlarda ortak koruma alanını belirlerken, daha dar olanı esas almak, hak odaklı ve bireysel başvurunun mantığına uygun bir yaklaşım olmayacaktır.

2. 13. Madde Bağlamında Sınırlama Sebeplerinin Uygulanmasına İlişkin Yaklaşım

Bireysel başvuru uygulamasında, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 13. maddesi bağlamında sınırlama sebeplerini uygulamasıyla

“mahkeme” kavramını da bilinçli kullanıp kullanmadığının anlaşamadığını; eğer bundan maksadı, dar anlamda “mahkeme” ise, AİHM'nin dar anlamda mahkeme niteliğinde olmayan ve “tribunal” olarak nitelenebilecek heyet, kurul gibi mercileri de AİHS'nin 6. maddesi kapsamında sayan yaklaşımı karşısında hatalı olacağı kaygısını dile getirmektedir (Şirin, s.39). Biz, AYM'nin buradaki mahkemeyi ne anlamda kullandığını bilmiyoruz. Fakat AİHM'nin içtihadına sıkı sıkıya bağlı kalma eğiliminde olan bir AYM'nin bu konuda AİHM'den daha dar bir yaklaşım benimsemeyeceğini söyleyebiliriz. Üstelik yukarıda belirttiğimiz gibi, belli hallerde dava öncesi işlemleri de bu kapsamda görmesi, görüşümüzü destekler niteliktedir.

⁶⁰ Bu noktada belirtelim ki, bu şekilde konu bakımından kabul edilemez bulunan başvurulardan bir kısmı, Anayasanın 17. maddesi bağlamında devletin etkili bir ceza soruşturması yürütmesi şeklindeki pozitif yükümlülükleri kapsamına giriyorsa, o açıdan incelenebilmekte; aksi halde hiçbir yönden bireysel başvuruya konu olamamaktadır. Ancak başka açıdan inceleniyor olması da, elbette Mahkemenin buradaki gereksiz şekilde benimsediği daraltıcı yorumu haklı kılmamaktadır. Aynı yönde bkz.: Inceoğlu, s.163.

⁶¹ Örnekler için bkz.: Şirin, s.37, 38.

ilgili sorunlar veya riskler barındıran tespit ve yaklaşımları söz konusudur. Bilhassa Anayasada herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların sınırlanmasına ilişkin bakış açısı ile yine 13. maddede yer alan sınırlama kriterlerinin sınırlama sebepleri bağlamında uygulanmasına ilişkin riskli yaklaşım, burada değinilmesi gereken hususlardır.

i. Anayasada Herhangi Bir Sınırlama Sebebi Öngörülmemiş Hakların Sınırlanmasına Yönelik Yaklaşım

Bilindiği gibi, Anayasanın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlükler, 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında, ancak kendi düzenledikleri özel maddelerde öngörülen sebeplerden biri veya birkaçının varlığı halinde sınırlanabilmektedir. Buna özel sınırlama sebepleri sistemi (AİHS/AİHM ve bireysel başvuru sonrası AYM jargonuyla da meşru amaç [*legitimate aim*]) denmektedir. Buna göre, hakların doğasında bulunan objektif sınırlar dışında, bir temel hak ve hürriyetin, ne kadar elzem olursa olsun, ilgili maddesinde öngörülmeyen bir sebeple sınırlanabilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir.⁶²

Oysa Anayasa Mahkemesinin bazı bireysel başvuru kararlarında yaptığı tespitler, bu meseleye böyle bakmadığına dair izler taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin, eğitim hakkı⁶³ bağlamında⁶⁴ uzaktan eğitim

⁶² İsaetli veya değil, bizce 2001 değişikliği sonrasında ortaya çıkan hukuki durum budur. Bu durumun eleştirisi için bkz.: Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götdürdükleri: 13. Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:59, Sayı: 2001/4, s.53-69 ve Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, 17. Baskı, Bursa, 2014, s. 126, 127. Fakat Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sürecinden de önce bu noktada farklı ve farklı olduğu kadar çelişkili yaklaşımları olmuştur. Bu konuda tartışmalar için bkz.: Tijen Dünder Sezer, **1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı: 5, 2014, s.375 vd; Y. Metin Özdemir, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası’nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı: 5, 2014, s.413 vd.

⁶³ Anayasa Mahkemesi, kararda söz konusu hakkı, “eğitim hakkı” olarak ifade etmektedir. Burada “eğitim özgürlüğü”-“eğitim hakkı” tartışmasına girilmemiştir.

⁶⁴ Bilindiği gibi, Anayasanın 42. maddesi, *kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağını ve öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edileceğini ve düzenleneceğini* söylemektedir. Maddenin devamında eğitim ve öğretimle ilgili

kapsamında yararlanmaları gereken sürenin ve bu süreyi kullanım şeklinin cezaevi idaresince makul olmayan ve kabul edilemeyecek gerekçelerle sınırlandırıldığı iddiasıyla⁶⁵ yapılan bir başvuruda eğitim hakkıyla ilgili yaptığı tespitler, bu anlamda sorunludur.⁶⁶ Mahkeme, *Anayasanın 42. maddesinde ve Sözleşmeye ek 1 Numaralı Protokol'ün 2. maddesinde eğitim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme yapılmadığını açıkça söylemesine rağmen; Anayasanın 42. maddesinde "öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir" ifadesi ile eğitimin karmaşık ve masraflı yapısı gözetilerek devlete bir takdir alanı yaratıldığını* belirtmiştir. Mahkemeye göre, *Anayasanın 42. maddesinde eğitim hakkının sınırlandırılmasında Anayasa ve Sözleşmenin ortak alanında kalan diğer haklardan farklı olarak belirli ve sınırlı meşru amaçlar düzenlenmemiştir. (Diğer bir anlatımla, eğitim hakkının kısıtlanmasında Anayasa ve Sözleşmede sınırlı sayıda belirtilmiş meşru amaçlar listesi bulunmamaktadır.) Bu nedenle de, özellikle mahkûmlar açısından eğitim hakkında yapılacak düzenlemelerde Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen genel ilkeler çerçevesinde meşru amaçların ne olabileceği hususunda devletin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır.*

Görüldüğü gibi, Mahkemenin çıkardığı sonuç, bu "belirli ve sınırlı meşru amaçların **düzenlenmemesinin**", devletin takdir alanının sınırsız olduğu sonucunu doğurmayacağıdır. Yani Mahkeme, hükümde bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olmasından, insan haklarının mantığına ve Anayasaya aykırı, sakat bir sonuca ulaşmaktadır. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir Anayasa hükmünde bir temel hak ve özgürlük için bir sınırlama sebebinin (Mahkemenin deyimiyle "belirli ve sınırlı meşru amaçların") **düzenlenmemesinin** sonucu, o hak veya özgürlüğün, doğasından kaynaklanan objektif sınırlar dışında sınırlanamamasıdır.

doğrudan Anayasanın getirdiği bazı sınırlamalar olmakla birlikte; temel hak ve hürriyetlerin (13. madde bağlamında) Devletin yetkili organları tarafından sınırlandırılmasına dair bir düzenleme yer almamaktadır.

⁶⁵ Başvurucuların, derece mahkemesi nezdinde yaptıkları itirazın duruşma ve keşif yapılmaksızın reddedilmesine bağlı adil yargılamaya haklarının ihlal edildiği iddiaları da vardır.

⁶⁶ B. No: 2013/583, Kt. 10.12.2014 tarihli karar.

Oysa Mahkeme, bu durumu, çok da doğru olmayan bir mantıkla, devletin sınırlama konusunda – hem de tek tek sınırlama sebepleri öngörölmüş hak ve özgürlüklerden daha geniş bir şekilde – takdir hakkı olduğu şeklinde tevil etmiş; ardından da adeta amiyane tabirle “lütuf gösterip” ne var ki bu takdir hakkının sınırsız ve keyfi kullanılamayacağını (13. maddedeki diğer kriterlere uygun olması gerektiğini) söylemiştir.⁶⁷

Elbette somut olay bakımından, devletin, 42. madde (ve Sözleşme) bağlamında, başvuruçulara iddia ettikleri türden bir eğitim imkanı vermekle yükümlü olup olmadığı; devletin bu şekilde bir pozitif yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı sorgulanabilir ve esasında, ihlal iddiası da bu kriterler üzerinden çözümlenmelidir. Fakat bu somut değerlendirmeyi yapmadan önce Mahkemenin eğitim ve öğrenim hürriyetinin sınırları konusunda söyledikleri, temel hakların sınırlanmasına dair Anayasanın koyduğu esaslara taban tabana zıttır. Üstelik bu durum (yani Mahkemenin, herhangi bir sınırlama sebepleri listesine yer verilmemesine bağladığı bu sonuç), Anayasada herhangi bir sınırlama sebebi öngörölmemiş diğer hak ve hürriyetlere ilişkin de riskli ve sorunlu bir yaklaşımı içermektedir.

Nitekim Mahkeme, bu yaklaşımını Anayasanın herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörmediği başka hak ve özgürlükler bakımından da devam ettirmiştir. Örneğin, özel hayatın gizliliği ile ilgili bir kararda ve meşhur *Kadının Soyadı* kararında,⁶⁸ *açık bir şekilde özel sınırlama nedeni öngörölmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu; ayrıca Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanmasının – 13. maddedeki*

⁶⁷ Mahkeme, bunu gerekçelendirirken de, *eğitimin toplum için taşıdığı öneme karşın, eğitim hakkının mutlak ve sınırsız bir hak olmamasını; eğitimin niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden bazı kısıtlamalara tabi tutulmasının doğal olması; şüphesiz eğitim kurumlarını düzenleyen kuralların, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre, zaman ve mekân içinde değişiklik gösterebilmesini; bu nedenle, devletlerin bu konuda yapacakları düzenleme ve uygulamalarda belli bir takdir alanına sahip olmalarını birer argüman olarak ortaya koymuştur.* (Aynı doğrultuda bkz.: B. No: 2012/782, Kt. 26/6/2014, para. 37.)

⁶⁸ Sırasıyla B. No: 2013/1614, Kt. 3.4.2014 ve B. No: 2013/2187, Kt. 19.12.2013.

güvencelere uygun olmak kaydıyla – mümkün olabileceğini belirtmiştir. Mesela bu kararlardan ilkinde, bir kadın kamu görevlisine yaşadığı evde çekilen cinsel içerikli görüntülerin internette dolaşması üzerine verilen memuriyetten çıkarma cezasının ihlal olup olmadığını incelerken, *özel hayatın gizliliği hakkının, mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışları da kapsadığını; dolayısıyla surf bu sebeple verilen bir disiplin cezasının özel yaşama müdahale olduğunu* belirtmiş; ancak özel yaşamla ilgili Anayasanın 20/1 hükmünde özel bir sınırlama sebebi belirtilmemiş olmasına rağmen, *doğal sınırlar yanında ayrıca 13. maddedeki güvencelere uygun olarak bu hakkın da sınırlanabileceğini* söylemiş ve bu açıdan müdahaleyi analiz etmiştir. Neticesinde vardığı sonuç, özel hayatın gizliliği hakkına yönelik söz konusu müdahalenin ihlal teşkil ettiği yönünde olsa da, hakkın sınırlanmasına yönelik bakışı, yukarıda belirttiğimiz gibi sorunludur.

ii. Anayasanın 13. Maddesindeki Testin Uygulanmasına İlişkin Yaklaşım

Sınırlama sebepleri bağlamında Mahkemenin bir sorunlu/riskli yaklaşımı da, ihlalin bulunup bulunmadığının incelenmesinde Anayasanın 13. maddesindeki kriterlerin uygulanmasına yönelik yaklaşımdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir sınırlamanın Anayasaya uygun olabilmesi için, önce kanuni bir dayanağı bulunmalı (*kanunilik kriteri*) ve Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere binaen yapılmış olmalı (*sebebe uygunluk kriteri*); ve daha sonrasında da sınırlamanın sınırı olarak ifade edilebilecek bazı koşullara (*ölçülülük, demokratik toplumda gereklilik, Anayasanın sözüne ve özüne uygunluk, laik Cumhuriyetin gerekleri ve öze dokunmama*) riayet edilmelidir. Bu anlamda bir kamu gücü işleminin ihlal teşkil edip etmediği incelenirken bir nevi test diyebileceğimiz bu aşamalar uygulanmalı ve bunlardan birinde problem varsa, sınırlamanın Anayasanın koyduğu esaslara aykırı olarak yapıldığı sonucuna varılmalıdır. Bu noktada da ilk bakılması gerekenin kanuni dayanak ve hemen ardından sınırlama sebepleri olduğu kuşkusuzdur. Bir sınırlama, kanuni bir dayanaktan yoksunsa yahut dayanıyor olsa bile Anayasada özel olarak öngörülen bir sınırlama sebebine dayanmıyorsa,

diğer kriterleri taşımasının bir önemi olmaksızın Anayasaya aykırı olacak; bu anlamda örneğin, ancak geçerli bir sınırlama sebebi varsa, diğer koşullara uygunluk yönünden incelenebilecektir.

Oysa Anayasa Mahkemesinin bazı kararları, bu testteki sıranın karıştırıldığını; geçerli bir sınırlama sebebinin varlığı incelenmeden ihlal iddiasına konu kamu gücü işlem veya eyleminin diğer kriterler (örneğin ölçülülük) bakımından test edildiğini göstermektedir. Üyesi olduğu sendikanın göreve gelmeme çağrısına katılarak iki gün göreve gitmeyen bir öğretmen hakkında verilen uyarı cezasıyla ilgili başvuruda⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, başvurucunun sendika hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken; doğru bir şekilde önce “müdahalenin kanuniliği”ni; sonra da “meşru amaca” hizmet edip etmediğini incelemiştir. Ne var ki Mahkemenin meşru amaç testinden “sınırlamanın sınırı” olarak ifade ettiğimiz diğer kriterlere geçişi sorunludur. Mahkeme, *meşru amaç değerlendirmesinde, verilen disiplin cezasının Anayasanın 51/2. maddesinde sayılan meşru amaçları hedeflediği kabul edilse bile, müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler göz önünde bulundurulduğunda, müdahalenin meşruluğu sorununu çözmenin gerekli olmadığını* söylemiştir. Oysa bu, doğru bir akıl yürütme değildir. Zira müdahalenin kanuni bir dayanağı yoksa, geçerli bir sebebe dayanmasının; geçerli bir sebebe dayanmadığında da, diğer kriterlere (örneğin demokratik toplumun gereklerine yahut ölçülülüğe uygunluğun) bir önemi olmamalıdır.⁷⁰ Bu sebeple, Mahkemenin deyişiyle “müdahalenin meşruluğu sorununu çözmek”, müdahalenin gerekliliği (herhalde bununla kastedilen ölçülülük ve demokratik toplumda gerekliliktir) meselesine girmeden önce halledilmesi gereken bir sorundur.

Somut olayda Mahkemeye göre böyle bir incelemeden imtina etmesinin sebebi, “müdahalenin gerekliliği konusunda yapılması gereken değerlendirmeler”dir. Mahkeme, sonraki aşamada söz konusu ceza işleminin demokratik toplumda gerekli bir tedbir olmadığına karar vermiş

⁶⁹ B. No: 2013/8463, 18.9.2014.

⁷⁰ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s. 113 vd.

olsa da; meşru amaç kriterini uygulama yöntemi, doğru değildir. Öte yandan, Mahkemenin, burada, aslında söz konusu sınırlamanın meşru amaca hizmet edip etmediğini belirlemeyi demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük kriterlerine göre değerlendirmeyi kastettiği şeklinde bir akıl yürütme yapılabilirse de, yine de “meşru amaç sorununu çözmenin gerekli olmadığı” yönündeki ifadenin riskli bir ifade olduğunu söylemeliyiz. Bir müdahalenin özel sebeplerden hangisini gerçekleştirmeye matuf olduğunu öncelikle tespit etmek, o müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olup olmadığını belirlemek için de gereklidir. Zira örneğin ölçülülük, en genel manasıyla araçla amaç arasındaki dengenin tutturulması olduğuna göre, somut olaydaki amacın (yani sınırlama sebebinin) öncelikle tespit edilmesi, ölçülülük testinin uygulanması için de gereklidir.⁷¹

3. İhlal İddialarının Hiç İncelenmemesi yahut İncelenmesi Gerekli Hak ve Özgürlükler Açısından İncelenmemesi Şeklindeki Uygulama

Mahkemenin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında bir önleyici tedbir olarak dikkat çekilmesi gereken bir uygulaması da, bazı ihlal iddialarında, ihlalin incelenmesi gerektiği anayasal hak ve özgürlükler açısından bir inceleme yapılmadan karar verilmesi yönündeki uygulamadır. Mahkemenin bu süreçte, kimi zaman, bilhassa idari ve adli parasal cezalarla hürriyeti bağlayıcı cezaları sadece adil yargılanma hakkı bağlamında inceleyip mülkiyet, özgürlük ve güvenlik, kanunilik gibi anayasal güvenceler açısından bir inceleme yapmama şeklinde; kimi zaman ise, ihlal kararı vermiş olsa bile başvuru sahiplerinin birtakım ihlal iddialarını görmezden gelerek bir inceleme yapma şeklindeki uygulamaları zikredilmelidir.

Mahkemenin başta *ceza mahkûmiyetleriyle ilgili olanlar olmak üzere belli ihlal iddialarını sadece adil yargılanma hakkı yönünden inceleyen yaklaşımına* öncelikle dikkat çekmek gerekmektedir. Örneğin, **Mahkeme, verilen bir ceza mahkûmiyeti hükmünü, sanık yönünden**

⁷¹ Benzer eleştiriler için bkz.: Şirin, s.113.

sadece adil yargılanma hakkı bağlamında incelemektedir.⁷² Böyle olunca da, ihlal iddiaları, adil yargılanma hakkının dar kalıplarına sıkıştırılmış olmaktadır. Bu bağlamda Mahkemenin adil yargılanma hakkının ihlali meselesini, yargılama sonucunda verilen kararın adil olmaması değil; yargılamanın bir bütün olarak adil olmaması şeklinde anladığını ve hukuk kurallarının hatalı uygulanması noktasındaki şikâyetleri, derece mahkemelerinin bariz bir takdir hatası ve açık bir keyfiliği yoksa dikkate almadığını biliyoruz.⁷³ Elbette bireysel başvurunun “ikincil” niteliği gereği, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların, bireysel başvuruda inceleme konusu olmaması doğaldır. Anayasa Mahkemesi de, bu tür başvuruları, kanun yolu şikâyeti olduğu gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksun bulmaktadır.⁷⁴ Mahkemeye göre,

⁷² Belirtelim ki, suçtan zarar gören ve mağdur gibi kimseler bakımından ise, 17. maddedeki yaşam hakkı, maddi-manevi varlığın bütünlüğü hakkı bağlamında inceleme yapılmaktadır. Mahkeme, devletin söz konusu hüküm kapsamındaki pozitif yükümlülükleri bağlamında sorumluların hesap vermesini sağlayacak etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü olduğunu söyleyip somut olayda sanığa verilen veya verilemeyen cezayı, bu yönden incelemekte ve ortaya çıkan sonuç, devletin bu şekildeki pozitif-usuli yükümlülüklerinin ihlali sonucunu doğuruyorsa, ihlal kararı vermektedir. Hükümün açıklanmasının geriye bırakılması kararının verildiği birçok olayda, bu sonucun cezasızlık ve belli fiillere hoşgörü gösterilmesi sonucunu göstereceği gerekçesiyle ihlal kararı verdiğini görmek mümkündür (bkz.: B. No: 2013/6359, Kt. 10.12.2014).

⁷³ Bkz.: B. No: 2012/828, Kt. 21.11.2013.

⁷⁴ Yeri gelmişken belirtelim ki, doktrinde bu noktada Mahkemeye yöneltilen bir eleştiri de, oybirliğine ulaşılamayan hallerde *açıkça dayanaktan yoksunluk kararı* verilmesi yönündeki uygulamadır. Örneğin Şirin’e göre, bir Mahkeme üyesinin öyle düşünmediği (ve hatta kimi zaman karşıoy yazdığı) bir durumda, başvurunun “açıkça” dayanaktan yoksun bulunması, makul değildir (Şirin, s.92, 93). Bu eleştiri, ilk bakışta makul gibi durmaktadır. Ancak yine de Mahkemenin bu uygulaması, bu makalenin anladığı anlamda insan hakları adına olumsuz/sorunlu bir yaklaşım sayılmaz. Zira belirttiğimiz gibi, ilk bakışta, Mahkeme üyelerinin bile aralarında dayanaktan yoksun olup olmadığına anlayamadığı bir başvurunun nasıl “açıkça” dayanaktan yoksun kabul edileceği sorusu haklı olarak sorulabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bildiği gibi, başta, bir ihlal iddiasına dayanmama ve kanun yolu başvurusu niteliği taşıyama olmak üzere pek çok sebebi, *açıkça dayanaktan yoksunluk kategorisi* altında değerlendirmektedir. Dolayısıyla örneğin beş üyeden bir ve hatta ikisinin kanun yolu başvurusu olduğunu düşünmediği fakat üç veya dört üyenin böyle düşündüğü bir halde (bkz.: örneğin B. No: 2013/1613, Kt. 2.10.2013 sayılı başvuruya ilişkin karar) bizce Mahkemenin başvuruyu kanun yolu başvurusu niteliği taşıdığı gerekçesiyle kabul edilemez bulmasında bir sorun yoktur. Belki rahatsız edici olan, Mahkeme’nin bunu

bir ceza mahkûmiyetine ilişkin suçlu ve suçsuzluğa karar vermek, keza verilen cezanın hafif veya ağır olduğunu değerlendirmek, kendi yetkisinde olan bir husus değildir (yani adil yargılanma hakkının böyle bir şikâyete dayanak oluşturması söz konusu değildir).⁷⁵

Adil yargılanma hakkı bağlamında bu yaklaşım doğru gibi gözükse de, bilhassa mahkûmiyet hükümlerinin Anayasanın temel hak ve hürriyetlerle ilgili başka güvenceleri açısından da incelenmesi gerekir. Zira yargı kararıyla belli bir suçtan mahkûm olmanın, mahkûmiyet hapis cezasına ilişkinse, Anayasanın insan onuruyla bağdaşmayan ceza yasağını düzenleyen 17/3. maddesine; keza kişi hürriyeti ve güvenliğinin düzenlendiği 19. maddesine⁷⁶ ve kanunda öngörülenden daha ağır bir ceza

“açıkça dayanaktan yoksunluk” bağlamında ele almasıdır. Öte yandan, aslında böyle bir nitelik taşımamasına rağmen kanun yolu başvurusu olarak nitelenip de reddedilen somut bir başvuruya ilişkin Mahkemenin somut değerlendirmesi, pekala eleştirilebilir. Ancak Mahkemenin bizce bunu açıkça dayanaktan yoksunluk başlığı altında yapmasında esaslı bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte, *bir ihlalin bulunmadığı* yahut *ihlalin bulunmadığının açık olduğu* gerekçesiyle oyçokluğuyla ulaşılan açıkça dayanaktan yoksunluk kanaati, bizce de rahatsız edici durmaktadır. Bu noktada, bir veya iki AYM üyesinin ihlalin bulunduğunu düşündüğü bir olayda “ihlalin olmadığı nasıl açık olduğu” sorusu haklı olarak sorulabilir. Fakat dediğimiz gibi, burada bir oylama söz konusudur ve çoğunluk görüşü, ihlalin bulunmadığını söylemektedir. Herhalde ihlalin bulunmadığına karar verilebilmesi için oybirliği aranması gerektiği gibi bir sonuca ulaşmak da makul olmadığından, kararın bu şekilde formüle edilmesi, rahatsız edici olsa da uygundur. Burada belki Mahkemeye yöneltilebilecek tek eleştiri, böyle durumları “açıkça dayanaktan yoksunluk” altında formüle etmesidir. Fakat bu eleştiri, haklı görülebilirse de, en başta söylediğimiz gibi, bu makalenin kastettiği anlamda hak ve özgürlük korumasını geriye götürebilecek sorunlu bir yaklaşım sayılmaz.

⁷⁵ Mahkemeye göre, kural olarak bireylerin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki sorunların incelenmesi, kendi görevi olmayıp; konu, derece mahkemelerin takdirine bırakılmıştır. Yine bu bağlamda suçlu-suçsuz kararı vermek ya da daha hafif veya ağır ceza belirlemek de görevi değildir (B. No: 2012/1128, Kt. 8.5.2014, para. 55).

⁷⁶ Nitekim AYM, bir kararında “*hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süreyi doğrudan ve dolaylı olarak etkileyen durumların Anayasanın 19. maddesinde tanımlanan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini*”; keza “*mahkûmların, Anayasanın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun ‘bir mahkûmiyet kararına bağlı olarak tutma’ şeklinde değerlendirilebilecek kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında, Anayasanın ve Sözleşmenin ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahip olduklarını*” söylemiştir (B. No: 2013/1711, Kt. 23.7.2014 sayılı karar, para. 26, 29, 30 ve B. No: 2013/583, Kt. 10.12.2014 sayılı karar, para. 65).

verme yasağının yer aldığı 38/1 maddesine bakan yönleri de vardır. Keza mahkûmiyetin para cezasına ilişkin olduğu hallerde de (ki bunlar sadece ceza mahkûmiyetlerini değil, idari ceza ve özel hukuktaki davaları da kapsar), yine böyle bir mahkûmiyetin 35. maddede düzenlenen mülkiyet hakkıyla ilgisi bulunmaktadır. Üstelik tüm bu hükümlerle ilgili olmak demek ise, verilen mahkûmiyetin Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesiyle de ilgisinin bulunması demektir. Dolayısıyla verilen hürriyeti bağlayıcı mahkûmiyetlerin (ve dediğimiz gibi aynı mantıktan hareketle para cezalarının), bu hak ve özgürlükler ve bu bağlamda da ölçülülük yönünden de incelenmesi gerekmektedir. Bu anlamda Mahkemenin bu tür ihlal iddialarını sadece adil yargılanma hakkı yönünden inceleyen ve orada da – çok da haksız olmayacak şekilde dar kalıplara hasreden – yaklaşımı, insan hak ve özgürlükleri adına sorunlu bir yaklaşımdır.⁷⁷

Yine doktrinde İnceoğlu ve Şirin’in dikkat çektiği bazı kararlar, Mahkemenin bu sorunlu yaklaşımına dair izler içermektedir. Örneğin yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Twitter* kararında da, başvuru, başta ifade hürriyeti olmak üzere diğer bazı haklarla birlikte, söz konusu siteye erişimin yerel seçimler öncesinde uygulanmasına bağlı olarak serbest seçim haklarını da ihlal ettiğine değinmişler (bkz.: para.21); fakat Mahkeme, esasa ilişkin değerlendirmesinde bu iddiaya ilişkin olarak – uzun veya kısa, menfi veya müspet – hiçbir açıklama getirmemiştir.⁷⁸ Keza yine yukarıda yer verdiğimiz *Deniz Yazıcı* kararında (2013/6359) da, Mahkeme, kendisinin de göz önünde bulundurduğu kolluk güçlerinin başvurucuya yönelik ‘‘... demek Diyarbakırlı’sın, adın da Deniz...’’ şeklindeki söylemlerini – başvuru 10. madde yönünden de ihlal iddiasını ileri sürmesine rağmen – eşitlik ve ayrımcılık yapmama hakkı bakımından incelememiştir.⁷⁹

⁷⁷ Benzer eleştiriler için bkz.: Şirin, s.88 vd.

⁷⁸ Şirin, s.46.

⁷⁹ Şirin, s.45. Başka kararlar için bkz.: İnceoğlu, s.164 vd.

Öte yandan İnceoğlu'nun haklı olarak belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesinin, başvurucular tarafından ileri sürülen tüm ihlal iddialarını doğru ve tatminkâr biçimde inceleyip tüketmesi gereği yanında, ihlal edildiği başvurucu tarafından açıkça dile getirilmemiş hak ve özgürlükler bakımından da (re'sen) inceleme yapması gerekmektedir.⁸⁰ Fakat Anayasa Mahkemesinin kimi uygulamaları, bu gerekliliğin de aksi yönündedir. Örneğin Mahkeme, Anayasanın 38/8. maddesindeki sözleşmesel yükümlülükten ötürü hürriyeti bağlayıcı cezaya maruz bırakılmama hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan bir başvuruda, söz konusu hakkın AIHS ve Türkiye'nin tarafı olduğu Ek Protokollerde düzenlenmemesine bağlı olarak başvuruyu reddederken, özünde kişi hürriyetine yönelik bir müdahale teşkil eden kamu gücü eylemini, bireysel başvurunun ortak koruma alanında kalan Anayasanın 19. maddesi yönünden incelememiştir.⁸¹

Elbette olayların ve iddiaların hukuki tavsifini yapmak Anayasa Mahkemesine ait olmakla birlikte; Mahkemenin neden bir ihlal iddiasını başvurucunun iddia ettiği anayasal haklar açısından incelemediğini ikna edici bir şekilde izah etmesi gerektiği açıktır. Oysa Mahkeme, yukarıda yer verdiğimiz kararlarında görüldüğü gibi, kimi zaman sadece ‘‘Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Bu nedenle başvurucunun iddiaları Anayasanın 17/3., 19. ve 36. maddeleri ile ilişkili görülerek işkence yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı ile adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir’’ demekle yetinmektedir. Bu tür uygulamalar, gerekçelendirme konusunda titiz davranılmadığını gösteren uygulamalardır.

4. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Kanun Yolu İncelemesi Yapmama Kuralının Hatalı Uygulanması Yaklaşımı

Bu bağlamda dikkat çekilmesi gereken bir yaklaşım da, Anayasa Mahkemesinin özellikle adil yargılanma hakkı bağlamındaki ihlal

⁸⁰ İnceoğlu, s.165.

⁸¹ B. No: 2012/695, Kt. 12.2.2013. Aynı yönde bkz.: İnceoğlu, s. 165.

iddialarında ‘‘temyiz incelemesi yapmama’’ kuralına ilişkin kimi zaman karşımıza çıkan hatalı uygulamalarıdır. Yukarıda da değindiğimiz gibi, AYM, *adil yargılanma hakkının ihlali meselesini, yargılama sonucunda verilen kararın adil olmaması değil; yargılamanın bir bütün olarak adil olmaması şeklinde anlamakta* ve hukuk kurallarının hatalı uygulanması noktasındaki şikâyetleri, derece mahkemelerinin bariz bir takdir hatası ve açık bir keyfiliği yoksa dikkate almamaktadır. Yine yukarıda vurguladığımız gibi, bu yaklaşımın, ilkesel olarak, Anayasanın 148/4. maddesinde yer alan ‘‘bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz’’ hükmü ile uyumlu olduğuna şüphe yoktur. Ne var ki, Mahkeme, bazı olaylarda adeta bu sınırlamayı ‘‘abartarak’’ bariz adil yargılanma hakkı ihlallerini görmezden gelmiştir. Örneğin iki bilirkişi raporu arasındaki çelişkiyi gidermeksizin bunlardan ikincisine itibar ederek ve neden bu şekilde davrandığı konusunda da karar gerekçesinde herhangi bir sebep belirtmeyerek davayı sonuçlandıran mahkeme kararındaki adil yargılanma hakkı ihlalini görmemiş,⁸² yalan tanıklık iddiasını dikkate almadan verilen bir mahkeme kararının adil yargılanma hakkı açısından ihlale konu edildiği bir bireysel başvuruda da, derece ve temyiz mahkemeleri tarafından söz konusu iddia hiç dikkate alınmadan hüküm tesis edilmesini adil yargılanma açısından dikkate almamıştır.⁸³

Bunlar, Mahkemenin delillerin takdirinde ve yargılamanın adil olup olmadığında derece mahkemelerinin değerlendirmelerine sayęı duyulması ilkesini, abartılı bir şekilde hatalı uyguladığı örneklerdir. İnceoğlu’nun da belirttiği gibi, Mahkemenin yukarıda değindiğimiz ilkesel tavrı elbette doğru olmakla birlikte; derece mahkemelerinin bu noktadaki yetkileri, dava taraflarının iddia ve savunmalarını ispatlama olanaklarını ortadan kaldıracı veya zayıflatıcı şekilde yahut ayrımcı veya keyfi değerlendirmelere izin verir şekilde anlaşılamaz.⁸⁴ Mahkemenin yukarıda yer verdiğimiz uygulamaları, bu açıdan sorunludur.

⁸² B. No: 2012/1027, Kt. 12.2.2013.

⁸³ Aynı yönde bkz.: İnceoğlu, s.174, 175.

⁸⁴ İnceoğlu, s.174.

5. Yeni Nesil Hak Kategorilerinde Tüzel Kişilerin Başvuru Ehliyetinin Dar Yorumlanması Eğilimi

Bilhassa çevre ve doğa gibi yeni nesil haklara ilişkin olarak tüzel kişilerin bireysel başvuru ehliyetlerinin dar yorumlanmasına ilişkin yaklaşım da, bizce sorunludur. Bilindiği gibi, 6216 sayılı Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca, özel hukuk tüzel kişilerinin, yalnızca tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmeleri söz konusudur. Bu düzenleme, esasında insan haklarının mantığına aykırı değildir ve AİHM uygulamasında da söz konusudur.⁸⁵ Fakat AYM'nin, üçüncü kuşak haklar olarak tarif edilebilecek çevre ile ilgili haklar temelinde yapılan başvuruda, "tüzel kişilikle ilgili haklar" kavramını dar yorumlayan yaklaşımı, bu tür hakların mahiyetini idrak edememiş bir yaklaşımdır. Örneğin AYM, Artvin'in Yusufeli ilçesinde baraj ve hidroelektrik santrali yapılmasına dair bir idari tasarrufa karşı Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma ve Kültür Varlıklarını Koruma Derneği tarafından yapılan başvuruyu, söz konusu idari karar ve işlemin başvuru Derneğin tüzel kişiliğine ait haklarına bir müdahale oluşturmadığından dolayı kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.⁸⁶

Oysa Anayasa Mahkemesi, bir kararında, evlerinin olduğu bölgede baraj inşaatına karşı çıkan bir grup insanın, sadece baraj inşaatını durdurmak ve kendilerini yasal süreçte temsil etmesini sağlamak amacıyla kurdukları derneğin, diğer gerçek kişi başvuru sahipleriyle birlikte adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda, derneğin iç hukuktaki davaya taraf olduğu belirtilerek mağdur statüsünün kabul

⁸⁵ Gölcüklü – Gözübüyük, s.38, 39.

⁸⁶ B. No: 2013/1212, Kt. 12.9.2011. Karar, Komisyon kararıdır; yani Bölüm'e sevk edilmemiştir. Ancak netice itibariyle Anayasa Mahkemesinin kesin olan bir kararıdır. (Bu karar, AYM'nin internet sitesinde yayınlanmamıştır. Karara şu adresten ulaşılabilir: https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiytpKA-7rJAhVCFcWkHa_gBv4QFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.kararlaryeni.anayasa.gov.tr%2Fuploads%2F2013-1212.doc&usq=AFQjCNGZZCeJ88bgXMKbgzjeVcOiGY2ztg&sig2=Tb38YjaDw7QV EGBfxWxHdg, Erişim Tarihi: 1.10.2015.

edilmesi yönündeki AİHM içtihadına,⁸⁷ örnek olması açısından yer vermiştir. Somut olayda da, söz konusu derneğin, santralin yapılacağı ilçenin menfaatlerini her platformda korumak ve savunmak için kurulmuş bir dernek olduğu düşünülerek, yaptığı başvurunun dernek üyelerinin menfaatlerini korumak için değil; kendi kişiliğiyle ilgili hakları korumak için olduğu yorumu yapılabilir ve mağduriyet statüsü tanınabilirdi.

Üstelik, spesifik olarak bir coğrafi birimin menfaatlerini korumak için oluşturulmuş bir tüzel kişinin, o ilçeye gelebilecek zararlardan etkilenmeyeceğini; diğer bir deyişle bu tür zararların tüzel kişiliğini ilgilendirmeyeceğini söylemek, çevre gibi üçüncü kuşak hakların korunması kaygıları bir yana, teknik olarak da isabetli bir yaklaşım değildir. Bunun yanında, çevrenin korunması gibi üçüncü kuşak hakların savunulması için oluşturulmuş tüzel kişilerin çevreye gelebilecek bir zarara ilişkin bireysel başvuru yapmaları halinde, zaten ortak koruma alanı içinde olmadığından konu bakımından bireysel başvuruya konu olamayacak olan bu tür haklara yönelik hak odaklı yaklaşım, bunların bu tür zararlardan tüzel kişilik olarak etkileneceğini kabul etmekle mümkün olabilir.⁸⁸

6. Yargı Yolu Sonradan Açılan İşlemlere Karşı Açılan Davaların Süre Aşımından Reddedilmesi Bağlamındaki Sorunlu Yaklaşım

Bilindiği gibi, Türk Hukukunda belli dönemlere kadar birtakım idari işlem ve eylemler yargı denetimi dışında tutulmuştur. Bugün için de yargı denetimine kapalı idari işlem ve eylemler vardır. Ancak bu idari tasarruflardan bazıları, belli bir dönemden sonra yargı denetimine açılmıştır. Devlet memurlarına verilen *uyarma* ve *kınama* disiplin cezaları da böyledir. Bunlar, bilindiği gibi 2010 yılına kadarki anayasal düzenlemenin verdiği izne dayalı olarak ilgili kanunda yargı yolu kapalı işlemler olarak düzenlenmiş; fakat 2010 yılında yapılan anayasa

⁸⁷ AİHM'nin atıf yapılan kararı, *Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya* kararıdır (No: 62543/00).

⁸⁸ Benzer doğrultuda görüşler için bkz.: Şirin, s.22, 23.

değişikliği ile denetime açılmıştır. Bunun üzerine geçmişte bu cezalardan birini alıp da yargı yolu bulunmadığı için yargıda haklarını arayamayanlar, idari yargı yerlerine başvurup aldıkları cezaların iptalini istemişler; fakat idari yargı yerleri ve Danıştay, dava açma süresi geçtiği için bu davaları süre aşımından reddetmiştir.⁸⁹ Bu durum, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruya konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi ise, ilgili Anayasa hükmünü hak arama hürriyetini kısıtlayacak bir şekilde yorumlamış ve *Anayasada yer alan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle hüküm ifade ettiğini; kanun koyucunun, düzenlemeyi yaparken takdir yetkisini geçmişe etkili olma (yani geçmişte verilen cezalara yönelik yeni bir dava hakkı tanıma) yönünde kullanmadığını; dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin, bu tarihten önce tesis edilen ve iptali için süresinde dava açılmayan disiplin cezaları yönünden yeni bir başvuru ya da dava hakkı sağlamadığını* belirtmiştir. Böylece Mahkeme, *başvurucunun esasa yönelik herhangi bir iddiasının ve dolayısıyla söz konusu Anayasa değişikliğinin açtığı davada değerlendirilmesi ve uygulanması olanağı bulunmadığı; idari yargı yerlerinin ilgili hukuku uygulamasında ve gerekçelendirmesinde bariz bir takdir hatası ve keyfilik tespit edilemediği* kanaatine vararak açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

Oysa söz konusu olayda başvurucunun idari yargıda dava açması, ortada bir yasama kısıntısı olması dolayısıyla zaten mümkün değildir. Dolayısıyla aslında idari yargı yerlerinin (ve son tahlilde Danıştayın) İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki dava açma sürelerinin başlangıcını, hukuken dava açılabilir konuma gelindikten sonra başlayacak şekilde yorumlaması gerekirdi.⁹⁰ Böyle bir yorumun yapılmayarak süre koşulunun

⁸⁹ Kararların künyeleri, Anayasa Mahkemesinin B. No: 2013/852, Kt. 6.3.2014 sayılı kararında (para. 8-11) yer almaktadır.

⁹⁰ Nitekim Danıştayın bu yönde eskiden verdiği kararlar vardır. Danıştay 1970'li yıllarda Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine yargı yolu açılan Yüksek Hakimler Kurulu kararına karşı normal dava açma süresi geçtikten sonra açılan bir davayı, hak arama hürriyetine uygun bir yorumla süre aşımı yönüyle reddetmemiştir. Bkz.: Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 24.2.1978 tarih ve E.1977/309 ve K.2978/125 sayılı karar. Kararın incelenmesi için bkz.: Halil Altındağ, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı veya

şekilci ve katı biçimde uygulanması, hak arama hürriyetiyle bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin bunu bariz bir takdir hatası olarak görmesi ve kanun yolu şikayeti olarak değerlendirmeyerek esastan incelemesi (ve bir ihlal tespit etmesi) gerekirdi. Mahkemenin, başta memurlara verilen uyarma ve kınama cezaları olmak üzere yargı yolu kapalı olan eylem ve işlemlere karşı sonradan yargı yolu açıldığında başvuru imkânını ortadan kaldıran bu yorumu, hiç şüphesiz hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım olarak görülemez.⁹¹

7. Mahkeme Kararlarının Süresinde Yerine Getirilmemesine İlişkin Yaklaşım

Mahkemenin bu süreçteki sorunlu bir yaklaşımı da, yargı kararlarının süresinde yerine getirilmemesine ilişkin yaklaşımıdır. Aslında aynı başlık, üç yıllık sürecin olumlu bir bilançosunun çıkarıldığı bir çalışmada da kullanılabilir. Zira AYM, *adil yargılanma hakkı bağlamında, bu hakkın mahkeme kararlarının tam anlamıyla ve süresinde yerine getirilmesini de kapsadığını ve kararın süresinde yerine getirilmemesinin tek başına adil yargılanma hakkının ihlali sayılacağını* söylemektedir.⁹² Bu, Strazburg içtihatlarına rağmen ülkemizde yargı kararlarının yerine getirilmesine ilişkin idari organların direnme eğilimini de düşündüğümüzde, hiç şüphesiz insan haklarının etkili korunması adına, oldukça önemli bir yaklaşımdır.

Ne var ki, Mahkeme, mahkeme kararlarının süresinde uygulanmamasını adil yargılanma hakkı kapsamına sokan bu ilkesel yaklaşımla (bir eliyle) verdiği, “ne zamana kadar yerine getirmemenin süresinde yerine getirmeme sayılacağına” ilişkin yaklaşımıyla bir

Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava açma Süresinin Yeniden Doğması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, Yıl: 2014, Sayı:3-4, s.781, 782.

⁹¹ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.87.

⁹² B. No: 2013/9404, Kt. 14.10.2015. Mahkemeye göre, “hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil; yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır.”

anlamda (diğer eliyle) geri almıştır. Mahkemeye göre, “hangi süreye” ulaşıldığında kararı yerine getirmemenin hak ihlali sayılacağı, *davanın konusu, bir alacağın veya tazminatın ödenmesiyle alacak veya tazminatın mahiyeti, başvuru için kararın icrasındaki menfaati, yargı kararının icrasının başvuru için önemi, ödeme ile sorumlu idarenin bütçe imkânları ve ödeme konusundaki tutumu, alacak veya tazminatın ödemenin gecikmesi nedeniyle değer kaybedip kaybetmediği, davanın kararın icra safhasıyla beraber toplam süresi ile kararın icrasında geçen süre gibi koşullara göre değerlendirilecektir.*

Ancak bu yaklaşım, bizce sorunludur. Şöyle ki, örneğin İYUK’un m.28 hükmü, *mahkeme kararlarının gecikmeksizin yerine getirileceğini ve bu sürenin hiçbir halde 30 günü geçemeyeceğini* belirtmektedir. Keza konusu belli bir miktar paranın ödenmesinde de, aynı kural geçerlidir. Anayasa da, m.138 hükmünde, mahkeme kararlarının uygulanmasının geciktirilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yakın dönemde verdiği bir kararında,⁹³ İYUK’un bahsettiğimiz hükmüne konan “belli kamu görevlileriyle ilgili mahkeme kararlarının 2 yıl içinde yerine getirilmesine” yönelik düzenlemeyi, temel olarak 2 yıl içinde yerine getirmenin, m.138 anlamında bir yerine getirme sayılmayacağı gerekçesiyle iptal etmiştir. Hukukumuzda bazı özel düzenlemeler dışında genel olarak bir davanın ne kadar sürede bitirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. O itibarla adil yargılanma hakkının bu boyutu bakımından yargılamanın makul sürede olup olmadığı, davanın büyüklüğü, karmaşıklığı, tarafların sayısı vb. faktörlere göre belirlenebilir.⁹⁴ Ne var ki, adil yargılanma hakkının “kararların idare tarafından yerine getirilmesi” yönü bakımından, ilgili mevzuatta bir süre öngörülmüştür. O halde bu sürenin geçmesi, kararın süresinde yerine getirilmiş sayılması için yeterli olmalıdır.

AYM’nin yukarıda saydığı çeşitli faktörler, ancak 30 günlük süre içindeki yerine getirmenin süresinde olup olmadığını belirlemede dikkate

⁹³ E.2014/149, K.2014/151, Kt. 2.10.2014.

⁹⁴ Aynı doğrultuda bkz.: Gölcüklü-Gözübüyük, s.284, para.513 vd.

alınabilir. Nitekim AYM'nin, meşhur *Twitter* ve *Youtube* kararlarında da açıkça belirttiği gibi, *bu 30 günlük süre, azami süredir. O itibarla bir somut olayda 30 günlük süre geçmemiş olsa da, yine de kararın yerine getirilmesi geciktirilmiş ve adil yargılanma hakkı bu yönüyle ihlal edilmiş olabilir.*⁹⁵ Fakat bu süre geçtikten sonra kararın süresinde yerine getirilmediği konusunda duraksama bulunmamalıdır. Bu anlamda, AYM'nin adil yargılanma hakkının kapsamına mahkeme kararlarının süresinde yerine getirilmesi hakkını da eklemesi, insan haklarının korunması adına oldukça önemli ve fakat hangi sürenin bunun için gerektiği yönündeki yaklaşımı oldukça mağdur edicidir.

8. Esas İncelemesi Neticesinde “Düşme” Kararı Verilmesine Yönelik Sorunlu Yaklaşım

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda “düşme” kararı verilmesine ilişkin uygulaması da, hak ihlallerine yol açacak niteliktedir. 6216 sayılı Kanun'a göre, davadan feragat halinde düşme kararı verilecektir. Kanun'da başka bir “düşme kararı” verilmesi hali öngörülmemiştir. Oysa AYM İçtüzüğü'nün 80. maddesi, buna başka sebepleri de eklemektedir. Buna göre, *davadan feragat yanında, davanın takipsiz bırakılması, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması, herhangi bir sebeple başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin görülmemesi* de, düşme nedenleri arasındadır. Kanun'da düşme nedeni olarak sadece “davadan feragat”'in sayılmış olması, elbette Anayasa Mahkemesinin, yöntemsel bağımsızlık ilkesi çerçevesinde başka nedenlerle düşme kararı veremeyeceği anlamına gelmez.⁹⁶ Ne var ki,

⁹⁵ Zaten tam da bu yüzden AYM, söz konusu *Twitter* (2014/3986) ve *Youtube* (2014/4705) kararlarında, çok kısa bir sürede yerine getirilmesi mümkünken yaklaşık bir haftalık bir sürenin geçmesine rağmen idare mahkemesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararının davalı idare tarafından yerine getirilmemesini, somut olayın koşulları (ifade özgürlüğü, yerel seçimler ve internetin etkisi vs.) bağlamında süresinde yerine getirmeme saymış ve idari yargı yolunun sırf bu sebeple “tüketilmesi gerekli etkili bir yol” olmadığını ve somut olayda doğrudan bireysel başvuru yapılabileceğini söylemiştir.

⁹⁶ Kanun'da feragatin düşme kararı verilmesini gerektiren bir sebep olarak öngörülmesi, feragat halinde düşme kararı verileceğini anlatmak içindir; yoksa tek bu sebeple düşme kararı verilebileceğini anlatmak için değil.

özellikle yukarıdaki hallerden “ihlalin ve sonuçlarının ortadan kalkmış olması” sebebi ile “başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmamış olması sebebi”; ve bilhassa da Mahkemenin bu hallerin uygulanmasına yönelik yaklaşımı, insan hakları açısından sorunlu; hatta bizatihi bir hak ihlali doğurur niteliktedir. AYM, kişilerin ihlal dolayısıyla mecbur kalıp da bireysel başvuruya gittikleri bazı durumlarda, başvurudan sonraki bir aşamada tamamen kendilerinden bağımsız ve üstelik öngöremeyecekleri sebeplerle haklarına yönelik müdahalenin ortadan kalmasına bağlı olarak yukarıdaki düşme nedenleri ve bilhassa da başvurunun incelenmesini haklı kılacak bir nedenin kalmamış olması uyarınca düşme kararı vermektedir.⁹⁷

Bu yaklaşım, öncelikle düşmeye bağlı olarak yargılama giderlerini başvuru üzerinde bırakması hem de kimi durumlarda ihlalin ortadan kaldırılmasına imkân vermemesi yönüyle sorunlu bir yaklaşımdır. Bir kere, bu sebebe dayalı olarak düşme kararının verildiği bazı durumlarda, başlangıçta başvurunun yapılması, kesinlikle başvuru tarafından ihlal teşkil ettiği düşünülen bir ihlale dayanmaktadır. Ne var ki, bu müdahale, başvuru yapıldıktan sonra bir şekilde ortadan kalkmıştır. Fakat dikkat edilmesi gereken husus, bu ortadan kalkmanın, başvurunun bir kusurundan kaynaklanmaması ve onun tarafından da öngörülmesinin beklenemeyecek olmasıdır. Örneğin *Mehmet Haberal* (2) kararında,⁹⁸ başvuru, hakkında konan yurtdışına çıkış yasağı şeklindeki adli kontrol kararına karşı tüm başvuru yollarını tüketerek Anayasa Mahkemesine başvurmuş; fakat başvurunun incelenmesi devam ederken, başvuru hakkındaki bu tedbir kaldırılmıştır. AYM ise, *bu durumda başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir nedenin kalmamış olduğu* gerekçesiyle düşme kararı vermiş; düşmeye bağlı olarak yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına hükmetmiştir.

Oysa bu olayda, başvuru, başvurusunu yaptığı sırada bireysel başvurunun esastan incelenmesi için tüm şartlar vardır. Fakat sonradan

⁹⁷ Şirin, s.135, 137.

⁹⁸ B. No: 2014/1050, Kt. 28.5.2014.

yakındığı tedbir (kamu gücü işlemi) kaldırıldığı için artık ortada bir müdahale kalmamıştır. Ancak bu duruma, başvuru kişinin kendi fiillerinin yahut dava stratejisi bağlamındaki bir tercihinin yol açmadığı açıktır. Öyleyse böyle bir durumda yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılması, bizzat mülkiyet hakkının ihlalidir.⁹⁹

Öte yandan başvurunun sürdürülmesinde haklı bir nedenin kalmadığını söylemek de bizce mümkün (veya en azından o kadar basit) olmamalıdır. Çünkü bir ceza mahkemesi, adli kontrol talebini koymuş; başka bir ceza mahkemesi bu tedbiri onaylamış; fakat bir başka ceza mahkemesi ise, sonradan kaldırmıştır. Anayasa Mahkemesinin verdiği bu düşme kararıyla, ilk iki kamu gücü işleminin bir ihlal teşkil edip etmediği sorusu da cevapsız kalmıştır. Oysa bu sorunun cevaplanması, hem başvuru hem de kamu açısından önem arz etmektedir. Öncelikle gelecekte bir başka adli merciin başvuru hakkında benzer bir tedbiri uygulama ihtimali hukuken vardır. Oysa AYM'nin incelemeye devam edip vereceği bir ihlal kararı halinde bu mümkün olmayacaktır. Ayrıca Mahkemenin incelemeye devam edip vermesi muhtemel bir ihlal kararında ortaya koyacağı tespitler, bireysel başvurunun ‘anayasal adalet’ boyutunun da gerçekleştirilmesine hizmet edecektir. Tüm bu durumlarda, bizce İktisadın aynı hükmünde öngörülen *incelemeye devam edebilme* imkânının kullanılması ve düşme kararı verilmemesi mümkündür.¹⁰⁰

Bu açıdan böyle bir yaklaşım, yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılması yönüyle mülkiyet hakkının ihlaline yol açar nitelikte olması yanında;¹⁰¹ başvuru kişinin kendisi ve hukuk devleti/anayasanın

⁹⁹ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.135.

¹⁰⁰ Aynı doğrultuda bkz.: Şirin, s.136 vd.

¹⁰¹ Örneğin bir başka olayda (B. No: 2013/1439, Kt. 14.10.2015), başvuru kişiler, başka yakınmaları yanında bir de, mahkeme tarafından lehlerine kısmi bir tazminat ödenmesi kararına rağmen reddedilen tazminat talebi için idare lehine yüksek sayılacak miktarda bir vekalet ücreti ödenmesine hükmedilmesinin mahkemeye erişim haklarını (ve bu bağlamda hak arama hürriyetlerini) ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuru yapmışlardır. Fakat başvuru yapıldıktan sonra, ilgili idare, söz konusu vekalet ücretinden feragat etmiştir. Bunun üzerine AYM, yukarıda değindiğimiz uygulamadan hareketle

üstünlüğü/insan hakları mefhumları açısından da sorunludur.¹⁰² Örneğin yukarıda yer verdiğimiz *Youtube* ve *Twitter* kararlarını, bugün için ifade ve basın hürriyetinin bir köşetaşı olarak kullanılmaktadır. O olaylarda idarenin AYM kararını verene kadar, siteleri, idari yargı kararlarına uyarak erişime açması halinde, AYM'nin mantığına göre, başvurunun incelenmesinin devamı anlamsızlaşacak ve düşme kararı verilecekti. Bunun insan hakları adına ne kadar isabetsiz bir durum olduğunu herhalde söylemeye gerek yoktur.

9. Geçici Tedbir Müessesesinin Uygulanmasıyla İlgili Sorunlu Yaklaşım

Mahkemenin hak ve özgürlükler adına sorunlu bir yaklaşımı da, "geçici tedbir" müessesesinin uygulanmasına yönelik daraltıcı yaklaşımıdır. 6216 sayılı Kanun, bölümlerin, esas incelemesi aşamasında, başvurunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere re'sen veya başvurunun talebi üzerine karar verebilmesini

"düşme" kararı vermiş ve böylece başvurunun yargılama giderlerini alması yolunu kapatmıştır. Oysa burada da, yukarıdaki örnekler gibi, başvuru yapıldığında, şikayetin esastan incelenmesi için gereken şartlar vardır ve sonradan başvurunun öngöremeyeceği bir sebeple ortadan kalkmıştır. Bu gibi durumlarda, en azından düşme kararı verilecekse bile, yargılama giderleri yönünden başvurucuyu mağdur etmeyecek bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir.

¹⁰² Bu durum, tutukluluğa dayalı başvurularda da sıklıkla karşımıza çıkabilir. Örneğin tutuklanan bir kişinin tutukluluğa yaptığı itirazın reddi üzerine yaptığı bireysel başvuru, tutukluluğun daha sonraki bir tarihte bireysel başvuru incelemesi devam ederken kaldırılması halinde, yine bu mantıkla düşme kararına yol açacaktır. Oysa yukarıda belirttiğimiz gibi, somut tutuklama tedbirinin Anayasa Mahkemesi tarafından bir ihlal kararı ile neticelendirilmesinin faydaları; daha doğrusu neticelendirilmemesinin sakıncaları vardır. Örneğin böyle bir ihlal kararı verilmiş olsa, bir kere o kişinin bir daha o suçtan tutuklanma ihtimali çok güçleşecek; ayrıca AYM'nin yapacağı tespitler de, benzer olaylar için yol gösterecektir. Farazi bir örnek olması açısından, yaptığı bir haberin teröre destek yahut casusluk faaliyeti olduğu gerekçesiyle tutuklanan bir gazeteci, tutukluluğa itirazının reddedilmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulursa ve fakat bu süreç devam ederken bu gazeteci yapılan yargılamanın ilk duruşmasında yerel mahkemece salıverilse, AYM, yukarıdaki yaklaşımdan hareketle "düşme" kararı verecektir. Oysa Mahkemenin incelemeye devam edip basın ve ifade hürriyeti (bilhassa bir casusluk, teröre destek ve devlet sırrı kavramı ile basın ve ifade hürriyeti arasındaki dengenin kurulması) bakımından oldukça hassas böyle bir konuda söyleyeceklerinin önemi olsa gerektir.

öngörmektedir (m.49/5). Görüldüğü gibi Kanun'a göre, geçici tedbire başvurulması, başvurunun temel haklarının korunmasının zorunlu kıldığı her durumda mümkündür. Oysa Mahkeme İçtüzüğünde geçici tedbir verilebilecek haller – bizce hem insan haklarının korunma mantığına hem de Kanun'a aykırı olarak – sınırlanmıştır. İçtüzüğün 73. maddesi, *tedbir kararının yalnızca başvurunun yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunması halinde verilebilmesini* öngörmektedir. Oysa bu yaklaşım, hem Kanun'a hem de insan haklarının korunması amacına aykırıdır.¹⁰³

Örneğin, bir yabancının Türkiye'den sınır dışı edilmesi kararının eşiyle bir daha bir araya gelme ihtimalini kaldırır nitelikte olduğunu öne sürerek anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasıyla¹⁰⁴ bireysel başvuru yaptığı ve söz konusu idari tasarruf hakkında tedbir kararı verilmesini istediği *Laura Alejandra Caceres* kararında,¹⁰⁵ AYM, tedbir açısından yaptığı incelemede, *söz konusu İçtüzük hükmü uyarınca tedbir kararının Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen yaşam ve maddi-manevi bütünlüğün korunması hakkı bağlamında verilebileceğini; diğer bir deyişle, tedbir kararı verilebilmesi için, başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike bulunduğu anlaşılması gerektiğini* söylemiş ve *somut olaydaki geri dönülmez zarar iddiası, Anayasanın 20 ve 41. maddeleri (özel hayatın korunması ve ailenin korunması) bağlamında olduğu için, tedbir müessesesinin uygulanamayacağını* belirtmiştir.¹⁰⁶ Mahkemeye göre, *başvurucu,*

¹⁰³ Aynı doğrultuda bkz.: Cengiz, s.42, 43; Şirin, s.140.

¹⁰⁴ Başvurucu, eğer sınır dışı edilirse, yurda giriş yasağı dolayısıyla bir daha Türkiye'ye giremeyeceğini; eşinin de mülteci statüsünde bulunması dolayısıyla Türkiye'den başka bir ülkeye gitmesinin mümkün olmadığını ve böylece bir araya gelmelerinin mümkün olmayacağını ileri sürmektedir.

¹⁰⁵ B. No: 2013/1243, Kt. 16.4.2013.

¹⁰⁶ Mahkemeye göre, *"böyle bir durumda, idari davaya konu edilen uyumsuzluğun konusunu oluşturan hak ve özgürlükler kategorisi dikkate alınarak bir çözüm üretilmeli; eğer başvurunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi ve kişiselleşmiş bir riskin varlığı kapsamlı dayanaklar ile ortaya konulmuş ise, ... gerekirse tedbire hükmedilmelidir"* (para.26). Hatta Anayasa Mahkemesi, o kadar ileriye gitmiştir ki; *"elbette idare mahkemeleri, sınır dışı edilme kararı hukuka aykırıysa ya da ilgilinin*

*sınırdışı edilmesi halinde hayatının tehlikeye gireceğine veya işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalabileceğine ilişkin ciddi bir risk bulunduğu dair herhangi bir iddia ileri sürmemiş olduğu için, tedbir koşulları oluşmamıştır.*¹⁰⁷

Geçici tedbir müessesesini bu şekilde sınırlayan bir yaklaşım, hiç şüphesiz hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım değildir.¹⁰⁸ Daraltmanın bizzat Anayasa yahut Kanun hükmünden kaynaklanması halinde belki mazur görülebilecek; hatta o durumda bile hak/özgürlük odaklı bir yaklaşım geliştirerek örneğin yaşam ve maddi ve manevi varlığın bütünlüğünü sadece Anayasanın 17. maddesi bağlamında görmeyerek bunu biraz olsun esnetmesi beklenemez olsa da; bizzat Mahkemenin kendi eliyle yaptığı İçtüzük düzenlemesinde Mahkemenin mazur görülecek bir tarafı bulunmamaktadır. Doktrinde Şirin'in de isabetle belirttiği gibi, geçici tedbir müessesesi, sadece yaşam ve maddi-manevi varlığın bütünlüğüyle ilgili durumlarda değil; seçim, grev vs. sendikal haklar ile örneğin yukarıda değindiğimiz olayda olduğu gibi aile hayatı bağlamında da – şartları olduğu takdirde – uygulanabilmelidir.¹⁰⁹

sınırdışı edilmesi halinde gönderileceği ülkede yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılırsa, yürütmeyi durdurma kararı verebilir'' demek suretiyle (para.25), idari yargı yerlerinin yürütmeyi durdurma kararı verebileceği halleri de, kendince! İçtüzük'teki tedbire elverişli hallerle – İYUK'ta olmayan bir şekilde – sınırlandırmıştır.

¹⁰⁷ Keza *Kristal-İş Sendikası* kararında (2014/12166) da, bir grevin Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesinden yakınılmış; erteleme sonunda uyuşmazlığın zaten kesin olarak Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözülecek olması dolayısıyla ertelemenin fiili bir grev yasağına dönüştüğü iddia edilerek, erteleme kararının derhal tedbiren durdurulmasına karar verilmesi istenmiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi, başvurucunun bu yöndeki iddiasını kabul etmesine rağmen; tedbir talebine dair hiçbir şey söylememiştir. Mahkeme, başvuruyu, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözülecek olan süreden sonra incelemiş; bu süreden önce tedbir yönüyle ele almamıştır. Zaten bu süreden sonra da tedbir kararının verilmesi anlamsızlaşmıştır.

¹⁰⁸ AYM'nin bu kararlarda, *yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığa yönelik tehditlerde tüketme kuralının esnetilebileceğini söylemesi*, hiç şüphesiz önemli ve insan haklarının etkili korunması adına olumludur. Fakat bu durumun ve bilhassa da geçici tedbir müessesesinin sadece bu haklarla sınırlı tutulması, belirttiğimiz gibi, isabetli değildir.

¹⁰⁹ Şirin, s.140. Üstelik yazara göre, bu daraltıcı ve insan haklarının korunması hedefine aykırı uygulama, gelecekte, AIHM tarafından geçici tedbir müessesesinin – yaşam ve maddi-manevi varlığın korunması dışındaki haklar bakımından – tüketilmesi gereken

10. Bireysel Başvurularda Somut Norm Denetiminin İşletilmesine Yönelik Yaklaşım

Anayasa Mahkemesinin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında zayıf not olarak değinilmesi gerekli bir yaklaşımı da, bireysel başvurularda Anayasanın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunu (somut norm denetimini) işletmemeye yönelik yaklaşımıdır. Bilindiği gibi ülkemizde kanun ve KHK'ların Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmeleri, iptal ve itiraz davası yollarıyla olmaktadır. Bilhassa Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelerin Anayasaya aykırılık konusunda karar verme yetkilerinin olmadığı (yani genel mahkeme / yaygın denetim sisteminin kabul edilmediği) Türkiye gibi ülkelerde, belli makamların belli süreler içinde talep edebildikleri soyut denetim (iptal davası) dışında, somut olaylar bakımından Anayasaya aykırılık iddiasının dillendirilebileceği tek platform, itiraz yoludur. Mahkemeler, görmekte oldukları bir davada, olaya uygulayacakları kanun veya KHK hükmünün Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırlarsa, davalarını durdurup meseleyi Anayasa Mahkemesine havale etmektedirler. İşte bu noktadaki bir soru, Anayasa Mahkemesinin bir bireysel başvuruyu incelerken, ihlalin nedeninin bir normun yanlış uygulanması değil de, bizzat normun kendisi olması halinde, bunu bir bekletici mesele yapıp Anayasa Mahkemesine (yani kendisine) itiraz başvurusunda bulunup bulunamayacağıdır.

Bireysel başvuruların pek çoğu, bir mevzuat hükmünün idari ve adli makamlarca hatalı uygulanmasından kaynaklansa da; bazı başvurular, bu makamların mevzuatı ve bilhassa kanunları tam olarak uygulamalarından (yani kanunun bizatihi kendisindeki bir probleminden) ileri gelmektedir.¹¹⁰

etkili bir yol olarak görülmemesine de yol açma tehlikesini barındırmaktadır (Şirin, s.140).

¹¹⁰ Gerçi böyle bir durumda da, o yasal normun başta AİHS olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası anlaşmalara aykırı olduğu ve dolayısıyla somut olayda Anayasanın m.90/5, c.2 hükmü gereği uygulanmayıp anlaşma hükmünün uygulanması gerektiği; bu anlamda yine bireysel başvuruya konu ihlalin böyle bir yorum ve uygulama yapmayan idari ve nihai noktada adli mercilerin

Örneğin milletvekili genel seçimlerinde uygulanan %10'luk seçim barajı ile Medeni Kanun'un kadının kocasının soyadını almasını öngören hükmü, bu duruma güzel birer örnektir.¹¹¹ Elbette yukarıda da belirttiğimiz gibi, bireysel başvuru, bu tür yasal düzenlemelerin doğrudan iptalinin hedef alındığı bir mekanizma olarak kullanılamaz ve salt bunların iptali için bir bireysel başvuru yapılamaz. Fakat bu hükümlerin uygulanmasına yönelik idari ve adli mercilerin işlem ve kararları varsa, o takdirde pekâlâ bunlara karşı bireysel başvuru yapılabilecektir. İşte soru, böyle bir başvuruda, Anayasa Mahkemesinin, somut norm denetimini işletip işletemeyeceğidir.¹¹²

Konu hakkında lehe ve aleyhe farklı argümanlar ileri sürülebilir.¹¹³ Bu argümanlar, elbette mesnetsiz değildir. Fakat genel mahkeme

işlemlerinden kaynaklandığı söylenebilir. Fakat böyle olsa da, yine de burada ihlalin kaynağı, açık bir kanun hükmüdür.

¹¹¹ Belirttiğimiz gibi, her iki olayda da, uyuşmazlığı çözmekle görevli mercilerin (ilkinde YSK, ikincisinde adli yargı mercii), bu düzenlemelerin AİHS'ye (ilkinde serbest seçim, ikincisinde maddi-manevi varlığın bütünlüğü ve ayrımcılık yasağı hakkına) aykırı olduğu yorumunu yaparak, Anayasanın 90/5, c.2 hükmü uyarınca bu kanun hükümlerini değil; Sözleşmeyi uygulamaları gerektiği ve böyle yapmadıkları için, olası bir ihlalin yine onların takdirlerinden kaynaklanmış olacağı söylenebilir. Ancak böyle olsa da, net olan husus, ihlalin doğrudan bariz bir kanun hükmünden kaynaklanıyor olmasıdır.

¹¹² Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar siyasi parti kapatma davalarında Siyasi Partiler Kanunu'nun kapatma davasına uygulanan muhtelif hükümlerini bu mekanizmayı işleterek denetlemiştir.

¹¹³ Aleyhe bir argüman olarak, Anayasada ve ilgili Kanunda buna açıkça yer verilmediği; ve dahası, 6216 sayılı Kanun TBMM'de görüşülürken bu yönde yapılan önerilerin reddedildiği, yani bu anlamda kanun koyucunun iradesinin de Anayasa Mahkemesine böyle bir yetkinin verilmemesi yönünde olduğu ileri sürülebilir. Yine bu yönde bir başka argüman olarak da, bireysel başvurunun somut norm denetiminin temel mantığına aykırı olması ileri sürülebilir. Bilindiği gibi somut norm denetiminin temel işlevi, olaya uygulanmakta olan bir kanun yahut KHK hükmünün Anayasaya aykırı olması ve fakat davaya bakan mahkemenin o hükmü ihmal edip doğrudan Anayasayı uygulama yetkisi olmadığından, dava neticesinin Anayasaya aykırı olan bir hüküm çerçevesinde neticelenmemesi için o hükmü sistemden ayıklaması için Anayasa Mahkemesine başvurulmasıdır. Bu yüzden bu yolun işletilme şartlarından biri, olaya uygulanmakta olan hükmün varlığıdır. Oysa bireysel başvuru, bu anlamda bir dava olarak kabul edilebile, davaya bakan Mahkemenin (Anayasa Mahkemesi) olaya uyguladığı bir kanun veya KHK hükmü yoktur. Burada ihlal, bir kanun veya KHK hükmünden kaynaklanmakta ve fakat Anayasa Mahkemesi, tamamen Anayasadan hareketle bir ihlalin olup olmadığına karar vermektedir. Örneğin yukarıdaki olaylarda seçim barajının bir ihlale yol açıp

sisteminin geçerli olmadığı ve Anayasaya aykırı bir normun sistemden ayıklanmasının yalnızca Anayasa Mahkemesi tarafından yapılabildiği ve bunun için de, sınırlı makamlar tarafından sınırlı bir süre içinde talep edilebilecek soyut norm denetimi (iptal davası) dışında tek yolun somut norm denetimi (itiraz yolu) olduğu düşünüldüğünde ve bu düşünce, Anayasa Mahkemesinin önüne, o ana kadar somut norm denetimi işletilmemiş yasal düzenlemelere yönelik bireysel başvuruların da geldiği düşüncesi ile birleştirildiğinde, bireysel başvuruda somut norm denetiminin işletilmesinin bir gereklilik olduğu açıktır.¹¹⁴

Üstelik aleyhe olarak öne sürülen argümanların aksini savunmak da mümkündür. Kanun'da bunun yer almadığı görüşüne karşılık olarak, adli, idari, askeri vs. hiçbir mahkemenin yargılama kanunlarında zaten böyle bir yetkilendirme hükmünün bulunmadığı; zaten bu yetkinin tüm mahkemelere, bizzat Anayasa tarafından verilmiş olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin de bir mahkeme olduğu şüphesiz olduğuna göre, Anayasanın verdiği bu yetkiyi kullanamayacağını söylemenin makul bir tarafı yoktur. Hem Türkiye'deki tüm yargı mercilerinin kullanabildiği böyle bir yetkinin Anayasa Mahkemesinden esirgenmesinin haklı bir izahı da bulunmamaktadır. Üstelik bu, ülkemizde münhasıran Anayasa Mahkemesine bırakılmış uyuşmazlıklarda (siyasi partilerin kapatılması, mali yönden denetlenmesi, Yüce Divan yargılaması vs.), Anayasaya aykırılığın iddia edilememesi ve Anayasaya aykırı normların Anayasa Mahkemesince göz göre göre uygulanması demektir.¹¹⁵

açmadığı, bu barajın Anayasanın 67. maddesindeki seçme-seçilme hakkına uygun olup olmadığı yönünden incelenmektedir. Bu anlamda ihlale yol açan kanun veya KHK hükmünün bireysel başvuruda (davasında) Anayasanın 152. maddesi anlamında “olaya uygulanmakta olan hüküm” olmadığı söylenebilir.

¹¹⁴ Bu konuda bir tartışma için bkz.: Ahmet İyimaya, **Bireysel Başvuru Uygulamasında Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Ayırbaşım)*, Yıl:27, Sayı: 116, Ocak-Şubat 2015.

¹¹⁵ Örneğin bir kimsenin işlediği bir suç nedeniyle veya bir bakanın işlediği görevle ilgili olmayan bir suçtan ötürü normal ceza mahkemeleri önünde görülen ceza davasında, itiraz yolu işletilerek Türk Ceza Kanunu'nun bir maddesinin iptalini istemek mümkün iken; aynı bakanın aynı suçu görevi kapsamında işlemesi sonucu Yüce Divan olarak

Bu anlamda Kanun görüşmeleri sırasında bu konunun gündeme geldiği ve buna yönelik bir hükmün konulmamasına karar verildiği görüşü de çürütülebilir bir görüştür. Kanuna hüküm konup açıkça Anayasa Mahkemesinden yasaklansaydı bile, Anayasanın bir mahkeme olarak verdiği bir yetkiyi kanuni düzenleme ile geri almanın Anayasaya aykırı olacağına söylenebilecek olması bir yana; kanunun açıkça koymadığı bir hükümden böyle bir yasak türetmek, hukuk mantığına da aykırıdır. Üstelik yukarıda da belirttiğimiz gibi, böyle bir hüküm, Anayasa Mahkemesinin kuruluş kanunlarında hiç olmamış; fakat Anayasa Mahkemesi, bu yetkisi, siyasi parti kapatma davalarında yıllarca kullanmıştır. Bu durumu bilen kanun koyucunun kanuna isteseydi böyle bir yasak koyacağını söylemek ve bu yönde açık bir düzenleme getirmeyerek konuyu bundan önce olduğu gibi yine Anayasa Mahkemesinin içtihadına bırakmak istediğini düşünmek, bu yönde açık bir düzenleme yapmamasına olumsuz sonuç bağlamaktan daha evla bir yorum olacaktır.

Bireysel başvuruda kanunlar ve KHK'ların Anayasanın 152. maddesi anlamına "olaya uygulanan hüküm" olmadığı yönündeki görüşe gelince ise, bunun aşırı şekilci bir yorum olduğu ve yargısal korunma, etkili yargısal başvuru hakkı gibi temel hakların tanınmasının böyle aşırı şekilci yorumlara kurban edilemeyeceği söylenebilir. Bu anlamda olayın halliyle bir şekilde ilgili bir hükmün olaya uygulanan hüküm sayılacağını ve böyle durumlarda ihlale yol açan kanun veya KHK hükümlerinin bu kapsamda olduğunu söylemek de mümkündür.

Bireysel başvurularda somut norm denetiminin işletilmesi gerektiği ve mevcut hukuki durum bağlamında da işletilebileceğine ilişkin argümanlardan sonra Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bakışına gelirse; iki tespitte bulunmak mümkündür: Biri, Mahkemenin 3 yıllık bireysel başvuru uygulamasında somut norm denetimini işletmediği; biri

Anayasa Mahkemesinde görülen ceza davasında aynı hüküm için Anayasa Mahkemesi tarafından somut norm denetiminin işletilemeyeceğini söylemek ne derece makuldür?

de, Mahkemenin bu yolun işletilmeyeceğini de açıkça söylemediğidir.¹¹⁶ Tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konudaki görüşünü ortaya koyma potansiyeli olan birkaç başvuru önüne gelmiştir. Bunlardan biri, yukarıda değindiğimiz *Seçim Barajı* kararıdır. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi, somut norm denetiminin işletilmesi, istense bile, kabul edilebilir bulunup esasa girilen başvurularda mümkün olabilecektir. Burada ise, Anayasa Mahkemesi, yukarıda ayrıntılı olarak tartıştığımız gibi, başvuruyu (bizce eleştiriye açık bir şekilde) konu bakımından kabul edilemez bulmuş ve esasa girmemiştir. İkinci başvuru ise, yine yukarıda başka bir vesileyle tartıştığımız *Kadının Soyadı* başvurusudur. Burada da ihlal, doğrudan bir kanun hükmünden (Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi) kaynaklanmıştır. Burada başvuru kabul edilebilir bulunarak esastan incelenmiş; buna rağmen somut norm denetimi işletilmemiştir. Bu noktada da, Mahkemeye bir şans daha vermek adına; daha önceden söz konusu Medeni Kanun hükmünün somut norm denetimine konu edildiği ve Mahkemenin yakın zamanda verdiği kararında hükmü Anayasaya aykırı bulmayarak iptal etmediği;¹¹⁷ böylece henüz bu kararın üzerinden 10 yıl geçmediği için tekrardan somut norm denetimine konu edilemediği gibi bir yorum yapılabilir.¹¹⁸ Keza İcra İflas Kanunu'nun tazyik hapsini öngören 340. maddesine ilişkin bir ihlal iddiası bağlamındaki kararı da,¹¹⁹ bu noktada zikredilebilir. Mahkeme, burada da tazyik hapsiyle ilgili kanun

¹¹⁶ Seçim barajıyla ilgili kararda ve daha pek çok kararda, Mahkemenin yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağını söylemesi ve hatta yukarıda olumsuz bir tavır olarak görmemize yol açacak şekilde bu kuralı katı biçimde uygulaması, somut norm denetimini işletmediği anlamına gelmez. Bu, zaten kanundan kaynaklanan bir kabul edilemezlik sebebidir; Mahkeme de, bu kuralı katı biçimde uygulamaktadır. Örneğin seçim barajı kararında, Mahkeme, doğrudan soyut olarak bir yasal düzenlemeye yönelik başvuru yapıldığı için, konu bakımından başvuruyu kabul edilemez bulmuştur; yoksa somut norm denetiminin yapılamayacağını söylemiş değildir. Bu konuda bir şey söyleyebilmesi için, zaten başvuruyu kabul edilebilir bulup esasa geçmesi ve orada bu konudaki tavrını ortaya koyması mümkündür.

¹¹⁷ Anayasa Mahkemesinin **E.2009/85, K.2011/49 sayı ve 10.3.2011 tarihli** kararı

¹¹⁸ Fakat böyle bir yorumun Mahkemeye gereğinden fazla hüsn-ü zan beslemek olduğunu da söylemek gerekir. Zira, tek meselesi bu olsaydı, pekala bunu kararında tartışabilirdi. 10 yıl yasağına takıldığını belirtebilirdi.

¹¹⁹ B. No: 2012/695, Kt. 12.2.2013.

hükmü için somut norm denetimini işletmemiştir. Fakat burada da AYM, söz konusu yasal düzenlemede öngörülen tazyik hapsinin Anayasanın 38/8 hükmü anlamında hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi yasak olan “sözleşmeden doğan borç” kapsamında görmediği önceki bir itiraz davası sonucuna atıf yapmıştır. Mahkeme, bu sebeple başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuş; yani bir ihlal görmediği için yine esasa girmemiş ve somut norm denetimini de tartışmamıştır.

Fakat Mahkemenin bu kararlardaki tavrı, bu konuda görüşünü belli etmesi kaçınılmaz olan (yani seçim barajı ve soyadı kararındaki gibi sınırlanacak başka limanların olmadığı) bir durumda, yaklaşımının olumlu olacağından çok olumsuz olacağı konusunda bir kanaat doğurmaktadır. Bu noktada yapılabilecek en iyimser (somut norm denetimini reddetmeyebileceği yönündeki) yorum, Mahkemenin henüz bu konuda bir karar vermek, tavır ortaya koymak istemediği ve bundan kaçabildiği kadar kaçacağı yönünde olabilir. Ancak yine yukarıda başka bir vesileyle yer verdiğimiz *Youtube* kararı, bizce bu geleceğe dair (somut norm denetimini kabul etme ihtimalinin olduğu) iyimser havanın da bozulmasına yol açacak unsurlar barındırmaktadır. *Youtube* kararında, esasa girilmiştir ve *Soyadı* kararındaki gibi somut norm denetimini engelleyen bir durum da söz konusu değildir. Dahası Mahkeme, ihlal tespit ettiği kararında yaptığı değerlendirmede, net biçimde uyuşmazlığa konu kanun hükümlerini eleştirmiş ve belli yönlerden Anayasa hükümleriyle bağdaşmadığını belirtmiştir.¹²⁰ Mahkeme, burada “suçlamalarını” doğrudan bir kanun

¹²⁰ Şu ifadeler, aynen karardan alınmadır: “*TİB tarafından 5651 Kanun’un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dayanak gösterilerek aynı maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca re’sen youtube.com isimli sitenin tamamına erişimin engellenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. 5651 sayılı Kanun’un 8., 9. ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi tedbirine kural olarak hâkim ya da mahkemelerce karar verilmesi, mahkeme dışındaki otoritelerce karar verilmesi halinde derhal kararın mahkeme onayına sunulması, erişim engelleme kararının temel olarak zararlı içeriğe (URL bazlı) erişimin engellenmesi şeklinde verilmesi ilkesi çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir. 8. maddede katalog suçlar nedeniyle erişimin engellenmesi düzenlenmiş olup maddenin (2) numaralı fıkrasında erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkemece verileceği, soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine*

hükmüne yönelmiş ve *kanunun Anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine aykırı olacak şekilde yeterince açık, belirgin ve öngörülebilir olmadığını* net olarak söylemiş; ne var ki, bir somut norm denetimi işletme yoluna tevessül etmemiştir. Keza Van Depreminde bir otel enkazında gerçekleşen ölümlerle ilgili olarak sorumluluğu olduğu iddia edile kamu görevlileri hakkında yapılan şikayetin 4483 sayılı Kanun çerçevesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından işleme konulmaması üzerine yapılan bireysel başvuruda da,¹²¹ AYM, esasa girmiş ve soruşturma yapılmamasını devletin 17. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, ihlal tespitinde bulunurken, *doğrudan 4483 sayılı Kanun'un "işleme koymama" kararlarına karşı herhangi bir itiraz*

karar verilebileceği, bu durumda kararın 24 saat içinde hakim onayına sunulması ve hakim de 24 saat içinde karar vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Maddenin (4) numaralı fıkrasında "İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsun bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir" denilmektedir. İdari işlemle engellenmenin URL bazlı değil de tüm siteye erişimin engellenmesi şeklinde yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanun'un herhangi bir hükmünde yer verilmediği, ayrıca idarece bu konudaki yetkinin hangi sınırlama araçları (alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemlerle erişimin engellenmesi) kullanılarak erişimin engellenmesinin tam bir açıklıkla ortaya konulmadığı, dolayısıyla idareye verilen yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında hâkime kademeli olarak erişimin engellenmesi konusunda verilen yetkiye benzer tarzda bir yetkinin kamu idaresi açısından da geçerli olup olmadığı belirgin değildir. Bu nedenle TİB'e erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetkinin kanuni dayanağının kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamaması nedeniyle kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu görülmektedir. Yukarıda yapılan açıklamalardan, youtube.com sitesine erişimin tümüyle engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığı ve bu yönüyle başvuru açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, siteden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan söz konusu idari işlemin, başvuru açısının Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüklerini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir."

¹²¹ B. No: 2012/752, Kt. 17.9.2013.

yolu öngörmediğini ve bunun ihlale yol açtığını belirtmiş; yani bir anlamda söz konusu Kanun'dan yakınmıştır (para.85, 91). Fakat buna rağmen yine somut norm denetimini işletmeye tevessül etmemiştir.

Tüm bunlara rağmen, yine de, başta da belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda somut norm denetimi mekanizmasının işletilemeyeceğini söyleyen açık bir kararı bugüne kadar olmamıştır. Mahkeme, adeta "kaçak güreşmekte" ve soruya açıkça cevap vermekten kaçınmaktadır. Ancak veriler ve kararlardan aldığımız doneler, iyimser olmaktan çok kötümser olmaya müsaittir.

Başlarken de belirttiğimiz gibi, bireysel başvuruda somut norm denetiminin işletilmesi, Anayasanın üstünlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli bir durumdur. Örneğin *Youtube* kararında, kanunun bir anlamda Anayasaya aykırı olmasından ötürü ihlal kararı verilmiştir; fakat somut norm denetimine girilip kanun iptal edilmediği için, TİB'e Anayasaya aykırı surette yetkiler veren o düzenlemeler, halen orada durmakta ve TİB tarafından kullanılmaktadır. Keza *Soyadı* olayında da, başvuru, bir ihlal kararı çıkartarak yeniden yargılamanın önünü açmıştır ve yapılacak yeniden yargılamada da yerel mahkeme, Anayasa Mahkemesinin kararına uygun biçimde başvurusunun kocasının soyadını almadan sadece kendi soyadını kullanmasına izin verecektir. Fakat Anayasa Mahkemesinin bu ihlal kararına rağmen, Türk Medeni Kanunu'nun ihlale yol açan 187. maddesi, halen daha oradadır ve uygulanmaktadır. Adli yargı yerlerinin Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda artık doğrudan AİHS'yi uygulayıp söz konusu kanun hükmünü zımnen ilga edilmiş sayacakları söylenebilir. Fakat başta nüfus idareleri olmak üzere idari mercilerin böyle yapmayacakları ve açık olan kanun hükmünü uygulamaya devam edeceklerini Türkiye'nin bürokratik sistemini düşündüğümüzde söyleyebiliriz. Belirttiğimiz gibi, idari makamlarca yapılacak bir reddin yargıya taşınması üzerine, adli yargı mercilerinin bu yönde karar verebileceklerini söylemek mümkün olsa bile, bu, bu yönde talebi olan herkesin dava açmasını gerektirecektir. Elbette İçişleri Bakanlığı'nın bir genelgele ile Türk Medeni Kanunu'nun ilgili

hükümün Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda uygulanmasını bildirmesi; yahut TBMM'nin Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda bir yasa değişikliğine gitmesi de bir çözümdür. Fakat bunlardan önce çok daha net biçimde çözülecek bir yolun (itiraz yolu işletilerek hükmün iptal edilmesi) işletilmesi elbette daha makuldür.

SONUÇ

Temel hak ve özgürlüklerin etkili ve pratik bir şekilde korunmasında hayati bir fonksiyon icra eden bireysel başvuru mekanizması, geçtiğimiz üç yıllık süre içinde, bu koruma adına olumlu ve korumayı artırıcı yaklaşım ve uygulamaları karşımıza çıkardığı gibi, olumsuz ve sorunlu yaklaşım ve uygulamalara da sahne olmuştur. Bu süreçte Anayasa Mahkemesi, kişiliğin korunması; yaşam hakkı ve maddi-manevi varlığın korunması bağlamında devletin pozitif yükümlülükleri; bilhassa tutukluluklar bakımından kişi hürriyeti ve güvenliği; adil yargılanma hakları ile ifade ve basın özgürlükleri konusunda, insan hakları korumasını ileriye götürecek kararlar vermiş, yaklaşımlar ortaya koymuştur. Buna karşılık, başta tüketme kuralı olmak üzere bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri ve de temel hak ve özgürlüklerin esası bakımından sorunlu addedilebilecek yaklaşım, tespit ve uygulamalara da rastlanmaktadır.

Özellikle AİHS'nin Ek Protokollerini dikkate almamaya ilişkin yaklaşımı; bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesinde AİHS-Anayasa kesişim kümesine dair ortaya koyduğu sınırlayıcı yaklaşımı; yargı yolu kapalı işlemlere karşı yasal başvuru engelini Türkiye'de hayati rolü olan YSK kararlarına uygulaması; kimi zaman mağduriyet ve kişisel etkilenme kriterine dair ısrar ettiği katı uygulamalar; geçici tedbir müessesesini yaşam hakkı dışındaki alanlarda uygulamaması; kamu tüzel kişilerine yönelik yasal bireysel başvuru yasağını AİHM içtihadı doğrultusunda esnetmemesi; yasama işlemlerine karşı yasal bireysel başvuru engeli bağlamında potansiyel mağdur kavramını henüz benimsememiş olması; ihlalin açıkça bir yasal mevzuat hükmünde kaynaklandığı hallerde somut norm denetimi yolunu işletmemesi; yargı

kararlarının süresinde yerine getirilmemesine yönelik bir eliyle verdiğini diğer eliyle geri alır nitelikteki uygulaması; yargı yolu kapalıyken sonradan açılan işlemlere yönelik davaların süre aşımından reddedilmesine ilişkin idari yargı pratiğini desteklemesi; yeni nesil hak kategorilerinde tüzel kişilerin başvuru ehliyetini dar yorumlaması; başvurucuların bazı ihlal iddialarının incelenmeden geçiştirilmesini hissettiren uygulamalar; karar düzeltme yolunun hatalı kullanılması hallerinde süre aşımına dair benimsediği katı yaklaşım; özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların sınırlandırılması bağlamında Anayasanın 13. maddesine – adeta 2001 reformunu tersine çevirecek nitelikte – verdiği anlam ve nihayet seçim ihlallerine yasama seçimleri dışında bakmama yönündeki temeyül, Anayasa Mahkemesinin bu süreçte insan hakları korumasını geriye götürme riskini barındıran yaklaşım ve uygulamaları olmuştur.

Bunlardan bir kısmının mevzuattan ve bilhassa da 6216 sayılı Kanun'dan kaynaklandığı ileri sürülebilir. Ne var ki, makale boyunca ortaya koyduğumuz (ve hatta Mahkemenin kendi üyelerinden bazıları tarafından dahi savunulduğu) gibi, bu “engellerin” çoğu, Mahkemenin insan hakları lehine yorumla aşabileceği ve bunu yaparken de aşırı aktivist (en azından bugün suçlandığı bazı örneklerden daha fazla aktivist) davranmakla itham edilmeyeceği engellerdir. Kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru yasağı, YSK kararlarına karşı bireysel başvuru yolunun kapatılması, yerel seçim ihlallerine yönelik şikayetlerin dinlenmesi ve somut norm denetiminin yapılması gibi hususlardaki yaklaşımları, bunlara örnektir. Üstelik *geçici tedbir* müessesesinde olduğu gibi, bu “mevzuat engellerinin” bazıları, ne yazık ki bizzat Mahkeme eliyle yaratılmıştır.

Bu makalede yer verilenler, bir yaklaşım, tespit, ilke, uygulama havası sezdiren kararlardır; yoksa Mahkemenin münferit sayabileceğimiz başka pek çok olumsuz ve insan hakları açısından sorunlu kararları mevcuttur.

Ancak bitirmeden belirtmek isteriz ki, tüm bu – üstelik bazıları hak ihlalinin ortadan kaldırmamak bir yana, bizatihi hak ihlaline yol açar

nitelikte olan – olumsuz yaklaşım ve uygulamalar, bireysel başvuru mekanizmasının varlığının sorgulanmasına yol açmamalıdır. Kanaatimizce, genel karne, Mahkemenin bu işi şimdilik iyi götürdüğü, en azından idare ettiği yönündedir.¹²² Mahkemenin “zihniyet” olarak hak ve özgürlüklerin korunmasının tarafında olduğu söylenebilir. Fakat burada yer verdiğimiz (ve vermediğimiz başka) olumsuz ve insan haklarının korunması adına sorunlu yaklaşım, uygulama ve tespitleri de göz ardı etmek mümkün değildir. Mahkemenin bilhassa doktrinde neredeyse ittifakla öne sürülen problemlili yaklaşım ve uygulamalarından dönmesi; bilhassa kendi mensupları tarafından yazılan bazı karşı oyları dikkate alması elzemdir.

KAYNAKÇA

- Ahmet Burak Bilgin, **3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında ‘Tüketme’ Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar**, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak).
- Ahmet İyimaya, **Bireysel Başvuru Uygulamasında Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Ayırbasım)*, Yıl:27, Sayı: 116, Ocak-Şubat 2015.
- Cüneyt Durmaz, Hüseyin Ekinci, İbrahim Çınar, Musa Sağlam, Mustafa Baysal, **Bireysel Başvuru – İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2013.

¹²² Mahkemenin ilk 1 yıllık performansı üzerinden benzer bir değerlendirme için bkz.: İnceoğlu, s.187.

- Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, **Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014.
- Korkut Kanadoğlu, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, XII Levha, İstanbul, 2015.
- M. Gözde Atasayan, **Yorum: Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikâyeti Kararlarının Usuli Açından Değerlendirilmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Osman Can, **Anayasa Yargısında Yokluk**, *Ergun Özbudun'a Armağan*, Ankara, Yetkin, Cilt:2, 2008, s.175 vd.
- Osman Doğru, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi**, Legal, İstanbul, 2013.
- Oya Boyar, **Yorum: Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Özcan Özbey, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru**, Adalet, Ankara, 2012.
- Practical Guide on Admissibility Criteria**, Council of Europe, http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 11.10.2015.
- Sibel İnceoğlu, **Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Tijen Dündar Sezer, **1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı: 5, 2014.

- Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi** (Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiriler), http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 23.10.2015.
- Y. Metin Özdemir, **Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasası'nda Sınırlama Kaydı İçermeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.

**BİREYSEL BAŞVURUDA 3 YIL: BİR İNSAN HAKLARI
KARNESİ – OLUMLU
ÖRNEKLER/UYGULAMALAR/YAKLAŞIMLAR***

A.Burak BİLGİN**

ÖZET

2010 yılında hukuk sistemimize giren ve 2012'nin son çeyreğinden itibaren de uygulanmakta olan bireysel başvuru mekanizmasının insan haklarının korunmasında etkili olup olmayacağı; Anayasa Mahkemesi'nin hak ve özgürlüklerin koruma alanını genişletecek bir performans sergileyip sergileyemeyeceği sorusu gündemi meşgul etmektedir. Geçtiğimiz üç yıllık süre, bu konuda olumlu ve olumsuz bir karne çıkarmak için yeteri kadar içtihadi birikimin oluşmasını sağlamıştır. Üç yıllık bilançoya baktığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin – olumsuz örnekler de azımsanamayacak kadar olmakla birlikte – vasatın üzerinde bir performans sergilediği söylenebilir. Makalede Anayasa Mahkemesi'nin üç yıllık bireysel başvuru uygulamasında, tüketme kuralı dışındaki hususlarda ortaya koyduğu olumlu ve korumayı geliştirici yaklaşım ve uygulamalar ele alınacaktır.

Anahtar Kavramlar: Bireysel başvuruda üç yıl, insan hakların etkili korunması, olumlu örnekler/uygulamalar

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Arş. Grv. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

3 YEARS OF INDIVIDUAL APPLICATION: HUMAN RIGHTS RECORD – FAVOURABLE EXAMPLES/PRACTISES/APPROACHES

ABSTRACT

The question whether the individual application/constitutional complaint mechanism (that was introduced to Turkish law in 2010 and has been implemented since the last quarter of 2012) would be effective for the protection of human rights, as well as the Constitutional Court would be able to perform in a manner that would contribute for the protection of rights and freedoms, has been attracted attention by the legal and political agenda of the country. The past three years have generated sufficient accumulation of cases to deliver a positive and negative balance-sheet. Having regard the three years' balance sheet it can be claimed that the Constitutional Court have conducted over-average performance in spite of the existence of unfavourable examples. The article, excluding the matters regarding the rule of exhaustion, deals with the constructive/favourable approaches and practices that the Constitutional Court, in three years of practise, has developed and established with regard to individual application mechanism.

Keywords: Three years of individual application, effective protection of human rights, favourable examples/approaches

GİRİŞ¹

Bilindiği gibi, 2010 yılında referandum sonucu yürürlüğe giren anayasa değişiklikleri kapsamında Türk Hukukuna giren bireysel başvuru müessesesi, ilgili yasal düzenlemelerin tamamlanmasının ardından Eylül 2012'de uygulamaya geçmiştir. Başka ülkelerde uzun yıllardır uygulaması olan bu mekanizma, ülkemizde insan haklarının etkili bir şekilde korunması hedefine katkı sağlayıp sağlamayacağı genel sorusu içinde bir

¹ Bu makale, ‘‘olumlu’’ yaklaşım ve uygulamalara ayrılmış olup; bu süreçteki ‘‘olumsuz’’ uygulama ve yaklaşımlar, bu dergide ayrı bir makalede ele alınmıştır.

çok yönden incelenmekte ve tartışılmaktadır. Geçen üç yıl, tüm bu meselelerin bir ilk değerlendirmesini yapmak adına yeterli verileri sunmaktadır. Gerek kabul edilebilirlik kriterleri ve bilhassa da bu kapsamda diğer başvuru yollarının tüketilmesi koşulu, gerek hak ve özgürlüklerin özne, kapsam ve sınırlarının nasıl yorumlandığı konularına dair sağlıklı değerlendirmeler yapmak için yeteri kadar içtihadi birikimin oluştuğu söylenebilir.

Bu sorular, bireysel başvurunun en genel manasıyla ‘‘etkinliği’’ noktasında konuşulacak pek çok meselenin bulunduğunu göstermektedir. Bu çalışmada hedeflenen husus, geçen üç yıllık uygulama neticesinde insan hak ve özgürlükleri adına kaydedilen olumlu gelişmelere dair bir karne çıkarmaktır. Hemen belirtelim ki, çalışmanın, 3 yıllık süreç içinde Anayasa Mahkemesi’nin insan hak ve özgürlükleri adına vermiş olduğu tüm müspet kararları irdelemek ve okuyucunun dikkatine sunmak gibi bir kaygısı ve iddiası yoktur.² Elbette Mahkeme’nin burada incelenecek kararlarından başka insan hakları adına müspet kararları da vardır. Fakat bizim ilgi alanımızda olacak olanlar, insan haklarının korunup geliştirilmesi adına olumlu örnek teşkil edebilecek nitelikteki tespit, yaklaşım, uygulama ve argümanlardır.³

Bu süreçte Mahkeme, ifade ve basın özgürlüğünden özel yaşamın gizliliği hakkına; toplanma ve örgütlenme hakkından din ve vicdan özgürlüğüne; yaşam ve maddi-manevi varlığın bütünlüğü hakkından adil

² Böyle bir çalışma için bkz.: Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**; Ece Göztepe, **Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi**; Serkan Cengiz, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikayeti Uygulamasının Değerlendirilmesi** (Kamu Hukukçuları Platformu’nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiriler). Bildirilere şu adresten ulaşılabilir: http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 23.10.2015. ,

³ Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu üç yıllık süre içinde insan hakları adına olumsuz örnek teşkil edebilecek tespit, yaklaşım, uygulama ve argümanlara da rastlanmaktadır. Bunlar, bu dergideki ayrı bir makalenin konusu olmuştur.

yargılanma hakkına; kanuna aykırı delil meselesinden sınırlamada kanunilik kriterine ve AİHM'nin pozitif yükümlülük doktrininin benimsenmesine değin pek çok noktada hak ve özgürlük odaklı bir yaklaşım sergilemiştir.

Belirtelim ki, insan hakları adına bir olumlu yaklaşım, uygulama ve tespit, kimi zaman bireysel başvurunun tüketme koşulu, başvuru ehliyeti, başvuruya konu olabilecek haklar gibi usuli yönüne ilişkin olabileceği gibi; kimi zaman bir temel hak veya özgürlüğün esasına (öznesi, kapsamı ve koruma alanı, sınırları vs.) ilişkin olabilir. Diğer bir anlatımla, kimi zaman kabul edilebilirlik kriterleri ve bu bağlamda bilhassa “diğer başvuru yollarının tüketilmesi” koşulu bağlamındaki bir yaklaşım, hak ve özgürlüklere dair yargısal korumanın alanını genişletmekte; kimi zaman da hakkın içeriğiyle ilgili benimsenen bir yaklaşım, bu işlevi görebilmektedir. Öte yandan, tüketme kuralını devre dışı bıraktığımızda,⁴ elimizde, doğrudan bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin ortaya konulabilecek pek bir yaklaşım kalmamaktadır.⁵ O yüzden üç yıllık süreçteki olumlu örnekler, böyle bir gruplandırma yapılmadan incelenecektir.

1. Otonom Yorum Meselesine Dair Yaklaşım

Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarının korunması adına olumlu görülebilecek uygulamalarından biri, kavramları kendi bakışından

⁴ *Tüketme kuralıyla ilgili (olumlu-olumsuz) bilanço, başlı başına bir makale olabilecek niteliktedir ve müstakil bir makalede ele alınmıştır. Bkz.: Ahmet Burak Bilgin, 3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında “Tüketme” Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar, Legal Hukuk Dergisi, Mart, 2015 (yayımlanacak).*

⁵ Belirtelim ki, yer vereceğimiz bir yaklaşım veya tespit, Mahkeme tarafından bir bireysel başvuru davasının kabul edilebilirlik veya esas incelemesi aşamasında ortaya konmuş olmasının bizim paradigmalarımız açısından bir önemi yoktur. Makale boyunca yer verilecek yaklaşım ve tespitlerden önemli bir kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilebilirlik aşamasında ortaya konmuş yaklaşım ve tespitlerdir. Ancak tüketme kuralıyla ilgili olanlar dışındaki hususlar, genelde bir temel hak veya özgürlüğün *esasına* (konusu, kapsamı, koruma alanı, öznesi, sınırları vs.) ilişkindir. Bu şekilde düşündüğümüzde, bizim 3 yıllık süreçte tespit edebildiğimiz – tüketme kuralı dışındaki – yaklaşım ve uygulamaların pek çoğu – zamansal olarak kabul edilebilirlik incelemesi aşamasına ilişkin olsa da – aslında temel hakların bu anlamdaki “esası” ile ilgilidir.

yorumlama eğiliminde olması şeklindeki yaklaşımıdır. Normal yargı yerlerinin temel hak ve özgürlüklerle ilgili kavramlara ilişkin dar, şekilci, teknik yorumlarının bir insan hakları mahkemesi tarafından insan hakları odaklı olarak kontrole tabi tutulmasını sağlayacak bu yaklaşımın benimsenmesi, hiç şüphesiz insan haklarının korunması adına önemlidir. AYM, soyut ve somut norm denetiminde yıllardır benimsediği “önüne gelen metnin, onu yapanlar tarafından verilmiş ismiyle bağlı olmam; hukuki nitelemesini kendim yaparım” şeklinde özetlenebilecek (ve eylemli içtüzük değişiklikleri ile olağanüstü kanun hükmünde kararnameler ve maddi anlamda kanun niteliği taşıyan eski nizamnamelerin denetlenmesi yolunu açan) yaklaşımını, uygun düştüğü ölçüde bireysel başvurularda da devam ettirmektedir.

Örneğin Mahkeme, *Ali Rıza Telek* kararında,⁶ “tanık” ve “tanık beyanı”na ilişkin kendi tarifini (AİHM’den de esinlenerek) ortaya koymuş⁷ ve olayda başvuruçunun AİHS’nin 6. maddesi kapsamına giren bir hakkının bulunup bulunmadığının tespitinde bu tariften hareket etmiştir. Mahkeme’ye göre, “Sözleşmenin 6. maddesinin 3 numaralı fıkrasının d bendi, hakkında suç isnadı olan kişiye, aleyhine olan tanıkları çapraz sorgulama ve kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi, dinlenmesi ve böylece silahların eşitliğinin sağlanması hakkı vermektedir. AİHM, Sözleşmedeki ‘tanık’ kavramının iç hukuklardaki tanık kavramından özerk bir şekilde yorumlandığını ve daha geniş bir anlama sahip olduğunu kabul etmektedir. AİHM’ye göre, ifadeleri ister duruşmada okunsun ister okunmasın, ifadeleri mahkemenin

⁶ B. No: 2013/2630, Kt. 30.12.2014. (Makale boyunca AYM’nin bireysel başvuru kararlarına ilişkin atıflar bu şekilde yapılacaktır. Kararların tümüne <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> internet adresinden, başvuru numarası girilerek ulaşılabilir.)

⁷ Mahkeme’ye göre, “‘tanık’, yargılamaya konu olay ile ilgili karar vermeye yetkili mahkemenin kullandığı müşahhas ispat vasıtalarındandır. ‘Tanık beyanı’ ise, taraflardan olmayan ancak olayın tanığı olmuş bir kişinin söz konusu olay hakkında edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme ya da bu mahkeme yerine duruşma yaparak tanık dinlemeye yetkili kılınmış bir mahkeme veya hakim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü açıklamalardır” (para.37).

önünde bulunan ve mahkeme tarafından dikkate alınan kişiler, Sözleşmenin 6. maddesinin 3 numaralı fıkrasının d bendi bakımından tanık olarak görülmelidir.⁸ Dolayısıyla başka bir davada yargılanan sanık da tanık olabilir; o kişinin soruşturma aşamasında verdiği beyanlar ya da kendisinin yargılandığı davada yaptığı açıklamalar başvurusunun yargılandığı davada delil olarak kabul edilmişse Sözleşmenin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi kapsamına girmektedir.”

Keza Mahkeme, bir kitabın terör örgütünün propagandasını yaptığı gerekçesiyle toplatılmasına ilişkin müdahalenin ifade ve basın hürriyetini ihlal ettiğini incelediği Abdullah Öcalan kararında da,⁹ Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan "yazanlar", "bastıranlar", "başkasına verenler", "dağıtım önleme", "toplatma", "sürelî yayın" ve "süresiz yayın" gibi ifadelerin ancak "gazete", "kitap", "dergi" gibi basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçları için kullanılabileceğini; dolayısıyla, Anayasa'ya göre basının da, kitle iletişim araçlarından biri olduğunu ve fakat diğer kitle iletişim araçlarından ayrılarak özel olarak korunduğunu belirtmiştir (para.68).¹⁰ Görüldüğü gibi Mahkeme, burada belli kavramlara ilişkin kendi yorumunu yapmakta, bunlara kendisi bir anlam vermektedir.

Keza AYM, bireysel başvuruda ‘‘mağdur’’ kavramının, ‘‘davada menfaat’’ veya ‘‘dava ehliyeti’’ kuralları gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanacağını da söylemektedir. Mahkeme'ye göre, *bu kavramın yorumu, günümüzde toplumun koşulları ışığında değişime tabi olup, bu kavram, aşırı biçimcilikten uzak bir şekilde yorumlanmalıdır.*¹¹

Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz gibi, Mahkeme'nin, bir hukuki kavram hakkında derece mahkemelerinin veya idari makamların yaptığı

⁸ Mahkeme, burada AİHM'nin *Bönisch/Avusturya* (No: 8658/79) ve *Kostovki/Hollanda* (No:11454/85) kararlarına atıf yapmıştır.

⁹ B. No: 2013/409, Kt. 25.6.2014.

¹⁰ Benzer doğrultuda bkz.: B. No: 2013/1461, Kt. 12.11.2014, para.58.

¹¹ B. No: 2013/1752, Kt. 26.6.2014, para. 40. Mahkeme, bu yargıya varırken, AİHM'nin meseleye dair benimsediği otonom yorumu kabul eden içtihatlarına da atıf yapmıştır. Aynı doğrultuda bkz.: 2014/11268 (Kt. 23.7.2014), 2014/11438 (Kt. 23.7.2014), 2014/13634 (Kt. 8.9.2014), 2014/13625 (Kt. 8.9.2014) sayılı bireysel başvurulara ilişkin kararlar.

yorumu tasvip ettiği; o kavrama bu merciler tarafından verilen anlamı benimsediği kararlar da vardır. Üstelik bu kararlardaki bu yaklaşımlar, kimi zaman insan hakları açısından sorunlu da olabilmektedir.¹² Ancak bizce, bunları, somut olayda yapılan yorumun isabetli olmayabileceği tenkidini yapma hakkı elbette saklı kalmak kaydıyla, Anayasa Mahkemesi'nin kendi özerk yorumunu yapmadığı şeklinde yorumlamamak; Mahkeme'nin söz konusu kavramı o somut olayda o şekilde yorumlamak istediği şeklinde anlamak gerekmektedir.

2. İfade ve Basın Özgürlüğüne İlişkin Hak ve Özgürlük Odaklı Yaklaşım

Anayasa Mahkemesi, üç yıllık bireysel başvuru uygulamasında, ifade ve basın özgürlüğü konusunda da çok önemli tespitlerde bulunmuştur. Bilhassa *Twitter* ve *Youtube* kararları, *Abdullah Öcalan* ve *Kürtçe* kararları ve bazı radyo ve televizyon kanalları için verdiği kararlarda sergilediği yaklaşım, zikredilmeyi gerektirmektedir.

i. Twitter ve Youtube Kararları

Twitter ve *Youtube* kararları, kabul edilebilirlik ve bu bağlamdaki tüketme kuralı bakımından hakların yargısal korunmasını genişletmek yanında,¹³ aynı zamanda demokratik toplumun en temel özgürlüklerinden olan *ifade hürriyeti* bakımından da çok önemli tespitlerin yapıldığı kararlar olmuştur. Fazla yorum yapmadan sözü Anayasa Mahkemesi'ne

¹² Örneğin doktrinde Şirin, bu kapsamda bir örnek olarak, vergi sorumlusu ve vergi yükümlüsü ve bu bağlamda vergi sorumlusunun güncel ve kişisel bir hakkının söz konusu olup olmadığına ilişkin AYM'nin Türk vergi hukuku öğretisi ve uygulamasıyla paralel yaptığı yorumun söz konusu olduğu *Santa Farma İlaç Sanayi A.Ş.* (B. No: 2013/5554, Kt. 6.2.2014) kararını nazara vermektedir (Şirin, s.19, 20). Keza yazar, bazı kararlardan hareketle, AYM'nin temel hak ehliyeti konusunu da "otonom" bir yorum meselesi olarak görmediğini ileri sürmektedir (Şirin, s.7). Yazar, başka örnekler de vermektedir. Örneğin, AYM, bazı kararlarında, bir yasa hükmünün "kesin" olarak nitelediği bir kararı, ayrı bir inceleme yapmaksızın "kesin" kabul etmiş (B. No: 2013/2600, Kt. 23.1.2014); benzer şekilde yargı mercilerinin bir karara ilişkin yaptıkları "kesinlik" nitelemesi de, başkaca bir inceleme yapılmadan AYM'ce muteber kabul edilmiştir (B. No: 2012/613, Kt. 13.6.2013). Kararlar için bkz.: Şirin, s.27 ve 30.

¹³ Tüketme kuralına ilişkin boyutları ayrı bir makalede ele aldığımızı belirtmiştik.

bırakmak, en isabetli yaklaşım olacaktır. Mahkeme, *Twitter kararında*¹⁴ şöyle demektedir: “*İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini gerçekleştirme için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal çoğulculuğa ancak her türlü fikrin serbestçe ifade edilebildiği özgür tartışma ortamında ulaşılabilir. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. Ülkemizde milyonlarca kullanıcı olan bir sosyal paylaşım sitesine erişimin engellenmesinin bu kişilerin demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünü sınırlayıcı etkisi dikkate alındığında, bu tür sınırlamaların hukuka uygunluğunun acilen denetlenmesi ve hukuka aykırılık tespiti halinde sınırlamanın hemen kaldırılması demokratik hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirme için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir.*

İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında

¹⁴B. No: 2014/3986, Kt. 2.4.2014.

sıkça belirttiği gibi, *sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararlı gördüğü "haber" ve "düşüncelerin" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir.* İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın *"demokratik toplumdan" bahsedilemez.* Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır.

...

Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla *fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir.* Basın özgürlüğü, AİHS'de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. madde kapsamında koruma altına alınmışken, Anayasa'nın 28 ilâ 32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır.

Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür. İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. *Bu nedenle düşünceyi açıklamanın günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri haline gelen internet ve sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.*

İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük

*kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında TİB'nin kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve **milyonlarca kullanıcı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığı ve bu sosyal paylaşım sitesine erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğu açıktır.**"¹⁵*

Belirtelim ki, bu denli uzun bir alıntı yapmamızın sebebi, kararın esasa dair değerlendirmedeki hemen her bir kelimesinin ifade hürriyeti, demokratik toplum vs. değerler adına çok ama çok önemli olmasıdır. Benzer ifadeleri *Youtube* kararında¹⁶ da görmek mümkündür. Kararlar, demokratik bir toplumda ifade hürriyetinin ne denli hayati olduğunu ortaya koymakta ve ifade hürriyetini kısıtlayan yasaklamalar ve bilhassa cezalandırmalarda, Mahkeme'nin nasıl davranacağına ilişkin önemli ipuçları barındırmaktadır. İfade hürriyetinin, demokratik toplum düzeni için yaşamsal olduğu; toplumsal ve siyasal çoğulculuğun sağlanmasının her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilmesine bağlı bulunduğu; bu hürriyet kapsamında sadece toplum veya devletçe olumlu veya zararsız görülen haber ve düşüncelerin değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebileceği; ifade hürriyetinin basın özgürlüğünü de kapsadığı ve bu açıdan yaşamsal önemde olduğu; internetin günümüzde bu hürriyet açısından sahip olduğu vazgeçilemez fonksiyonu; bu hürriyetin tam olarak korunması için devletin

¹⁵ Vurgular tarafımızca eklenmiştir. (Makale boyunca AYM kararlarından yapılan alıntılarda tarafımızca vurgulanmak istenen hususlar, kalın olarak belirtilmiştir.)

¹⁶ B. No: 2014/4705, Kt. 29.5.2014.

yasaklamama dışında kullanılmasını sağlama konusunda müspet bir takım yükümlülüklerinin de bulunduğu; ve nihayet demokratik bir toplumda basın ve kamuoyu denetiminin idari ve yargısal denetim kadar önemli olduğu gibi hususlar, kararlardan çıkarılabilecek çok kıymetli ‘anayasal mesajlardır’.¹⁷

ii. *Öcalan ve Kürtçe Kararları*

İfade özgürlüğü noktasında önemli bir başka karar da, *Abdullah Öcalan* kararıdır.¹⁸ Basılmakta olan bir kitap hakkında mahkemece el koyma kararı verilmesine ilişkin başvuruda, Anayasa Mahkemesi, fikirlerin ifade edilmesine ilişkin çok önemli ilkesel tespitlerde bulunmuş ve dahası bu ilkesel tespitleri somut olaya uygulama şekliyle de önemli bir yol göstericilik yapmıştır. Mahkeme’ye göre, *basının, Anayasa’nın 26., 27. ve 28. maddelerinde sayılan Devletin iç ve dış güvenliğinin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, suç işlenmesinin ya da ayaklanma veya isyana teşvik edilmesinin engellenmesi için konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekmesine karşın, siyasi hususlarda bilgi verme hakkı da vardır. Öte yandan halkın da bu tür bilgileri almaya hakkı vardır.*

Mahkeme bu ilkesel tespitleri yaptıktan sonra somut olaydaki müdahalenin (toplantmanın) ihlal teşkil edip etmediğini incelemiş ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve aynı zamanda ölçülü olup olmadığı noktasında şu tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme’ye göre, *demokratik toplumun ana temellerinden olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile bu kapsamda basın özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez ve önemsiz görülen "düşünceler" için değil, ayrıca Devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Çünkü bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz.: AİHM’nin Handyside/Birleşik*

¹⁷ İnternetin ifade özgürlüğü ve demokratik bir toplumda çoğulculuk bakımından önemi doğrultusunda ayrıca bkz.: *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararı (B. No: 2013/2623, Kt. 11.11.2015), para.33 vd.

¹⁸ B. No:2013/409, Kt. 25.6.2014.

Krallık kararı, para.49). Yapılacak değerlendirmelerde, söz konusu kitapta yer alan **konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelere ilişkin olduğunun da göz önüne alınması gerekir**. Bunun yanında Mahkeme, kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret etmiş; öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüklerine içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise Devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple Mahkeme'ye göre, **öncelikle, söz konusu kitapta, toplatma ve el koyma kararının gerekçesinde belirtildiği şekilde PKK terör örgütünün propagandasının yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir**.

Görüldüğü gibi, Mahkeme, ifade ve basın hürriyetinin sınırlarını bir terör örgütünün propagandasının yapılması ile çizmiştir. Ancak bu değerlendirmeyi yaparken, Mahkeme'ye göre, **ifadelerin bağlamlarından kopartularak incelenmesi Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilir**. Bu çerçevede, söz gelimi bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında "milli güvenlik" için bir tehlike oluşturması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkarmaz. Bu nedenle somut başvuruda TMK 10. madde ile Görevli İstanbul 2 No.lu Hâkimliğin el koyma kararında belirtilen; **PKK terör örgütüne ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, kitabın yazarının kimliği, yazılma zamanı, amacı, muhtemel etkileri ve kitaptaki diğer ifadelerin tamamı bir bütün olarak ele alınarak incelenmelidir**.¹⁹

¹⁹ Mahkeme'ye göre, AİHM de, yerleşik içtihatlarında düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi

Bundan sonraki tespitler ise, hak ve özgürlükler adına oldukça önemlidir. AYM, el koyma kararında, söz konusu kitabın yazarının "silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü Abdullah Öcalan olduğu" gerekçesine yer verildiğini ve bu anlamda söz konusu kitabın yazarının kişiliğinin terörle mücadele bağlamında değerlendirilerek toplatma ve el koyma kararı verildiğini tespit etmiştir. Oysa Mahkeme'ye göre, **'herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesi haklı kılınmayacağı gibi yasaklanmış bir örgütün bir mensubunun veya yöneticisinin görüş ve düşüncelerini açıklaması da tek başına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmayacaktır. Zira böylesi bir değerlendirme, bazı kişi ve grupların Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan haklardan yararlanmasına engel olacağından anayasal hakların kullanılması bakımından kabul edilemez.'**

Mahkeme'ye göre, başvuru, tarihsel olayları kendi bakış açısından yansıtmakta, Türkiye'nin Kürt politikası ile bilhassa güneydoğusundaki faaliyetlerini sert bir üslupla eleştirmekte, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve özellikle güvenlik güçleri hakkında kötü bir tablo çizmektedir. Buna karşın başvuru, kendi ifadesiyle "Kürt gerçeğinin" tanınmasını ve silahlı yöntemlere başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılmasını da talep etmektedir. Söz konusu kitabın bazı bölümlerinin "şiddet çağrısı", "silahlı ayaklanma çağrısı" ve "isyan çağrısı" içerip içermediğinin, bölümdeki ifadelerin "derin ve mantıkdışı bir kını aşılayarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olup olmadığının"²⁰ kitapta yer alan ve yukarıda açıklanan görüşlerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kitapta yer alan görüşlerin gerçekten nefrete ve şiddete teşvik edip etmediğinin

için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır. (Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16/3/2000 § 63; Sürek/Türkiye, B. No: 24762/94, 8/7/1999 § 12, 58)

²⁰ Mahkeme, bu noktada AİHM'nin Sürek/Türkiye kararına (No:26682/95, para.62) atıf yapmıştır.

değerlendirmesini yaparken kullanılan aracın kitle iletişim araçlarına kıyasla halkın daha dar bir kesimine hitap eden ve PKK terör örgütünün "değişen" ideolojisinin endoktrinasyonunu hedefleyen bir kitap olduğu da gözetilmelidir.

Mahkeme'ye göre, ayrıca kitabın toplatılmasına gerekçe olarak gösterilen düşüncelerin bir kısmı, **toplumun büyük kesimi ve devlet yetkilileri için kabul edilemez olmakla birlikte bir bütün olarak kitapta yer alan düşünceler**, başvurucunun ifadesiyle Kürt gerçeğinin tanınması ve silahlı yöntemlere başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılması çerçevesinde temellendirilmiştir. Başvurucu, söz konusu kitabın kapağında bulunan resmin amacının, yeni bir siyasal sınırın gösterilmesi olmadığını, kitapta ele alınan konuların geçtiği coğrafyayı gösterdiğini; bu coğrafyadaki siyasal, toplumsal ve ekonomik dönüşümlerin demokratik usullerle gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür. Terör örgütü PKK üzerindeki etkisi devam eden başvuru, temel olarak, demokratik çözüm olanaklarına şans verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu itibarla kitapta yer alan ve demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde "nihai bir savaş aşamasına geçilebileceği" yönündeki ifadeler, **kitabın yazıldığı bağlam ile birlikte değerlendirildiğinde, başvurucunun şiddeti teşvik ve terör eylemlerinin yapılmasına çağrıda bulunduğu anlamına gelmemektedir**. Başvurucunun bu sözlerinin, demokratik çözümün gerçekleşmemesi halinde Güneydoğu Anadolu'daki şiddetin yeniden canlanabileceği öngörüsü niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.

Netice olarak Mahkeme, söz konusu kitabı bir bütün olarak değerlendirdiğinde, şiddeti övdüğü; başvurucunun kavramsallaştırmasına göre "önümüzdeki süreçte" kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği yönünde değerlendirmemiştir. Aksine, Mahkeme'ye göre, **kitap, bir süredir güvenlik güçleri ile silahlı çatışmaların olmadığı bir ortamda başvuru, kendi bakış açısıyla Kürt meselesini analiz etmekte; silahlı çatışmaya son verilmesini ve demokratik**

çözüm konusunda uzlaşılmasını talep etmektedir. Başvurucunun kitapta dile getirdiği meseleler gibi kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi açıklamalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğuna işaret etmek gerekir. **Kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez.** Bu sebeple, Mahkeme, başvuruya konu kitabın toplatılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin başvurucunun düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır.

Bilhassa bir terör örgütü liderinin bir siyasi-toplumsal meseleyle ilgili olarak görüş açıklamasının tek başına bir sınırlamaya meşru sebep olamayacağı yönündeki ilkesel tespit ve bu anlamda terör örgütünün propagandasının yapıp yapılmadığının titiz bir şekilde araştırılması yönündeki yaklaşım oldukça önemlidir. Keza bu araştırmanın yapılması noktasında da, her şeyden önce görüşlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi yönündeki yaklaşım ve bu anlamda şiddeti teşvik etmeyen, terör eylemlerini haklı göstermeyen ve nefret duygusunun oluşmasını etkilemeyen ifadelerin ifade ve basın hürriyetinin koruması altında bulunacağı yönündeki ilkesel duruş, ifade ve basın hürriyeti noktasında zikredilmesi gereken anayasal mesajlardır.

Nitekim Mahkeme, basın ve ifade özgürlüğüyle ilgili bu minvaldeki kararlarını sağlamlaştırmış; aynı ilkesel yaklaşımı, başka kararlarında da sürdürmüştür.²¹ Bu kapsamda özellikle siyasi parti faaliyetleri kapsamında Kürtçe dilinin kullanılmasından ötürü bir cezalandırmanın söz konusu olduğu *İsa Yağbasan ve Diğerleri* kararı²² oldukça önemlidir. Demokratik Toplum Partisi üyesi olan başvurucuların Nevruz bayramını kutlamak

²¹ Bu doğrultuda bkz.: *Fatih Taş* kararı (2013/1461), para. 58-67, 98-110. Benzer ilkesel tespitler için bkz.: *Emin Aydın* kararı (2013/2602).

²² B. No: 2013/1481, Kt. 20.11.2014.

üzere parti ambleminin de bulunduğu Türkçe ve Kürtçe el ilanı bastırmaları üzerine, haklarında Siyasi Partiler Kanunu uyarınca (Türkçe'den başka bir dili siyasi parti faaliyetinde kullanmaktan) mahkûmiyet tesis edilmiştir.²³ Mahkeme, ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin yukarıdakilere benzer ilkesel tespitlerden sonra, *Anayasa'nın 26. maddesinin, her türlü kültürel, siyasal ve sosyal bilgi ve fikirlerin paylaşıldığı ortamlara dâhil olan bireylerin bilgi ve fikir alışverişinde bulunurken istedikleri dili tercih etme özgürlüğünü kapsadığını; bu bağlamda bir ifade aracı olan dilin, şüphesiz ki Anayasa'nın 26. maddesinin teminatı altında olduğunu belirtmiştir.*²⁴

Mahkeme'ye göre, ilke olarak devletlerin, seçim kampanyaları sırasında adaylar ve diğer kişiler tarafından kullanılacak dilleri belirleme ve gerekli olması halinde belli makul kısıtlamalar uygulama hakkına sahip olduklarının kabul edilmesi gerekir. Buna karşın Türkçe dışında kalan dillerin siyasi partilerin tüm faaliyetlerinde kullanımının tamamen yasaklanması ve beraberinde cezai yaptırımlar getirilmesi, Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ifade özgürlüğü gibi demokratik toplumun temel değerleri ile bağdaşmaz. Mahkeme'ye göre, cezai yaptırımlar nedeniyle görüş ve fikirlerin gerektiği şekilde iletilmesi için uygun dilin kullanılamaması durumunda kişilerin görüş ve fikirlerini açıklama ve bu görüş ve fikirleri dinleme hakkının varlığından söz edilemez. Mahkeme, devamında, somut olayda başvuruçuların, suça konu el ilanlarını, 21 Mart Nevruz Bayramı Tertip Komitesi adına hazırladıklarını ve ilanda üyesi oldukları DTP'nin amblemini kullandıklarını; buna karşın Türkçe ve Kürtçe dillerinde hazırlanan el

²³ İlginç bir durum olarak, başvuruçuların cezalandırıldıkları Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili maddesi, temyiz incelemesinde itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve iptal edilmiştir. Ancak AYM, iptal kararının yürürlüğünü ertelediği için Yargıtay, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararını onamıştır. Böyle olduğu için de, AYM, bireysel başvuruya konu olay zamanında yürürlükte bulunan ilgili yasal mevzuatın ve ona dayanılarak uygulanan mahkûmiyetin bir ihlal teşkil edip etmediğini incelemek durumunda kalmıştır.

²⁴ AYM, bu noktada AIHM'nin *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/ Türkiye* (No: 20641/05) kararına atıf yapmıştır.

ilanlarının seçim kampanyaları ile ilgili olmayıp Nevruz Bayramına davet içerdiğini ve bu bağlamda başvuruçuların Kürtçe el ilanı bastırmalarından dolayı cezalandırılmalarının demokratik toplumda gereklilik kriteri bağlamında zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılamayıp Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir.²⁵

²⁵ Karar, bu yönüyle hak ve özgürlükler adına çok önemli olmakla birlikte; bazı yönlerden bizce eleştiriyi hak etmektedir. AYM'ye göre; *AİHM, Sözleşmenin 5. maddesinin 2. paragrafında (yakalanan her kişiye yakalanma nedenlerinin en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur) ve 6. maddesinin 3 (a) ve (e) paragraflarında (kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede ve anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek ve mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak) belirtilen özel haklar istisna olmak üzere, Sözleşmenin kamu makamları ile tesis edilecek iletişimde özel bir dil kullanma hakkını ya da kişinin tercih ettiği bir dilde bilgilendirme hakkını tek başına teminat altına almadığına karar vermiştir* (bkz. *Mentzen/Letonya*, B. No: 71074/01, 7/12/2002). Yine AYM'ye göre, *AİHM, Sözleşmenin seçim amaçlı olarak kamu makamları ile tesis edilecek iletişimde özel bir dil kullanma hakkını teminat altına almadığına da karar vermiştir* (bkz. *Fryske Nasjonale Partij ve Diğerleri/ Hollanda*, B. No: 11100/84, 12/12/1985). Ayrıca devletin dil politikalarının tarih, dil, din ve kültür ile ilgili çok sayıda unsurdan etkilendiğinin göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bağlamda devlet makamlarının bu alandaki takdir yetkisinin geniş olduğu kabul edilmelidir. Bu anlamda, Mahkeme'ye göre, somut davanın koşullarına dönülecek olursa, mevcut dava, yukarıda atıfta bulunulan davalardan farklıdır. Çünkü söz konusu davalar, kamu makamları ya da resmi kurumlarla tesis edilecek iletişimde resmi olmayan bir dil kullanımı ile ilgilidir. Mevcut davada bireysel başvuruya konu edilen mesele genel olarak seçim kampanyaları sırasında resmi dil dışında bir dilin kullanılmasına izin verilip verilmediği değildir. Somut dava, seçim kampanyaları sırasında yapılan halk toplantıları kapsamında olmayan ve bireylere, diğer bireyler ile ilgili olan ilişkilerinde dilsel kısıtlamalar getirilmesi hakkındadır. Keza Mahkeme'ye göre, somut olayda başvuruçular, suça konu el ilanlarını, 21 Mart Nevruz Bayramı Tertip Komitesi adına hazırlamışlar ve ilanda üyesi oldukları DTP'nin amblemini kullanmışlarsa da; Türkçe ve Kürtçe dillerinde hazırlanan el ilanları, seçim kampanyaları ile ilgili olmayıp Nevruz Bayramına davet içermektedir. Bu ifadelerden görüleceği üzere, AYM, resmi dil dışındaki bir dilin kullanımının siyasi parti faaliyeti kapsamında olmasıyla olmaması arasında bir ayırım yapmış ve siyasi parti faaliyeti kapsamında olmaması faaliyetlerde yasaklanmasını değerlendirmesine konu alıp ihlal tespit etmiştir. **Demek ki Mahkeme, somut olayda Kürtçe'nin siyasi parti faaliyeti kapsamında kullanılması söz konusu olsaydı, meseleye daha farklı bakabilecek ve bir ihlal tespit etmeyebilecekti.** Bu yaklaşım, hak ve özgürlük noktasından bizce sorunludur.

iii. Ergün Poyraz (2) Kararı

Ergün Poyraz kararı da,²⁶ ifade özgürlüğünün geliştirilmesi adına çok önemli bir karardır. Kitabında 11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül hakkında kullandığı ifadelerden ötürü tazminata mahkum edilen kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda, AYM, ifade özgürlüğü açısından çok önemli yaklaşımlar geliştirmiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplum için arz ettiği önemi, keskin ifadelerle – yukarıda yer verdiğimiz kararlarında yaptığı gibi – vurguladıktan sonra; somut olaydaki tazminata mahkûm etme şeklindeki müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken, böyle durumlarda tazminata mahkum etme şeklinde bir yaptırım uygulanması noktasında nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin önemli tespitler ortaya koymuştur.

Mahkeme'ye göre, böyle bir durumda öncelikle, *başvurucunun yazdığı kitapta sarf ettiği sözlerden dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesine ilişkin kararda, başvurucunun (demokratik bir toplumdaki) ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir. Bu bağlamda mahkûmiyet gerekçesinde, başvurucunun, yayımladığı kitapta davacı hakkında haber ve fikirlere yer verirken yayıncılık etiğine uygun olarak doğru ve güvenilir bilgi sunarken iyi niyetle hareket etme görev ve yükümlülüğüne uyup uymadığı; davacı hakkında verilen bilgilerin cumhurbaşkanlığı seçimleri kapsamında kamu yararına ilişkin olup olmadığı; kitabın davacıya karşı keyfi kişisel bir saldırı teşkil edip etmediği ve doğrudan siyasi kişiliğini hedef alıp almadığı ortaya konulmalıdır. Nitekim siyasilere yönelik eleştirinin sınırları çok daha geniştir. Siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır.*

²⁶ B. No: 2013/8503, Kt. 27.10.2015.

Mahkeme, bu tespitler bağlamında somut olaya baktığında, başvuruya konu kitabın yayımlanmadan önce 2007 yılı Nisan ayında yapılacak olan 11. cumhurbaşkanlığı seçimine yönelik kamuoyunda yoğun bir tartışma yaşandığını,²⁷ başvurusunun muhafazakâr toplum kesimleri, dini cemaatlerin siyaset ve siyasi partilerle ilişkileri üzerine araştırmaları bulunan ve çoğunluğu zikredilen konularda olmak üzere ondan fazla kitabı bulunan bir yazar olduğunu ve söz konusu kitabın önsözünü de, Nisan ayında yazmış olup kitabı, cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin tartışmaların yoğun olarak devam ettiği günlerde yayımladığını ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, başvuru, davacıya ve davacının birlikte siyaset yaptığı kişilere karşı son derece şüpheli yaklaşmaktadır. Başvuru, bu kişilere genel olarak güvenmemekte, bu kişilerin kendisinin de mensubu olduğu dünya görüşüne karşı düşman oldukları fikrini taşımaktadır. Başvuru, davacı ve kitapta davacı ile birlikte adını zikrettiği kişilerin milleti aldattıklarına inanmakta ve bu kişilere sert biçimde karşı çıkılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca kitapta ifade ettiği olayların subjektif değerlendirmesini yapmakta, davacı hakkında öne sürdüğü kanaatlerini ispatlamak için olayları ve bu olaylara ilişkin yorumları çeşitlendirmektedir.

Görüldüğü gibi, Mahkeme, bir yandan mahkûmiyete konu ifadelerin serd edildiği konjonktürü ve bir yandan da başvurusunun bir anlamda amacını ortaya çıkarmakta ve bunlardan hareketle başvurusunun, iyi niyetli ve kamuyu aydınlatmaya yönelik davranıp davranmadığını tespit etmeye çalışmaktadır. Bunlar, hiç şüphesiz diğer adli ve idari

²⁷ Mahkeme, bir dönem analizi yapmış ve 2000 yılında seçilen 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresinin Mayıs 2007'de dolacak olduğunu ve TBMM'nin, cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk tur oylama gününü 27 Nisan olarak belirlediğini; seçim dönemine, laiklik tartışmaları altında geldiğini; ülkenin çeşitli yerlerinde "Cumhuriyet mitingleri" adıyla geniş katımlı gösteriler düzenlendiğini ve iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisinin kendi siyasal çizgisinden bir ismi cumhurbaşkanlığına seçmesinin engellenmek istendiğini; iktidar partisinin o dönem dışişleri bakanı ve başbakan yardımcısı olan Kayseri Milletvekili Abdullah Gül'ü aday göstermesi üzerine tartışmaların odak noktasının genel olarak Abdullah Gül'e kaydığını ve yaşanan bazı gelişmelerin ardından ancak Ağustos ayında Abdullah Gül'ün cumhurbaşkanı seçilebildiğini ortaya koymuştur.

mercilere de yön gösterici nitelikte yaklaşımlardır. Ve Mahkeme'nin bunu yaparken üzerinde durulmasını bir kriter olarak aradığı bir husus da, **başvurucu tarafından söylenen sözlerin, kitabın tamamı ve söylendikleri bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerektiğidir.**

Mahkeme, bunun ardından temyiz merciinin tazminata mahkûmiyet gerekçesi olarak öne sürdüğü gerekçeleri tek tek tespit etmiş ve tetkike tabi tutmuştur.²⁸ Tüm bunlar neticesinde Mahkeme'nin ulaştığı sonuç, *Yargıtay'ın, iddiaların ve başvuru hakkındaki sözlerin bir bütün olarak*

²⁸ Bu bağlamda, ilk olarak, başvuruya konu kitabın kapak tasarımında kırmızı renk tercih edilerek "Davut yıldızı (siyonist yıldız)" kullanılması ve bu yıldızın içine davacının akademisyen sıfatıyla giydiği cübbeli ve kepli resmin yerleştirilmesini ele alan Mahkeme, Yargıtay'ın buna ilişkin benimsediği "söz konusu kapak tasarımı ile davacının 'İsrail ve Yahudilik' ile bağlantısı olduğuna dair okuyucu üzerinde şüphe yaratılmak istendiği yönündeki argümanına karşılık, *başvuruya konu kitap kapağında olduğu gibi belirli bir resmin ne anlama geldiğinin ancak başvuruçunun açıklamaları ve kitapta kullanılan ifadelerle birlikte kitabın yayımlandığı özel koşulların da birlikte değerlendirilmesi ile belirlenebileceğini vurgulamış ve bu bağlamda kitap kapağının, temel olarak kitabın içeriğini yansıtmaya amacıyla tasarlandığı değerlendirilmesini yapmıştır.* İkinci gerekçe olarak Yargıtay'ca değerlendirilen, kitapta "davacının yalancı, Yahudi ve Amerika âşığı olduğu, Hristiyan olup kamuoyuna ABD, İngiltere ve İsrail'in hizmetinde bir kişi olarak" sunulduğu argümanına karşılık olarak, Mahkeme, *kitabın arka sayfasında ve içeriğinde bir bütün olarak davacının Yahudi ve Hristiyanlarla iyi ilişkileri olduğunun, davacının düşünce ve eylemlerinin Türklerin ve Türkiye Cumhuriyeti'nin menfaatine değil; ABD, İngiltere, İsrail gibi ülkelerin menfaatlerine olduğunun iddia edildiğini ve bu iddiaların kanıtlanması için bazı çıkarımlar ve yorumlar yapıldığını; bundan başka davacının öğrenciliğinden itibaren değişen ideolojik tercihlerine dikkat çekildiğini ve kitabın yazarının kendince bu tutarsızlıkları yorumladığını; buna karşın kitapta davacıya karşı aşağılayıcı ifadelerin tespit edilemediğini* belirtmiştir. Mahkûmiyetin son gerekçesi olarak Yargıtay'ca değerlendirilen, "kitabın yayımlandığı 2007 yılının Mayıs ayında ülke gündemindeki cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olan davacının eleştirilmesinden ziyade kullanılan üslupla 'küçük düşürülmesinin' amaçlandığı argümanına karşılık olarak ise, Mahkeme, *gerçekten de yazarın, söz konusu kitabı, davacının toplumsal itibarını zayıflatmak, onun üstlendiği ve üstlenmeyi düşündüğü siyasi görevlerde bulunmayı hak etmeyen bir kişi olduğunu göstererek toplumu yönlendirmek amacı ile yazdığının açık olduğunu; yazarın, bu amacına ulaşmak için bir bütün olarak kitapta, yaklaşık cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olan davacının hayat hikâyesinden bazı kesitlerle birlikte öğrenciliğinden itibaren çeşitli konulardaki açıklamalarını ele aldığı; kendi bakış açısından davacının Mustafa Kemal Atatürk'ün öğretilerine muhalif bir kişi olduğunu göstermeye çalıştığını ve davacıyı sert biçimde eleştirdiğini* belirtmiştir.

davacının şeref ve itibarına saldırı anlamı taşıdığına karar vermiş (kitapta yer alan iddia ve sözlerin ve kitap kapağında kullanılan resmin asıl amacının davacıyı küçük düşürmek olduğunu kabul etmiş) olması; fakat bu kanaate, başvuruçunun kullandığı kelimelere ve kitap kapağında yer alan resme onun verdiği anlamın ötesinde anlamlar yükleyerek ulaşmış olmasıdır. Üstelik AYM'ye göre, Yargıtay, kararında, başvuruçunun kullandığı ifadelerin türü, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesi ve ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğini tartışmamış; başvuruçunun hakları ile davacının kullanılan ifadeler karşısında sahip olduğu hakların ağırlığını gerektiği gibi değerlendirmemiş; söz konusu kitabın davacının toplumsal itibarını zayıflatmak için yazıldığını kabul etmiş; üstelik bu noktada, siyasi tartışmaların yoğun olarak yaşandığı bir dönemde bu kitabın yayımlanmasının beklenen bir gelişme olduğunu göz ardı etmiştir. Mahkeme'ye göre, yazarın, dava konusu kitapta, yirmi yılı aşkın bir süredir Türkiye siyasetinin en önemli aktörlerinden biri olan davacıyı eleştirmesinin ve onun hayatının bazı kesitleri ile ilişkilerini ve sözlerini analiz etmesinin – yoğun siyasi tartışmaların yaşandığı bir döneme denk geldiği de düşünüldüğünde – genel olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğuna kuşku yoktur. Başvuruçunun, böyle bir dönemde kendi adına kamuoyunu bilgilendirmek ve eleştirilerle kamuoyu oluşturmak amacıyla hareket ettiği açıktır.

Mahkeme, son tahlilde başvuruçunun yorumları ve çıkarımlarının ağır eleştiri olduğunda herhangi bir tereddüt olmamasına rağmen, başvuruçunun yorumlarının ve çıkarımlarının keyfi kişisel saldırı boyutuna ulaştığının söylenemeyeceği kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvuruçunun polemik içeren agresif usulü değerlendirilirken ifade özgürlüğünün sadece haber ve fikirlerin içeriğini korumadığı, haber ve fikirlerin iletilme usulünü de koruduğu gözetilmelidir. Bu bağlamda başvuruçunun, uzun yıllardır siyasetin içinde ve cumhurbaşkanı adayı olan kişi hakkında – önceden yayımlanmış kaynaklar temelinde – siyasi hayatında yapmış olduğu bazı tercihlerden yola çıkarak aile hayatına ilişkin bilgiler iletilmesine ve **ağır eleştiriler yapmasına demokratik**

çoğulculuk açısından tahammül edilmesi gerekir. Bu tür aile hayatına ilişkin bilgilere, ağır eleştirilere ve değerlendirmelere tahammül edilmesi ve ifade özgürlüğünün güvencesi ile bunların dile getirilmesi demokrasinin sağlıklı işlenmesini sağlayacaktır. Üstelik Mahkeme'ye göre, rahatsız edici de olsa siyasilere ilişkin yapılan bilgilendirme ve eleştirilerin cezalandırılması "caydırıcı etki" doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir. Bu nedenle somut olayda başvurucunun bir miktar tazminat ödemesine karar verilmesi, siyasilere yönelik olarak bilgilendirme ve eleştiri ortamına zarar verebilecektir. Dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, "başkalarının şöhret ve haklarının" korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak değerlendirilmemiştir.

iv. İfade Özgürlüğünün Farklı Bir Boyutu ve R.Y.V. Kararı

Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) bir tasarrufu sonucu yayın izninin hükümsüz kalması üzerine yayınlarının durdurulmasına karar verilen bir radyo kanalının yaptığı başvuruda verilen karar,²⁹ ifade özgürlüğünün radyo ve televizyon boyutu hakkında önemli tespitler içermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, **radyo ve televizyon gibi işitsel ve görsel kitle iletişim araçları haber ve fikirlerin iletilmesinde basılıp çoğaltılabilen araçlara göre çok daha önemli bir role sahiptir.** Özellikle mesajların ses ve görüntü ile iletilmesinden kaynaklanan gücü nedeniyle bu tür medya organları, basılı eserlerden çok daha hızlı ve güçlü etkiye sahiptir. Dolayısıyla işitsel ve görsel medyanın yaptığı iş çerçevesinde basın özgürlüğünden tamamen ayrı düşünülerek incelenmesi de mümkün değildir.

Radyo ve televizyon yayıncılığının ifade özgürlüğüyle bağlantısı noktasındaki bu tespitlerden sonra, Mahkeme, Anayasa'nın 26. maddesinde bu tür yayınlar için öngörülen izin sistemini de – hak ve özgürlükler noktasından – değerlendirmiş; bu bağlamda **işitsel ve görsel basının uyması gereken en önemli kuralın, Anayasa'nın 26/1 hükmünde**

²⁹B. No: 2013/1429, Kt. 14.10.2015.

*bahsi geçen izin sisteminin koşullarını yerine getirmek olduğunu; ne var ki, işitsel ve görsel medyaya ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerde ifade özgürlüğünün etkin kullanılması için sadece "izin sisteminin" koşullarının belirlenmesi veya "yayını engellemek" temelinde bir düzenlemenin yapılmasının yeterli olmayacağını; bunun dışında **demokrasinin temeli olan çoğulculuğun, bu tür izin sistemlerinde veya yapılacak diğer düzenlemelerde esas unsur olarak göz önünde tutulması gerektiğini** belirtmiştir.*

Bu ilkesel tespitler ışığında somut olaya dönen AYM'ye göre, somut olaydaki türden bir müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğunun kabulü için, arzulan hedeflere uygun olup olmadığı ve gerek idari (RTÜK) gerek adli organların (idarenin işlemine ilişkin iptal istemini reddeden idare mahkemesi) kararlarında belirttikleri gerekçelerin "ilgili" ve "yeterli" olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu minvalde Mahkeme, başvuru radyonun belli bir tarihte radyo yayını yapmak için lisans aldığını ve sonradan bir süre yayınlarını durdurduğunu; bir tarihten sonra ise yeniden yayına başladığını; bu anlamda RTÜK ve idare mahkemesi kararında belirtildiğinin aksine "izin almadan yayın yapan" değil, "yayınlarına ara veren" statüsünde bulunduğunu; Danıştay içtihadı uyarınca bu iki statüye farklı sonuçlar bağlandığını ve somut olayda başvuru statüsünün yanlış değerlendirilmesi dolayısıyla müdahale (yayın durdurma işlemi ile onu iptal etmeme kararı) gerekçelerinin "ilgili" ve "yeterli" olmadığını belirtmiştir.³⁰

3. Manevi Varlığın Korunması ve Bu Bağlamda Kişilik Hakkı

Bu noktada değinilmesi gereken bir karar da, kadının, Türk Medeni Kanunu uyarınca kocasının soyadını almasına yönelik uygulamanın kişilik

³⁰ Bu noktada dikkatimizi çeken bir husus da, Mahkeme'nin bir anlamda derece mahkemelerinin hukuku yorumlama yetkisine müdahale eder şekilde yaptıkları değerlendirmeyi nakzetmesidir. Mahkeme, somut olayda derece mahkemelerinin başvuru hukuki durumu için yaptığı "izin almadan yayın yapan" statüsü değerlendirmesinin yanlış olduğunu söyleyebilmiştir.

haklarına aykırı bulunduğu karardır.³¹ Mahkeme, başvuruçunun, Türk Medeni Kanunu'nun "kadının soyadı" başlıklı 187. maddesi uyarınca kocasının soyadını almak zorunda kalmasını, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Sözü yine Mahkeme'ye bırakalım: *'Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Sözleşme'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM'nin, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve **kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.**³² Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvuruçunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.'*

³¹ Başvuru No: 2013/2187, Kt. 19.12.2013.

³² Mahkeme'nin burada atf yaptığı AİHM kararları, *Ünal Tekeli/Türkiye* (No: 29865/96), *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye* (No: 7971/07); *Tuncer Güneş/Türkiye* (No: 26268/08) ve *Tanbay Tüten/Türkiye* (No: 38249/09) kararlarıdır.

Görüldüğü gibi Mahkeme, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olup olmadığını değerlendirirken, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma kriterleri üzerinden gitmiş ve ilk kriter olan "kanunilik" noktasında, konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerin ilgili kanun hükmünü zımnen ilga etmiş sayılıp ona göre öncelikle uygulanması ve bu bağlamda AİHS ile ona ilişkin AİHM içtihadının dikkate alınması gerekirken bunun yapılmamasını ihlal olarak değerlendirmiştir. Karar, açık kanun hükmüne rağmen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakılmasını insan hakkı ihlali olarak görmesinin yanı sıra; uluslararası sözleşmelerle çatışan kanun hükümlerinin göz ardı edilmeyip uygulanmasını da, sınırlamada kanunilik kriterinin yerine getirilmemesi sonucunu doğurduğunu kabul ederek başlı başına bir ihlal sebebi saymaktadır.³³

4. Tutukluluğa İlişkin Kararlar

Tutukluluğa ilişkin kararlar da, makul sürede yargılanma ve ifade özgürlüğü kararları gibi, kabul edilebilirlik kriterleri ve bu bağlamda tüketme kuralı yanında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının maddi yönüne ilişkin önemli yaklaşımları içinde barındırmaktadır. Anayasa Mahkemesi, tutukluluk şikayetleriyle ilgili olarak, *kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenlerinin varlığı; makul sürenin aşılmaması ve tutukluluk kararına itirazı inceleyen merci önündeki usule aykırı işlemler* yönünden

³³ Karara dair esas yönünden bir eleştiri olarak, "ayrımcılık yasağı" yönünden meselenin değerlendirilmemiş olması söylenebilir. Buna göre, söz konusu kanun hükmünün, sadece, uluslararası sözleşmelere aykırı olması yönüyle Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanmaması gerekirken uygulanmasının sınırlama rejimine aykırı olduğu değil; aynı zamanda kadın-erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağı bakımından da sorunlu bir düzenleme olduğu ortaya konabilirdi. Keza bir başka eleştiri olarak da, Mahkeme'nin birkaç yıl önce aynı kanun hükmünün itiraz yoluyla önüne getirildiği davada (*E.2009/85, K.2011/49 sayı ve 10.3.2011 tarihli karar*) Anayasa'ya aykırı bulmayarak iptal etmediğini düşündüğümüzde, Mahkeme'nin şimdi aynı hükmü insan haklarına (ve dolayısıyla Anayasa'ya) aykırı bulurken geçmişle sağlam bir gerekçeyle hesaplaşmasının gerektiği hususu zikredilebilir. Ancak eleştirilebilecek bu yönlerine rağmen, yine de neticede bir ihlal kararı çıktığı için, kararı insan haklarının korunması adına olumlu bir karar olarak görmek (ve tabiri caizse, Anayasa Mahkemesi'ni diğer eleştiriler yönünden mazur görmek) makul olacaktır.

tutukluluk şikayetlerini incelemektedir.³⁴ Mahkeme, özellikle tutukluluk tedbirinin hangi hallerde uygulanabileceğine ilişkin getirdiği standartlar ile Türkiye’de, istisnai bir tedbir olarak uygulanması gerekirken adeta kural haline getirilip en temel insan hakları arasında yer alan özgürlük hakkına yönelik yoğun ve kronik ihlallere yol açan bu durum karşısında bir koruma kalkanı – bazı somut olaylarda elbette tenkite tabi değerlendirmeleri bulunsa da – oluşturmuştur. Tutukluluk tedbirine yönelik olarak *derece mahkemelerinin takdir haklarının olduğu belirten, ne var ki bu takdir hakkının da keyfi kullanılamayacağını ve bu noktada Anayasa ile kanunlara bariz biçimde aykırı yorumların kabul edilemeyeceğini söyleyen*³⁵ ve *bu noktada titiz bir denetim uygulayan yaklaşımıyla Anayasa Mahkemesi, tutukluluğu istisnai bir tedbir olmaktan çıkaran savcı ve mahkemelerin bu uygulamalarına engel olmaktadır.*

Mahkeme’nin bu noktadaki üç yıllık karnesi meyanında şunlar ortaya konabilir: Mahkeme, öncelikle Türkiye pratiğinde adeta gelenek haline gelmiş tutukluluk itirazlarının şablon (formül) gerekçelerle reddedilmesini ihlal sayarak, AİHM standartlarına uygun bir temel hak ve özgürlük koruma standardı benimsemiştir.³⁶ Bu, kişi hürriyetine yönelik

³⁴ Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam; **Sorularla Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2014, s.64, 65.

³⁵ B. No: 2012/239, Kt. 2.7.2013, para. 49 ve B. No: 2015/144, Kt. 14.7.2015, para. 90.

³⁶ B. No: 2012/239, Kt. 2.7.2013, para. 52. Mahkeme’ye göre; *“tutuklama tedbirine kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla Anayasa’nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirmesinde esas olarak, serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararların gerekçelerine bakılmalı ve tutuklu bulunan kişiler tarafından yapılan tutukluluğa itiraz başvurularında sunulan belgeler çerçevesinde kararların yeterince gerekçelendirilmiş olup olmadığı göz önüne alınmalıdır”* (para.63, 64). Benzer doğrultuda bkz.: B. No: 2012/1158, Kt. 21.11.2013, para. 48, 49. Yine Mahkeme, bir kararında, *kuvvetli suç şüphesi ile birlikte devamını gösteren haklı nedenlerin gösterilmesi şartıyla soruşturma veya kovuşturmanın tutuklu sürdürülmesi mümkün olabileceğini; buna dair gerekçelere mahkeme kararları ve Bakanlık görüşünde yer verilmediği gibi ilk tutuklama müzakeresi dışında dosyaya herhangi bir karar örneği de sunulmadığını* belirterek ihlal

ağır bir ihlal teşkil eden şablon gerekçelerle (daha doğrusu gerekçesizlikle) tutukluluğun devam ettirilip kişi hürriyetinin ihlal edilmesine set çeken çok önemli bir yaklaşımdır. Yine bu noktada, öncelikle kanuni tutukluluğun devamı için makul görülebilecek sebeplerin varlığının sadece azami süre içindeki tutukluluklar için geçerli olacağı ve kanuni limiti aşan hallerde bu sebeplerin dikkate alınmayacağı şeklindeki yaklaşımı ile; makul sürenin kanuni azami süreyle eş olmadığı ve kanuni tutuklama süresi geçmemiş olsa da, makul sürenin aşılmış olabileceği, bunun her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı da oldukça önemlidir.³⁷ Yine Mahkeme'nin birden fazla suçtan tutuklu bulunma haline ilişkin olarak, kanundaki 5 yıllık üst limitin tüm suçlar için ayrı ayrı uygulanması yönündeki Yargıtay uygulamasını hak ihlali görüp, sürenin tüm suçlar için ortak olarak dikkate alınması gerektiğini söylemesi³⁸ de, ülkemiz pratiğindeki müstakar bir hak ihlalini giderecek önemli bir yaklaşımdır.³⁹

kararı vermiş (B. No: 2012/239, Kt. 2.7.2013, para. 70); bir başka kararında da, *derece mahkemelerince verilen tutukluluğa itiraz ve itirazın reddine dair kararların gerekçeleri incelendiğinde, bu gerekçelerin tutukluluğun devamının hukuka uygunluğu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olmadığı ve aynı hususların tekrarı niteliğinde olduğunun görüldüğünü; bu yönüyle somut olaydaki tutukluluk halinin devamına ilişkin bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğunun söylenemeyeceğini ve ilgili ve yeterli olmayan gerekçelere dayanılarak başvuru sahiplerinin özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları an ile ilk derece mahkemesi kararıyla tahliye edilmelerine kadar geçen tutuklu buldukları sürenin makul olarak değerlendirilemeyeceğini* belirtmiştir (B. No: 2012/1158, Kt. 21.11.2013, para. 59).

³⁷ Yukarıdaki 2012/239 sayılı karar, para.50-52; 2012/1137 sayılı karar, para.49, 50; 2013/7792 sayılı karar, para.29, 30.

³⁸ Yukarıdaki 2012/239 sayılı karar, para.50; 2012/1137 sayılı karar, para.50, 53; 2013/7792 sayılı karar, para.29, 33.

³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluğun başladığı ve bittiği zamana ilişkin olarak özellikle ilk derece yargılaması sonucunda mahkumiyet almasına bağlamındaki yaklaşımı doktrinde eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; '*makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvuru sahibinin ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı tarihtir. Ancak kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla de tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu 'bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu' olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki*

5. *Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Ayrımcılık Yasağı: Başörtüsü Kararı*

Temel hak ve özgürlükleri bağlamında değinilmesi gereken bir gelişme de, Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ve bu bağlamda din ve vicdan hürriyetine yönelik yaklaşımıdır. Başörtüsüyle girdiği duruşmada, mahkemece müvekkilini temsil etmesine imkân verilmeyip duruşması ertelenen avukatın başvurusuna ilişkin verdiği kararda,⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağına ilişkin benimsediği yaklaşım oldukça önemlidir. Mahkeme'nin laiklik ve başörtüsü konusundaki geçmişteki tavrı düşünüldüğünde, bu kararda ortaya koyduğu yaklaşım, önemli bir dönüşümün de göstergesidir.

esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmez. ... AİHM, ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olan bir sanığın, söz konusu mahkûmiyet kararından sonraki tutulmasını Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü uyarınca "mahkûmiyet sonrası tutma" olarak değerlendirmekte ve tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır (Bkz. Solmaz / Türkiye, no.27561/02, 16 Ocak 2007, §§ 23,24; Şahap Doğan / Türkiye, no.29361/07, 27 Mayıs 2010, § 26)." (Yukarıdaki 2012/239 sayılı karar, para.66, 67). Doktrinde Göztepe, bu yorum tarzının masumiyet karinesine aykırı olduğunu; zira Anayasa'nın 38/4 hükmündeki "hükmen mahkûm oluncaya" kadar ifadesindeki "hükmen" ibaresinin kesinleşmiş mahkûmiyetleri kastettiğinin tartışmasız olduğunu; o itibarla ilk derece yargılaması sonucundaki mahkûmiyete bağlı tutuklamanın makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınmamasının bu ilkeye aykırı olduğunu ileri sürmektedir (Göztepe, s.8-10). Yazarın masumiyet karinesine verdiği anlam şüphesiz doğru olmakla birlikte; tutukluluğun bir tedbir olma mahiyeti karşısında, artık mahkûmiyet sonrasında bir tedbir olma vasfının bir nevi değiştiği; mahkûmiyet hükmünün temyiz edilmeme ihtimalinin bulunduğu; üstelik son karar beklenenecekse, AYM'ye yapılacak bireysel başvurunun da mı sonucunun beklenmesi gerektiği sorusu gibi hususlar da, bizzet tartışmada göz önünde bulundurulmalıdır. Üstelik Anayasa Mahkemesi de, masumiyet karinesine aykırı olacak surette ilk derece yargılamasında mahkûm olan kişinin suçlu olduğunu söylememekte; sadece o andan sonrasının başka türlü bir tutukluluk olduğunu belirtmekte ve makul süreyi hesaplarken de bu yoruma göre değerlendirme yapmaktadır.

⁴⁰ B. No: 2014/256, Kt. 1.7.2014.

i. Din ve Vicdan Özgürlüğü Boyutu

Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğünün Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurları arasında yer aldığını; AİHM'nin de, bu özgürlüğü, Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en önemli ilkelerinden biri olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; "acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hali dışında, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurusunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir. ... Başvurucu, giyinme tarzının, mensup olduğu İslam dininin mutlaka yerine getirilmesi gereken kurallarından biri olduğunu, bu sebeple, kendisinin avukat olarak duruşmada bulunduğu sırada hâkim tarafından mahkemeden çıkartılmasının dinini serbestçe açığa vurma hakkına açık bir müdahale olduğunu savunmuştur. Başvurucu ayrıca, başörtüsü takmasının veya duruşmada çıkartmayı reddetme davranışının İslam Dini bakımından yerine getirilmesi gerekli bir uygulama olduğuna ilişkin açıklamalarını, Kur'an-ı Kerim'de yer alan konuyla ilgili Ayetlere, Hadislere ve Diyanet İşleri Başkanlığı'nın bu konudaki görüşlerine dayandırmış, başörtüsü takmasının ve bir mahkemenin duruşmasında çıkartmayı reddetmesinin İslam Dini bakımından gerekli olduğunu ortaya koymuştur. Bu bakımlardan, kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla başörtüsü takmasının, Anayasa'nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunun kabul edilmesi gerekir."

Yine Mahkeme'ye göre; "dini inanç gereği başörtüsü takma hakkının yeri ve tarzı konusunda sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara "başları açık" olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM'nin Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM'nin dayandığı ve Türkiye'de öğrencilerin kılık ve kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa

Mahkemesi'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan "kanunilik şartı"nı taşıyan kurallar olarak kabul edilemez. Somut olayda avukat sıfatıyla katıldığı duruşmada İlk Derece Mahkemesi'nin başvurucaı başörtüsü takması nedeniyle duruşmayı yapmayarak ertelemeı ve başvurucaının müvekkiline kendisini yeni bir avukat tutmak üzere süre vermesi şeklinde gerçekleşen din ve vicdan özgürlüğüne yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.''

ii. Ayrımcılık Yasağı (Eşit Muamele Hakkı) Boyutu

Mahkeme, din ve vicdan özgürlüğü noktasında bu tespitleri yaptıktan sonra, 'ayrımcılık yasağı' yönünden de başvuruyu incelemiştir. Mahkeme'ye göre; 'Anayasa'nın 10. maddesi "ayrımcılık yasağı" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir. Ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini içerir. Başvurucaıya yöneltilen farklı muamelelerin, din özgürlüğü hakkından yararlanma ile ilgili olduğu açıktır. Derece Mahkemesi Hâkimi, tüm avukatların duruşmaya başları açık olarak girmelerini istemektedir.

... Başka bir deyişle, farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya gurubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa ayrımcılıktan söz edilebilir. Başvuru konusu olayda tüm kadın avukatların duruşmada başlarının açılması istenmekle beraber bu durum başvurucaının kişisel tercihi olan bir dinsel davranışı açığa vurmaı, başka bir deyişle başvurucaının 'kişisel niteliği' sayılması gereken dinin emirlerini yerine

getirme arzusunun dışı vurum davranışı olan başörtüsü kullanması sebebiyle başvuru olumsuz yönde etkilemektedir.”

Mahkeme’ye göre, **‘kamu gücünü kullanan organların ayrıcalıklı muameleyi haklı ve objektif gerekçeye dayandırması, somut olayın koşullarında başörtüsü takmayan tüm kadın avukatlar duruşmalara girebiliyorken yalnızca başörtülü olması nedeniyle başvuru duruşmalara alınmamasındaki zorlayıcı toplumsal sebeplerin gösterilmesi gerekir.** Ankara 11. Aile Mahkemesi, başvuru olumsuz olarak duruşmada görev yapamayacağı ve bu nedenle duruşmanın yapılamayacağına ilişkin kararını ‘başörtüsünün laiklik karşılığı güçlü bir dini simge ve siyasal simge’ olduğu gerekçesine dayandırmıştır. Herhangi bir dini inancın dışı vurum davranışının farklı muameleye temel oluşturması halinde bunun meşru kabul edilebilmesi ancak dinin dışı vurum davranışının ‘başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması’ ve ‘kamu düzeninin sağlanması’ amacına matuf olması ile mümkündür.⁴¹ Ankara 11. Aile Mahkemesi’nin kararında başörtülü bir avukatın duruşmada görev yapmasıyla başkalarının hak ve özgürlüklerinin nasıl zarar göreceği ve kamu düzeninin nasıl bozulacağı açıklanmadığı gibi, avukatların dini kimliklerini ifade eden semboller taşımasının hangi sebeple zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç karşılığı engellenmesi gereken bir davranış olduğu da belirtilmemiştir.”

Mahkeme, ardından demokratik ve çoğulcu bir toplumda dinin yerine ve bu kapsamda devletin ödevlerine yönelik önemli saptamalar yapmıştır. Mahkeme’ye göre, **‘bir dini sembolün onu kullanan din mensuplarının zorunlu bir dini vazife olarak telakki edilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Denetlenmesi gereken mesele, dini bir sembolün zorunlu olarak algılanmasının başkaları üzerinde oluşturduğu etkidir. İster bir dinden isterse seküler bir dünya görüşünden kaynaklansın her sembol, ona karşı olanlar üzerinde psikolojik bir baskı oluşturabilir. Bu etkiler farklı inanç ve düşüncelere sahip insanların yaşadığı çoğulcu toplumlarda**

⁴¹ Mahkeme, burada Sözleşme’nin 9. maddesi bağlamında kullanılan ölçütler için *Leyla Şahin/Türkiye* kararına (No:44774/98) yönlendirmektedir.

kaçınılmazdır. Çoğunluğun belirli bir dine mensup olduğu toplumlarda azınlıkta kalanların kendilerini böyle bir baskı altında hissetmeleri ise daha kolaydır. Bu durumda Devletin görevi, varsayımlara dayanarak inançların sembollerini yasaklamak, başka bir deyişle hak ve özgürlükleri kısıtlamak değil; hem çoğunluğun din ve vicdan özgürlüğünü yerine getirmesine engel olmayacak, hem de çoğunluk karşısında azınlığın ezilmesine engel olacak ve bireylerin karşılıklı tanıma ve tahammül içerisinde yaşamasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Bu bağlamda, demokratik toplumun ideallerinin ve değerlerinin kişilerin karşılıklı ödün vermelerini gerektirecek bir diyaloga ve uzlaşma ruhuna dayanması gerektiği hatırlanmalıdır. Bundan sonra demokratik devletin görevi, ortaya çıkabilecek baskı kurma, zorlama ve şiddete başvurma gibi suç oluşturacak davranışlar karşısında gerekli tedbirleri almaktır. Çoğulculuğun ve siyasal tarafsızlığın bu gerekliliği yerine, toplumda gerilim konusu oluşturabilecek unsurları yasaklamaya kalkışmak, baskıcı, totaliter ve homojenleştirmeyi hedef alan bir rejim ortaya çıkartma potansiyeli taşır.⁴² Çoğulculuk, kimlikleri bastırılmış, özgürlükleri kısıtlanmış bireylerin bir arada yaşamasını ifade eden bir kavram değildir. Çoğulculuk, kişilerin kimlikleriyle ortak mekânlara katılabilmesini gerektirir.”

Bunun ardından Mahkeme, azınlıkları koruma maksadıyla dinsel davranışlarının sınırlandırılabilmesine ilişkin yaklaşımını ortaya koymuştur. Mahkeme’ye göre, “bazı dinsel davranışların ‘azınlıktakileri koruma’ amacıyla sınırlandırılabilceği argümanının geçerli olabilmesi, olasılıklara dayanarak değil ancak mevcut olayın şartlarının değerlendirilmesine dayanan olgusal durumun analiz edilmesiyle mümkün olabilir. Başörtülü kadınların çoğunlukta oldukları gösterilse bile başörtülü avukatların hangi surette kendileri gibi görünmeyenler üzerinde baskı oluşturduklarının somut olgulara dayanarak gösterilmesi gerekir. Doğru yargılama ilkesi de bunu gerektirir. Ancak

⁴² Mahkeme, bu noktada Leyla Şahin kararında AİHM yargıçlarından birinin (Yargıç Tulkens) karşı oyundaki görüşlere atıf yapmıştır.

Türkiye’de başörtüsünün hangi surette başkaları üzerinde baskı oluşturduğu yönünde herhangi bir iddia ve somut olgulara dayalı veri ortaya konulabilmiş değildir. Başörtüsü yasağının toplumda ‘tarafsızlığı’ ve ‘çoğulculuğu’ sağlamak için gerekli olduğu yönündeki bir düşünce, beraberinde din ve inanç alanında devletin ‘normal’ ve “doğru” olanı belirleme yetkisine sahip olduğu düşüncesini getirir. Herhangi bir dinsel davranış gibi başörtüsünün de dini bir inancın değil de siyasi bir görüşün ifadesi olup olmadığına karar vermek Anayasa Mahkemesi’nin ilgi alanının dışındadır. Öte yandan insanların üzerlerinde taşıdıkları sembollere siyasal anlamlar yüklemelerinin yanlışlığı, ‘zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın’ ortaya konulması ile bağlantılıdır.”

iii. Laiklik – Özgürlük İlişkisi

Mahkeme, kararda, kuruluşundan beri din ve vicdan özgürlüğünün teminatı olmakta ziyade bir sınırlama paradigması olarak değerlendirdiği laiklik ilkesine ve bu ilkenin özgürlükle ilişkisine dair de çok önemli şeyler söylemiştir. Mahkeme’ye göre, *“laiklik gerekçesi (sınırlama için) meşru olsa bile makul bir temelinin bulunması gerekir ve bu kapsamda başvurucunun davranış, tutum ya da eylemlerinin bu ilkeyi ihlal ettiğine dair yeterli kanıt ileri sürülmeli ve laiklik gerekçesinin delillendirilmesi gerekmektedir. Delillendirme, AİHM’nin kararlarında her zaman uyguladığı bir testtir Laiklik gerekçesinin makul bir temeli olduğundan bahsedilebilmesi için, başvurucunun dini bir gereklilik olarak taktığını ileri sürdüğü başörtüsünün saldırgan ya da başkalarının inançlarına müdahale eden, baskıcı, tahrik edici, kendi inancını zorla dayatma amacı bulunduğu veya toplumsal işleyişi tahrip ettiğinin, birtakım karışıklıklara ve düzensizliklere neden olduğunun gösterilebilmesi gerekir. Fakat bu tür bir iddia ne Bakanlık tarafından dile getirilmiş ne de Ankara 11. Aile Mahkemesi’nin kararında gösterilmiş değildir.”*

Yine Mahkeme’ye göre, *“bir dinin herhangi bir dışa vurum davranışının tek anlamının laik devlete dini bir meydan okuma olarak yorumlamak, bu dinin mensuplarının kendi eylemlerini tanımlama kapasitesini yok saymak anlamına gelir. Anayasa’da güvence altına*

*alınan herhangi bir hakka yönelik sınırlandırmanın meşru kabul edilebilmesi kaygılar ve varsayımlarla değil, yalnızca tartışılmayacak olan gerçekler ve hukuki olarak şüphe götürmeyecek nedenlerin ortaya konulması ile mümkün olabilir. AİHM'nin bu yöndeki içtihadı temel bir hak ve özgürlüğe bir müdahale yapılması durumunda basit iddiaların yeterli olmadığı, bu iddiaların somut örneklerle desteklenmesi gerektiği yönündedir.⁴³ **Bu sebeple, doğru yargılama ilkesi gereğince bir din veya inancın dışı vurum davranışının laikliğin çoğulcu anlamına aykırı olduğunu somut delillerle kanıtlamak yükümlülüğü başvuruçuya değil, bu gerekçeyle sınırlandırma yapan devlete düşer. Hukuk, 'olanı' esas alır ve kuşkuya ve gelecekteki olasılıklara göre karar verilemez."***

Mahkeme, bu ilkeler ışığında somut olaya bakmış ve başvuruçunun başörtüsünün başkalarının hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına engel olduğuna ilişkin olarak derece mahkemesinin soyut değerlendirmesi dışında somut olgular ileri sürülmediğini ve temel bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasından önce çoğulculuğu korumak için hangi önlemlerin alındığının da gösterilmediğini tespit etmiştir. Bu durumda başvuruçunun başörtülü olarak duruşmalara kabul edilmemesinin ölçülü olduğundan söz edilemeyecektir.

Görüldüğü gibi, Mahkeme, bir anlamda kendi geçmişiyle de hesaplaşmak suretiyle laikliği farklı bir şekilde yorumlamış ve somut olayda birey hak ve özgürlüklerinin çok önemli bir boyutu olan din ve vicdan özgürlüğü konusunda özgürlükçü bir yaklaşım benimsemiştir.

6. Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Hak ve Özgürlük Odaklı Yaklaşım

Anayasa Mahkemesi'nin üç yıllık süreçte hak ve özgürlükler adına önemli sayılabilecek bir yaklaşımı da özel hayatın gizliliği alanında karşımıza çıkmaktadır. Bir kadın kamu görevlisinin cinsel içerikli görüntülerinin internette dolaşması üzerine devlet memurluğundan

⁴³ Mahkeme, bu noktada AİHM'nin *Smith ve Gray/Birleşik Krallık* kararına (No:33985/96, 33986/96) atıf yapmıştır.

çıkartılma cezası almasıyla ilgili yapılan başvuruya⁴⁴ ilişkin kararında Mahkeme, *özel hayatın gizliliği ve korunması* bağlamında çok önemli tespitlerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, öncelikle, “*özel hayat kapsamında korunan hukuki değer, esasen kişisel bağımsızlık olup; bu koruma, herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte, özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu alandan uzak tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır.*”

Yine Mahkeme'ye göre, “*özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de, bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında, kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur. “Bu bağlamda mahremiyet hakkı ve bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin*

⁴⁴B. No: 2013/1614, Kt. 3.4.2014.

korunması Mahkeme tarafından Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.”

Mahkeme, bu noktada özel yaşamın ve onun içinde mahremiyet hakkının sınırlarını ve varabileceği noktaları da belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, “bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alan olmakla birlikte; özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır.”⁴⁵

Mahkeme, bu ilkesel tespitlerin ardından somut olaya dönmüş ve başvuru devletin memurluğundan çıkarılma sürecinde özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkilerinin belirleyici olduğunun görüldüğünü ve bu anlamda özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilen devlet memurluğundan çıkarma kararının, başvuru devletin özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Bundan sonrası ise, bu müdahalenin, kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük/demokratik toplumda gereklilik kriterleri açısından değerlendirilmesidir.⁴⁶ Bu

⁴⁵ Mahkeme'ye göre, “mahremiyet hakkı öncelikle mekânsal bir alana tekabül etmekte olup, bu alan da bireyin konutu ve müştemilatıdır. Bu mekân dışında bireyi etkileyen önlemlerin, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele alınıp alınmayacağı, birtakım ölçütler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan, Anayasa'nın 20. maddesinin güvence kapsamında bulunan mahremiyet hakkı kural olarak kamusal alana kadar uzanmamaktadır. **Birey bir kez kamusal alana çıkınca yani görünür olunca özel yaşamın gizliliği hakkı alt kategorisinde korunan mahremiyet hakkı kural olarak ileri sürülemez.** Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki mahremiyet hakkının uygulanabilirlik alanı kural olarak özel yaşam alanı olmakla birlikte, bireylerin diğer insanlarla etkileşim içinde oldukları bazı kamusal alanlar ya da bağlamlar da özel yaşamın korunması hakkının kapsamında yer alabilirler. Bunun yanı sıra, özel yaşamın gizliliği hakkı bireye, içinde özgürce hareket edebileceği ve kişiliğini geliştirip gerçekleştirebileceği bir kişisel alan sağlamaktadır. Dolayısıyla, **bireyin özel yaşamını kendi eliyle kamuya açması, özel yaşama saygı hakkı talebini otomatik olarak belli ölçüde azaltmaktadır.**”

⁴⁶ Bu noktada özel hayatın gizliliği özelinde olmayan bir eleştiriyi de Mahkeme'ye yöneltmek gerekmektedir. Mahkeme'nin Anayasa'da özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş haklara olan yaklaşımı, bilindiği gibi, bu tür hak ve özgürlüklerin, doğal sınırlar yanında ayrıca 13. maddedeki kriterlere uygun olmak kaydıyla sınırlanabileceği yönündedir. Mahkeme, bu yaklaşımını bu kararda da tekrarlamış; özel hayata yapılan

bağlamda Mahkeme'ye göre, “*özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda, takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup, bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır.*”

Mahkeme, bu noktada kamu personel rejiminin icap ettirdiği bazı gereklilikler ile özel hayat arasında dengenin nasıl kurulması gerektiğine dair kuralları da ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, “*personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda, özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip, bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında, özellikle kamu görevlilerinin meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de, diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi, asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir. Özellikle bireyin temel haklarından biri olan özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının göz önünde bulundurulması zorunludur.*”

Mahkeme, bu kriterler bağlamında değerlendirdiğinde, somut olayda bu dengenin kurulmadığına kanaat getirmiştir. Mahkeme'yi, özel hayatın gizliliği noktasında yol gösterici nitelikteki bu kanaate ulaştıran hususlar (yani söz konusu disiplin cezasındaki sakatlıklar) şunlardır:

müdahaleyi – aslında somut olaydaki hak bakımından özel bir sınırlama sebebi (yani *meşru amaç*) öngörülmemiş olmasına rağmen – 13. maddede yer alan meşru amaç dışındaki kriterler bakımından incelemeye devam etmiştir. Doktrinde “pratik uyuşum” yaklaşımı bağlamında aksi görüşler olmakla birlikte, bizce bu yaklaşım, 2001 sonrası sisteme uyan bir yaklaşım değildir. Mahkeme'nin başka bireysel başvurularda da devam ettirdiği bu yaklaşımı, yukarıda sözünü ettiğimiz “olumsuz” yaklaşımların yer aldığı makalede ele alınacaktır.

- Başvuruya konu eylem ve davranışların, her ne kadar ilgili disiplin kararları ve yargısal karar gerekçelerinde lojman olarak tahsisli bir konut olduğu vurgusu yapılsa da, başvurunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgunun saptanmadığı özel yaşam eylemlerine ilişkin olması;
- Başvurucunun, devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturması sürecinde, yalnızca meslekî hayatını değil, özel hayatını da ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda kalması;
- Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların yalnızca görevinin ifasıyla değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olması;
- Dolayısıyla ihtilaf konusu soruşturmanın kapsamının meslekî hayatın sınırlarını aşmakta olduğu;
- Üstelik verilen cezanın başvurunun bundan sonraki hayatını ve ekonomik olarak hayatını sürdürmesine olan etkisi de göz önünde bulundurulduğunda orantısız olduğudur.

Tüm bunlar, hiç şüphesiz özel hayatın korunması ve (bu bağlamda kamu görevlileri gibi bu bakımdan biraz daha hassas ve özenli davranmak zorunda olan kimseler için dahi) sınırları bakımından çok önemli tespitlerdir.⁴⁷

7. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri ile İlgili Hak ve Özgürlük Odaklı Yaklaşım

Mahkeme'nin bu süreçteki önemli sayılması gereken bir yaklaşımı da, demokratik hakların kullanılması bakımından Türkiye'de önemli bir problem haline gelen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme alanında

⁴⁷ Ancak söylenmeden geçilemeyecek olan bir husus da vardır ki; o da, Mahkeme'nin başvurunun bizce haklı olarak öne sürdüğü gizlilik talebini kabul etmemiş olmasıdır. Basından öğrenebildiğimiz kadarıyla başvuru, isminin gizli tutulmasını istemiştir (<http://t24.com.tr/haber/aym-karari-bozdu-ama-magdureyi-resmen-afise-etti,259114>; Erişim Tarihi: 18.10.2015). Mahkeme'nin bu tavrı, bizce bizzat Mahkeme eliyle özel hayatın gizliliği hakkının başka bir yönden ihlal edilmesidir.

karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak üzere İzmir'den Ankara'ya gitmek isteyen bir grup kimsenin, Ankara'daki eylemin valilikçe yasaklanması sonucu İzmir'den araçlarla ve yayan olarak çıkışlarına izin verilmediği, bu sırada kolluk güçlerinin orantısız güç kullanarak eylemcileri dağıttığı ve buna ilişkin de yetkili birimlerce etkili bir soruşturma yapılmadığı gerekçesiyle yaptıkları bireysel başvuruda,⁴⁸ *toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı* bağlamında çok önemli tespitlerde bulunmuştur.

Mahkeme'ye göre, *“toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde elzem olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olduğunun düşünülmesi ve bu niteliğin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının uygulamasında da gözetilmesi gerekir.”* Mahkeme'ye göre, *“şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önyolucu nitelikli radikal tedbirler, yetkililerin eylemlerde kullanılan ifadeler ve bakış açılarını şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak değerlendirdiği ya da eylemlerin yasadışı olduğu durumlarda dahi, demokrasiye zarar vermektedir. Diğer taraftan, düzenleme sadece barışçıl toplantı hakkını korumakla kalmamakta aynı zamanda bu hakka dolaylı olarak usulsüz sınırlamalar getirilmesinden kaçınılması yükümlülüğünü de ortaya koymaktadır. Bireyin, güvence altına alınan toplanma hakkını kullanırken kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı koruma hedefi, bu hakkın etkin şekilde*

⁴⁸2013/3924 sayılı ve 6.1.2015 tarihli karar. Mahkeme, bu olayda Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile 17. maddesinde düzenlenen maddi-manevi varlığın bütünlüğü hakkı çerçevesinde inceleme yapmıştır.

kullanılmasını sağlamak amacıyla pozitif yükümlülükler de doğurabilmektedir.”

Mahkeme, bu noktada çok önemli bir yaklaşım daha geliştirerek, *toplama hakkının barışçıl niteliğinin genel olarak bir bütün halinde değerlendirilerek ortaya konulması gerektiğini; örneğin toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılanların bir kısmının şiddete başvurmalarının diğerleri açısından bu hakka müdahaleyi meşru kılmayacağını vurgulamıştır. Hatta Mahkeme’ye göre, “bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı olması veya yasalara aykırı olarak düzenlenmesi de, tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmayacaktır. Halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez.”*

Mahkeme, günümüzde kamu güçleri tarafından “izinsiz” gösteri adı altına değerlendirilip dağıtılmaya çalışılan toplantı ve gösteri yürüyüşleri için de, çok önemli bir tespitte bulunmuş ve bu kapsamda, *izin ve bildirim usullerinin uygulanmasının toplama hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamaya yönelik olduğunu; ne var ki, derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılmasının barışçıl toplantı hakkına ölçsüz bir sınırlama olacağını da net olarak vurgulamıştır.*

Mahkeme, bir adım daha öteye giderek, *söz konusu hakka yönelik sınırlamanın, sadece hakkın kullanılmasından önceki bazı önleyici tedbirleri değil, hakkın kullanılması sırasında veya kullanıldıktan sonra yapılan muameleleri de kapsayacağını; bu anlamda barışçıl bir gösteri sırasında yapılanlar veya gösteri sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmaların da, toplantı hakkının kullanılmasını sınırlayan davranışlar olarak kabul edilebileceğini söylemiştir.*

Bu ilkesel tespitlerin ardından somut olaya dönen Mahkeme’nin bu noktada söyledikleri de, bu hakka bakışın nasıl olması gerektiği

konusunda idari ve adli birimlere yol gösterir niteliktedir. Mahkeme, somut olayda müdahaleye maruz kalan başvuru sahiplerinin birinci eylemi bakımından, TBMM’de görüşülecek bir kanun teklifine karşı endişe veya muhalif fikirlerin toplu olarak ifade edilme çabasının demokratik bir toplumda saygı ile karşılanması gerektiğini; bu gibi durumlarda **devletin daha sabırlı ve hoşgörülü bir tutum takınmasının** bekleneceğini; dolayısıyla çeşitli yöntemlerle kişilerin Ankara’da yapılacak protestolara katılmasının engellenmesinin çoğulcu demokratik bir toplumda makul görülemeyeceğini belirtmiştir. Çünkü Mahkeme’ye göre, bir yasa teklifine karşı Meclis görüşmelerinin yapılacağı tarihte toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenlenmesi demokratik bir toplumda korunmalıdır. Özellikle düzenleme kanunlaştıktan sonra yapılacak protestoların Meclis nezdinde beklenen etkiyi doğurmayabileceği de gözetildiğinde, güvenlik riskleri de değerlendirilerek gösteri yapacak gruplara uygun yer gösterilmesi yerine toptan yasaklayıcı karar alınması ve bu kararın da başka yasal gerekçeler ile dolaylı olarak uygulanması demokratik bir toplumda mazur görülmemelidir.

Somut olaydaki diğer müdahale (oturma eyleminin dağıtılması) bakımından ise, Mahkeme’ye göre, “başvuru sahiplerinin, Ankara’ya gitmelerinin engellenmesi üzerine bunu protesto etmek amacıyla geceleyin oturma eylemi yaparak trafiği kapatmaları ve 2911 sayılı Kanun kapsamında yasak kabul edilen yerlerde gösteri yürüyüşü yapmaları hususunda bildirimde bulunmamaları, **eylemi yasadışı hale getirirse de, bu sebeple ani gelişen olaylar karşısında yapılan barışçıl amaçlı eyleme müdahale ölçülü olarak değerlendirilmemelidir.** Özellikle grubun oturma eylemi sırasında trafiğin aksamaması üzerine yolun bir kısmını açması, daha sonra yürüyüşe başlamaları sırasında taşkınlık yapmamaları, polisin müdahalesi sırasında saldırgan tutum takınmamaları eylemin barışçıl amaçlarla yapıldığının bir göstergesidir. Bu durumda **yasadışı olsa dahi barışçıl amaçlarla yapılan** bir protestoda grubun dağıtılması yönünde polisin daha sabırlı ve hoşgörülü olması beklenir.”

Son olarak Mahkeme'nin bu tür toplumsal olaylarda kolluk güçleri tarafından yoğun olarak başvuru olan *biber gazı kullanımına* ilişkin de önemli tespitleri olmuştur. Mahkeme, *toplumsal olayları kontrol altına almak ve dağıtmak için kullanılan gazın, toplumsal olaylara müdahale tek başına toplanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmeyeceğini; ne var ki, kullanılmasının bazı sağlık sorunlarına yol açtığı saptanan bu maddenin hangi durumlarda kullanılması gerektiğinin mevzuatla tespit edilmesinin önemli olduğunu* belirtmiştir. Nitekim Mahkeme, *Emniyet Genel Müdürlüğü'nün ilgili Genelgesinde de, gaz kullanımından önce gerekli tıbbi tedbirlerin alınması; topluluğun duyabileceği şekilde gazın kullanılacağı ve dağılımları yönünde ikazda bulunulması ve dozajın da kademeli olarak artırılmasının öngörüldüğünü; bu anlamda yaş, gebelik veya kronik rahatsızlıkları nedeniyle biber gazından beklenenden daha fazla etkilenebilecek kişilerin gazın kullanımından önce ikaz edilmelerinin muhakkak gerektiğini; ülkemizde yaşanan bazı toplumsal olaylara biber gazı ile yapılan müdahalelerde can kaybı olduğu da gözetildiğinde Emniyet Genel Müdürlüğü'nün talimatnamesinin uygulanmasının ayrıca önemli olduğunu belirtmiş; bu kurallar doğrultusunda somut olayı – birikişi ve kamera kayıtlarıyla birlikte incelediğinde – gazlı su veya biber gazı kullanılacağından önceden göstericilere bildirdiğinin tespit edilemediğini saptamıştır. Mahkeme bu sebeple, her ne kadar başvuru maruz kaldığı ve ölçülü kabul edilebilecek dozdaki biber gazı nedeniyle ciddi sağlık sıkıntılarına uğramamışsa da, sırf ihtar yapılmadan gaz kullanılmasının barışçıl amaçlarla ve şekilde toplantıya katılmış başvuru kişinin toplanma hakkını ihlal ettiğine kanaat getirmiştir.⁴⁹*

Gerek “izinsiz” toplantı ve gösteri yürüyüşü kavramına ülkemiz pratiğinde verilen anlam; gerek toplantı ve gösteri yürüyüşünün sınırları

⁴⁹ Ayrıca Mahkeme'nin burada müdahalenin orantılı olup olmadığını incelerken, somut olayın gerçekleşme koşullarını ve başvuru kişilerin hal ve tavırlarını titizlikle incelemesi de gözlerden kaçmamaktadır. Mahkeme, başvuru kişilerin birinin polise saldırgan bir tavır sergilemesini dikkate almış ve onu diğer başvuru kişilerin ayırarak eyleminin “barışçıl” olmadığını söyleyip maruz kaldığı müdahaleyi orantısız olarak görmemiştir.

ve gerekse bu haklara müdahalede biber gazı kullanımına ilişkin kararda ortaya konan tespitler, bizce demokratik toplum bakımından oldukça önemlidir.

8. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında “Kanunilik” Şartına İlişkin Olumlu Yaklaşım

i. Şekli Kanun Kriteri: Gerekli ama Tek Başına Yeterli Olmayan Şart

Temel hak ve hürriyetlerin olağan dönemde sınırlandırılmasında “kanunla sınırlama” kriterine ilişkin Anayasa Mahkemesi yaklaşımı da, hak ve özgürlükler adına zikredilmesi gereken bir yaklaşımdır. Bilindiği gibi, AYM, bireysel başvuruda ihlal iddialarını incelerken, daha en başta (sınırlamanın meşru amaca hizmet edip etmediği, ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı gibi hususlardan önce) somut olaydaki sınırlamanın bu kriteri karşılayıp karşılamadığını incelemektedir.⁵⁰ İşte Mahkeme’nin bu aşamada benimsediği hem şekli hem de maddi anlamda kanun kriteri, hak ve özgürlükler adına oldukça önemlidir. Mahkeme’nin buradaki yaklaşımı, öncelikle ortada mutlaka şekli anlamda (yani TBMM tarafından kanun adı altında çıkarılmış) bir kanun olması gerektiği yönündedir.

Örneğin yukarıda yer verdiğimiz *Başörtüsü* kararında, AYM şöyle demiştir: *“Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hakların sınırlandırılması için mutlaka kanuna ihtiyaç vardır. Avukatların duruşmalara ‘başları açık’ olarak katılacaklarına dair bir kanuni sınırlama bulunmamaktadır. Gerek AİHM’nin Leyla Şahin kararı ve gerekse de AİHM’nin dayandığı ve Türkiye’de öğrencilerin kılık ve*

⁵⁰ Mahkeme, bunu bu yöndeki sayısız kararlarından birinde (B. No: 2014/6192 Kt. 12.11.2014) şu şekilde ifade etmiştir: *“Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması ölçütü anayasal temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında vazgeçilmez bir unsur olup (Bkz. B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 36), bu koşulun sağlanmaması durumunda diğer güvence ölçütlerinin değerlendirilmesinin bir anlamı olmayacaktır.”* Aynı doğrultuda bkz.: yukarıda incelediğimiz *kadının soyadına ilişkin kararın 36., Youtube kararının 55. paragrafları.*

kıyafetlerine ilişkin uygulamanın dayanağı haline gelen Anayasa Mahkemesi'nin 1989 ve 1991 tarihli kararları, Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükümde yer alan 'kanunilik şartı'nu taşıyan kurallar olarak kabul edilemez."

Mahkeme'ye göre, "Sözleşme'nin orijinal metinlerinde 'kanunen öngörülme'nin karşılığı olan 'prescribed by law/prévue par la loi' düzenlemesine AİHM'nin yüklediği anlam, Türk hukukundaki 'kanun' kavramını aşarak 'hukuk' terimiyle karşılanabilecek bir anlama sahiptir. AİHM, bir hak veya özgürlüğe müdahale olduğunda öncelikle müdahalenin bir 'hukuki temelinin' olup olmadığını denetlemektedir. Başka bir deyişle AİHM, 'hukuk' teriminden şekli anlamda kanunu anlamamakta, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağına değil düzenlemenin erişilebilir, öngörülebilir ve kesin olma niteliğine bakmaktadır. Bu yaklaşım nedeniyle AİHM'ye göre hukuken öngörülmüş olma ifadesindeki 'kanun' ya da 'hukuk' sözcüğü sadece yazılı hukuku değil, içtihadî hukuku da kapsamaktadır. Türk hukukunun bazı alanlarında, hâkimin yarattığı hukuk, hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmekle birlikte insan hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması gibi **tamamen biçimsel kanunilik ilkesi temelinde örgütlenen** bir alanda hiçbir zaman 'kanun' niteliğinde kural özelliği kazanamaz. Öte yandan temel bir hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin süreklilik kazanarak ulaşılabilir ve öngörülebilir hale gelmesi, müdahalenin dayanağı olan kamu gücü işlemi bir 'kanun' haline getirmez. Aksi bir düşüncenin kabulü, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kamu gücü işleminden veya eyleminden kaynaklanan hak ihlallerinin 'kanuni' dayanaklarının olduğunun kabul edilmesi anlamına gelecektir."

Keza bir başka örnek olarak Türkiye İş Bankası A.Ş. kararında⁵¹ da, Mahkeme, bu kapsamda "kanun"dan "şekli" anlamda kanunu anladığını açıkça ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, *Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan düzenlemeye uygun bir şekilde 35. maddesi de, mülkiyet hakkına*

⁵¹ Başvuru No: 2014/6192, Kt. 12.11.2014.

getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. ... Kanunla düzenleme gerekliliğine ilişkin hükümlerin ifade tarzı, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların mutlaka şekli anlamda kanun ile yapılması zorunluluğuna işaret etmektedir.

Görüldüğü gibi, bu anlamda AYM'nin yaklaşımı, "kanunilik" kriterini bu şekilde katı anlamayan ve maddi anlamda kanun kriterlerini taşıyan diğer hukuki normları ve hatta mahkeme kararlarını da yeterli sayabilen AİHM içtihadından daha katı ve bu yönüyle de daha birey yanlısıdır.

ii. İlave Kriterler: Maddi Kanun Kriterleri

Belirtelim ki, Mahkeme, yukarıdaki türde "şekli" bir kanunun varlığını gerekli görmekte; fakat yeterli görmemektedir. Mahkeme, sınırlamanın dayandırılabilceği bir kanundan bahsedebilmek için başka ilave kriterler de aramaktadır. Böylece Mahkeme, bir anlamda *şekli anlamda kanuna*, bir de AİHM yaklaşımı doğrultusunda *maddi anlamda kanunun* gerekliliklerini eklemektedir. Örneğin yine yukarıda değindiğimiz *Başörtüsü* kararında, Mahkeme'ye göre, *mevcut durumda başvuruçunun din ve inanç özgürlüğünü sınırlandıran ve Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak, erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.* Görüldüğü gibi, şekli anlamda bir kanunun varlığı yetmeyecek; böyle bir kanun var olsa bile bunun maddi anlamda belli kriterleri de taşıması gerekecektir.

Keza yine yukarıda değindiğimiz *İş Bankası* kararında da, Mahkeme'ye göre, "*Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunla yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye paralel olarak, verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile, vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin 'belirliliği' ve 'öngörülebilirliği' ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin*

kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilen ölçütlerdir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin ‘açık ve anlaşılır’ olmasını gerektirmekte olup, Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası ile Türk Hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere AİHS'ye göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir.”

Mahkeme'ye göre, bu gereklilik, hukuk devleti ilkesinin esaslarından olan “belirlilik” ilkesinin de zorunlu bir sonucudur. Bir cezanın kanuni dayanağının bulunmadığının iddia edildiği bir bireysel başvuruda,⁵² Mahkeme, şu tespitleri yapmıştır: “Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”⁵³

Bu anlamda Mahkeme'ye göre, ‘Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde de düzenlenen ilke, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak

⁵² B. No: 2013/849, Kt. 15.4.2014.

⁵³ Mahkeme, burada kendi önceki kararlarına atf yapmıştır (AYM, E.2009/51, K.2010/73, K.T. 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, K.T. 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, K.T. 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, K.T. 11/4/2012).

biçimde kanunda gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirmektedir. Hukuk devletinde, bireylerin belirli bir zaman diliminde hangi fiillerin suç olarak tanımlandığı ve hangi cezai yaptırımlara bağlandığını bilip öngörebilmeleri, bir başka ifadeyle ceza hukuku kurallarının öngörülebilir ve erişilebilir olması şarttır. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi şartı, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır.”

Görüldüğü gibi, AİHM’den daha daraltıcı (hak ve özgürlük adına genişletici) surette tanımlanan şekli anlamda kanun yaklaşımı, maddi anlamda kanun yaklaşımıyla daha da tahkim edilmektedir. Şekli anlamda kanunun varlığını şart gören; fakat tek başına yeterli görmeyip maddi anlamda kanun kriterleriyle de desteklenmesini arayan bu yaklaşım, hiç şüphesiz hak ve özgürlükler adına oldukça önemlidir.

iii. Sınırlamada Kanunilik Kriteri Bağlamında AY m.90/5 Hükümünün Etkisine İlişkin Benimsenen Olumlu Yaklaşım

Mahkeme’nin temel hakların sınırlanmasında kanunilik kriteri bağlamında benimsendiği bir olumlu yaklaşımı da, Anayasa’nın 90/5 hükmündeki uluslararası anlaşmaların üstünlüğüne verdiği anlamdır. Mahkeme, bireysel başvuru incelemesinde, ihlalin bir yasal mevzuat hükmünden kaynaklandığını tespit ettiğinde, Anayasa’nın 90/5, c.2 hükmünü devreye sokmakta ve anlaşma hükmüne aykırı kanun hükümlerinin zımnen ilga edilmiş olduğunu söyleyerek, o kanuna dayalı olarak gerçekleştirilen bir kamu gücü işleminin kanunilik kriterini karşılamadığını söylemektedir. Örneğin yukarıda yer verdiğimiz *Soyadı*

kararında, Mahkeme'nin yaklaşımı, *Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin AİHS'nin ilgili hükmüne aykırı olduğu ve bu sebeple de Anayasa'nın 90/5, c.2 hükmü uyarınca zımnen ilga edildiği; dolayısıyla ona dayanılarak yapılan bir müdahalenin (kocanın soyadını taşıma mecburiyetinde bırakmanın) kanuni temelini olmadığı şeklinde olmuştur.*

Mahkeme'nin bu yaklaşımı, elbette radikal veya devrim olarak adlandırılabilir bir yaklaşım değildir. Ne var ki, ülkemizde bilhassa derece mahkemelerinin açık kanun hükümleri karşısında başta AİHS olmak üzere uluslararası anlaşmaları uygulama noktasındaki tedirgin ve mütereddit tavırları dikkate alındığında, Medeni Kanun'un 187. maddesindeki gibi anlamı açık ve net bir kanun hükmü karşısında AYM'nin takındığı tavır, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaların tereddütsüz uygulanması anlamında güçlü bir anayasal mesaj olarak görülmelidir.⁵⁴

9. Adil Yargılanma Hakkı Bağlamındaki Olumlu Yaklaşımlar

Mahkeme, üç yıllık süreçte adil yargılanma hakkının farklı boyutlarıyla ilgili çok önemli ilke ve yaklaşımlar geliştirmiştir. *Makul sürede yargılanma, delillerin değerlendirilmesi ile temyiz incelemesi yapmama arasındaki dengenin kurulması, medeni hak ve yükümlülükler*

⁵⁴ Doktrinde Şirin, Mahkeme'nin AY m.90/5, c.2 hükmüne muhatap etmeden doğrudan uyguladığı; yani ihlale konu yasal normu bağlayıcı bir uluslararası sözleşme hükmüne aykırı olmasına rağmen zımnen ilga edilmiş saymadığı (ve böylece müdahalenin kanunilik testinden geçmemesi gerekirken geçtiği) olayların da bulunduğunu söylemektedir. Nitekim yazara göre, kamu çalışanlarına iş bırakma eylemi dolayısıyla verilen disiplin cezalarının konu edildiği ihlal iddialarında Mahkeme, uluslararası sözleşmelere aykırı olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki bazı cezai hükümleri AY m.90/5, c.2 testine sokmamış ve kanunilik yönünden bir problem görmeyip demokratik toplumda gereklilik unsuru yönünden incelemiştir. Oysa yazara göre, bu düzenlemeler, bundan önce, uluslararası sözleşmelere aykırılık dolayısıyla AY m.90/5, c.2 uyarınca zımnen ilga edilmiş sayılabilir ve böylece 13. madde testinde daha kanunilik kriterinde takılabilir (Şirin, s.112). Şirin'in bu eleştirisi bizce de haklıdır. Ancak ilkel olarak Mahkeme, bireysel başvuru incelemelerinde AY m.90/5, c.2 hükmüne yukarıdaki gibi bir işlev yüklemektedir. Somut bir olayda Mahkeme'nin ihlalin kaynaklandığı yasal normu bir uluslararası sözleşmeye aykırı görmeyip AY m.90/5, c.2 hükmü uyarınca zımnen ilga edilmiş saymaması, elbette isabetsiz bir karar olabilmekle birlikte; ilkel olarak yukarıda olumlu olarak addettiğimiz yaklaşımın varlığını ortadan kaldırmamaktadır.

kavramının geniş yorumlanması, kanuna aykırı delil meselesine bakış ve mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi konusundaki yaklaşım, bu noktada göze çarpmaktadır.

i. Makul Sürede Yargılanmaya İlişkin Kararlar

Yine temel hak ve özgürlükler adına bir önemli yaklaşım da, yargılamanın makul sürede bitirilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali olarak sayılmasıdır. Anayasa Mahkemesi, makul sürede yargılama yapılmaması ve davanın sonuçlandırılmamasına ilişkin şikayetlerde, herhangi bir idari ve yargısal yola başvurmaya gerek olmadan doğrudan bireysel başvuru yapılabilmesini kabul ederek tüketme kuralı bağlamında insan haklarının korunmasına yaptığı katkıyı;⁵⁵ bir yandan da işin maddi yönü itibarıyla makul sürede yargılamanın tamamlanmamasını Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali olarak görerek yapmaktadır. Bilhassa uzun süren yargılamaların Türk hukuk sisteminin kronik bir sorunu olduğu ve Strazburg'daki ihlallerin de önemli bir kısmını teşkil ettiği düşünüldüğünde, makul süre bakımından AYM'nin benimsediği yaklaşım, hiç şüphesiz kronik bir insan hakkı ihlaline son verme adına oldukça önemlidir.⁵⁶

ii. Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Olumlu Yaklaşım

Mahkeme'nin bireysel başvuru uygulamasında zikredilmesi gereken bir olumlu yaklaşımı da, adil yargılanma hakkı bağlamında delillerin değerlendirilmesine ilişkin yaklaşımıdır. Bilindiği gibi, delillerin doğru değerlendirilip değerlendirilmediği ve gereken delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmadığı, kural olarak asıl yargılamayı yürüten derece mahkemelerinin yetkisindedir. Bu noktada bir delilin

⁵⁵ Tüketme kuralına ilişkin olumlu-olumsuz boyutların ayrı bir makalede ele alındığını tekrardan hatırlatalım. (Bkz.: Ahmet Burak Bilgin, **3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında "Tüketme" Kuralları İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar**, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak)).

⁵⁶ Ayrıca bu noktada, Mahkeme'nin makul sürenin hesaplanmasında, davanın sadece bireysel başvurunun başladığı 23.9.2012 tarihinden sonraki kısmının değil; en başından beri geçirdiği sürecin dikkate alınması şeklindeki yaklaşımı da, makul süreye dayalı adil yargılama ihlali iddialarının anlamsız kalmaması adına önemlidir.

doğru bir şekilde takdir edilmediği iddiası, kural olarak bireysel başvuruda dinlenebilecek bir iddia değildir. AYM de, ilkesel olarak bu yaklaşımı benimsemektedir. Fakat Mahkeme, bu türden iddiaların olduğu bir başvuruda, bu ilkesel yaklaşımı öne sürüp doğrudan başvurunun kabul edilemezliğine karar vermemekte; bu noktada titiz bir inceleme yürütmekte ve *delillerin değerlendirilmesinde bariz bir takdir hatası ve keyfilik yahut bir delilin kullanılması veya kullanılmamasının yargılamanın bütününe etki ettiğini* tespit ettiğinde adil yargılama açısından meseleyi inceleyip ihlal kararı verebilmektedir.

Mahkeme'ye göre, *“Anayasa'nın m.148/4 hükmünde yer alan ‘bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz’ hükmü uyarınca, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının bariz takdir hatası veya açık keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır.”*⁵⁷

Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, *“belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi, esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını ve delili suma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek, kendi görevi kapsamında olmayıp; Mahkeme'nin görevi, başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir.”*⁵⁸ Yine Mahkeme'ye göre, *“adil yargılama hakkı, bireylere dava sonucunda verilen kararının değil, yargılama sürecinin ve*

⁵⁷ B. No: 2012/828, Kt. 21.11.2013, para. 21.

⁵⁸ B. No: 2013/1213, Kt. 4.12.2013, para. 27. Aynı doğrultuda bkz.: B. No: 2014/5844, Kt. 5.11.2014, para. 44.

*usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenmesi için başvurunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, bu çerçevede yargılama sürecinde karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyumsuzluğun çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi, mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir.*⁵⁹

Mahkeme'nin delillerin değerlendirilmesi meselesine ilkesel bakışı bu şekildedir. Ancak Mahkeme, yukarıda da belirttiğimiz gibi, somut bir başvuruda, delilleri değerlendirmenin derece mahkemelerinin yetkisine girdiği gerekçesiyle işin içinden sıyrılmamakta; somut olayda, yukarıda ihlal sebebi olarak saydığı hususların varlığı noktasında titiz bir inceleme

⁵⁹ B. No: 2013/2767, Kt. 2.10.2013, para. 22. Aynı doğrultuda bkz.: yukarıdaki 2014/5844 sayılı karar, para. 43. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'ne göre, "AİHM, delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak, somut davada kullanılan delilin sanığın hazır bulunduğu duruşmada ve 'silahların eşitliği' ve 'çelişmeli yargılama' ilkeleri ya da söz konusu delillerin yargılamanın bütününe olan etkisi çerçevesinde değerlendirmektedir. AİHM, pek çok kararında, AİHS'nin 19. maddesi bağlamında görevinin, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme'ye ilişkin yükümlülüklerinin gözetilmesini sağlamak olduğunu, AİHS'nin koruması altında bulunan hak ve özgürlükler ihlal edilmedikçe ulusal bir mahkemenin olaylara ya da hukuka ilişkin yaptığı hataları inceleme görevinin bulunmadığını, AİHS'nin 6. maddesinin adil yargılanma hakkını güvence altına almakla beraber bu maddenin öncelikli olarak ulusal hukuk bağlamında düzenlenmesi gereken bir konu olan delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir kural ortaya koymadığını belirtmektedir. AİHM, bariz bir şekilde keyfi olmadıkça, belirli bir kanıt türünün – iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtlar da dâhil olmak üzere – kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvurunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını kararlarında ifade etmektedir. AİHM, kanıtların elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmaktadır. AİHM'ye göre, delillerle ilgili esas olarak başvurucuya, delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği incelenmelidir (aynı karar, para.45, 46)."

yürütmektedir. Örneğin *Bayram Siviş* kararında,⁶⁰ başvurunun ihlal sebebi olarak öne sürdüğü adli tıp kurumundan mağdurun raporunun alınmamış olduğu iddiası bağlamında bunun yargılamanın adilliğine etkisini incelemiştir; *Abdulatif Akgül* kararında⁶¹ da, başvurunun, mahkûmiyetine dair yeterli deliller bulunmadığı, parmak izi incelemesinin yapılmadığı, re'sen dinlenmesine karar verilen bazı tanıkların sonradan dinlenmesinden vazgeçildiği gibi delillerin eksik toplandığı ve hatalı değerlendirildiğine yönündeki iddialarını, bunların silahları eşitliği ve çelişmeli yargılama gibi noktalardan yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği yönüyle incelemiştir.

Bir başka etkileyici örnek olarak verilebilecek *Aligül Alkaya ve Diğerleri* kararında⁶² da, Mahkeme, adil yargılanma hakkı noktasında hangi hususların ihlal teşkil edebileceğini ve bu anlamda nelere dikkat edilmesi gerektiğini ayrıntılı bir şekilde belirtmiştir. Mahkeme, öncelikle, mahkûmiyete esas alınabilecek tanık ifadesinin nasıl elde edilmesi gerektiği konusunda net kurallar koymuştur. Mahkeme'ye göre, **'kovuşturma sırasında bütün kanıtların tartışılabilmesi için kural olarak bu kanıtların aleni bir duruşmada ve sanığın huzurunda ortaya konulmaları gerekir. Bu kuralın istisnaları olmakla birlikte, eğer bir mahkûmiyet, sadece veya belirleyici ölçüde, sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları Sözleşme'nin 6. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur. Olayın tek tanığı varsa ve sadece bu tanığın ifadesine dayanılarak hüküm kurulacak ise bu tanık duruşmada dinlenmeli ve sanık tarafından sorgulanmalıdır. Bu tanığın, sanığın sorgulama imkânı bulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez.'**⁶³

⁶⁰ B. No: 2014/5844, Kt. 5.11.2014.

⁶¹ B. No: 2014/10531, Kt. 30.12.2014.

⁶² B. No: 2013/1138, Kt. 27.10.2015.

⁶³ Mahkeme'ye göre, *elbette bu durum, uyumsuzluk öncesi kovuşturmanın öncesinde ya da haricinde alınan ifadelerin kesinlikle delil olarak kabul edilemeyeceği anlamına gelmez.*

Mahkeme, ardından genel olarak bir delilin yargılamada kullanılabilirliğine ve hükme esas alınabilmesine ilişkin ilkeleri de ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, *“öncelikle, hükme esas alınan bir delilin başka delillerle desteklenmemiş olması, mutlak biçimde her durumda adil yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturmaz. Delilin çok kuvvetli olması ve güvenilirliği konusunda herhangi bir şüphe bulunmaması, destekleyici delillere olan ihtiyacın yoğunluğunu azaltır. Buna karşılık gücü ve güvenilirliği konusunda birtakım şüpheler bulunan bir delilin, suçun sübutu konusunda ulaşılan vicdani kanaat bakımından belirleyici olması hâlinde bu durum, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturabilir.”*

Mahkeme, *ikrar içeren ifadelerin yargılamada kullanılabilirliği* noktasında ise şunları söylemiştir: *“İkrar içeren ifadelerin müdafii huzurunda alınmış olması da önemli olup **müdafii hazır bulunmadığı ifadelerin hükme esas alınabilmesi için kovuşturma aşamasında bu ifadelerin baskı altında alınıp alınmadığını kontrol edecek yeterli mekanizmaların mevcut olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır.** Ayrıca ikrarın kişinin hür iradesine dayalı olup olmadığının – kovuşturma aşamasında – çelişmeli bir usulle yargılama makamı tarafından irdelenip değerlendirilmiş olması da gereklidir. Dahası özellikle sanığın soruşturma aşamasındaki ikrarını, kötü muamele veya işkence altında verdiğini belirterek hâkim önünde reddetmesi hâlinde işin esasına geçilmeksizin öncelikle bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Aksi yöndeki bir uygulama, hakkaniyete uygun yargılama hakkı bakımından önemli eksiklik oluşturabilir.”*

İkrar, tanık ifadesi ve genel olarak delillere ilişkin bu ilkesel tespit ve yaklaşımlardan sonra, Mahkeme, somut olay bakımından, önemli bir yol göstericilik yapmış ve somut olayda öncelikle *başvurucunun kolluk aşamasındaki ifadesinin müdafii olmadan alınmasını – bu ifadenin mahkûmiyete gerekçe teşkil etmesi dolayısıyla – adil yargılanma (AİHS m.6/3, c hükmü bağlamında) hakkının ihlali olarak değerlendirmiş;* ardından, yine *başvurucunun tanık olarak dinlenmesini talep ettiği bir*

kısım tanıkların dinlenmemesini (ve bir kısmının dinlenmesi talebinin de gerekece gösterilmeksizin reddedilmesini), yargılamanın bir bütün olarak adilliğini etkilediğini söylemiş; bunlardan başka, başvuruçunun kollukta verdiği ifadeyi sonradan yalanlamasına ve ifadenin müdafii olmadan, baskı, cebir ve kötü muamele uygulanarak alındığını belirtmesine rağmen, bu durumun yargılama aşamasında yargılamayı yapan mahkeme tarafından dikkate alınmamasını, yine adil yargılanma hakkı bakımından sorunlu görmüştür.

Bir yandan derece mahkemelerinin delilleri değerlendirme yetkisine saygı gösteren ve böylece bireysel başvurunun “ikincillik” işlevine uygun bir tavır alan; bir yandan da açık ve bariz bir hata ve keyfilik yönünden derece mahkemelerinin kararlarını ve bilhassa somut olayda delillere yönelik takdirlerini denetleyen Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruyu amacı ve işlevinden saptırmadan hak ve özgürlük ihlallerini denetlemektedir. Elbette Mahkeme'nin bazı somut vakalardaki kararları hatalı bulunabilir. Örneğin bariz bir keyfilik yahut takdir hatası olarak değerlendirilebilecek bir durumda Anayasa Mahkemesi, açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermiş olabilir. Ancak Mahkeme, bunu yaparken bile ister istemez işin esasına girmekte ve ortaya konan iddiaları, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, açıkça keyfilik ve bariz takdir hatası gibi açılardan incelemekte; böyle bir durumun bulunmadığını düşündüğünde de, ilkesel yaklaşımına referans verip açıkça dayanaktan yoksunluk kararı vermektedir. Bu noktada somut olaya ilişkin değerlendirmeleri isabetsiz olabilirse de; bu durum, somut olaydaki değerlendirme hatasından kaynaklanmaktadır.

iii. “Medeni Hak ve Yükümlülükler” Kavramının Geniş Yorumlanmasına Dair Yaklaşım

Anayasa Mahkemesi'nin üç yıllık bireysel başvuru uygulamasında insan haklarının etkili biçimde korunması adına dikkat çeken bir yaklaşımı da, AİHS m.6'da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamını belirleyen “medeni hak ve yükümlülükler” kavramının geniş yorumlanmasına ilişkin yaklaşım olmuştur. Uzaktan eğitim kapsamında

bilgisayar odasından yararlanmaları gereken sürenin cezaevi idaresince azaltılmasına itiraz eden dört mahkumun şikayetlerinin infaz hakimliğince reddedilmesi üzerine, bu durumun, bir yandan eğitim hakkı, bir yandan da infaz hakimliği kararının duruşma ve keşif yapılmaksızın ve tanık ile sorumlu görevliler dinlenmeksizin verilmesi yönüyle adil yargılanma hakkını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan başvuruda,⁶⁴ Mahkeme, *Bakanlığın, iddiaların bir disiplin cezasına yönelik olarak infaz hakimliğine yapılan bir şikayete ilişkin olmayıp hakimliğin ilgili kanun uyarınca dosya üzerinden inceleme yapabildiği, bu itibarla da AİHS'nin 6. maddesinin burada uygulanamayacağı yönündeki itirazına karşılık olarak, AİHS m.6'daki "medeni hak ve yükümlülükler" kavramının, somut olaydaki infaz hakimliğine yapılan şikayeti de kapsayacağını belirtmiştir.*

Mahkeme, AİHM'den ilham alarak, söz konusu "medeni hak ve yükümlülükler" kavramının, esas olarak özel hukuk davalarını kapsamakla beraber; özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar yanında, kamu hukuku özellikleri ağır basan, devlet ile birey arasındaki uyuşmazlıkların da buraya dâhil edilebileceğini; böylece bu kavramın geniş yorumlanması sonucu adil yargılanma hakkının da norm alanının genişleyeceğini ortaya koymuştur. Mahkeme'ye göre, böylece bireyler, sahip olduklarını iddia ettikleri tüm yasal hak ve yükümlülükleri talep edebilecekler; aynı zamanda devletin bu hak ve yükümlülükleri yaptığı her türlü müdahaleye yargı önünde itiraz edebileceklerdir. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde esas olacak "medeni hak ve yükümlülükler", hangi hukuk alanına girdiğine ve devletin müdahale edip etmediğine bakmaksızın, bir kişinin sahip olduğu, savunulabilir tüm hak ve yükümlülükleri kapsayacak şekilde yorumlanabilir.

Somut olay bakımından da, mahkumların, cezaevinde bulunmanın getirdiği doğal kısıtlamalar çerçevesinde herkes gibi temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu düşünüldüğünde, infaz hâkimliğinin yetkisinde bulunan hususların bu anlamda "medeni hak ve yükümlülükler" ile ilgili hususlar olduğu açıktır.

⁶⁴B. No: 2013/583, Kt. 10.12.2014.

Yine adil yargılanma hakkının kapsamını bu sefer “cezaî suçlamalar” yönü itibariyle genişleten yaklaşım da, söz konusu hakkın, bir cezaî süreçte kovuşturma öncesini ve hatta hazırlık aşamasını kapsayabileceğine dair genişletici yaklaşımdır. Yukarıda adil yargılanma hakkı bağlamında delillerin taşınması gerekli unsurlar bağlamında yer verdiğimiz *Aligül Alkaya ve Diğerleri* kararında,⁶⁵ Mahkeme, *adil yargılanma hakkı içinde özel bir alt hak konumunda olan avukattan yararlanma hakkının, soruşturmanın ilk evrelerinden itibaren ve hatta polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren sağlanması gerektiğini* belirtmiştir (para.133, 137).⁶⁶

iv.Kanuna Aykırı Delil Meselesine Dair Olumlu Yaklaşım

Delillerin değerlendirilmesi ve adil yargılanma noktasında değinilmesi gereken bir olumlu gelişme de, Mahkeme'nin *kanuna aykırı delil* meselesine olan yaklaşımıdır. Kanuna uygun delile dayalı yargılama yapılmasının adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi bağlamındaki önemi düşünüldüğünde, Mahkeme'nin bu noktada takınacağı hak odaklı yaklaşım, hiç şüphesiz insan hakları adına oldukça önemli olacaktır. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 38/6 hükmü, kanuna aykırı delillerin yargılamada kullanılmasını mutlak olarak yasaklamaktadır. Burada kastedilen, hükmün kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgulara dayandırılmayacağıdır.⁶⁷ Bunun adil yargılanma hakkına bakan boyutu ise, hiç şüphesiz böyle bir mahkûmiyetin adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır. Fakat vurgulanması gereken nokta, AİHM'nin de klasik

⁶⁵ B. No: 2013/1138, Kt. 27.10.2015.

⁶⁶ Mahkeme'ye göre, *soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlanma, en az kovuşturma aşaması kadar önemlidir. Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemekte; özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezaî yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hale geldiğinden, sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulabilmekte ve bu savunmasızlık veya suçlamaya karşı kendini koruma hakkı, ancak bir avukatın yardımı ile gereği ile telafi edilebilmektedir.*

⁶⁷ Tam bu noktada AYM'nin *bu hükmün esas itibariyle ceza yargılaması hukukuna ilişkin olmakla birlikte, uygulanabildiği ölçüde hukuk yargılaması bakımından da geçerli olduğu yönündeki yaklaşımını* da vurgulamak gerekir (Bkz.: B. No: 2013/6183, Kt. 19.11.2014, para.51).

yaklaşımı olduğu üzere, ***bir yargulamada kanuna aykırı delillerin kullanılmasının tek başına o sebeple yargulamayı adil olmaktan çıkarmayacağı; ancak yargılamanın bir bütününe bakılarak yargılamanın adil olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğidir.***⁶⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bugüne kadarki pratiğinde bu yaklaşımı benimsemiştir.

Mahkeme'ye göre, *“belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargulamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını ve delil sunma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek kendi görevi kapsamında olmayıp; onun görevi, başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bu yönüyle Mahkeme'nin görevi, belirli delil unsurlarının kanuna uygun şekilde elde edilip edilmediklerini tespit etmekten ziyade, bu türden ‘kanuna aykırılığın’ Anayasa’da korunan başka bir hakkın ihlali ile sonuçlanıp sonuçlanmadığını ve bu ‘kanuna aykırılığın’ bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemektir.”*⁶⁹

Ancak Mahkeme'nin bir üst başlıkta delillerin değerlendirilmesine dair zikrettiğimiz genel yaklaşımı burada da devreye girmekte; Mahkeme, bu noktada da oldukça titiz bir inceleme yürütmektedir. Örneğin, yukarıdaki paragrafta alıntılıdığımız tespitleri yaptığı kararında, AYM, somut olayda başvuruya konu mahkûmiyet kararının gerekçesini incelemiş ve yargılamanın esaslı ve belirleyici delilinin, başvurucuya ait mekânda yapılan aramada ele geçirilen birtakım bulgular olduğunu tespit etmiştir (yani Mahkeme'ye göre, yargılama, “arama” ve “arama esnasında elde edilen eşyalar” üzerine bina edilmiştir). Ardından Mahkeme, yargılamanın dayandığı bu aramanın hukuka uygun icra edilip edilmediğini incelemiş ve *aramanın yapıldığı tarihte yürürlükte olan Ceza*

⁶⁸ Bkz.: yukarıdaki 72. dipnot.

⁶⁹ Yukarıdaki 2013/6183 sayılı karar, para. 46.

Muhakemesi Usulü Kanunu'na göre ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması gerekmesine rağmen bunların yokluğunda gerçekleştirildiğini ve bu yönüyle açıkça kanuna aykırı olduğunu tespit etmiştir. Yargılamanın tek dayanağı, hukuka aykırı surette yapılan bu arama ve bu aramada ele geçirilen bulgular olduğu için, Mahkeme, bu durumun bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkilediğine kanaat getirmiştir.

Görüldüğü gibi Mahkeme, her ne kadar delilleri değerlendirme yetkisinin derece mahkemesinde olduğunu; bu anlamda tek başına bir delilin hukuka aykırı olmasının yargılamanın adilliğini etkilemeyeceğini belirtse de; somut olayda yargılamanın bina edildiği delilleri tespit etme ve bunların yürürlükteki mevzuata göre hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirme yoluna gitmiştir. Mahkeme'nin, bilhassa yargılamada kullanılan delilleri tespit etmesi ve sonra da bunları yürürlükteki mevzuat çerçevesinde hukuka uygun elde edilip edilmeme açısından değerlendirmesi, hiç şüphesiz hak ve özgürlüklerin korunması adına oldukça önemlidir.⁷⁰

⁷⁰ Doktrinde Göztepe, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımının bazı tereddütler doğurduğunu söylemektedir (Göztepe, s.28). Yazarın dikkat çektiği ifadelerde AYM şöyle demektedir: *'Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki 'kanuna aykırılığın' yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.'* (Yukarıda yer verdiğimiz 2013/6183 sayılı kararın 59. paragrafı.) Yazara göre, bu ifadelerden, söz konusu kanuna aykırı delilin, eğer hükme esas alınan tek ve belirleyici delil değilse kullanılabileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Nitekim AYM'nin tam bu noktada AİHM yaklaşımına atıf yapması da bu görüşü desteklemektedir. Oysa Anayasa'nın ilgili hükmü (m.38/6), bu konuda oldukça açıktır ve kanuna aykırı delilin mutlak surette kullanılmasını yasaklamaktadır. Yazar, elbette bu tespitinde haklıdır. Fakat bizce, Anayasa Mahkemesi'nin dediği, Anayasa'ya aykırı olacak bir şekilde, kanuna aykırı bir delilin kullanılabilmesi değil; böyle bir delilin yargılamanın adilliğini etkilemesi için tek ve belirleyici delil olarak kullanılması gerektiridir (yani salt böyle bir delilin kullanılmasının tek başına adil yargılanma

v. Mahkeme Kararlarının (Süresinde) Yerine Getirilmesine İlişkin Yaklaşım

Mahkeme'nin yine adil yargılanma hakkı bağlamındaki bir olumlu yaklaşımı da, bu hakkın mahkeme kararlarının tam anlamıyla yerine getirilmesini de kapsadığı ve kararın süresinde yerine getirilmemesinin tek başına adil yargılanma hakkının ihlali sayılacağı yönündeki yaklaşımdır. Mahkeme'ye göre, "hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil; yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır. Bu bağlamda yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uyma zorunluluğunu ve mahkeme kararlarının değiştirilemeyeceği ile uygulanmasının geciktirilemeyeceğini ifade eden Anayasa'nın 138. maddesinin adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır." Nitekim Mahkeme'ye göre, AİHM de, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının yerine getirilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmekte; mahkemeye erişim hakkının, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsayacağını belirtmektedir. Bu anlamda mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç vermesini sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır. Mahkeme ayrıca, davaya taraf olan kişinin etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanmasının idarenin kendisi hakkında verilebilecek nihai yargı kararlarına uymasını gerektirdiğini; idarelerin yargı kararını uygulamayı reddetmesi, ihmal etmesi ya da onu uygulamayı geciktirmesi halinde, davada taraf olan kişinin davanın aşamaları süresince yararlandığı Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen teminatların bütün anlamını yitireceğini vurgulamıştır.⁷¹

hakkının ihlali sayılmayabileceğidir). Bizce Mahkeme'nin bu yaklaşımı, temel hak ve özgürlükler adına sorunlu bir yaklaşım değildir.

⁷¹ B. No: 2013/9404, Kt. 14.10.2015.

Mahkeme, bu ilkeleri koyduğu kararında, kamulaştırmaz el atma nedeniyle mahkeme tarafından kişiye ödemek zorunda bırakıldığı tazminatı zamanında ödemeyen idarenin bu tavrının, gecikme dolayısıyla uğranılan maddi kayıp (ve bunun mülkiyet hakkı noktasında doğurduğu mağduriyet) bir yana, aynı zamanda yargı kararını yerine getirmeme yönüyle adil yargılanma (ve onun içinde bir alt hak olan “yargı kararlarının yerine getirilmesi”) hakkının da ihlalini teşkil edeceğini belirtmiştir.⁷² Ülkemizin kronik sorunlarından birinin yargı kararlarının süresinde ve gereği gibi yerine getirilmemesi olduğu düşünüldüğünde, bu yaklaşımın hakların etkili korunması adına olumlu bir yaklaşım olduğunda şüphe yoktur.⁷³

⁷² AYM, bu noktada “hangi süreye” ulaşıldığında kararı yerine getirmemenin hak ihlali sayılacağına ise, *davanın konusu, bir alacağın veya tazminatın ödenmesiyle alacak veya tazminatın mahiyeti, başvurusunun kararın icrasındaki menfaati, yargı kararının icrasının başvuru için önemi, ödeme ile sorumlu idarenin bütçe imkânları ve ödeme konusundaki tutumu, alacak veya tazminatın ödemenin gecikmesi nedeniyle değer kaybedip kaybetmediği, davanın kararın icra safhasıyla beraber toplam süresi ile kararın icrasında geçen süre gibi koşullara göre değerlendirileceğini* belirtmiştir. (Somut olayda ise tazminat bedelinin idarece yaklaşık 7 yıl sonra ödenmiş olmasını ihlal olarak değerlendirmiştir.) Bu yaklaşım, bizce sorunludur. Buna aşağıda değineceğiz.

⁷³ Ancak tam bu noktada Mahkeme, **ihlal olabilmesi için gereken süreye dair benimsediği yaklaşımla**, adeta bir eliyle verdiğini diğeriyle geri almıştır.. Şöyle ki, örneğin İYUK’nın m.28 hükmü, mahkeme kararlarının gecikmeksizin yerine getirileceğini ve bu sürenin hiçbir halde 30 günü geçemeyeceğini belirtmektedir. Keza konusu belli bir miktar paranın ödenmesinde de, aynı kural geçerlidir. Anayasa da, m.138 hükmünde, mahkeme kararlarının uygulanmasının geciktirilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yakın dönemde verdiği bir kararında (E.2014/149, K.2014/151, Kt. 2.10.2014), İYUK’nın bahsettiğimiz hükmüne konan “belli kamu görevlileriyle ilgili mahkeme kararlarının 2 yıl içinde yerine getirilmesine” yönelik düzenlemeyi, temel olarak 2 yıl içinde yerine getirmenin, m.138 anlamında bir yerine getirme olmayacağı gerekçesiyle iptal etmiştir. Hukukumuzda bazı özel düzenlemeler dışında genel olarak bir davanın ne kadar sürede bitirilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. O itibarla adil yargılanma hakkının bu boyutu bakımından yargılamanın makul sürede olup olmadığı, davanın büyüklüğü, karmaşıklığı, tarafların sayısı vb. faktörlere göre belirlenebilir. Ne var ki, adil yargılanma hakkının “kararların idare tarafından yerine getirilmesi” yönü bakımından yukarıda görüldüğü üzere bir süre öngörülmüştür. **O halde bu sürenin geçmesi, kararın süresinde yerine getirilmemesi sayılmalıdır.** AYM’nin yukarıda saydığı çeşitli faktörler, ancak 30 günlük süre içindeki yerine getirmenin süresinde olup olmadığını belirlemede dikkate alınabilir. AYM’nin yukarıda yer verdiğimiz *Twitter* ve *Youtube* kararlarında da açıkça belirttiği gibi, bu 30

10. AİHM'nin Pozitif Yükümlülük Doktrinine İlişkin Yaklaşım

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru uygulamasında insan haklarının korunması adına önemli görülebilecek bir önemli yaklaşımı da, AİHM'nin taraf devletlerin AİHS kapsamındaki yükümlülüklerine ilişkin geliştirdiği pozitif yükümlülük doktrini benimsenmiş yaklaşımıdır. Bilindiği gibi AİHM, *Sözleşme'deki belli hak ve özgürlüklerin devlete sadece ihlal etmeme şeklinde negatif bir yükümlülük değil; aynı zamanda o haklara karşı üçüncü kişilerden gelebilecek ihlallerden karşı kişiyi koruma ("koruma" boyutu) ve ihlal gerçekleştiği takdirde de hukuki ve cezai yolları doğru biçimde işleterek oluşan zararı giderme ("usul" yükümlülüğü) şeklinde ifade edilebilecek pozitif bir yükümlülük de yüklediğini* söylemektedir.⁷⁴ Bilhassa *yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması* hakkına ilişkin uzun yıllardır benimsenen bu yaklaşım, devletin bu alandaki ödevlerinin sınırını çizmekte ve hakkın etkin şekilde korunmasını sağlamaktadır. İşte Anayasa Mahkemesi'nin 3 yıllık bireysel başvuru uygulaması da, "ilkesel" olarak bu Strazburg yaklaşımının benimsendiğini göstermektedir. Mahkeme, Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve ödevlerini" düzenleyen 5. maddesi üzerinden bu doktrini iç hukuka aktarmakta ve Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan

günlük süre, azami süredir. O itibarla bir somut olayda 30 günlük süre geçmemiş olsa da, yine de kararın yerine getirilmesi geciktirilmiş ve adil yargılanma hakkı bu yönüyle ihlal edilmiş olabilir. Zaten tam da bu yüzden AYM, söz konusu *Twitter* ve *Youtube* kararlarında, çok kısa bir sürede yerine getirilmesi mümkünken yaklaşık bir haftalık bir sürenin geçmesine rağmen idare mahkemesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararının davalı idare tarafından yerine getirilmemesini, somut olayın koşulları (ifade özgürlüğü, yerel seçimler ve internetin etkisi vs.) bağlamında süresinde yerine getirmeme saymış ve idari yargı yolunun sırf bu sebeple "tüketilmesi gerekli etkili bir yol" olmadığını ve somut olayda doğrudan bireysel başvuru yapılabileceğini söylemiştir. Ancak 30 günlük süre geçtikten sonra, artık böyle bir değerlendirmenin anlamı olmamalı; karar, her halükarda süresinde yerine getirilmemiş sayılmalıdır. O itibarla AYM'nin adil yargılanma hakkının kapsamına mahkeme kararlarının süresinde yerine getirilmesi hakkını da eklemesi, insan haklarının korunması adına oldukça önemli; ve fakat hangi sürenin bunun için gerektiği yönündeki yaklaşımı oldukça mağdur edicidir.

⁷⁴ Bu yöndeki AİHM kararları için bkz.: B. No: 2012/752, Kt. 17.9.2013, para. 52, 53.

yaşama ve maddi-manevi varlığı koruma hakkının bu yükümlülüğü içerdiğini söylemektedir.⁷⁵

i. Koruma ve Usul Boyutu

Bu noktadaki çok sayıda karardan biri olan (Van depreminde yaşanan bir ölüm olayıyla ilgili) *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* kararında,⁷⁶ Mahkeme, *Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında, devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme yükümlülüğü bulunduğunu; bunun yanı sıra, devletin, pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü altında olduğunu; keza benzer şekilde, devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten korumakla yükümlü olduğunu belirterek pozitif yükümlülüğün "koruma" boyutunu ortaya koymuştur.⁷⁷*

⁷⁵ Mahkeme, bu yükümlülüğün "koruma" boyutunu, yıllardır norm denetimi üzerinden verdiği kararlarında vurgulamaktadır (bkz.: E.1999/68, K.1999/1 ve E.2005/151, K.2008/37). Ancak daha somut olarak ve "usul" boyutunu da ekleyerek bireysel başvuru uygulamasında da benimsemesi elbette vurgulanmayı hak etmektedir.

⁷⁶ B. No: 2012/752, Kt. 17.9.2013.

⁷⁷ Mahkeme, bu noktada bu "pozitif" yükümlülüğün "koruma" boyutuna ilişkin devletin ödevlerinin sınırını da kendince çizmiştir. Buna göre; "*özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alınarak; pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine için yetkililerce, belirli bir kişinin hayatına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu bilmesi ya da bilmesi gerektiği durumların varlığı kabul edildikten sonra, böyle bir durum dahilinde, makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde kamu makamlarının önlem almakta başarısız olduklarının tespiti gerekmektedir.*" Mahkeme, bu tespitleri yaparken, AİHM'nin *Keenan/Birleşik Krallık* (27229/95), *A. ve Diğerleri/Türkiye* (30015/96) ve *İlbeyi Kemaloğlu ve Meriye Kemaloğlu/Türkiye* (19986/06) kararlarına atıf yapmıştır. Aynı doğrultuda bkz.: *Sadık Koçak ve Diğerleri* kararı (B. No: 2013/841, Kt. 23.1.2014). Hatta Mahkeme, *Sadık Koçak ve Diğerleri* kararında, söz konusu yükümlülüğün, bazı özel koşullarda, devletin, **kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü** de içerdiğini belirtmiştir. Bundan başka, Mahkeme bir başka kararında

Devletin tabii olduğu bu pozitif yükümlülüğün bu şekildeki “koruma” boyutu dışında, ölüm veya maddi-manevi varlığa bir müdahale meydana geldiğinde, onu tamamlayacak şekilde bir de “usuli” boyutu vardır. Mahkeme, bunu da şu şekilde dile getirmiştir: “Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler için hesap vermelerini sağlamaktır.”⁷⁸

(Salih Ülgen ve Diğerleri, B. No: 2013/6585, Kt. 18.9.2014) söz konusu yükümlülüğün, devlete, egemenlik alanında bulunan bireylerin yaşamını korumak için önleyici genel tedbirleri alma görevini de yüklediğini açıkça belirtmiştir.

⁷⁸ Mahkeme, bu noktada aynı koruma boyutunda yaptığı gibi usul boyutu için de bir çerçeve çizmiştir. Bu bağlamda, öncelikle Mahkeme’ye göre; *bu, bir sonuç yükümlülüğü değil, uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Ve bu durum, hiçbir şekilde Anayasa’nın 17. maddesinin başvuruçulara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı verdiği ve tüm yargulamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmez. Yapılması gereken soruşturmanın “türü” açısından, Mahkeme’ye göre, “usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türü, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespit edilmelidir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalarda Anayasa’nın 17. maddesi gereğince devletin, ölümcül saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, yaşam hakkı ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir.”* Ancak Mahkeme’ye göre, *ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Bu bağlamda, yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir. Bununla birlikte, Mahkeme, ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında Devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu, yani olası sonuçların farkında olmalarına*

Bu bağlamda devletin koruma yükümlülüğünün ihlali halinde hem tazminat yoluyla giderim gerekecek hem de usul yükümlülüğünün bir gereği olarak etkili bir soruşturma ile sorumluların hesap vermesi sağlanacaktır. Salt usuli yükümlülüğün ihlali halinde ise, etkili ve yukarıda belirttiğimiz nitelikleri taşıyan bir soruşturma, ihlalin giderilmesi için gerekli ve yeterli olabilecektir.

Mahkeme, bu ilkesel yaklaşımını somut olaylara titiz bir şekilde uygulamaktadır. Bahse konu yükümlülüğün koruma boyutunun somutlaştırılması için, yukarıda yer verdiğimiz *Sadık Koçak ve Diğerleri* kararı, güzel bir örnektir. Bir askerin intihar etmesine ilişkin olarak, önce askeri yargısal makamlarca yürütülen soruşturmada, intiharın, söz konusu kişinin kendi iç dünyasından kaynaklanan ancak dışa yansıtmadığı şahsi, ailevi ve maddi sıkıntılar nedeniyle girmiş olduğu psikolojik bunalım sonucu gerçekleşmiş olduğu ve başkasına atfedilebilecek bir suç unsuru bulunmadığı kanaatine varılarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş; ardından da ailesi tarafından askeri idari yargıda açılan tazminat davası, talep edilen tazminat miktarının çok altında bir rakamda tazminata hükmedilerek kısmen kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkı üzerinden yaptığı değerlendirmede, bu konuda devletin yükümlülüğünü

rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda, bireyler kendi inisiyatifleriyle ne gibi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun, insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmamasının 17. maddenin ihlaline neden olabileceğini düşünmektedir. Yapılması gereken soruşturmanın “içeriği” ve “niteliği” açısından ise, Mahkeme’ye göre, “bu noktada yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkan verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Bu bağlamda, soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek ölümü aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Soruşturmada ölüm olayının nedeninin veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkanını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşır. Yürütülecek ceza soruşturmalarının etkinliğini sağlayan hususlardan biri de teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturmanın veya sonuçlarının kamu denetimine açık olmasıdır. Buna ilaveten her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır.”

hem koruma hem de usuli boyutu itibariyle incelemiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği ortaya çıktığında hakça bir tazminat ve sorumluların hesap vermesini sağlayacak etkin bir soruşturma, ihlalin giderilmesi için gerekli olan adımlardır.

Mahkeme, söz konusu yükümlülüğün koruma boyutuna ilişkin yukarıda değindiğimiz (ve bilhassa kişinin kimi zaman kendi eylemlerine karşı da korunmasını içeren) ilkesel tespitlerini yaptıktan sonra, başvuruya konu olayların gelişimini titizlikle incelemiş ve bu incelemesi neticesinde bir koruma yükümlülüğünün ihlalinin bahsedilebileceğine karar vermiştir.⁷⁹ Bu andan sonra yapılacak şey ise, *koruma yükümlülüğüne ilişkin boyutuyla oluşan maddi-manevi zararların hakça karşılanıp karşılanmadığı ve bunu tamamlayan usuli boyutuyla da, sorumluların hesap vermesine elverişli bir soruşturmanın yapılıp yapılmadığının tespit edilmesidir.*⁸⁰

⁷⁹ AYM'ye göre, *intihar eden askerin kalorifer dairesinin zimmeti kendisine verildiği andan itibaren bu görevi yapamayacağından korktuğu ve yanlış bir şey yaparsa ailesinin malvarlığına el konulacağı tehdidi altında olduğu anlaşılmakta; anne babası ile yaptığı telefon görüşmelerinde bu kaygılarını dile getirdiği görülmekte; gerçek olaylara ya da kafasında oluşturduğu vehimlere dayalı olmasının bir önemi bulunmaksızın, üstlendiği sorumluluklara bağlı olarak yoğun kaygı yaşadığı değerlendirilmektedir.* Bu bağlamda Mahkeme'ye göre, *her ne kadar bir askerin sadece maddi sorunlarının bulunması veya kendisine yüklenen sorumlulukların ağırlığı nedeniyle yoğun kaygılar yaşamasına bağlı olarak gerçekleşen intihar eylemlerini idarenin öngörmesi ve gerekli tedbirleri alması gerektiği sonucu çıkarılamayacak olsa da, başvuru konusu olaydaki gibi genel olarak bazı sorunları olduğu bilinen bir askerin ilgisiz bir zamanda silah ve mühimmat istemesi gibi çok açık bir şekilde intihar eylemine girişilebileceği konusunda işaretlerin olması ve bu durumun yetkililere bildirilmesi halinde, idarenin bu konuda önleyici tedbirler almasının kendisinden beklenebileceği düşünülebilir.* Mahkeme'ye göre, *tüm bunlar düşünüldüğünde ve başvuru konusu olayın özel koşulları göz önünde bulundurulduğunda, müteveffanın intihar edebileceği konusunda uyarıcı nitelikteki belirtiler ortaya çıkmasına ve kendisine bildirilmesine rağmen idarenin gerekli önlemleri aldığı söylenemeyecektir.* Nitekim AYİM de, *somut olaydaki tazminat davasında bir miktar tazminata hükmederken bu durumu ortaya koymuştur.*

⁸⁰ Bu anlamda Mahkeme'ye göre, *somut olayda, eğer etkili bir ceza soruşturması yapılması noktasındaki usuli yükümlülük yerine getirilmişse, idari makamlar ve derece mahkemeleri tarafından başvuru lehine bir tedbir ya da kararın alınması suretiyle ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmiş*

Yine yukarıda yer verdiğimiz *Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri* olayı da, pozitif yükümlülüğün usuli boyutu itibarıyla güzel bir örnek teşkil etmektedir. 23 Ekim 2011’de Van’da yaşanan deprem felaketinden 18 gün sonra meydana gelen bir artçı depremde bir otelin yıkılması sonucu otelde kalan 24 kişinin hayatını kaybetmesi ile ilgili yürütülen soruşturmada, Van Valisi ile AFAD görevlileri hakkında 4483 sayılı Kanun gereğince görevsizlik kararı verilerek dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilmiş; Başsavcılık da, söz konusu kişiler hakkındaki görevi kötüye kullanma iddialarının somut bilgi ve belgelere dayanmadığı ve bu sebeple haklarında ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikayetin işleme konmamasına karar vermiştir. Başvurucular, bunun üzerine bu kararın kaldırılması için Danıştay’a itiraz etmişler; fakat 4483 sayılı Kanun’da Başsavcılığın bu karara karşı bir itiraz yolu öngörülmediği için itiraz, incelenmeksizin reddedilmiştir.

Bu olaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, devletin yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün usuli boyutu hakkında yukarıda yer verdiğimiz ilkesel tespitleri yaptıktan sonra, *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın, 24 kişinin ölümü gibi ciddi sonuçlar doğuran olay hakkında, Van Cumhuriyet Başsavcılığı’nın ilk soruşturmada göz önünde bulundurduğu hususlar⁸¹ ile başvurucuların şikâyet konusu yaptığı hususlar hakkında hiçbir değerlendirme yapmaksızın, görevi kötüye kullanmaya ilişkin iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı ve ilgililer açısından suç oluşturan ve ön inceleme*

olması – hükmedilen miktar bakımından bariz bir takdir hatası ve keyfilik olmadıkça – başvurucuların “mağdurluk” sıfatını kaldıracaktır. Meselenin usuli boyutu bağlamında etkili bir soruşturmanın yapıp yapılmadığı noktasında ise, Mahkeme, intihar olayından sonra başlatılan ceza soruşturması aşamasını titiz bir şekilde incelemiş (bkz.: kararın 96. paragrafı) ve bu incelemesi bağlamında, bir soruşturmanın taşınması gerekli (yukarıda yer verilen) ilkeler bağlamında usuli yükümlülüklerin tam olarak yerine getirildiğine kanaat getirmiştir.

⁸¹ AYM’nin dosya kapsamında yaptığı tespitlere göre, *Van Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ilk soruşturma kapsamında, keşif yapılmış, numuneler alınmış ve incelenmiş, bilirkişilerden görüş alınmış, bilirkişilerce hazırlanan rapor ışığında, söz konusu binanın yapımında sonradan yapılan ilavelerde bulunan eksiklik ve hatalara değinilmiş, ilk depremde ayakta kalmasına rağmen ikinci depremde iki deprem arasındaki artçı şoklardan etkilenerek yıkıldığı anlaşılmıştır.*

yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin işleme konulmamasına karar verdiğini; başvuru sahiplerinin iki deprem arasında yetkililer tarafından hasar tespiti yapılmaması ve diğer idari tedbirlerin alınmaması suretiyle ölüme neden olma temel şikâyetine ilişkin, hasar tespiti ve hasarlı binalara girişin engellenmesi konusunda yetkililerce ne tür işlemler yapıldığını ortaya koyacak delil ve değerlendirmelere yer vermeksizin soruşturma açılması talebini işleme koymadığını belirtmiş;⁸² ayrıca “soruşturma izni verilmemesi” şeklinde bir karar verilmesi halinde söz konusu kararın itiraz yoluyla denetimden geçirilebilecek olmasına karşın, hâlihazırda verilen “şikâyetin işleme konulmamasına” dair kararın soruşturmanın devam ettirilmesine yönelik talebin bir itiraz mercii tarafından incelenmesine de engel olduğunu söylemiş ve tüm bunları usuli pozitif yükümlülük bağlamında ihlal olarak değerlendirmiştir.⁸³

⁸² Oysa Mahkeme’ye göre, ‘somut olayda, doğal afetin etkisi dışında sorumluluğun ne ölçüde ilgili (müştekilerin de sorumlu olduğunu ileri sürdüğü) kamu görevlilerinin ihmaline atfedilebileceğini ortaya koyacak bir soruşturma açılması gerekmektedir. Bu soruya cevap verilebilmesi için teknik ve idari yönlerden değerlendirmeler içeren uzman görüşlerine başvurulması ve sadece kamu otoritelerinin elde edebileceği bilgilerle ulaşılabileceği gerekmektedir. Bu hususlar bireylerin (başvuru konusu olayda müştekilerin) ispatlayabilecekleri hususlardan değildir.’

⁸³ Mahkeme, söz konusu kararın, ayrıca, usuli yükümlülükler çerçevesinde yukarıda değindiğimiz “soruşturmanın kamu denetimine açık olması” yönünden de problemli olduğunu düşünmektedir. Yukarıda da zikrettiğimiz gibi, yürütülen soruşturmanın etkililiği değerlendirilirken göz önünde bulundurulacak hususlardan bir diğeri de, yürütülen soruşturmaya başvuru sahiplerinin soruşturmanın açıklığını temin edecek ve meşru menfaatlerini koruyabilecekleri bir şekilde dâhil olabilmeleridir. Oysa başvuru konusu olayda, Danıştay 1. Dairesi, yakınlarını kaybeden kişilerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın işleme koymama kararına yaptıkları itirazı 4483 sayılı Kanun’da Cumhuriyet Başsavcılıklarının bu kararlarına karşı herhangi bir itiraz yolu öngörülmediğinden bahisle incelemeksizin reddetmiştir. Başvuru sahiplerinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının işleme koymama kararına karşı itiraz edebilecekleri bir makam bulunmamaktadır. Bu durumda bu kişiler hakkında yürütülen soruşturmanın ve sonuçlarının açık olmaması nedeniyle soruşturmanın etkili olduğundan söz edilemeyecektir. Nitekim Mahkeme, AİHM’nin, Dink/Türkiye davasında (2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, para.89), başvuru (Fırat Dink) yakın akrabalarının, yalnızca dosya üzerinden inceleme yapan itiraz mercilerine itirazda bulunabilmiş olmalarının, mağdurların meşru menfaatlerinin korunması hususunda söz

Yine örneğin *Salih Ülgen ve Diğerleri* kararı⁸⁴ da, bu konuda güzel bir laboratuvar niteliğinde olup; Mahkeme'nin, söz konusu yükümlülüğün koruma boyutunu ne derece ileriye götürebildiğini de çarpıcı bir şekilde göstermektedir. Başvuruya konu olaylarda, 13 yaşında bir çocuk, askeri bölge civarında mayınlı bir arazi yakınlarında arkadaşlarıyla hayvan otlatığı sırada koyun sürüsünün mayın levhası bulunan tel örgünün yukarısından aşağıya doğru inmesi üzerine arkadaşlarıyla birlikte koyunların peşinden giderek mayınlı araziye girmiş ve burada buldukları bir mayının patlaması sonucu sağ kolunun dirsek kısmının alt tarafı kopmuş ve vücudunun çeşitli yerlerinden yaralanmıştır. Mahkeme, *öncelikle, başvuruya konu kazanın sivillerin girmesi yasak olan askeri bir alanda meydana gelmesi nedeniyle başvurusunun hayatını korumak adına söz konusu alana girişinin engellenmesi amacıyla gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmasının Anayasa'nın 17. maddesi açısından devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında yer aldığını ortaya koyarak işe başlamıştır. O halde mesele, bu anlamda gerekli önlemlerin alınıp alınmadığında düğülenmektedir.*

İlk bakışta, somut olayda yetkili birimler, kişilerin söz konusu araziye girmemeleri için gerekli tüm önlemleri almıştır. Mayın tarlasının çevresi bir metre yüksekliğinde tel üstüvane ve dikenli tel ile çevrilmiş; bölgenin mayınlı olduğunu belirten mayın ikaz levhaları asılmış; bölge halkı, mayın tarlaları hakkında bilgilendirilerek kendilerine talimat tebliğ edilmiş; arazisinde çalışmak için veya hayvanları otlatmak için gelen halk, mayınlı araziler konusunda uyarılmıştır. Ne var ki AYM, kendince bir mantık yürütmüştür. Ona göre, *yetkililer tarafından alındığı belirtilen önlemler ve nöbetçi askerin uyarıları, sorumlu yetişkinler gibi davranması beklenemeyecek olan başvuru ve arkadaşlarının mayınlı sahaya girmesini engelleyememiş; üstelik koyun sürüsü dahi tel örgülerin üzerinden aşabilmiştir. Mahkeme'ye göre, bunlar, başvurusunun*

konusu soruşturmalardaki eksiklikleri gideremeyeceğine hükmetmiş olmasına atıf yapmıştır.

⁸⁴B. No: 2013/6585, Kt. 18.9.2014.

yaralanmasına neden olan mayın patlamasının meydana gelmemesi için alınması gerekli güvenlik tedbirlerinin somut olayda yeterli düzeyde bulunmadığını göstermektedir.

Yaşam hakkı ve maddi-manevi varlığın korunmasında devletin pozitif koruma yükümlülüğüne ilişkin çıtanın bu denli üstte tutulması, komik ve absürt ölümler ülkesi olan Türkiye’de, yetkili mercileri, almaları gereken önlemler noktasında kendilerine çeki düzen vermeye yöneltebilecektir.

Bu noktada Mahkeme’nin *sağlık hizmetlerini* – Anayasa’nın 56. maddesinin de desteğiyle – maddi-manevi varlığın korunması hakkı bağlamında değerlendirmesini de zikretmek gerekir. Mahkeme’ye göre, *devletin yukarıda yer verdiğimiz 17. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüğü, sağlık alanında yürütülen hizmetleri de kapsamaktadır.*⁸⁵ Bu bağlamda *devlet, ister kamu ister özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile maddi-manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır.* Hatta Mahkeme’ye göre, “*bu hak, bireyin kendisine sağlanan tıbbi tedavinin seçimine katılması; bu konuda rızasının alınması ve maruz kalabileceği sağlık risklerini değerlendirebilmesi için gerekli bilgiyi edinebilmesini de içermektedir.*⁸⁶ Tüm bunlar çerçevesinde, devletin bu alandaki pozitif yükümlülüğü, bir kimsenin, tıbbi bir uygulama nedeniyle fiziki bütünlüğünde meydana gelen zararın giderilmesinde sorumluların belirlenmesi amacıyla etkili bir

⁸⁵ B. No: 2013/2084, Kt. 15.10.2015.

⁸⁶ Mahkeme, somut olayda, başvuru konusundaki tıbbi müdahaleden önce gerektiği şekilde rızasının alınıp alınmadığı hususunun incelenmesi gerektiğini söylemiş ve bunu yaparken de, başta “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları” olmak üzere, ilgili kanun ve yönetmelikler çerçevesinde bu durumu değerlendirmiştir. Mahkeme’nin bu noktada titiz ve adeta bir derece mahkemesi gibi ayrıntılı bir inceleme yürüttüğü (bkz.: para.67-70) gözlerden kaçmamaktadır. Mahkeme, tüm bu incelemeleri neticesinde, somut olayda başvuru konusundaki tıbbi müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilemeyeceğini; bu nedenle de geçirdiği ameliyatın tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediğinin anlaşıldığını belirterek, 17. maddedeki maddi-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

yargısal korumadan yararlanmasını gerektirmektedir.”⁸⁷ Ülkemizin absürt ve kolay ölümler ülkesi olmanın yanında, halk arasındaki deyişle “hastanın içinde neşter unutmama” vakalarıyla da bilinen bir ülke olması olgusu karşısında, sağlık hizmetleri ve yanlış tedavi bakımından Mahkeme’nin bu tavrı, hiç şüphesiz önemlidir.

ii. Cezasızlık Boyutu

Yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığın korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerinin usuli boyutunun – yukarıda gördüğümüz tüm sorumluların ve bilhassa da kamu görevlilerinin hesap vermesine yönelik etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü yanındaki – bir alt boyutu da, söz konusu haklara yönelik ihlallerde “cezasızlık” sonucunun doğmasını engelleyecek bir soruşturma ve kovuşturma yürütme yükümlülüğüdür. Bu noktada da, yapılan yargılama neticesinde *tatmin edici ve caydırıcı nitelikte olmayan bir cezanın verilmesi ile zamanaşımı dolayısıyla cezanın verilememesi* gibi, devletin bahsettiğimiz bu usuli yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilecek iki durum karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi, üç yıllık pratiğinde bu durumları da, usuli yükümlülüklerin kapsamında bir ihlal olarak nitelendirmiştir. Temel hak ve özgürlükler açısından en sorunlu alanlardan birinin bu gibi haller olduğu düşünüldüğünde, bu “kanayan yaraya” Anayasa Mahkemesi tarafından el atılması, hiç şüphesiz insan hakları adına oldukça önemlidir.

Örneğin *Deniz Yazıcı* olayı,⁸⁸ bu iki durumdan birincisi için güzel bir örnektir. Başvuruya olaylarda, başvurusunun gözümlüne alınması sürecinde, “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama” suçundan üç polis memuru hakkında kamu davası açılmış ve yapılan yargılama sonucunda, polis memurlarının atılı suçu işledikleri sabit görülerek ayrı ayrı Türk Ceza Kanunu’nun 256/1, 86/3-d maddeleri gereğince 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmalarına; ancak sanıklara verilen cezanın nevi ve miktarı, sabıkasız olmaları, sanıkların kişilik özellikleri, ileride tekrar suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı, olay

⁸⁷ Aynı karar, para.56, 57.

⁸⁸ B. No: 2013/6359, Kt. 10.12.2014.

nedeniyle müştekinin dosyaya yansıyan ve talep edilen maddi bir zararının bulunmaması ve sanıkların hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini talep etmeleri nazara alınarak haklarındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, “kötü muameleye yönelik soruşturmalarda, hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir. Mahkemelerin, özellikle işkence ve kötü muamele niteliğindeki bir olayın zamanaşımına uğramaması için ellerinden gelen tüm gayreti sarf etmeleri ve tüm araçlara başvurmaları gerekir. Kötü muamele iddialarına ilişkin bir ceza davası söz konusu olduğunda, yetkililer tarafından çabuklukla verilecek bir yanıt, eşitlik ilkesi içinde genel olarak kamunun güveninin korunması açısından temel bir unsur olarak sayılabilir ve kanundışı eylemlere karışanlara karşı gösterilecek her türlü hoşgörüden kaçınmaya olanak tanır. AİHM, bir Devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda ‘etkili başvuru’nun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir.”

Bu çerçevede Mahkeme’ye göre; “sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının aynı Kanun’un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan, bu özelliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır.” Yine Mahkeme’ye göre; “AİHM, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231.

maddesiyle düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile ilgili yaptığı değerlendirmede, bir hükmün infazının ertelenmesinden daha ileri bir etkisinin olduğu ve faillerin cezasız bırakılması sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hüküm ile birlikte tüm yasal sonuçlarını, failin bu hükme uyması halinde ortadan kaldırmakta iken, hükmün infazının ertelenmesinde hüküm de ceza da var olmaya devam etmektedir. AİHM tartışılır nitelikteki bu mahkeme kararı ile hâkimlerin takdir yetkilerini son derece ciddi bir hukuka aykırı eylemin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini göstermek yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandıklarına işaret ederek işkence faileri hakkında verilen mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir.”

Bu genel ilkeleri tespit ettikten sonra Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemenin, kötü muamele olayının faileri hakkında yaptığı yargılama sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vererek, takdir yetkisini son derece ciddi ve hukuka aykırı bu eylemin, hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini gösterme şeklinde kullanmak yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandığını belirtmiştir. Oysa Mahkeme'ye göre; “kötü muameleyle yönelik kavuşturmalarda, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi ve böylelikle hukuk devletine ve yargıya olan güvenin sağlanması adına, suçun sabit görüldüğü durumlarda öngörülen cezaların ivedilikle uygulanması gerekir. Yapılan yargulamada sanıkların eylemlerinin zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması olarak nitelendirilmesi, kovuşturma sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması suretiyle suç ile verilen ceza arasında orantısız bir uygulama yapılmış olması ve verilen kararın yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaması nedenleriyle, devlet, söz konusu davada başvurusunun

*fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.*⁸⁹

Keza Şenol Gürkan kararında⁹⁰ da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Karara konu olaylarda, başvuru, gözaltında tutulduğu sırada emniyet görevlileri tarafından dayak, hakaret, cinsel taciz ve tehdide maruz kaldığı iddiasıyla şikayette bulunmuş; yapılan yargılama neticesinde bazı sanıklar beraat etmiş; bazılarının ise 10 ay hapis cezası verilmiş, fakat haklarındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, yukarıda belirtilen ilkeleri tekrarladıktan sonra, *yürütülen yargılama sonucunda işkence ve kötü muamele yasağına aykırı eylemlerin tespit edildiğini ve böylece sanıkların cezalandırıldığını; fakat hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğini; yani sanıklar hakkında hapis cezası ya da kamu görevinden yasaklama gibi bir yaptırıma hükmedilmediğini belirterek, sanıklar hakkındaki suçun sabit görülmesine rağmen geri bırakma kararı verilmesinin, sorumluların fiili olarak cezasız kalmalarına neden olduğunu;*⁹¹ *çünkü bu kararın, soruşturmanın etkililiğinin ölçütlerinden biri olan, sorumluların suç nedeniyle hesap vermelerinin sağlanması ve fiilleriyle orantılı bir ceza almaları koşulunun yerine getirilmekten uzak olduğunu* belirtmiştir.

Tuncay Alemdaroğlu kararı⁹² ise, yukarıda “cezasızlık” alt başlığı altında belirttiğimiz durumlardan ikincisine güzel bir örnek teşkil

⁸⁹ Mahkeme, hemen aşağıda başka bir yönüyle ele alacağımız *Cezmi Demir ve Diğerleri* kararında da, aynı ilkelerden hareket ederek, soruşturma ve davaların uzamasının, bazı sanıklar hakkındaki suçlamaların zamanaşımına uğramasına, bazı sanıklar hakkındaki cezaların ise çok geç kesinleşmesine yol açtığını belirtmiş ve bu durumun işkence uygulayan veya uygulanmasına göz yuman kamu görevlilerinin hiç ceza almaması ya da çok geç veya yetersiz ceza alması sonucunu doğurduğunu söyleyerek, 17. madde yönünden ihlal kararı vermiştir.

⁹⁰ B. No: 2013/2438, Kt. 9.9.2015.

⁹¹ Ayrıca Mahkeme’ye göre, *“işkence ve kötü muamele iddiaları yönünden hükmü açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasında mağdurun muvafakatı ya da onun açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığı gözetildiğinde, bu hükmün, mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığı da açıktır.”*

⁹² B. No: 2012/827, Kt. 15.10.2014.

etmektedir. Silahlı yaralama suçundan hakkında dava açılan ve mahkûmiyet tesis edilen sanık hakkındaki dosyanın temyiz incelemesinde bozulması sonucu devam eden süreçte suçun zamanaşımına uğraması dolayısıyla davanın düşmesi üzerine, suçtan zarar gören, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, yine yukarıda yer verdiğimiz benzer ilkesel tespitleri yaptıktan ve bu bağlamda *genel olarak işkence veya kötü muameleyle suçlanan durumlarda "etkili başvuru"nun amaçları çerçevesinde, cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının ve genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına* işaret ettikten sonra, *muhakeme usulünün iki dereceli yargılama sürecinde, şikayetin yapıldığı tarihten 8 yıl 3 ay 1 gün sonra zamanaşımı nedeniyle son bulduğunu; yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde, mahkemelerin fiziksel bütünlüğe yönelik saldırılardan dolayı suçlanan kişilere ilişkin yargılamaları ivedilikle sonlandırması ve dolayısıyla davanın zamanaşımına uğramasını önlemesi gerekirken, somut olayda davanın zamanaşımına uğradığını ve böylece ilk derece mahkemesince aleyhe maddi kanıtların oluştuğu kabul edilerek cezalandırılan sanık ile ilgili davanın sonuçta zamanaşımına uğradığını* ortaya koymuştur. Böylece AYM'ye göre, *"derece mahkemesi önündeki süreçte kayda değer bir gecikme olmuş olup, bu gecikme makul bir nedene dayanmamakta; sanığın cezasız kalmasına engel olacak ivedilikte hareket edilmemiş ve cezai başvurunun etkisiz olmasına sebebiyet verilmiş olmaktadır."*⁹³

Görüldüğü gibi AYM'nin, yaşam hakkı ve maddi-manevi varlığın bütünlüğü hakkına yönelik olarak devletin ihlal etmeme şeklindeki negatif yükümlülükleri yanında hem ihlal edilmemesi için koruyup gözetme; hem de ihlal olduğunda sorumluların hızlı ve caydırıcı bir şekilde hesap vermesini sağlayacak etkili bir soruşturma yürütme şeklinde maddi ve usuli pozitif yükümlülükleri olduğunu belirten yaklaşımı, en temel insan haklarından biri olan yaşam ve maddi-manevi varlığın korunması hakkı

⁹³ Suçun zamanaşımına uğramasının ihlal olarak görüldüğü bir başka karar için bkz.: *Cezmi Demir ve Diğerleri* kararı (B. No: 2013/293, Kt. 17.7.2014).

bağlamında oldukça önemlidir. Kişinin üçüncü kişilerden ve hatta bazı hallerde kendisinden gelecek tehlikelere karşı yaşamının ve maddi-manevi varlığının korunması ve devletin bu noktada yetersiz kalması halinde **bir yandan zararın tazmin edilmesi ve bir yandan da sorumlular hakkında etkili bir soruşturma yürütme ve neticede hakkaniyete uygun bir ceza verme yükümlülüğünün** ortaya konması; ve bu noktada zamanaşımına uğrama dâhil herhangi bir sebeple cezasızlık veya caydırıcı ceza vermeme sonucunun doğmamasını sağlama şeklinde yükümlülükler, yaşam ve maddi-manevi varlığın korunması hakkı bağlamında oldukça önemli yaklaşımlardır.

11. Etkilenmesi Gereken Hakkın “Güncel” Olması Kriteri Bağlamında Potansiyel Mağdur Kavramına Yönelik Yaklaşım

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru uygulamasında *potansiyel mağdur* kavramına bakışı da, olumlu yaklaşımlar arasında değinilmesi gerekli bir meseledir. Bilindiği gibi, bireysel başvuruda bulunabilmek için gerekli koşullardan biri de, “güncel bir hakkın (kişisel ve) doğrudan etkilenmiş” olmasıdır. Benzer koşul, AİHS kapsamında AİHM’ye başvuru için de geçerlidir. Fakat bilindiği gibi, AİHM, bu kriteri katı biçimde yorumlamamakta ve *potansiyel mağdur* kavramı adı altında, bir işlem ya da eylemden etkilenmesi kuvvetle muhtemel olan kimseleri de, henüz doğrudan bir etkilenme olmadan başvuruya ehil kabul etmektedir.⁹⁴ AYM ise, bu konuda bugüne kadar potansiyel mağdurluk kavramını açıkça tanıyan yahut reddeden bir karar vermiş değildir. Ancak kararlarında, bu kavramı tanıyacağına dair doneler bulmak mümkündür.

*Ayşe Hülya Potur*⁹⁵ kararına konu olaylarda, başvuru, yolsuzluğa karışmış bazı kamu görevlilerinin yargılanamaması başta olmak üzere ülkenin kendince içinde bulunduğu sorunları nazara vererek, özetle, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin anayasal hükümlerin işlevsiz ve

⁹⁴ Bu konuda bkz.: Council of Europe/European Court of Human Rights, **Practical Guide on Admissibility Criteria**, 2014, p.16.

⁹⁵ B. No: 2013/8479, Kt. 6.2.2014.

etkisiz kalması sonucunda kendisini aciz, çaresiz, savunmasız ve korumasız hissettiğini belirtmiş ve insan hakları alanında genel bir ihmal ve tekâsülün olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, *bireysel başvuruda bulunabilmek için, öncelikle başvurucunun, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalden dolayı, "güncel bir hakkının ihlal edilmesi" ve bunun sonucunda "mağdur" olduğunu ileri sürmesi; ve ikinci olarak da, bu ihlalden dolayı "kişisel olarak ve doğrudan" etkilenmiş olması gerektiğini belirterek, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bir hakkı doğrudan etkilenmeyen kişinin "mağdur" statüsü kazanamayacağını* söylemiştir.⁹⁶ Bundan sonra ise Mahkeme, *başvurucunun Türkiye'de temel hak ve hürriyetlerin korunması alanında devletin ihmalkâr davrandığı yönündeki soyut iddiasını, öncelikle kendisini doğrudan etkileyen somut olay ve olgular üzerinden ispatlayabileceğini belirtmiş; ayrıca bundan başka, somut bir olaya dayanmayan başvurucunun, potansiyel ve kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde açıklamaması halinde de, başvurusunun kabul edilebileceğini ve esastan incelenebileceğini söylemiştir.*⁹⁷ Görüldüğü gibi, Mahkeme, somut olayda söz konusu olmasa da (ki Mahkeme, bu değerlendirmesi yönüyle bizce de haklıdır), *potansiyel ve kişinin kendisine yaklaşan bir ihlal tehdidi altında olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koymaması halinde, başvurusunun bu yönüyle kabul edilebileceğini* açıkça söylemiştir.

Yine 2014'te yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimleri sürecinde, adaylardan Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın başbakanlıktan çekilmemiş olmasının belli hakları ihlal ettiğine dair başvurulara ilişkin kararlarda da, *potansiyel mağdurluk kavramına ilişkin bazı doneler*

⁹⁶ Yani başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp, ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi'ni ikna etmesi gerekir. Bu itibarla, mağdur olduğu zannı veya şüphesi de mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli değildir.

⁹⁷ Mahkeme'ye göre, bunlardan hiçbiri söz konusu değilse, başvurucunun kişisel alanına nüfuz eden ve onu doğrudan etkileyen bir ihmalin ve tehdidin olmadığı sonucuna ulaşmak kaçınılmazdır.

yakalanabilmektedir.⁹⁸ Mahkeme, hepsinde başvuruda bulunan kişilerin güncel ve kişisel bir hakkının etkilenmemesi dolayısıyla *kişi yönünden yetkisizlik* kararı verdiği bu kararlarında,⁹⁹ *mağdur kavramının, davada menfaat veya dava ehliyeti kuralları gibi kurallardan bağımsız bir şekilde yorumlanacağı* yönündeki yaklaşımını tekrarladıktan sonra, *kendilerinin belirli bir işlemde doğrudan etkilenme tehdidiyle ya da tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını ve dolayısıyla potansiyel olarak mağdur olduklarını iddia eden başvuru sahipleri ile yalnızca ulusal hukukları değiştirmeyi veya toplumun menfaatinin korunmasını amaçlayan başvurular arasında dikkatli bir ayırım yapılması gerektiğini (ve bu son bahsedilen türdeki ve içtihatla "halk davası" (actio popularis) olarak isimlendirilen başvurulara bireysel başvuru hakkı tanınmadığını)* belirtmiştir. Bizce buradan Anayasa Mahkemesi'nin potansiyel mağdurluk kavramını tanıdığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

Ancak yine de, bugüne kadar potansiyel mağdurluk statüsünün somut olarak tanındığı bir karara rastlanmadığını da belirtmeliyiz. Bunda potansiyel mağdurluk şartlarını taşıyan başarılı başvuruların yapılmamış olmasını da dikkatten kaçırmamak gerekir.¹⁰⁰ Ancak Mahkeme'nin

⁹⁸ B. No: 2014/11628, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/11438, Kt. 23.7.2014; B. No: 2014/13675, Kt. 8.9.2014; B. No: 2014/13625, Kt. 8.9.2014 künyeli kararlar.

⁹⁹ *Gerçek kişi başvuru sahiplerine yönelik kişisel bir etkilenmenin olmadığı; tüzel kişi (siyasi parti) başvuru sahiplerine ilişkin olarak da, benzer gerekçelerle bunların tüzel kişiliğiyle ilgili haklarının etkilenmediği kanaatine varılmıştır.*

¹⁰⁰ Ancak kamuoyuna *seçim barajı* başvurusu olarak yansıyan başvuruda verilen karar, bu konuda potansiyel mağdurluğun şartlarının taşınmasına rağmen bu yöndeki iddialar dikkate alınmadan başka bir yönden kabul edilemezlik sonucuna varılan ve bu anlamda da sorunlu duran bir karardır. Birkaç Siyasi Parti, kanunda öngörülen %10'luk seçim barajının 2015'te yapılacak seçimlerde de kendilerine uygulanması sonucu Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme-seçilme haklarının ihlal edileceği ve bu anlamda bu düzenlemenin potansiyel mağduru oldukları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır (B. No: 2014/8842, Kt. 6.1.2015). Anayasa Mahkemesi ise, başvuruların doğrudan bir yasama işlemlerine karşı yapılmış olması dolayısıyla kabul edilemezlik kararı vermiş; böylece diğer kabul edilebilirlik kriterleri bağlamında meseleyi incelememiştir. Eğer inceleyseydi, sıra, kişi bakımından da başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına gelecek ve bu noktada da mesele, ister istemez *potansiyel mağdur* kavramının kabul edilip edilmemesinde düğümlenecekti. Başvurunun bu sebeple kabul edilemez bulunması, bizce hatalı bir değerlendirmeye dayanmaktadır ve bu husus,

olumsuz yaklaşım ve uygulamaların incelendiği makalede ayrıca ele alınacaktır. Ancak meselenin bu yönü bir yana; burada Mahkeme'nin, her ne kadar başvurunun doğrudan bir yasama işlemine karşı yapılmış olduğunu düşünmüş olsa da, eğer potansiyel mağdur doktrinini uygulaysaydı, farklı bir sonuca ulaşabileceğini söyleyebiliriz. Şöyle ki, başvuru Siyasi Partilerin henüz seçim gerçekleşmediği için seçim barajına ilişkin söz konusu yasal düzenlemeden etkilenmiş olmaları söz konusu değildir. Böyle olunca da, başvuru, ilgili yasal normun somut norm denetimi yapılarak iptali istemini de içerdiğinden, doğrudan bir yasama işlemine karşı yapılmış gibi durmaktadır. Fakat Mahkeme, yukarıda da değindiğimiz gibi, salt bir normun hukuk düzeninden silinmesi amacıyla yapılan *actio popularis* niteliğindeki başvuruları, potansiyel olarak etkilenileceğinden bahisle yapılan başvurulardan ayırmakta, yani ayrılması gerektiğini (defalarca kez) söylemektedir. Yine Mahkeme, soyut olarak bir yasadan dolayı değil; fakat yasanın uygulanmasından dolayı meydana gelecek ihlallere karşı da bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmektedir. O halde Mahkeme'nin tüm bu yaklaşımları düşünüldüğünde, eğer burada başvuru Siyasi Partilerin söz konusu yasal normun uygulanmasının potansiyel mağduru olacakları şeklinde bir yaklaşım kabul edilseydi, bu başvurunun doğrudan bir yasama işlemine karşı değil; bir yasama işleminin kesin olarak uygulanması ihtimalinden doğacak potansiyel ihlale karşı yapıldığı düşünülebilir ve böylece başvuru kabul edilebilir bulunabilirdi. Ne var ki, Mahkeme, bu değerlendirmeyi, bizce hatalı olarak yapmamıştır. (Nitekim yazılan karşı oylardan birinde de bu duruma değinilmiştir.) Öte yandan bu kararlar ilgili değinilmesi gereken bir başka nokta da, karara yazılan "Farklı Gereğe"de, potansiyel mağdur kavramının benimsenmesine ilişkin net olumsuz tavidir. Bu görüşte olan Üye'ye göre, *"bir potansiyel mağdurluk statüsünün oluşması için, yasama işlemi veya düzenleyici işlemin bizzatı varlığının başvuru haklarını ihlal etmesi, ihlal tehlikesinin yakın olması, yasama işleminin veya düzenleyici işlemin uygulanmasının kuvvetle muhtemel olması ve nihayet ciddi ve tafafisi güç zarar riskinin doğması gerekir. Bu şartlar kümülatif olduğundan, aynı somut olayda hepsinin birlikte bulunması gerekir. Ayrıca, başvuru tarafından işlemin kendisini kişisel olarak etkileyeceğine dair makul ve ikna edici delillerin de ortaya konması gerekir."* Üye, başvuru konusu olayı bu yönden değerlendirmiş ve *söz edilen hüküm başvuru partiler hakkında geçmişteki birçok seçimde uygulanmasına karşın, 2015 yılı genel seçimleri yönünden başvurucular aleyhine henüz uygulanmamış olsa bile, yakın gelecekte bu hükmün uygulanma olasılığının başvuru partilerde, seçmen tercihlerinin tam olarak parlamentoya taşınmayacağı, oyların boşa gideceği korkusuyla seçmenlerin başka partilere yöneleceği endişesi oluşturduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir.* Ona göre, 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen %10'luk barajın varlığının başvurucuların serbest seçim hakkına yönelik ihlal tehlikesi içerdiğinde, aynı hükmün 2015 yılı genel seçimlerinde uygulanacak olmasının başvuru partilerin yasama organına milletvekili gönderememesine sebep olacağından ciddi ve tafafisi güç zarar riski doğduğunda ve ihlal tehlikesinin yakın olduğunda şüphe yoktur. Dolayısıyla ilgili kanun hükmünden kişisel olarak etkilediğine dair makul ve ikna edici deliller ortaya koyan başvurucuların potansiyel mağdur statüsünde olduklarının kabulü gerekir. Görüldüğü gibi, Üye, somut olayda potansiyel mağdurluğun şartlarının oluştuğunu güzel bir şekilde izah etmektedir. Ne var ki, Üye, bu kanaate vardikten hemen sonra, **ne Anayasa'da ne de 6216 sayılı Kanun'da "potansiyel mağdur" sıfatını**

zımnen bu kavramı tanıdığını kabul etsek bile,¹⁰¹ henüz AİHM'nin yaptığı gibi bu konudaki kriterleri net olarak ortaya koymadığını da belirtmek gerekir.

SONUÇ

Üç yıllık uygulama, insan haklarının – AİHM'nin deyimiyle – etkili ve pratik korunması adına olumlu ve heyecan verici yaklaşım ve tespitlerin benimsendiğini göstermektedir. Mahkeme, bu süreçte gerek kabul edilebilirlik kriterleri ve bu bağlamda da bilhassa tüketme kuralı¹⁰² gerekse hak ve özgürlüklerin esası bakımından geleceğe dair ümit beslememizi sağlayacak ilke, yaklaşım, tespit ve uygulamalar ortaya koymuştur. *İfade ve basın özgürlüğünden kişilik ve özel hayatın gizliliği haklarına; din ve vicdan özgürlüğünden ayrımcılık yasağına; toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkında yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığın korunması hakkına* değin bunların koruma alanını genişleten önemli ilke ve uygulamalar görmek mümkündür. Keza *temel hakların sınırlandırılmasında kanunilik kriterine ilişkin bakış ile otonom yorum meselesi* de, göze çarpan olumlu örneklerdir. Bilhassa Mahkeme'nin *adil yargılanma hakkının kapsamını geniş yorumlaması ve makul sürede yargılanma, delillerin değerlendirilmesi ile kanuna aykırı delil meselesi ve mahkeme kararlarının yerine getirilmemesine ilişkin benimsediği tavır, Türkiye'nin Strazburg'da en fazla başının ağrıdığı meselelerden biri olan*

taşıyan gerçek ya da tüzel kişilerin ilgili hak ihlalleri iddiaları nedeniyle bireysel başvuruda bulunabileceklerine dair açık bir düzenleme bulunmadığını; üstelik henüz bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin de yerleşmiş bir içtihadının da olmadığını; bu sebeple "potansiyel mağdur" sıfatıyla yapıldığı anlaşılan başvuruların "kişi bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez bulunması gerektiğini söylemiştir. Görüldüğü gibi Üye'ye göre, ilgili mevzuatta konuya ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin de bu konuda yerleşmiş bir içtihadı yoktur. Üye'ye göre, *Mahkeme'nin potansiyel mağdurluk kavramına ilişkin verdiği doneler olarak yukarıda yer verdiğimiz tespitler, yerleşmiş bir yaklaşım olarak değerlendirilmemelidir.*

¹⁰¹ Yukarıda yer verdiğimiz *Farklı Gerekeç'e* de ilgili Mahkeme Üyesi'nin, Mahkeme'nin bugüne kadar bu konuda yerleşmiş bir içtihadı olmadığı yönündeki iddiasını da hatırlatalım.

¹⁰² Buna ilişkin (olumlu-olumsuz) bilançoğu müstakil bir makalede ele aldığımızı hatırlatalım.

adil yargılanma hakkı bakımından oldukça önemlidir. Yine bu noktada, ülkemizde kronik bir sorun haline gelen *yaşam hakkı ile maddi-manevi varlığa yönelik ihlallerde etkili bir soruşturma yürütmeme ve tatminkâr/caydırıcı ceza vermeme* şeklindeki uygulamalar için de Mahkeme'nin tavrı gözden kaçmamalıdır. Nihayet en fazla hak ihlallerinin yaşandığı bir husus olan *tutukluluğa* dair Mahkeme'nin geliştirdiği yaklaşımlar da, belirtilmeden geçilmemelidir.

Elbette üç yıllık süreçte her şey bu şekilde güllük gülistanlık değildir. En az burada yazılanlar hacminde de olumsuz yaklaşım, ilke, tespit ve uygulamalar mevcuttur (ki bunları, ayrı bir çalışmada ele aldığımızı belirtmiştik). Fakat Mahkeme'nin yukarıda yer verdiğimiz konularda – kimi devrim kimi de Mahkeme'nin kendi geçmişiyle hesaplaşması niteliğindeki – uygulamaların da ortaya konulması gerekmektedir. Bu, Mahkeme'nin takdir edilmesinden öte bir gerekliliktir. Bilhassa bir kısmı kronik hale gelmiş ve yoğun hak ihlallerinin yaşandığı konularda adli ve idari birimlere yol gösterilmesi açısından olumsuz uygulamalar kadar olumlu uygulamaların da nazara verilmesi elzemdir.

Son cümleden olarak, üç yıllık bilanço, gerçekten insan haklarının mantığını zorlayan olumsuz örneklerle rastlansa da, bizce, bireysel başvuru mekanizmasının amacına uygun bir şekilde işletildiğini göstermekte olup; geleceğe dair de ümit beslenmesi için yeterli verileri içermektedir. En azından Mahkeme'nin insan haklarının tarafında olduğunu söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- Ahmet Burak Bilgin, 3 Yıllık Bireysel Başvuru Uygulamasında ‘‘Tüketme’’ Kuralına İlişkin Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı: Olumlu ve Olumsuz Örnekler/Yaklaşımlar, *Legal Hukuk Dergisi*, Mart, 2015 (yayımlanacak).
- Cüneyt Durmaz, Hüseyin Ekinci, İbrahim Çınar, Musa Sağlam, Mustafa Baysal, Bireysel Başvuru – İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, 2. Baskı, Ankara, 2013.
- Hüseyin Ekinci, Musa Sağlam, Sorularla Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara, 2014.
- Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, XII Levha, İstanbul, 2015.
- M. Gözde Atasayan, Yorum: Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Şikayeti Kararlarının Usuli Açından Değerlendirilmesi, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Osman Doğru, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Rehberi, Legal, İstanbul, 2013.
- Oya Boyar, Yorum: Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Özcan Özbey, Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Adalet, Ankara, 2012.

Practical Guide on Admissibility Criteria, Council of Europe, http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf, Erişim Tarihi: 11.12.2015.

Sibel İnceoğlu, Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.

Tolga Şirin, Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi (Kamu Hukukçuları Platformu'nun 30-31 Mayıs 2015 toplantısında sunulan bildiriler), http://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_bildiriler&id=5, Erişim Tarihi: 23.10.2015.

İNSANCIL HUKUKTA MARTENS KAYDI

Mete ERDEM*

ÖZET

Martens kaydı, işgalci güçlere karşı silaha sarılan direnişçi sivillerin hukuki statüsüne ilişkin bir mesele hakkında ortaya çıkan diplomatik çıkmazı aşmak için 1899 tarihli II no'lu La Haye Sözleşmesinin girişine eklenmiştir. Buradaki beyan, savaş hukuku kuralları tam olarak tedvin edilene kadar, sivil ve muhariplerin yerleşmiş uygulamalar, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanın emirlerinden çıkartılabilecek uluslararası hukuk prensiplerinin korunması altında kalacağını ifade eder. Martens kaydı daha sonra insancıl hukuku andlaşmalarında tekrar edilmiş, savaş suçlarına ilişkin uluslararası yargı kararlarında zikredilmiş ve giderek artan bir şekilde uluslararası hukuk öğretisinde inceleme ve yorum konusu olmaya başlamıştır. Martens kaydı ve içerdiği unsurlar dar ve geniş anlamda çeşitli yorumlara tabi kılınmıştır. Daraltıcı yorum, akdi bir düzenlemeye rağmen uluslararası teamül hukukunun uygulanabilirliğinin devam edeceğini hatırlatır. Buna karşılık geniş anlamda, hukukta boşluk doldurma işlevi gören serbest maddi hukuk normlarını teşkil eder. Azami genişletici yorum ise, uluslararası insancıl hukukun farklı ve bağımsız kaynakları olarak bir norm yaratma işlevini atfeder. Çalışma her bir durumda bu tür genişletici yorumların uluslararası teamül hukukunun oluşumuna ilişkin yerleşmiş usul ve süreçlerle bağdaştırılması mümkün olmadığı gibi, rızaya dayanan niteliği ile de uyumlu olmadığını göstermeyi amaçlar.

* Yrd. Doç. Dr. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Malatya. Bu çalışma, TÜBİTAK tarafından sağlanan araştırma desteği ile Max Planck Uluslararası Hukuk Enstitüsü-Heidelberg'de yapılan uluslararası silahlı çatışmalar hukukuna ilişkin bir monografi projesi kapsamında hazırlanmıştır. Yazar bu makalede emeği geçen kişilerden, görüş ve yorumlarından yararlandığı Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi Yargıcı *Prof. Dr. Rüdiger Wolfrum*'a; yaptığı yapıcı eleştiri ve önerileri için makeleyi değerlendiren *gizli hakeme*; ve engin hukuk bilgisi ve tecrübesiyle yaptığı eleştiri, yorum ve düzeltmeleriyle çalışmanın son hale gelmesini sağlayan, bir zaman İnönü Üniversitesi Hukuk Baş Müşaviri ve halen Genel Sekreteri Av. *Metin Bulut*'a minnetle teşekkür borçludur.

Anahtar Kelimeler: Mantens Kaydı, Uluslararası Hukuk, İnsancıl Hukuk

THE MARTENS CLAUSE AND HUMANITARIAN LAW

ABSTRACT

The Martens clause was inserted into the preamble to the 1899 Hague Convention (II) to overcome a diplomatic impasse in reaching an agreement on the issue of the status of resistant fighters who took up arms against an occupying force. It reads that until a more complete code of the laws of war is issued, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, derived from the established uses, from the laws of humanity, and from the dictates of public conscience. It was subsequently reiterated in a number of treaties, cited in judicial decisions on war crimes, and ever so often, examined and interpreted by the international legal scholarship. It is thus subject to various interpretations, both narrow as a reminder of the continued applicability of customary international law and expansive ranging from being a judicial interpretative tool, to being substantive free standing legal norms to function as a gap-filler, and at its broadest interpretation, to being new distinct and independent sources of international humanitarian law with the norm-creating function. In either way, the study aims to show that such expansive interpretations of the clause are at variance with the well-established procedures and processes of customary formation of international law and remain incompatible with its consensual nature.

Keywords: The Martens Clause, International Law, Humanitarian Law

I. Giriş

Savaş hukukunun dayandığı teamüller uzun bir tarihsel geçmişe sahiptir¹. Bu alanda 19. yüzyılın sonundan itibaren başlayan hukukun

¹ Genel olarak bkz. Karma Nabulsi, *Traditions of War: Occupation, Resistance and the Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005); Stephen C. Neff, *War and the Law of Nations: A General History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) *passim*;

tedvini çalışmaları² içerisinde ortaya çıkan Martens kaydı, uluslararası ilişkilerde zaman içerisinde geniş ve kalıcı bir normatif etki yaratmıştır³. Bu etki, sadece savaş hukukunu düzenleyen uluslararası sözleşme ve belgelerde ifade edilen değişik formüller ile sınırlı kalmamıştır⁴. Ama bazen silahlı çatışmaların ötesinde barış zamanına genişletilerek, örneğin doğal çevrenin korunması için asgari standartlar ihdas eden bir uluslararası hukuk yaratma süreci olarak savunulmuştur⁵. Bu çok farklı görünüm altında Martens kaydının, kendisine atfedilen hukuki kapsam, normatif içerik ve bağlayıcı niteliği ile ‘uluslararası toplumun çağdaş hukuk söylencelerinden biri’ (*myth*) haline geldiği gözlenmektedir⁶. Bunun temel nedeni, ilk düzenlendiği biçimde, belli bir diplomatik soruna hukuki çözüm getirmek niyet ve gayretiyle, oldukça geniş ve soyut anlamda ifade edilmiş olmasıdır. İşte bu esneklik, Martens kaydını savaş hukukunun daha sonraki düzenlemelerinde sık sık yer verilen genel geçerli bir hüküm olarak devletler için cazip hale getirmiştir⁷. Ancak bu avantajın günümüzde insancıl hukuk bakımından bir olumsuz sonucu

Vaibhav Goel, ‘An Introduction to Origin, Evolution & Development of International Humanitarian Law’, in Md Jahid Bhuiyan Hossain, Louse Doswald Beck and Azizur Rahman Chowdhury (Eds), *International Humanitarian Law - An Anthology* (Hayrana: LexisNexis, 2009) 1-22.

² Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş* (İstanbul: Beta, 2006) 4-12.

³ Theodor Meron, ‘International Law in the Age of Human Rights: General Course in International Law’ (2003) 301 *Recueil des cours* 41; Nitekim, Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001) 122, Martens kaydının bugün sahip olduğu hukuki etkisinin ilk önerildiği tarihte öngörülmediği ifade eder.

⁴ V.V. Pustogarov, ‘The Martens Clause in International Law’ (1999) 1 *Journal of the History of International Law* 125

⁵ Dinah Shelton & Alexander Kiss, ‘Martens Clause for Environmental Protection’ (2000) 30:6 *Environmental Policy and Law* 285 (The Martens Clause calls for the minimum standard that applies “until a more complete international code of environmental protection has been adopted.”)

⁶ Antonio Cassese, ‘The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky’ (2000) 11:1 *European Journal of International Law* 188.

⁷ *Id.*

vardır; o da, ‘Martens kaydının (genel) kabul gören bir yorumunun bulunmaması’ sorunudur⁸.

Çalışma, modern uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda⁹ Martens kaydının tarihsel gelişimi içerisinde nasıl yorumlandığını ve bu kayda hangi hukuksal sonuçların bağlandığını üç ana bölümde incelemeyi öngörür. İlk bölüm, Martens kaydının savaş hukuku içerisinde ortaya çıkışını tarihsel bağlamda ele alır ve bir hukuk kavramı olarak, uluslararası sözleşmeler içerisinde nasıl yerleştiğini ve geliştiğini tespit eder. İkinci bölüm, kaydın içeriğine ilişkindir. Burada amaçlanan, söz konusu uluslararası hukuk prensiplerinin çıkartılacağı ‘yerleşmiş uygulamalar’, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerini’ tanımlamak ve bu unsurlara yüklenebilecek anlamların normatif etkilerini ortaya koymaktır. Son bölüm ise, uluslararası yargı kararları ve öğretisi içerisinde Martens kaydının en dar yorumu ile en geniş yorumu arasında kayda hangi anlamların verildiği ve ne tür işlevlerin yüklendiğini tahlil eder. Bu tahlilde, kaydın farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı olarak, hem uluslararası hukuk normu oluşturması, hem de norm yaratıcı kaynak şeklindeki rolünün, uluslararası teamül kurallarının oluşma süreç ve usulleri üzerindeki etkisi değerlendirilir. Araştırmada varılan sonuç, Martens kaydının bazı uluslararası yargı içtihatlarında bir yorum aracı olarak kullanılması eğilimi ve buna dayanarak öğretilde yapılan genişletici yorumların önerdiği işlevsel niteliklerin gerçekte ‘uygulanan uluslararası hukukta’ yeterli desteği görmediğini ortaya koymaktadır. Bu açıdan inceleme, doğal hukukla ilişkili soyut ve belirsiz düşünceleri pozitif hukuk içerisinde kavramlaştırmak süretiyle, Martens kaydına norm ihdas edici bir işlev yükleme çabasının, uluslararası hukukun hem rızaya dayanan karakterine aykırı olduğunu ve hem de temel yapısal işleyişi içerisinde geçerlilik taşımadığını savunmaktadır.

⁸ Rupert Ticehurst, ‘The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict’ (1997) 317 *International Review of the Red Cross* 126.

⁹ Kavramsal açıdan bu çalışmada ‘savaş hukuku’, ‘silahlı çatışmalar hukuku’ ve ‘insancıl hukuk’ terimleri arasında bir fark gözetilmeden birbirinin yerine kullanılmıştır. Nedenleri için bkz. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 52-5.

II. Ortaya Çıkışı ve Tarihsel Gelişimi

Martens kaydı, ilk kez 1899 yılında *La Haye*'de toplanan Birinci Dünya Barış Konferansında kabul edilen *Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Düzenlemeleri* içeren II no'lu Sözleşmenin giriş kısmında yer almıştır:

“Savaş hukuku kurallarının daha tam bir kodu yapılana kadar, Yüksek Akit Taraflar kendileri tarafından kabul edilen Tüzüklerde bulunmaması halinde, halklar ve muhariplerin medeni milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insaniyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden çıkarılan uluslararası hukuk prensiplerinin koruması ve hükmü altında kalacağını beyan etmenin uygun olduğunu düşünürler.”¹⁰

Bu hüküm, savaş sırasında mevcut hukuk tarafından henüz düzenlenmemiş olan hususlarda boşluk bulunması halinde nasıl davranılması gerektiğine dair yol göstermek üzere konulmuştur.

Kara harbine ilişkin olan 1907 tarihli İkinci *La Haye* Barış Konferansının IV No'lu Sözleşmesinin girişi, aynı ifadeyi bazı sözcük farklılıklarıyla tekrar eder. Burada ‘halklar’ yerine ‘mukimler’, ‘uluslararası hukuk’ yerine daha eski bir terim olan ‘uluslar hukuku’ ve ‘gerekler’ yerine ise ‘emirler’ kullanılmıştır¹¹. Ancak bu değişikliklerin Martens kaydının orijinal amacından genel olarak bir anlam kayması yaratmadığı kabul edilir¹².

Martens kaydının ortaya çıkış amacı, Birinci *La Haye* konferansında karşılaşılan bir diplomatik çıkmaza hukuki çözüm bulmak arayışındır. Konferansa katılan devletler, 1874 *Brüksel Beyannamesinin*

¹⁰ Dibace para.9 (tercüme yazarın), Leon Friedman (Ed), *The Law of War: A Documentary History - Volume I* (New York: Random House, 1972) 222.

¹¹ Dibace, para.8, *id.*, 309.

¹² Michael Salter, ‘Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause’ (2012) 17 *Journal of Conflict & Security Law* 405; cf. Jeremy Sarkin, ‘The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law, and Their Application since the Nineteenth Century’ (2007) 1 *Human Rights & International Legal Discourse* 150-1.

ülke işgali sırasında silahlı çatışmalara karışan kişilerin hukuki statüsünü düzenleyecek hukuk kurallarını tedvin ederken, söz konusu kodun kimlere uygulanması gerekeceği sorusu ile karşılaştılar. Savaşın hak ve yükümlülüklerine sahip olan ‘muharip’ kavramının içerisinde en başta ‘düzenli orduların askerleri’ vardı. Bunun yanında, kendileri için öngörülen bazı şartları taşımaları halinde, silahlı ‘milisler’ ve ‘gönüllü birliklerin’ de bunlara dahil edilmesi konusunda görüş birliğine varıldı¹³. Bu üç muharip sınıfına ek olarak, henüz işgale uğramamış bir ülkenin halkı içerisinde, yaklaşan düşmanı gören ama düzenli bir birlik haline gelmeye fırsat bulamadan işgale gelen orduya karşı kendi ihtiyarında derhal silaha sarılan kişilerin, savaş hukuku kural ve teamüllerine uydukları sürece, muharip sınıfına dahil edilmeleri kabul edilmişti¹⁴. Bu son durumun bir hukuki avantajı vardı. Nitekim silahlı çatışmalar sırasında muharip güçlerin bir parçası haline gelen bu kişiler, o an ister savaşıyor ister savaşıyor olsun, eğer düşman tarafından ele geçirilirse, savaş esiri olmak haklarına sahip olacak ve o şekilde muameleye tabi kılınacaktı¹⁵. Oysa bunların dışındaki hallerde, *levée en masse*¹⁶ işgal altına girmiş bir ülkede istilâcı orduya karşı silahla direnmek sivil kişiler için suç teşkil etmekteydi. Böylece işgalci güç tarafından *prima facie* suçlu sayılarak cezalandırılmak tehdidi altındaydılar¹⁷. Avrupanın güçlü ordulara sahip olan büyük devletleri, bu tür kişilerin infaz edilmek riskiyle

¹³ 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Ek Düzenleme 1. Madde, Friedman (1972), *The Law of War* 224; ayrıca bkz. 27 Ağustos 1874 tarihli Brüksel Beyannamesi IX. Madde, *id.*, 196.

¹⁴ 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Ek Düzenleme 2. Madde, *id.*, 225; 1874 Brüksel Beyannamesi X. Madde, *id.*, 196.

¹⁵ 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Ek Düzenleme 3. Madde, *ibid.*; 1874 Brüksel Beyannamesi XI. Madde, *id.*, 196.

¹⁶ Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 91.

¹⁷ Dieter Fleck, ‘Friedrich von Martens: A Great International Lawyer from Pärnu’ (2003) 10:2 *Baltic Defence Review* 22; Nitekim Cassese 1899’da ve sonrasında, en azından 1949’a kadar halihazırda işgal altında topraklarda yaşayan sivillerin işgalci güçlere karşı silaha sarılmalarına uluslararası teamül hukukunda cevaz verilmediğini ve bunun ancak belli şartların yerine getirilmesine bağlı olarak 1949 Cenevre Konferansında mümkün hale geldiğini ifade eder. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 198.

hareket eden çeteler, gerillalar ve francs-tireurs¹⁸ olarak muamele görmesi ve cezalandırılması görüşünü savunmaktaydılar¹⁹. Gerçekten 1899 *La Haye* Konferansı, daha önce hukuki bağlayıcılığı kabul görmemiş olan 1874 *Brüksel Beyannamesinin* öngördüğü bu fiili durumu, işgalci gücün sahip olduğu bir hukuki hak olarak ilk defa sözleşme marifetiyle düzenleme görüntüsü veriyordu²⁰. Buna karşılık daha küçük Avrupa devletleri, işgal altındaki ülkede istilâci güçlere karşı silahlı direnişte bulunan halkın hukuka uygun olarak muharip muamelesi görmesini talep ettiler. İşgal altında direnme hakkının tedvin edilmesine gerek kalmadan, genel uluslararası hukukun içerisinde bulunan örf ve adet kurallarının korumasına bırakılmasının daha uygun olacağı görüşünü öne sürdüler. Fakat silahlı direnişçileri, 1899 *La Haye Sözleşmesine Ek Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Düzenlemelerin* 1 ve 2. maddelerindeki listeye sokmayı başaramadılar²¹. İşte bu noktada Belçika delegesi *M. Beernaert*, muharip statüsüne ilişkin maddelerin kabulüne itiraz etti²². Ona göre böyle bir düzenlemeden maksat, savaşı sadece devletler arasında bir hukuki durum olarak sınırlamak idi. *M. Beernaert*, bu durumun işgal altına giren ülkede sivil kişilerin doğal olarak sahip olması gereken yasal direnme hakkından mahrum edilmesi sonucunu vereceğini iddia etti. Bu yüzden de, muharip statüsünün sözleşmede düzenleme konusu yapılması yerine,

¹⁸ Devletin askeri emir komuta hiyerarşisinden bağımsız davranan düzensiz silahlı gruplar. İlk kez 1870 Fransız Prusya savaşı sırasında faaliyet gösteren düzensiz Fransız silahlı birlikleri olarak ortaya çıktılar.

¹⁹ Frits Kalshoven & Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging War: An Introduction to International Humanitarian Law* (3rd Ed., Geneva: ICRC, 2001) 22.

²⁰ Nitekim bir uluslararası anlaşma olarak kabul görmeyen 1874 tarihli Brüksel Beyannamesi, işgalin ülke topraklarını düşman ordunun otoritesi altına sokacağını ve bu otoritenin mevcut hukukun değiştirilmesi, askıya alınması, yerine yeni hukuk ikâme edilmesini kapsayacağını hükme bağlamıştı. Hukuken meşru addedilen muharip statüsü ise, işgal altındaki ülkenin vatandaşlarına işgale karşı silahlı direnme hakkını içermiyordu. III. Madde, Friedman (1972), *The Law of War* 194; Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 125-6.

²¹ Mary Ellen O'Connell, 'Historical Development and Legal Basis' in Dieter Fleck (Ed), *The Handbook of International Humanitarian Law*, (Third Ed., Oxford: Oxford University Press, 2013) 33.

²² Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 126, Belçika delegesini Descamps olarak belirtir.

meselenin olduğu gibi uluslar hukukunun prensiplerini yansıtan medeni uluslara ortak olan açıkça yazılmamış hukukun düzenleme alanı içerisine bırakılması gerektiğini savundu²³. Böylece İsviçre ve İngiltere'nin desteği ile, Belçika işgalci güçlerin haklarını sınırlamak ve meşru muharip statüsünü, muğlak da olsa uluslararası teamül hukukunun dinamik gelişimine bırakmak teklifinde bulundu²⁴. Aralarında Rusya, Almanya ve Hollanda'nın bulunduğu büyük devletler ise bu görüşe itiraz ettiler²⁵. Diplomatik çıkmazın Birinci *La Haye* Dünya Barış Konferansını karada harbin düzenlenmesi bakımından başarısızlığa sürükleyebileceği korkusu ile,²⁶ Rus delegasyonu üyesi ve İkinci Komisyon başkanı olan *F.F. de Martens*²⁷ tarafından İkinci Alt Komisyon toplantısında yapılan bir uzlaşma teklifi, Konferansın 20 Haziran 1899 tarihli Beyannamesinin 3. paragrafı olarak kabul edildi²⁸. Böylece sözleşmeciler devletlerin orijinal niyeti, savaş sırasında bir hukuki yükümlülüğün sırf yazılı olarak bulunmadığı gerekçesiyle bazı 'öngörülemez meselelerin askeri komutanların keyfi kararlarına bırakılmasını' engellemek ve böylece hem sivilleri hem de muharipleri insanî koruma şemsiyesi altına almaktı²⁹.

²³ William I. Hull, *The Two Hague Conferences and Their Contributions to International Law* (New York: Kraus Reprint, 1970) 216.

²⁴ *Id.*, 218.

²⁵ Cassese (2000), 'The Martens Cause' 194.

²⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 126-7.

²⁷ F.F. Martens, yaşadığı dönemin önde gelen uluslararası hukukçularından biriydi ve uluslararası hukukun gelişmesinde önemli bir rol oynamıştı. Martens'in kişisel geçmişi ve karakterinin etkisi günümüzde halen tartışılmaktadır. Bu konuda ilginç bir roman için bkz. Jaan Kross, *Professor Martens' Departure*, Translated from Estonian by Anselm Hollo (London: Harvill, 1994); ayrıca bkz. W.E. Butler, 'Professor Martens' Departure by Jaan Kross: Book Review' (1994) 88 *American Journal of International Law* 863-4.

²⁸ Martens hakkında bkz. Vladimir Pustogarov, 'Fyodor Fyodorovich Martens (1845-1909) - a humanist of modern times' (1996) 312 *International Review of the Red Cross* 300-14; Fleck (2003), 'Friedrich von Martens' 19-26; Arthur Eyffinger, 'Friedrich Martens: A Founding Father of the Hague Tradition: The Fourth Friedrich Martens Memorial Lecture' (2012) 15 *Estonian National Defence College Proceedings*, 13-43.

²⁹ Dibace para.8, 1899 La Haye Sözleşmesi Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair II No'lu Sözleşme, Friedman (1972), *The Law of War* 222; Kalshoven & Zegveld (2001), *Constraints on the Waging War* 22.

Bu amacı yerine getirmek üzere Martens kaydı, 1899 *La Haye* Sözleşmelerinin *Karada Harbin Kural ve Örflerine İlişkin* hükümlerinin yeniden görüşüldüğü 1907 *La Haye* IV No'lu Sözleşmesinin giriş kısmında tekrar zikredilmiştir³⁰. İki dünya savaşı arasında imzalanan *Savaşta Boğucu, Zehirleyici ve Benzer Gazların ve Bakteriyolojik Savaş Yöntemlerinin Kullanımının Yasaklanmasına Dair 17 Haziran 1925 tarihli Protokolün* birinci paragrafında uygar ulusların kamuoyu tarafından zehirli kimyasal gazların savaşta kullanılmasının kınandığı belirtilmiş; üçüncü paragrafında ise, bunların ulusların vicdanı ve uygulamalarını bağlayan uluslararası hukukun bir parçası olarak yasaklanmasının evrensel biçimde kabul göreceğini ifade edilmiştir³¹. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan 1949 *Cenevre Sözleşmelerinin* fesihe ilişkin ortak hükümleri içeren 63/62/142/158. maddeleri, Martens kaydının bazı unsurlarına yer vermiştir. Buradaki amaç ise farklıdır: Cenevre Sözleşmelerini fesheden bir taraf devlet, anlaşmalar hukuku çerçevesinde artık sözleşme yükümlülükleriyle bağlı olmasa dahi, medeni halklar arasında yerleşmiş örf ve adetlerden, insancıl hukuk kurallarından ve kamu vicdanının emirlerinden kaynaklanan uluslararası hukuk ilkeleri dolayısı ile sahip oldukları yükümlülüklerini yerine getirmekten imtina edemeyecektir³². Böylece *Cenevre Sözleşmelerinden* çekilen bir imzacı devlet, uluslararası hukukun temel bazı kural ve ilkeleri ile bağlı kalmaya devam edecektir. Burada ifade edilmek istenen, şüphesiz öncelikle uluslararası teamül kurallarıdır³³. Nitekim bu ortak hükümler, *Cenevre Sözleşmelerinin* ne ölçüde teamül hukukunun bir parçası haline geldiği gösterir³⁴. Bu bakımdan 1969 Viyana

³⁰ *Supra* dipnot 11.

³¹ Friedman (1972), *The Law of War* 454.

³² *Id.*, 525 *et seq.*

³³ Emily Crawford, 'The Modern Relevance of the Martens Clause' (2006) 6 *ISIL Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law* 13.

³⁴ 1949 Cenevre Sözleşmelerini onaylayan 196 devletin BM'e üye devlet sayısından fazla olduğu düşünülürse, Cenevre Sözleşmelerinin evrenselliğinin uluslararası teamül hukukuna dönüşmesinin getirdiği güçlükler ayrı bir tartışma konusudur. Theodor Meron, 'The Geneva Conventions as Customary Law' (1987) 81:2 *American Journal of International Law* 348-70, özellikle 348-58.

Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 43. maddesinde bulunan, andlaşmadan çekilmenin ilgili tarafı uluslararası teamül hukuku haline gelmiş olan bir andlaşmadaki yükümlülüklerinden kurtarmayacağını öngören hükmü ile uyumludur³⁵. Ancak *Abi-Saab*'a göre, ortak hükümlerin kapsamı sadece örf ve adet hukuku ile sınırlı değildir. Bunun ötesinde daha önce yapılmış olan andlaşmaların koruyucu hükümlerini de içeren, *önceki mevcut hukukun* yerleşmiş hem teamüli ve hem de sözleşmesel bütünü olarak görülmelidir³⁶.

1968 tarihli *Tahran İnsan Hakları Uluslararası Konferansı Nihai Senedinin* silahlı çatışmalar sırasında insan haklarının korunması hakkındaki 23 sayılı kararı, BM üyesi devletlere Martens kaydına uymaları çağrısında bulunmuştur³⁷. Bu çağrı kısa bir süre sonra görüşülmeye başlanan, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I'de yanıt bulmuştur. Martens kaydına 1977 tarihli *Ek Protokol I*'in 1. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiştir:

"Bu Protokolün ya da diğer uluslararası anlaşmaların kapsamına girmeyen durumlarda, siviller ve muharipler, yerleşik teamüller, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının gereklerinden kaynaklanan uluslararası hukuk ilkelerinin koruma ve hükmü altında kalır."³⁸

Bazı yazarlar, bu hükmün girişte değil ama bu şekilde Protokolün ana metninde yer alan esaslı bir maddenin içerisine dahil edilmesine önemli sonuçlar bağlar: *Pustogarov*'a göre, bu düzenleme tarzı Martens kaydının normatif hukuki kimlik kazanmasını sağlamıştır ve böylece ortak

³⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, done at Vienna on 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, United Nations, *Treaty Series* Vol. 1155, 331.

³⁶ Georges Abi-Saab, 'The specificities of humanitarian law' in Christophe Swinarski (Ed), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1984) 275-6.

³⁷ Final Act of the International Conference on Human Rights, Teheran 22 April to 13 May 1968, A/CONF.32/41(New York: UN Publ., 1968) 18.

³⁸ Melike Batur Yamaner *et al.* (Eds), *12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 42 (İstanbul: Galatasaray Uni. & ICRC, 2009) 180; ayrıca bkz. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 51-2.

uluslararası hukukun gelişmiş bir kuralı haline gelmiştir. Öyle ki, 'uluslararası insancıl hukuk evrensel ve bağlayıcı otoriteye sahip olduğu için', Martens kaydına teşmil etmek suretiyle, bir hukuk normu olarak bağlayıcı güç kazanmasına neden olmuştur³⁹. Buna karşı *Meron, Protokol I*'de ifade edildiği şekli ile Martens kaydının orijinal ahenk ve özgün hukuk mantığından mahrum edildiğini iddia eder. Nitekim, kullanılan sözcüklerdeki bu farklılığın, 'uluslararası hukuk ilkeleri' ile zaten onun bir unsurunu teşkil eden 'yerleşik teamülü' birleştirmesi sonucunda, diğer kaynaklar olarak görülen ve tedvin edilmemiş olan 'insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinin' sahip olduğu işlev, rol ve gerekliliği sorgulanır hale getirdiğini söyleyerek eleştirmiştir⁴⁰.

Öte yandan, 1977 tarihli *Ek Protokol II* ana metnin dışında sadece giriş kısmında, Martens kaydının daha zayıf bir ifadesine yer vermiştir: 'Yürürlükteki hukuk tarafından öngörülme durumlarda, insanların insaniyet ilkelerinin korunması ve kamu vicdanının emirleri altında kalmaya devam ettiğini' hatırlatmakla yetinir⁴¹. Nitekim, burada 'yerleşik teamül' ve 'uluslararası hukuk' kavramlarına atıfta bulunmaktan imtina edildiği görülür. *Bothe* ve diğerlerinin *Protokol II* için hazırladığı şerh, *yerleşik teamülün* ihmal edilmesinin nedenini şu ifade ile haklı gösterir: 'uluslararası olmayan uyumsuzluk için kurallar ihdas etmek teşebbüsü sadece 1949'a kadar geriye gider ve ortak 3. maddenin devletlerin uygulamasında kullanılması ise, uluslararası olmayan uyumsuzluk hakkında "yerleşik teamül" den bu şekilde konuşmaya imkân verecek kadar gelişmemiştir.'⁴² Ancak bunun yanında inkâr edilemeyecek bir başka

³⁹ Pustogarov (1999), 'Martens Clause' 130.

⁴⁰ 'Orijinal ifadenin sahip olduğu ahenkli [bütünlük] Protokolde yoktur. Yapanlar tarafından bu sonucun niyetlendiği veya farkedildiği tam olarak açık değildir', **alıntı** Meron (2000), 'The Martens Clause' 81; Ancak buna karşılık konferansa katılan Alman delegasyonu üyesi Fleck, bunun sadece bir liguistik yaklaşım sonucu olduğunu ve diplomatik konferansta öngörülen sonuçları etkilememesi gerektiğini belirtmektedir. Fleck (2003) 'Friedrich von Martens' 24; benzeri görüş için bkz. Pustogarov *id.*

⁴¹ Yamaner *et al.* (2009), *Cenevre Sözleşmeleri* 265.

⁴² Michael Bothe, Karl Josef Partsch and Waldemar A. Solf (Eds), *New Rules for Victims of Armed Conflict: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Second Edition, Leiden: Marinus Nijhoff, 2013) 709.

gerçek daha vardır; o da, devletlerin iç uyumsuzluklar bakımından geniş kapsamlı uluslararası yükümlülükler altına girmekte genel olarak sürekli isteksiz görünmesidir⁴³.

Yine aynı dönemde yapılmış olan 1980 tarihli *BM Aşırı Izdıraba Yol Açtığı veya Ayrım Gözetmeyen Etkileri Olduğu Düşünülen Bazı Konvansiyonel Silahların Kullanımının Yasaklanması veya Sınırlandırılması Hakkındaki Sözleşmenin* girişinde Martens kaydı tekrar edildiği gibi,⁴⁴ buna ek 1995 tarihli *Kör Edici Lazer Silahlarına İlişkin Dördüncü Protokol*,⁴⁵ 1997 tarihli *Anti-Personel Mayınların Kullanılması, Depolanması, İmali ve Naklinin Yasaklanması ve Bunların İmhası Hakkındaki Ottawa Sözleşmesi*,⁴⁶ 1998 tarihli *Uluslararası Ceza Mahkemesinin Roma Statüsü*'nde⁴⁷ ve 2008 tarihli *Patlayıcı Misket Mühimmata Sözleşmesinin* girişinde⁴⁸ bu kaydın bazı unsurlarına açık veya zımnî göndermeler yapılmıştır.

III. İçeriği ve Unsurları

Orijinal görünümünde *F.F. de Martens*'in beyanı, uluslararası belgelerde açıkça düzenlenmeyen hallerde, silahlı çatışmalara karışan sivil ve muharıplerin statüsünü uluslararası hukukun yazılı olmayan örf ve adet prensiplerinin hükmü ve koruması altına almak amacını taşımaktaydı. Bir anlamda, hukukta ortaya çıkabilecek olan *lacuna*'nın yaratabileceği keyfiyet tehlikesini önlemek üzere öne sürülen bir tedbir görünümü arz

⁴³ Meron (2000), 'The Martens Clause' 81.

⁴⁴ Adam Roberts and Richard Guelff, *Documents on the Laws of War* (Third Ed., Oxford: Oxford University Press, 2000) 520; ayrıca (1980) 19 *International Legal Materials* 1524.

⁴⁵ *Id.*, 535; ayrıca (1996) 35 *International Legal Materials* 1218.

⁴⁶ *Id.*, 648-9; ayrıca (1997) 36 *International Legal Materials* 1509.

⁴⁷ Text circulated as A/CONF.183/9 of 17 July 1998 and corrected by process-verbaux of 10 November 1998, 12 July 1999, 30 November 1999, 8 May 2000, 17 January 2001 and 16 January 2002. Bkz. http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf; ayrıca (1998) 37 *International Legal Materials* 1999.

⁴⁸ Convention on Cluster Munitions (30 May 2008), (2009) 48 *International Legal Materials* 357.

etmekteydi⁴⁹. Bu bakımdan, uluslararası hukuk diğer hukuk sistemlerinden farklı değildir: eğer bir mesele bir çeşit kurallar bütünü tarafından düzenlenmiyorsa (mesela andlaşma hükümleri), o zaman gerekli şartları taşıdığı sürece bir başka çeşit hukuk kuralları (mesela teamül kuralları) bütününe tabi olabilir⁵⁰. Burada savaş hukuku kurallarının daha tam bir düzenlemesi yapılanaya kadar, henüz tedvin edilmemiş olan bazı uluslararası hukuk prensiplerinin ikâme etkisine sahip olabileceği öngörülmüştür. Martens kaydının ifade edildiği bütün şekillerde,⁵¹ uluslararası hukuk prensiplerini oluşturabilecek üç unsur sayılmıştır. Bunlar, (i). uygar ulusların arasında *yerleşmiş olan uygulamalar*, (ii). *İnsaniyet ilkeleri* ve (iii). *kamu vicdanının emirleridir*. O halde buradaki temel soru, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirleri vasıtasıyla, toplu düşünce ve toplumsal ahlakta (*morality*) hakim olan kuvvetli eğilimlerin nasıl hukukun bağlayıcı kuralları haline getirilebileceği hususunda ortaya çıkar. Bu soru, uluslararası yazılı düzenlemelerin yerine ikâme edilmesi öngörülen uluslararası hukuk prensiplerinin içerdiği bu üç unsurun tanımlanmasını gerekli kılar. Öyle ki, Martens kaydının kapsamının belirlenmesi ve yorumlanması, esas itibarıyla, bu tanımlara bağlı olacağı için, bu üç unsurun anlamı kaydın uygulanması bakımında da büyük önem taşır.

⁴⁹ Larsen, Martens kaydının silahlı çatışmalar sırasında ortaya çıkabilecek *non-liquet* durumunda boşluk doldurma işlevinin, artık insan hakları korumasına dayanan uluslararası insanî hukuk ile atıl hale gelmiş olduğunu iddia etmektedir. Kjetil Mujezinović Larsen, 'A 'Principle of Humanity' or a 'Principle of Human-Rightsism'?' in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (Eds), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 141.

⁵⁰ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 192.

⁵¹ Bunun bir istisnası, 1977 Ek Protokol II'deki düzenlemedir. Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the protection of victims of non-international armed conflicts, 8 June 1977, UN Doc A/32/144, Appendix II (1977) 16 *International Legal Materials* 1442

1. Yerleşmiş Uygulamalar

İlk ifade edildiği şekli ile 'medeni milletler arasında yerleşmiş uygulamalar' deyimini, o zamanın belli bir anlayışını yansıtır.⁵² *Pustogarov*, Martens tarafından kaleme alınan ve 1879 yılında bir Fransız hukuk dergisinde yayınlanan 'Merkezi Asya'da Rusya ve İngiltere' başlıklı yazıda, çağdaş uluslararası hukukun sadece uygar uluslararası var olan bir hukuk olarak tanımladığını aktarmaktadır⁵³. Ancak ulusları uygar olan ve olmayan ayırımına tabi tutan bu yaklaşımın, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra kurulan BM sistemi içerisinde kolonileşmenin sona ermesi ile, ortadan kalktığını söylemek mümkündür⁵⁴. Daha önemli olan, yerleşmiş uygulamalardan maksadın 'devletlerin uygulamaları' şeklinde anlaşılması gerektiğidir⁵⁵. Nitekim *Pustogarov*'a göre, bununla ifade edilen, uluslararası teamül hukukudur⁵⁶. *Crawford* ise, kaydın teamüli niteliğinin 1977 *Ek Protokol I* ve 1980 *Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi* ile desteklendiğini iddia etmektedir⁵⁷. Ancak bu öneri, Martens kaydının hukuki içeriği ile teamül statüsünü açıklama yaklaşımından ibarettir. Görüleceği gibi, bu görüş içerik hususundaki yorum ve tartışmaları gidermekten uzak bir genelleme yapmak gayretinin ötesinde değildir.

2. İnsaniyet İlkeleri

Savaş kuralları ve adetleri, *her türlü* askeri amacın caiz olmadığı ve savaş sırasında tek meşru amacın, düşmanın askeri gücünü zayıflatmaktan ibaret olduğu esası üzerine kurulmuştur⁵⁸. Savaşın düşmana zarar veren

⁵² Martens'in bu anlayışı ayrıntılı bir şekilde Müllerson tarafından incelenmiştir. Bkz Reim Müllerson, 'F.F. Martens – Man of the Enlightenment: Drawing Parallels between Martens' Times and Today's Problems' (2014) 25 *European Journal of International Law* 831-46, özellikle 832-40.

⁵³ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 128: 'Martens'e göre, uygar olmayan ulusların uluslararası hukuka aykırı olan eylemlerinden ötürü sorumluluğu doğmaz, çünkü onlar uygar ulusların ilişkilerine dayanarak kurulmuş olan bu hukuku anlayamazlar. Bu yüzden bunlara uygulanması gereken, doğal hukuktur.'

⁵⁴ James Sloan, 'Civilized Nations' (2011) *The Max-Planck Encyclopedia of Public International Law*, para.12.

⁵⁵ Cassese (2000), 'Martens Clause' 314.

⁵⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132.

⁵⁷ Crawford (2006), 'The Modern Relevance' 6.

⁵⁸ 1968 St. Petersburg Beyannamesi, Friedman (1972), *The Law of War* 192.

yöntem ve araçları seçmek hususunda sınırsız bir yetkisi yoktur⁵⁹. Savaş eylemi nasıl ki bir askeri amacın gereği olarak yapıyor ise, insani düşünceler de silahlı çatışmalara bağlı olarak ortaya çıkan acı, ıstırap ve tahribatı sınırlamaya yöneliktir⁶⁰. Falk, 1968 *St Petersburg Beyannamesi* ile başlayan modern süreçte, muhariplere ve savaşın diğer mağdurlarına gereksiz acı ve ıstıraplar vermekten kaçınmayı öngören insaniyet gayesinin her şeyin merkezinde yer alığını ve daha en başından itibaren, askeri gerekliliğe dayanan mutlak iddiaların reddedilmesine sebep teşkil ettiğini söyler⁶¹. Bu anlamda insaniyet ilkeleri, askeri gereklilik ilkesine karşı bir denge unsuru teşkil eder; hukuk ise, askeri gerekliliğin insani düşünceler ile bağdaştırılması işlevini gören bir orta yol haline gelir⁶². Bütün silahlı çatışma durumlarında, düşmanı yenmek için hasmane tedbirler almak yetkisi ile silahlı çatışmaların kaçınılmaz bir yan sonucu olarak ortaya çıkan acı ve ızdırabı sadece bu askeri amacı sağlamaya yeterli olacak bir seviyede sınırlama yükümlülüğü arasında pratik bir denge sağlamak işlevi görür⁶³. Böylece hedeflenen her türlü sonuca varılması için, askeri gerekliliğin haklılık nedeni olarak kullanılması insaniyet ilkesi ile sınırlanır. O halde silahlı çatışmalar hukuku, özünde askeri gereklilik ve insaniyet ilkeleri arasında kurulacak bir dengeyi tanımlar⁶⁴. Bu denge orantılılık ile kurulur. Askeri gereklilik ile orantılı

⁵⁹ 1874 Brüksel Beyannamesi Madde XII, *id.*, 196.

⁶⁰ 'Askeri gereklilik veya uygunluk (yarar) pozitif hukuk kurallarının ihlalini haklı gösteremez. ... Askeri gereklilik veya yarar başka türlü uygun görülse bile, masum halkın (1907 La Haye Düzenlemelerinin 46, 47, 50. maddelerinde belirtilen) haklarına saygı gösterilmelidir.' **Alıntı** ABD Askeri Mahkemesi, Nuremberg 19 Şubat 1948 *ABD v List ve Diğerleri* (Hostages Trial), (1948) *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* 647.

⁶¹ Richards Falk, 'The Environmental Law of War: An Introduction' in Glen Plant (Ed), *Environmental protection and the Law of War: A Fifth Geneva Convention on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict* (London: Belhaven, 1992) 83.

⁶² Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (Cambridge: Cambridge Uni. Press, 2004) 16-20.

⁶³ Geoffrey Corn, 'Principle of Humanity' (2013) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para. 2.

⁶⁴ Michael N. Schmitt, 'Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law: Preserving the Delectate Balance' (2010) 50 *Virginia Journal of International Law* 798-9.

olmayan silah ve taktikler aşırıdır. Bunların neden olacağı aşırı acılar, ızdıraplar ve zararlar gereksiz olacağı için, insaniyet düşüncesi ile bağdaşmaz. Dolayısı ile hukuka aykırıdır⁶⁵. İşte bu denklemde insaniyet kavramının, gereksiz acı ve ıstırap vermeme ilkesine yapılan atıf ile açıklandığı görülür. Bu ise, insaniyet veya insanî terimlerin bağımsız uluslararası hukuk kavramı olmak niteliğini tartışılır hale getirir. Bazı yazarlar bu belirsizliğe karşı, insaniyet kavramını insan güvenliği ve refahı bakımından yorumlarlar; böylece insanlığın toplu olarak varlığı ve insan olmak dolayısıyla sahip olduğu değerler ile, bir insanın diğerine karşı olan davranışı arasında bir bağlantı kurmak için genel ve soyut tanımlar getirirler⁶⁶. Martens kaydı içerisinde kullanılan insaniyet kavramının, ‘insan olmak dolayısı ile’ belli bir düzeyde asgari davranış beklentisini ifade ettiği görülür⁶⁷. Ancak buna atfedilebilecek normatif değer, bunun hukuki olmaktan çok ahlaki niteliğinden kaynaklandığı görüşü öne sürülür⁶⁸. Burada sorulması gereken soru, sözde insaniyet ilkesinden çıkarılacak olan uluslararası hukuk prensiplerinden ne anlaşılması gerektiğidir⁶⁹.

Uluslararası hukukta insaniyet kavramına ne tür anlamlar yüklenmesi gerektiği sorunu, ilk kez İkinci Dünya Savaşı sonrasında Uluslararası Askeri Mahkemelerde görülen savaş suçlarına ilişkin davalarda ortaya çıkmıştır. Uluslararası ceza hukuku alanındaki ilk davalardan biri, Norveç Yüksek Mahkemesi tarafından 1946 yılında

⁶⁵ Yoram Dinstein, ‘The Principle of Proportionality’ in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (Eds), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 74-6 ve 79-80.

⁶⁶ Robin Coupland, ‘Humanity: What is it and How does it Influence International Law?’ (2001) 83 No.844 *International Review of the Red Cross* 949-89.

⁶⁷ *Id.*, 974-5.

⁶⁸ İnsaniyet ilkelerinin içeriği konusunda bkz. Pustogarov (1999), ‘The Martens Clause’ 133.

⁶⁹ Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen, ‘Introduction by the Editors: Is There a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law’ in Kjetil Mujezinović Larsen, Camilla Guldahl Cooper and Gro Nystuen (Eds), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 1 *et seq.*

karara bağlanan *Klinge* davasıdır. Davanın konusu, ceza kanunlarının geçmişe yürütülmesine cevaz verilip verilmemesine ilişkindir. Alman vatandaşı olan *Klinge*, Oslo'da 1944 Kasım ayından Almanya'nın teslim olduğu 1945 Mayıs ayına kadar Alman Güvenlik Polisi *Gestapo*'da asistan olarak görev yapmıştı. Bu süre zarfında, Norveç yurtseverlerine kötü muamele ve işkence yapmaktan sorumlu tutuldu. Eylemleri sonucu bir yurtseverin ölümüne neden olduğu için, hakkında savaş suçu işlediği iddiası ile dava açıldı. Almanya'nın Norveç'i işgali sırasında halen 1902 tarihli Norveç Ceza Kanunu yürürlükteydi. Ancak 1941 ve 1942 yıllarında sürgünde bulunan Norveç Hükümeti tarafından ceza kanununda yapılan değişikliklerle bazı ihanet, kötü muamele ve haksız alıkoyma suçları için ölüm cezası getirildi. Oysa Norveç Anayasasının 97. maddesi kanunların geriye yürümezliğine ilişkin açık hüküm içermekteydi. Buna rağmen *Klinge*, 1902 tarihli Ceza Kanununda yapılan değişiklikler ve daha sonra Anayasanın 97. maddesini askıya alan 4 Mayıs 1945 tarihli Kraliyet kararı uyarınca, ölüm cezasına çarptırıldı. *Klinge*, ölüm cezasına karşı Norveç Anayasa Mahkemesine itiraz etti. Temyiz savunmasını ise, ceza kanunun değiştirildiği tarihte anayasaya aykırı olması ve cezaların geriye yürütülemeyeceği gerekçelerine dayandırdı. Ancak itirazı çoğunluk adına reddeden Hakim *Skau*'nun verdiği gerekçeli karar, doğrudan Martens kaydı ve içerdiği unsurlara göndermede bulunarak açıklık getirmek çabası içerisinde olmuştur:

'İşkence sadece Norveç hukukuna göre açıkça yasaklanmamıştır. Ayrıca insaniyet kurallarına ve kamu vicdanının emirlerine de aykırıdır. Bu yüzden, davada sanık tarafından işlenen suçlar, *savaşın kural ve adetlerine* göre savaş suçlarıdır. Savaşın kural ve adetlerine göre, savaş suçları ölüm cezası dahil olmak üzere en ağır cezalarla cezalandırılabilir. Diğer bir deyimle, halihazırda bu davada muhakeme edilen eylemlerin suç karakteri ve tabi olacağı cezanın derecesi zaten uluslararası hukukun savaş hukukunun örf

ve adetlerine ilişkin kurallarında öngörülmüştür. Bu kurallar savaşı bir ülke olarak Norveç için de geçerlidir.⁷⁰

Norveç Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bu karar, özel bir öneme sahiptir. Çünkü ilk kez insaniyet kuralları ve kamu vicdanının emirlerini uluslararası hukuk normları olarak görülmüş ve Norveç hukukunun bir bütünleşmiş parçası olarak uygulanmıştır.

Öte yandan, 1948 tarihli *Krupp ve Diğerleri* davasında *Nuremberg* ABD Askeri Mahkemesi, Almanya'nın siyasi, mali, endüstriyel ve ekonomik hayatında en yüksek resmi mevkilerde yer alan Krupp Şirketinin sahibi *Alfried Krupp* ve 11 çalışanını savaş suçları ve barışa karşı suçlardan yargılamıştır. Sanıklar, bir dizi eylemlere katılmakla suçlanmıştır. Bu eylemler, Almanya'nın açtığı saldırı savaşları ve diğer ülkeleri işgalinin planlanması, hazırlığı ve icra edilmesi; işgal altındaki topraklarda bulunan kamu ve özel malların talan, tahrip ve sömürülmesi; buralardaki sivil halkın büyük çoğunluğunu zorla işçi yapmak üzere köleleştirilmesi ve sınır dışı edilmesi; bunu yaparken köle işçilere kötü muamelede bulunulması, işkence edilmesi ve öldürülmesi ve ayrıca savaş esirlerinin savaş operasyonlarında kullanılması, kötü muameleyle tabi tutulması ve öldürülmesi gibi olayları içermiştir. Krupp Şirketi, bu şekilde Almanya'nın demir-çelik ve kömür endüstrilerinde muazzam bir güç kazanmış ve Nazi hükümetinin en büyük silah üreticisi ve destekleyicisi konumuna gelmeyi başarmıştı⁷¹. Askeri Mahkeme, yargılama sırasında sanıkların 1907 IV No'lu *La Haya* Sözleşmesi hükümlerinin bir topyekûn savaşta uygulanamayacağı savunmasını reddetmiştir. Aksine Almanya'nın taraf olduğu 1907 *La Haya* Sözleşmelerinin 1939 tarihi itibarı ile artık teamül hukuku haline gelmiş olduğunu kabul etmiştir. Böylece *si omnes* şartının ötesinde,⁷² sadece akdî olarak değil, ama teamülü olarak da

⁷⁰ *Public Prosecutor v Klinge*, Norway, Supreme Court 27 February 1946, (1946) 13 *Annual Digests & Reports* 262-7, **alıntı** 262-3.

⁷¹ *In re Krupp and Others*, United States Military Tribunal at Nuremberg, 30 Haziran 1948, (1948) 15 *Annual Digests & Reports* 620-1.

⁷² Klasik savaş hukukunda karşılıklılık ilkesi için bkz. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 61.

Almanya üzerinde bağlayıcılık kazandığı teyit edilmiştir. Doğrudan 1907 *La Haye* Sözleşmesinin Girişinde beyan edilen Martens kaydına atıf yapan Mahkeme, şu ifadeyi kullanmıştır:

'Dibace göstermelik bir beyandan çok daha fazladır. Genel bir kayıttır. Sözleşmenin veya ona ek Düzenlemelerdeki mevcut hükümlerin savaş veya savaşa benzer hallerde ortaya çıkan bazı hususi meseleleri kapsamadığı zamanlarda, bu kayıt medeni milletler arasında yerleşmiş uygulamaları, insaniyet kurallarını ve kamu vicdanının emirlerini uygulanacak hukukun bir ölçme aracı haline getirir.'⁷³

Bu beyanıyla mahkeme, uluslararası hukukun oluşumu sürecinde Martens kaydının içerdiği üç unsurun bir normatif değere sahip olduğunu açıkça tanımaktadır. Bu yönüyle daha sonraki yargısal içtihatlar bakımından insaniyet ilkesinin kullanılması önemli bir emsal teşkil etmiştir.

Martens kaydının içerdiği insaniyet ilkelerinin dikkate alındığı diğer bir dava, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Hollanda Özel Yetkili Ceza Mahkemesinde görülen ve Özel Yetkili Yüksek Mahkemede temyiz edilen 1949 tarihli *Rauter* davasıdır⁷⁴. Yüksek Mahkeme, Hollanda'yı işgal eden Almanya'nın sivil halka karşı 'misilleme' yapmaya hakkı olup olmadığı meselesini incelerken, Martens kaydına göndermede bulunmuştur. Sanık *Hans Albin Rauter*, Haziran 1940 ile Mart 1945 arasında işgal altında bulunan Hollanda'da Alman S.S.'in en yüksek şefi, polis ve emniyet teşkilatının genel müdürü idi. Bu görevi ile, *Waffen S.S.* birliklerinin ve Hollanda'daki Alman polis teşkilatının baş komutanı ve ayrıca Hollanda polisinin nihai emniyet amiri olarak, ülkedeki kamu düzeninin muhafazası ve huzurun sağlanmasında en yüksek sorumluluğa sahipti. Bu bakımdan fevkalade geniş yetkilere sahipti. Bu yetkileri, kamu düzeni ve güvenlik alanında yürütmeye birlikte yasama gücünü de

⁷³ *Id.*, 622.

⁷⁴ *In re Rauter*, Holland, Special Criminal Court, The Hague, 4 May 1948, Special Court of Cassation 12 January 1949, (1949) 16 *Annual Digests & Reports* 526-7.

içermekteydi. İşgal süreci içerisinde, zamanla ülkede bir sistematik terör rejimi ihdas etmeye başladığı görüldü. Savaş sonrasında yakalanarak, savaş suçlusu olarak yargılanmak üzere Hollanda yetkililerine teslim edildi. Kendisine yöneltilen sekiz suçtan sadece biri, sivil halka karşı toplu misillemede bulunma iddiası idi. Sanık savunmasında, uluslararası hukuka aykırılık teşkil eden ‘misliyle karşılık’ vermenin, karşı tarafın kendi eylemlerinin hukuka aykırı olduğu durumlarda, haklı hale geleceği iddiasını öne sürdü⁷⁵. Mahkeme bu savunmayı reddetti, çünkü burada söz konusu olan misilleme, işgal edilen devlete karşı değil, ama işgal altındaki devletin ülkesinde yaşayan sivil halka karşı yapılmış olan cezalandırıcı mahiyette ‘aynıyla karşılık vermek’ idi. Nitekim Mahkeme, 1907 *La Haye* Düzenlemelerinin 50. maddesiyle sivil halka karşı ortak veya birlikte sorumluluk doğurmayan bireysel meselelerde, mali ve sair nitelikte toplu cezalar verilmesinin açıkça yasaklandığına işaret etmiştir. Karar bu maddenin dayandığı temel fikri şöyle açıklamıştır:

‘yabancı ülkeyi işgal eden hiç bir güç, başkalarının yaptığı eylemlerden [sorumlu olmayan] masum kişilere karşı –o toprakların yasal hükümrani veya işgalcisinin kendi ülkesi topraklarında yapabileceğinden daha ziyade- sert tedbirler alamaz. Gerçekte bu tür bir davranış, işgal ettiği topraklar kadar kendi ülkesinde dahi yapılırsa, her bir adaletin ilkesine aykırı olur ve [*La Haye*] uluslararası sözleşmesinin dibacesine açıkça konulmuş olan [Martens kaydı] ile uyumlu değildir. Bu Sözleşmeye eklenen kurallara dahil olmayan hallerde, sivil halk ... medeni milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insaniyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden çıkarılan uluslararası hukuk prensiplerinin koruması ve hükmü altında kalacaktır.’⁷⁶

⁷⁵ Nitekim bu anlamda Tütüncü misillemenin savaş hukukundaki yerini, ‘savaş hukuku kurallarının ihlâl edilmesi durumunda, normalde hukuka aykırı olacak bir eylemin, diğer taraf da hukuka aykırı uygulamalara başvurduğu için haklı görüldüğü bir zorlayıcı tedbir’ olarak tanımlamaktadır. Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 155.

⁷⁶ *Id.*, 538-41.

Böylece Mahkeme, Martens kaydından yola çıkarak üç esaslı sonuca varmıştır. İlk olarak, 50. madde ile yasaklanan sivil halkı toplu cezalandırma amaçlı misillemelerin, aynı zamanda Martens kaydındaki insaniyet ilkelerini de ihlal ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca, ceza yasalarının geçmişe yürümezliği ilkesinin uygulanmasının da, hukuk düzeni için aynı şekilde önem taşıdığı kabul edilen diğer başka ilkelerin uygulamasını engelleyecek şekilde bir normatif kesinlik arz etmediğini söylemiştir. Son olarak ise, insaniyet kurallarına ve kamu vicdanının emirlerine aykırı olan kasıtlı eylemlerin, henüz bir uluslararası kural ile açıkça yasaklanmamış olsa bile, bu ilkeler kapsamında halen cezalandırılabilir bir savaş suçu teşkil edebileceğine karar vermiştir⁷⁷.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan ve savaş suçlarının yargılandığı uluslararası askeri mahkemelerdeki bu davalara paralel olan farklı bir gelişmenin ortaya çıktığı görülür. Aynı tarihlerde bu kez Uluslararası Adalet Divanı, insaniyet düşüncesini genel uluslararası hukuk içerisinde dikkate almıştır. Nitekim 1949 tarihli *Korfu Kanalı* davasında Divan, Arnavutluk'un kendi karasuları içerisinde bulunan mayınların varlığını, burada seyreden gemilere bildirmeyi emreden bir uluslararası yükümlülüğü bulunduğunu tespit etmiştir. Nitekim bu yükümlülüğün, 'sadece savaş sırasında uygulanabilir olan 1907 VIII No'lu *La Haye Sözleşmesi*'ne değil, fakat iyi kabul gören belli genel ilkelere, yani: barış sırasında savaş zamanından bile daha fazla kesinlik arz eden *en temel insaniyet düşüncelerine* dayandığını' ifade etmiştir⁷⁸. *Meron*, insaniyet ilkelerinin buradaki en temel insaniyet düşüncelerinden farklı olmadığını söylerken, *Korfu Kanalı* kararından daha önce 1928 yılında *Naulilaa* davasında Hakemlik Mahkemesi tarafından insaniyet ilkelerinin hukuken

⁷⁷ *Id.*, 542, yine mahkemeye göre, özel ceza kanunu hakkındaki düzenlemenin 27(A) maddesinin insanlığa karşı yeni bir suç ihdas ettiği iddiası doğru değildir, çünkü gerçekte bu da söz konusu dibacedeki insaniyet kuralları tarafından kapsamaktadır.

⁷⁸ *Corfu Channel Case (UK v Albania) (Merits)*, 1949 (April 9) ICJ Reports 4, 22.

cevaz verilen misillemelerin kapsamını sınırlamak üzere uygulanmasını bir örnek olarak verir⁷⁹.

Uluslararası Adalet Divanı, en temel insaniyet düşüncelerini yansıtan kuralları esas alarak 1986 tarihinde *Nikaragua* davasında ‘insancıl hukukunun asli genel ilkeleri’ kategorisini genişletmiştir. Bu temel ilkelerden, 1949 Cenevre Sözleşmelerine ortak 3. Madde içerisinde ifade edildiği şekilde ‘en temel insaniyet düşüncelerine’ dayanan hem uluslararası ve hem de iç silahlı çatışmalarda uygulanabilecek olan kuralların belli bir özü çıkartılabilir.⁸⁰ Divan’a göre, ‘Amerika Birleşik Devletleri’nin davranışı, insaniyet hukukunun asli genel ilkelerine göre değerlendirilebilir’ ve 1949 Cenevre Sözleşmelerine ortak 3. maddede belirtilen belli kurallar ‘ayrıca uluslararası çatışmalara uygulanan daha gelişmiş kurallara ek olarak, asgari bir ölçüt teşkil eder.’⁸¹ Bu yorumuyla Divan’ın açıkça 1949 *Korfu Kanalı* kararındaki benimsediği yaklaşımı takip ettiği görülmektedir.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin statüsü hakkında henüz kuruluş aşamasında BM Genel Sekreteri tarafından hazırlanan 1993 tarihli bir rapor, Uluslararası Adalet Divanı’nın yargı kararlarında en temel insaniyet düşüncelerini hukuki bir ölçüt olarak benimsendiğine işaret etmiştir. Böylece insaniyet ilkelerinin asli niteliğinin teyit edilmiş olduğu ama bu prensiplerden neler anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmediği belirtilmiştir.⁸² Ancak bu bakımdan, Irak’ın işgali altında bulunan Kuveyt’teki insan hakları durumunu incelemek üzere olarak atanan BM Özel Raportörünün çalışması,

⁷⁹ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 82, *Responsabilité de l’Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l’Afrique*, (1928) 2 R.I.A.A. 1013,1026.

⁸⁰ Judith Gardam, ‘The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law’ (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 355.

⁸¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua v. US*, (Merits) (27 June) 1986 ICJ Reports 14, 113-4, para.218.

⁸² 1993 Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993) para. 4, no 9, UN Doc S/25704, (1993) 32 *International Legal Materials*, 1163, 1191.

öncelikle Martens kaydının önemini vurgulamıştır. Arkasından en temel insaniyet düşünceleri kavramından anlaşılması gereken unsurları şöyle tanımlamıştır:

- i. Tarafların savaşın araç ve yöntemlerini seçme hakkı sınırsız değildir,
- ii. Askeri operasyonlara katılan kişiler ile sivil halka dahil olan kişiler arasında, sivillerin olabildiğince korunup esirgenmesi sonucunu verecek bir ayırımın yapılması gerekir, ve
- iii. bu şekilde sivil halka karşı saldırı düzenlenmesi yasaktır.⁸³

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, iki önemli davada vardığı içtihadını insaniyet ilkelerine dayandırmıştır. İlk olarak, 1996 tarihli *Martić* davasında Mahkemenin Yargılama Dairesi, ‘sivil bireyler kadar sivil halka yönelik bu tür saldırıda bulunmaya karşı [getirilen] yasak ile, savaşın araç ve yöntemlerini sınırlayan genel prensip ... bütün silahlı çatışmalara uygulanabilir olan bütün uluslararası insancıl hukukun temelini teşkil eden ... en temel insaniyet düşüncelerinden kaynaklanır’ görüşünü tekrar etmiştir⁸⁴. Yine 1998 yılında *Furundžija* davasında, Martens kaydının işkence yasağının uluslararası teamül hukukunun bir parçası haline geldiği iddiasının temel dayanağını oluşturduğunu söylemiştir⁸⁵.

Öte yandan, Uluslararası Adalet Divanı *Nikaragua* davasında sivillerin korunması alanında en temel insaniyet düşüncelerini yansıtan insancıl ilkelerin bir kataloğunu yaparken, genel olarak Cenevre hukuku çerçevesinde kalmıştı. Oysa daha sonra *Nükleer Silahların Tehdit veya Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde* bu kez uluslararası silahlı çatışmalarda savaşın araç ve yöntemleri bakımından insancıl hukukun en temel ilkelerini *La Haya* hukuku kapsamında

⁸³ Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi occupation, UN Doc E/CN.4/1992/26, para.36.

⁸⁴ *Prosecutor v. Martić*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No. IT-95-11-R61, (13 March 1996) para.13.

⁸⁵ *Prosecutor v. Furundžija*, Judgment, No. IT-95-17/I-T, (10 December 1998), para.137.

incelemek imkanı doğmuştur⁸⁶. Bu temel ilkelerin özü itibarıyla insancıl karakterde olduğunu belirten Divan, bunlarla amaçlanan sivil halk ve sivil nesnelere korunması, muharipler ile muharip olmayanlar arasında ayırım gözetilmesi ve devletlerin sivilleri saldırının hedefi yapmaması olduğunu ifade etmiştir. Gereksiz acı ve ıstırap yasağı (sivillerin korunması) ile savaşın araç ve yöntemleri üzerindeki sınırlamalar ise, bunların bir sonucu olarak ortaya çıkar⁸⁷. Bu kapsamda Divan, Martens kaydının ‘teknolojinin hızlı evrimine karşı etkili bir araç olarak kanıtlanmış olduğuna’ işaret etmekle yetinmiştir⁸⁸. Bunun ötesinde Martens kaydının mahiyeti ve kapsamı hakkında yol gösterecek bir açıklamada bulunmadığı gözlenmiştir⁸⁹. Nitekim Divan, ‘süregelen varlığı ve uygulamasından şüphe duyulmayan Martens kaydını, insancıl hukukun kural ve ilkelerinin nükleer silahlara uygulanmasının pozitif bir teyidi olarak’ görmüştür⁹⁰. Cassese, Divan’ın sadece bu kadarla yetinmiş olmasını, kaydın içerik ve unsurlarına bir anlam yüklemek bakımından yetersiz kaldığı için eleştirmiştir⁹¹.

Yukarıda belirtilen uluslararası belge ve yargı kararlarında yer almasına rağmen, insaniyet ilkeleri içerik, anlam ve hukuki etki bakımından tam bir kesinlik arz etmekten uzaktır⁹². İnsaniyet ilkeleri, *a priori* savaşın mağdurlarını korumaya yöneliktir. Böylece insaniyet ilkeleri, silahlı çatışmalar sırasında sivil halkın ve sivil nesnelere korunmasını sağlayan *anthropocentric* bir kavram olarak ortaya çıkar ve

⁸⁶ Kararın uluslararası insancıl hukuk bakımından analizi için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, ‘Nükleer Silahlar ve Milletlerarası İnsancıl Hukuk İlişkisinin Divan’ın 1996 Tarihli Danışma Görüşü Çerçevesinde Değerlendirilmesi’ (2003) 23 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 799 et seq.

⁸⁷ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 257 para. 78; ayrıca Tütüncü, *id.*, 801-9.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ Gardam (2001), ‘The Contribution of the International Court of Justice’ 358-9.

⁹⁰ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, para.87.

⁹¹ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 205-7

⁹² Bu durum özellikle Mujezinović Larsen, Guldahl Cooper ve Nystuen, tarafından irdelenmiştir. Bkz. ‘Is There a ‘Principle of Humanity’ in International Humanitarian Law’ in Larsen, Cooper and Nystuen (2013), *Searching for a ‘Principle of Humanity’* 8.

Cenevre hukuku kapsamında en temel iki ilkeyi barındırır. Bunlar, bir yandan karşı tarafı fazla ve gereksiz acı ve ızdıraba tabi kılma yasağı, yani düşmanı kısa zamanda teslim olmaya zorlamak için gereken yeterliliğin ötesinde zarar, acı ve ızdıraba neden olma yasağı; ve diğer yandan çatışmalarda yer almamış olan siviller ile, hastalık, sakatlanma, yaralanma ve esir alınma sonucu çatışma dışı kalan *hors de combat* kişilere insanca muamele etmek yükümlülüğüdür⁹³. Bu açıdan *Corn*, insaniyet ilkesini ‘muhariplerin ve çatışmalara artık katılmayan veya hiç bir zaman katılmamış olan bireylere her zaman insanca muamele edilmesini zorunlu kılarak, onları gereksiz acı ve ızdıraablardan koruyan bir ilke’ olarak tanımlamaktadır⁹⁴. Martens kaydı ile askeri amaçların insancıl düşüncelerle dengelenerek hukuki boşlukların doldurulması demek, *Schmitt*’e göre, insancıl hukuk hükmü tarafından açıkça düzenlenmemiş bir hususta, saldırı eylemini sadece askeri gerekliliğe dayanarak haklı çıkarmak değildir. Fakat savaş esnasında bu tür eylemlerin askeri gereklilik yanında, aynı şekilde insaniyete saygıyı da yansıtmaması gerekeceği anlamına gelir⁹⁵. Bununla beraber hukuken saygı gösterilmesi gereken insaniyet düşüncelerinin soyut karakteri, uluslararası hukukta iki anlam etrafında toplanmaktadır: İlk olarak, diğerlerine karşı davranış ve muamelede insan olmaya yakışan bir insanî niteliğin ifade edildiği insancıl duyarlılıktır. İkinci olarak, insanların toplu olarak ifade edildiği bir insanlık kavramıdır⁹⁶. Her iki anlamda amaç, insan hayatı, sağlığı ve iyiliğini korumaktır⁹⁷. Bunun arkasındaki ahlaki güç, insaniyet ilkesinin ‘evrensel bir etik’ olarak uygulanması gereğini açıklar⁹⁸.

⁹³ Tütüncü (2006), *İnsancıl Hukuka Giriş* 86.

⁹⁴ Corn (2013), ‘Principle of Humanity’ para.1.

⁹⁵ Schmitt (2010), ‘Military Necessity and Humanity’ 800.

⁹⁶ Coupland (2001), ‘Humanity’ 972.

⁹⁷ Jean Pictet, ‘The Fundamental Principles of the Red Cross’ (1979) 19 No.210 *International Review of the Red Cross*, 130-149.

⁹⁸ Hugo Slim, ‘Sharing a Universal Ethic: The Principle of Humanity in War’ (1998) 2 *International Journal of Human Rights*, 28-48.

Fakat insaniyet ilkesinin hukuki etkisi fevkalade tartiřmalıdır⁹⁹. Bu etki nedir? Nasıl ortaya çıkar? Sadece Martens kaydının bir unsuru olarak, onun kapsamı içerisinde bulunan normatif işlevlerine katkıyla mı sınırlıdır? Yoksa kendi başına bağımsız bir hukuk normu olarak görülebilir mi?¹⁰⁰

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargılama Dairesi, *Kupreškić* davasındaki 2000 tarihli kararında, silahlı çatışmalarda kısmen veya tamamen hukuka uygun olup olmadığı tartışma dışı kalan ve bu anlamda hukukun sözde gri alan içerisine giren birbiri ardına devamlı tekrarlanan münferit görünümlü saldırıların toplu etkisini değerlendirmek durumunda kalmıştır. Mahkeme, bu saldırı şeklinin 'insaniyet gereklerine aykırı olarak sivillerin can ve mal varlığını aşırı biçimde tehlikeye dönüştürebileceğini' düşünerek, yasak kapsamı dâhilinde görmüştür¹⁰¹. Böylece tek başına hukuken yasaklanmayan bir dizi saldırı eyleminin, sonuçta insaniyet ilkesini ihlal ettiği gerekçesi ile bir bütün olarak toplu şekilde cezaya tabi tutulması, ancak Mahkeme tarafından insaniyet ilkesine bağımsız bir hukuk normu statüsü tanınmasıyla mümkün olmuştur. Fakat bu son derece tartışmalı bir içtihatır¹⁰².

Daha sınırlı bir yaklaşım, Kızıl Haç Uluslararası Komitesi Genel Kurulu tarafından kabul edilen 26 Şubat 2009 tarihli *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Altında Hasmane Çarpışmalara Doğrudan Katılma Kavramı Hakkında Yorumlayıcı bir Kılavuz* içerisinde görülmektedir. Bu Kılavuz, bir sözleşme ile 'açık düzenlemenin bulunmadığı hallerde, meşru askeri hedeflere karşı yapılan saldırılarda ne çeşit ve derecede kuvvete

⁹⁹ İnsaniyet kavramının normatif etkisi için bkz., Matthew Zagor, 'Elementary Considerations of Humanity' in Karine Bannelier, Theodore Christakis and Sarah Heathcote (Eds), *The ICJ and The Evolution of International Law: The Enduring Impact of the Corfu Channel Case* (London: Routledge, 2012) 269-78.

¹⁰⁰ Larsen, Cooper and Nystuen (2013), 'Is there a Principle of Humanity' 6.

¹⁰¹ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), 206-7 para.525-6.

¹⁰² Robert Cryer, 'Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel: The Influence of the International Criminal Tribunals on the ICRC Customary Law Study' (2006) 11 *Journal of Conflict & Security Law* 255.

cevaz verileceği, askeri gereklilik ve insaniyetin temel ilkelerine bağlı olarak belirlenmesi' gerekeceğini öngörmüştür¹⁰³. Böylece bu iki ilkenin - i.e. askeri gereklilik ve insaniyetin temel ilkeleri-, müsaade edilen askeri hareketin bütünü içerisindeki toplam etkisine uygulanak eşğin daha düşük bir seviyede değerlendirilmesine imkân tanıdığı düşünülmüştür. İki ilkenin birarada uygulanmasıyla, uluslararası insancıl hukuk tarafından açıkça yasaklanmamış olan genel bir seviyeden, somut olayın mevcut şartlarında meşru görülen bir askeri amacı başarmak için gerçekte sadece ne kadar gerekiyorsa o kadar silahlı kuvvet kullanılması doğal olarak daha düşük bir düzeyde bir zarara neden olacaktır¹⁰⁴. Bu öneriye esas teşkil eden insaniyet ilkesinin tanımı için, Kızıl Haç Kılavuzunun İngiliz Savunma Bakanlığı'nın Silahlı Çatışmalar Hukuku Talimatnamesinden alıntı yaptığı görülür. Klavuz, 'insaniyetin meşru askeri amaçların yerine getirilmesi için gerçekte gerekli olmayan acı, ızdırabların, yaralanma ve tahribatın verilmesini yasakladığını' beyan etmektedir¹⁰⁵. İngiliz Ordusunun Talimatnamesine göre, 'eğer düşman muharip yakalandığı veya yaralandığı için muharebe dışı kalmış ise, artık ona saldırmaya devam etmenin hiçbir askeri amacı yoktur. Bu sebeple, insaniyet ilkesi sivil halkların ve sivil nesnelerin saldırıdan muaf tutulması esasını teyit eder, çünkü siviller ve sivil nesnelerin askeri harekate hiçbir katkısı bulunmaz.'¹⁰⁶ Her ne kadar burada insaniyet ilkesinin bağımsız bir hukuki etkiye sahip olduğu izlenimi söz konusu ise de, *Larsen, Cooper* ve *Nystuen*'in yorumladığı gibi, insaniyet ilkesi sadece gereksiz acı, ızdırab, yaralanma ve tahribatı yasaklayan yerleşmiş bir hukuk ilkesinin ahlaki (*moral*) olarak haklılığını onaylamaktan öteye geçmez¹⁰⁷. Gerçekte

¹⁰³ Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009, (2008) 90 No.872 International Review of the Red Cross, 1041.

¹⁰⁴ *Id.*, 1042

¹⁰⁵ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 23.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Larsen, Cooper and Nystuen (2013), 'Is there a Principle of Humanity?' 8.

Martens kaydından bağımsız olarak bir insaniyet ilkesinin bulunup bulunmadığı sorusuna, *Dinstein* ‘devletlerin uygulamasında, insaniyet ilkesine hiçbir zaman uluslararası teamül hukukunun normal uygulamasından bağımsız olarak dayanıldığına dair herhangi bir somut delil bulunmadığı’ yanıtını verir¹⁰⁸. Ona göre, insaniyet ilkesine yapılan göndermeler, oldukça gevşek ve yanıltıcıdır ve bir hukuk normu olarak değil ama hukuk-dışı düşünceler olarak, Uluslararası Adalet Divanı’nın 1949 *Korfu Kanalı* davasında ifade ettiği ‘en temel insaniyet düşünceleri’ çerçevesinde ve 1868 St. Petersburg Beyannamesinde kullanıldığı anlamda algılanmalıdır¹⁰⁹. Bu yaklaşım, genel olarak doktrine hakim olan görüşü yansıtır¹¹⁰.

3. Kamu Vicdanının Emirleri

Muharip ve sivil ayırımı gözetmeyen savaş teknikleri ile, gereksiz acı ve ızdıraclara yol açan savaş eylemleri tanım itibarıyla orantılılığı aşar ve insaniyetsiz (*inhumane*) olarak kabul edilir. *Schmitt*, bu üçlü değerlendirmede insaniyet bir kenara bırakılırsa, başından itibaren yasaklanan eylemlerin insaniyetsizlikten ziyade insanlık dışı (*inhuman*) olduğunu söyler. Bunlar nerede ortaya çıkarsa çıksın tabiyatı gereği haksız ve yanlış olarak görülürler. İşte bu yüzden kamu vicdanının şuuruna aykırıdır ve kamu vicdanının emirlerini ihlal ettiği kabul edilir¹¹¹. Burada insaniyeti, askeri gereklilik ve ayırım yasağı gibi diğer ilkelerden bağımsız kılan, söz konusu eylemin yarattığı acı, ızdırab ve tahribat etkisi değil, ama *eylemin kendisinin niteliğidir*. Kategorik olarak insanlık dışı bir eylem olarak görülmesidir. Bunlar genellikle savaşın yöntem ve araçları bakımından getirilen bazı belli hususi sınırlamalar ve yasaklar şeklinde ifade edilirler¹¹². Çünkü bu tür eylemler, askeri gereklilik, ayırım yasağı

¹⁰⁸ Dinstein (2013), ‘The Principle of Proportionality’72-3.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 82.

¹¹¹ Michael N. Schmitt, ‘Green War: An Assessment of the Environmental Law of International Armed Conflict’ (1997) 22 *Yale Journal of International Law* 61

¹¹² Michael N. Schmitt, ‘Humanitarian Law and the Environment’ (2000) 28 *Denver Journal of International Law & Policy* 308-9.

ve orantılılık ilkeleri ile haklı gösterilebilse dahi, özünde *insanlığa yakışmaz* ve *insaniyet gereği* olarak hukuk dışıdır.

Kamu vicdanının emirleri, toplum şuurunun yansımasıdır. İki aşamada ortaya çıkabilir. Alt aşamada, halkın duygularının toplu bir ifadesi olarak kamuoyunun bir çatışmaya taraf olanların davranışlarını etkilemesidir. Kamunun etkisi, belli bir davranış modeli yaratılması suretiyle uluslararası insancıl hukukun gelişmesine katkıda bulunabilir. Böylece kamuoyunun eğilimi, uluslararası hukukta halen gelişme aşamasında olan olgunlaşmamış bazı normların kendi hükümetleri tarafından ya teamül hukukunun bir beyanı olarak algılanması, ya da yeni bir kural oluşumu olarak tanınmasını teşvik edebilir¹¹³. Bu şekilde, Yugoslavya ve Ruanda'da işlenen insanlık suçlarının uluslararası toplumun vicdanında yarattığı infial, BM Güvenlik Konseyi'ni harekete geçirmiştir. Konsey tarafından *Ad Hoc* Uluslararası Ceza Mahkemelerin kurulmasını sağlamış ve bu suçların faillerini adalet önüne getirmek üzere hukuki düzenlemeler yapılmasına neden olmuştur¹¹⁴. *Kalshoven*, bazı yazarlara göre kamu şuurunun ayrı bir hukuk standartını oluşturduğunu söyler. Öyle ki, kamuoyunda ortaya çıkan güçlü bir talep, yeni bir kuralın ihdasını sağlayabilir. Buna örnek olarak ise, çevreye verilen tamiri olanaksız zararlar bakımından 'ekolojik zarar kriterinin' kabul edilmesi ve napalm bombaları ile yakıcı diğer silahların toplum bilincinde yarattığı infialin, bunların kullanılmasına karşı yasak getirilmesi şeklindeki etkisini gösterir¹¹⁵. Daha üst bir aşamada ise, kamu vicdanının emirleri devletler arasında *opinio juris*'i yansıtabilir¹¹⁶. Yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası toplumun üyesi olan devletlerin hükümetleri, kamuoyundan gördükleri baskı sonucu, belli bir görüş etrafında toplanabilirler ve bu ortak görüş zamanla bir hukuki zorunluluk inancı yaratabilir. Uluslararası

¹¹³ *Id.*, 83.

¹¹⁴ Mark R. von Sternberg, 'A Comparison of the Yugoslavian and Rwandan War Crimes Tribunals: Universal Jurisdiction and the Elementary Dictates of Humanity' (1996) 22 *Brooklyn Journal of International Law*, 121-8.

¹¹⁵ Frits Kalshoven, *Reflections on the Law of War: Collective Essays* (Leiden: Martinus Nijhoff: 2007) 161-2.

¹¹⁶ Crawford (2006), 'Modern Relevance' 10.

kamuoyunun talepleriyle yaratılan bu etkinin önemi İtalyan Hükümeti temsilcisi tarafından, 1973 yılında 1949 Cenevre Sözleşmelerine Eklenen Protokol tasarılarının görüşüldüğü konferansa ilişkin olarak BM 6. (Hukuk) Komitesinde açık bir şekilde ortaya konmuştur: ‘insancıl andlaşmalar hukuku ancak kamu şuuruna kök saldığı ölçüde, tedrici olarak bütün devletlere uygulanabilen genel uluslararası hukuk haline dönüşmüştür.’¹¹⁷

1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde Yargıç *Shahabuddeen*, aşırı ve gereksiz acı ve ızdırabları yasaklayan bir teamül kuralının varlığını incelerken, savaşın yöntem ve araçlarının sınırlarını belirlerken uygulanması gereken testin, ortaya çıkan acı ve ızdırabın derecesi ile beklenen askeri avantaj arasındaki bir dengeye dayandığını söylemiştir¹¹⁸. Ona göre, bu dengenin sağlanmasında, ‘devletlerin kendisi kamu şuru ile yönlendirilir. ... [Söz konusu hukuk] ilkelerinin insancıl karakterini, kamu vicdanını dikkate almadan belirleyebilmek mümkün değildir. Böylece [karar verirken], belli bir çeşit silahın [*i.e.* nükleer] neden olduğu acı ve ızdırabın derecesini, öngörülebilir hiçbir askeri avantaj ile haklı gösterilemeyeceği emreden bir kamu vicdanını benimsemek yolu Divan’a açıldı.’¹¹⁹ Yargıç *Shahabuddeen* Divan’ın bu kararını, nükleer silahların kullanılması sonucu ortaya çıkması kaçınılmaz olan ve hiçbir şekilde maruz görülemeyecek acı ve ızdırabların, bundan amaçlanan askeri avantaja ne olursa olsun, yasaklanmasını talep eden evrensel kamu vicdanının emirlerini dikkate almadığı için eleştirmiştir. Toplum şuurunun etkisi, esasen insancıl davranışa ilişkin kamu duyarlılığının hukuka yansıtılması ihtiyacına dayanır. Nitekim Yargıç *Weeramantry*’nin *Danışma Görüşüne*

¹¹⁷ UN GAOR, 6th Committee, 28th Session, 1452nd Meeting, UN Doc. A/C.6/SR.1452 (1973), 306 para.46.

¹¹⁸ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 402, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

¹¹⁹ *Id.*, 403.

koyduğu muhalefet şerhinde irdelenen böyle bir ihtiyaçtır¹²⁰. ‘Savaş sonrası yıllarda insan hakları alanındaki muazzam gelişmeler, ... “insaniyet düşünceleri” ve “kamu vicdanının emirleri” gibi kavramların değerlendirmesi üzerinde zorunlu olarak etkiye bulunmuştur. ... Küresel toplumun kamu şuuru böylece fazlasıyla güçlenmiş ve “insaniyet düşünceleri” ve “kamu vicdanının emirlerine” duyarlı hale getirmiştir.’¹²¹ Bundan hareketle, *Weeramantry*’e göre, eğer davada bu meseleler dünyanın genel kamu bilincine hitap eden sorular şeklinde ifade edilebilseydi, “kamu vicdanının emirleri” ile [nükleer] silahlar arasındaki uyumsuzluk daha açık bir belirginlik kazanarak, Divan’ı vardığı sonuçtan farklı bir karar almaya götürürdü¹²². *Crawford*, ‘kamu şuuru’ kavramının artık ‘dünya kamuoyu’ düzeyinde algılanabilmesinin giderek daha mümkün olduğuna işaret etmektedir. Nitekim tarihsel olarak ulusal orduların tamim ve talimatnameleri üzerinde bu tür etkilerin, özellikle eski İspanyol, 1958 İngiliz ve 1994 Avustralya askeri kılavuzlarında gözlemlendiğine dikkat çekmektedir¹²³. 1996 *Nükleer Silahlar Danışma Görüşünde*, Avustralya ‘siviller, sivil hedefler ve çevre üzerinde fevkalade korkunç potansiyel etkilere sahip olan silahların, artık kamu vicdanının emirleri ile uyumlu olmadığı toplu kanıtını’ uluslararası hukukta nükleer silahlara uygulanan veya uygulanmayan bir dizi andlaşma ve belgede bulunduğunu iddia etmiştir¹²⁴.

Eğer Martens kaydı, önerildiği gibi, Mahkemeye kamu vicdanının emirlerini dikkate alarak yargısal hüküm tesis etme yetkisini verebiliyorsa, o zaman hukuki normun dayandırılacağı hâlihazırdaki kamu şuurunun nasıl belirlenmesi gerektiği önemli bir pratik sorun olarak karşımıza çıkar. O halde, bir davada hakim, kamunun o anki şuurunu

¹²⁰ Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, 487, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

¹²¹ *Id.*, 490.

¹²² *Id.*, 489.

¹²³ Crawford (2006), ‘The Modern Relevance’ 11.

¹²⁴ Australia’s Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 48 para. 33, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

objektif olarak tanımlayabilecek bu tür delilleri nerede aramalıdır? *Silahlı Çatışmalar Sırasında bir Devlet Tarafından Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukuka Uygunluğu* davasında Uluslararası Adalet Divanı'na sunduğu görüşte Nauru Cumhuriyeti, bu tespitin kamu vicdanının emirlerini ifade eden hukuki yazışma ve belgelere dayanarak yapılması gerektiğini öne sürmüştür¹²⁵. Ancak uygulamada bu tarzda kamu vicdanının emirlerini yansıtan önemli sayıda ortak kararlar, beyannameler, hukuki metin taslakları ve diğer tür resmi belge ve yazışmaların, aslında genel olarak hiç bir resmi kuruluş veya hükümet adına hareket etmeyen ama savaş hukukunu değerlendirmeye ehil görülen özel kişi ve hükümetler dışı resmi olmayan kurumlar tarafından hazırlanmış olduğu görülür¹²⁶. Bunların belli bir siyasi amaç ve çıkarın ötesinde ne kadar güvenilir olduğu tartışma konusudur. Siyasi niteliğine rağmen ve hukuki bağlayıcılığı bulunmasa da, çok sayıda BM Genel Kurul kararı için aynı şey söylenemez. Bunların Martens kaydının kapsamı içerisindeki yasaklar bakımından, 20. yüzyılın ikinci yarısında şekillenen kamu şuurunun beyan edilmesine delil teşkil edecek en etkili hukuki gösterge olduğu ileri sürülebilir¹²⁷. Aynı görüş Yargıç *Shahabuddeen* tarafından 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde benimsenmiştir. *Shahabuddeen*, kamu şuru ile belirlenecek olan normatif standartların ihdası sırasında Divan'ın dikkate alması gereken hukuki otoriteye sahip kaynakları sayarken, Genel Kurul kararlarının nükleer silahların kullanılmasına dair mevcut toplumsal bilinç ve mantığın açık bir ifadesi

¹²⁵ Response to Submissions of Other States by the Republic of Nauru, part 2: second submission at 11-13, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66. <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/10923.pdf>

¹²⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132-3, kamu şuru hukukçular ve hukuki kurumlar tarafından uluslararası belgelerde ifade edilse de, hukuken formüle edilmesinde belirleyici rolün yargısal değerlendirmeye ait olduğunu öne sürer.

¹²⁷ Sean McBride, 'The Legality of Weapons of Social Destruction' in Christophe Swinarski (Ed), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1984) 406.

olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir¹²⁸. Bunun yanında Nükleer Silahlar davasında Avustralya, diğer uluslararası belgelerin kamu vicdanının bir ifadesi olarak dikkate alınması gerektiğini Divan'a sunmuştur: ‘.. Bütün bu belgeler, ister kendileri nükleer silahlara uygulansın ister uygulanmasın, doğal çevre, siviller ve sivil hedefler üzerinde potansiyel olarak böylesine felaket getiren etkilere sahip silahların artık kamu vicdanının emirleri ile bağdaşmadığının toplu kanıtını teşkil eder.’¹²⁹

Yukarıdaki tartışmalardan şu temel soru ortaya çıkar. Martens kaydı ile ‘kamu vicdanı’ standart alınarak, bütün silah ve savaş araçlarının, - meğer ki bunların kullanılması uluslararası teamül hukukunun (mesela gereksiz ve fazla acı ve ızdırab ilkesi gibi) iyi yerleşmiş belli bir kuralına aykırı olmasa dahi-, değerlendirilmesini öngören bağımsız bir kural uluslararası insancıl hukuka dahil edilebilir mi? Buna yanıt olarak Greenwood, ‘kamu vicdanının’ hukukun ayrı bir kuralının oluşumuna esas teşkil etmek üzere kullanılması bakımından son derece belirsiz ve müphem bir kavram olduğu ve pratik bir değeri bulunmadığını söyler. Bu yüzden de uluslararası hukukta ciddi bir destekten yoksun olduğu düşünülür¹³⁰.

IV. Yorumlanması ve İşlevleri

Martens kaydının içerisinde sayılan üç unsurun nasıl anlaşıldığı incelendikten sonra, uluslararası insancıl hukukun gelişmesi sürecinde kendisine hangi hukuki işlevler atfedebileceği önem taşır. Kaydın bir bütün olarak ilk önerildiği şekilde amaçlanan dar hedefin ötesinde, özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra modern bir kavram olarak yarattığı ilgi, etki ve cazibe, uluslararası hukuktaki yerini oldukça

¹²⁸ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 410, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

¹²⁹ Australia’s Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 48, para.33.

¹³⁰ Christopher Greenwood, ‘Historical Development and Legal Basis’ in Dieter Fleck (ed), *The Handbook of International Humanitarian Law* (Second ed., Oxford; Oxford Uni. Press, 2008) 34-5; Ayrıca aynı görüş için bkz. O’Connell (2013), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

tartışmalı bir hale gelmiştir¹³¹. İlk teklif edildiği görünümünde, pozitif hukuk tarafından düzenlenmeyen alanlardaki boşluk ve eksikliklerin, ahlaki ve etik değerler içeren *insanîyet* ve *vicdan* gibi doğal hukuk kavramları ile doldurulmaya çalışılması, normatif kesinlik bakımından bir belirsizlik ve şüpheyi beraberinde getirmişti. Buna rağmen Martens kaydı *Cassese* tarafından, 20. Yüzyıla girilirken ilk defa insanîyet kurallarına ilişkin bir soruya salt ahlaki bir mesele olmanın ötesinde pozitif bir perspektiften yaklaşmak teşebbüsü olarak görülmüştür. Çünkü bu anlamda uluslararası teamül hukuku kurallarının sadece ve münhasıran devletlerin uygulamalarından değil, ama ayrıca insanîyet ilkeleri ve kamu vicdanın emirlerinden de kaynaklanabileceği öngörülmüştü¹³². İçerik bakımından doğal hukuk soyutlamaları taşıyor olsa da, her hâlükârda Martens kaydı belli bir pratik gerçekçilikle çözüm üretme çabasını temsil etmektedir. Şöyle ki, savaş hukukunu düzenleyen *La Haya* Sözleşmelerinin kapsamı dışında kalan durumlarda, Martens kaydı ile siviller ve muharriplerin en temel seviyede asgari bir koruma altında kalmaya devam edeceğini garanti altına alınmıştır. Ancak daha sonra ortaya çıkan farklı tarzdaki düzenlemeler, bu korumayı savaş hukukunun bütün alanlarına teşmil edecek bir genellik ve esneklikte ifade edilmiştir.¹³³ Bunun sonucunda, muğlak ifadesi ve geniş uygulama kapsamı, kendisine yüklenebilecek anlam ve işlevleri kesin olarak belirlemekten uzak ve nasıl uygulanması gerektiğini izafi yorumlara bağlayan bir kavram haline getirmiştir.¹³⁴ Bununla beraber, Martens kaydının modern insancıl hukuk bakımından gerçek değeri, bu şekilde yoruma bağlı olan potansiyelinde yatmaktadır. İnsancıl hukuk doktrini ve yargısal içtihatlarda Martens kaydının, tamamen müstakil olmasa da birbirleri ilişkili ve kısmen örtüşen dört ayrı

¹³¹ Bu yaygın normatif tartışmaya Giladi tarafından fevkalade ilginç bir katkı tarihsel perspektiften yapılmıştır. Bkz. Rotem Giladi, 'The Enactment of Irony: Reflections on the Origins of the Martens Clause' (2014) 25 *European Journal of International Law* 857-69.

¹³² Cassese (2000), 'The Martens Clause' 188-9.

¹³³ Meron (2000), 'The Martens Clause' 79.

¹³⁴ Salter (2012), 'Reinterpreting' 406.

yorumu tabi tutulduğu ve buna bağlı olarak farklı hukuksal rollere sahip olduğu görülür. Bu yorumlar, Martens kaydını

- i. *Daraltıcı tanımlayarak,*
- ii. *Yargısal yorum aracı* olarak,
- iii. Farklı *ve bağımsız hukuk kaynağı* olarak, ve
- iv. *Ahlaki saikleri hukuk doktrine ithal eden bir araç* olarak işlevler yükler¹³⁵.

1. Daraltıcı Yorum

Daraltıcı yorum, Martens kaydını mevcut uluslararası hukuk kural ve ilkelerinin yorumlanması ile sınırlı tutar. İlk kez sunulduğu zaman öngörülen bir amacı yerine getirir. Şöyle ki, andlaşma normları kabul edildikten sonra bile, uluslararası teamül hukukunun uygulanmaya devam edeceğini hatırlatır¹³⁶. Böylece uluslararası teamül hukuku, *La Haye Sözleşmelerinde kendisini açıkça ortadan kaldıran bir hüküm olmayan hallerde, geniş anlamda uygulanmaya devam edecektir, çünkü sözleşmede belli bir konuda hüküm bulunmaması demek hukuk yok anlamına gelmez*¹³⁷. Martens kaydının bu en çok kabul gören şekli, *Greenwood*'a göre, bir andlaşmada sırf herhangi bir konunun gözardı edilmiş olması hali, o konuda ortaya çıkabilecek bir mesele hakkında uluslararası hukukun da sessiz kalacağı anlamına gelmeyeceğini ifade eder. Bu anlamda Martens kaydı, bir akdî düzenlemenin –daha doğru bir ifadeyle, bilerek yapılmış da olsa ihmalin- uluslararası teamül hukukuyla sağlanan

¹³⁵ Helmut Strebler, 'Martens' Clause' in Rudolf Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3 (Amsterdam: North-Holland, 1982) 252-3; Jean-Marie Henckaerts, 'Martens Clause' in Antonio Cassese (ed), *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford: Oxford Uni. Press, 2009) 411-2; Jochen von Bernstorff, 'Martens Clause' (2009) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para.13.

¹³⁶ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 131; Fleck (2003), 'Friedrich von Martens' 24.

¹³⁷ Shigerki Miyazaki, 'The Martens Clause and International Humanitarian Law' in Christophe Swinarski (Ed), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1984) 437.

korumayı engellemeyeceğini hatırlatma işlevi görür¹³⁸. Daha geniş bir yorum açısından, savaş hukukunu düzenleyen andlaşmalar hiç bir zaman bütün konularda tam bir tedvin yapamayacağı için, eğer bir davranış andlaşma ile açıkça yasaklanmamış ise, bu ona hukuken *ipso facto* müsaade edildiği anlamına gelmez¹³⁹. Cassese, bu anlamda yorumlandığında kaydın, *a contrario* (mefhum-u muhalif; *argumentum a contrario*) iddiayı reddetmek işlevini üstlendiğini söyler. Bu şekilde, *La Haye* Sözleşmeleri ile düzenlenmeyen meselelerde muhriplerin, uluslararası hukukun öteki alanlarından çıkartılabilecek diğer sınırlamaları göz ardı ederek, diledikleri gibi keyfi davranmalarını engeller¹⁴⁰. Kısaca, Martens kaydı *Lotus* varsayımına,¹⁴¹ yani ‘sınırlayıcı kural yoksa hareket serbestliği vardır’ şeklindeki pozitivist görüşe karşı bir durum yaratır.¹⁴² 1978 tarihinde silahlı çatışmalarda uygulanacak uluslararası hukuk hakkında toplanan bir diplomatik konferansta Belçika temsilcisi tarafından belirtildiği gibi, Martens kaydının amacı, yazılı insancıl hukukun sadece tedricen gelişebildiğini açıklamak ve saygı gösterilmesi gereken bir ortak hukukun mevcut olduğunu göstermektir. Bu anlamda, resmen yazılı bir yükümlülüğün olmadığı yerde uluslararası hukuktan her zaman bir vecibe çıkartılabileceği için, *a contrario* varsayımı reddeden bir yorum ilkesi olarak görülmüştür¹⁴³. Gerçekten Martens kaydının yer aldığı 1899 *La Haye* orijinal düzenlemesindeki giriş metni, tarafların bu yöndeki niyetini açıklayıcı ifadeler içerir:

¹³⁸ Greenwood (2008), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

¹³⁹ Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411.

¹⁴⁰ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 189.

¹⁴¹ *Case of the SS Lotus* (France v. Turkey), PCIJ, Series A, No. 10 (7 September 1927) 4, 18-9.

¹⁴² Ole Spiermann, ‘Lotus and The Double Structure of International Legal Argument’ in Laurence Boisson de Chazournes and Phelippe Sands (eds), *International Law, International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 131-52.

¹⁴³ 8 Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Law Applicable in Armed Conflicts, (1978) Official Records, Doc. CDDH/I/SR.3, para.11, alıntı Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 81.

‘mamafih uygulamada ortaya çıkabilecek bütün halleri kapsayacak düzenlemeleri hâlihazırda birlikte yapabilmek imkanı bulunamamıştır. Diğer yandan, Yüksek Akit Taraflar yazılı bir taahhüttün eksikliğinde, öngörülemeyen durumları askeri komutanların keyfi değerlendirmelerine bırakmamak niyetindedir.’¹⁴⁴

Tarafların bu niyetine göre, *La Haye* Düzenlemeleri ile savaşın kural ve teamülleri tedvin edilirken yapılan yazılı hükümlerin uygulanmasında bir boşluğun ortaya çıkması durumunda, *non liquet* sorununun Martens kaydı ile giderilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.¹⁴⁵ Gerçekten bu açıdan, Martens kaydı bir *a contrario* önermeyi dışlamaktan öte faaliyet göstermez¹⁴⁶. 1995 tarihli bir kararında Kolombiya Anayasa Mahkemesi, Kolombiya hukukunda 1977 Ek Protokol II’nin uygulanmasının anayasaya uygunluğunu denetlerken, Martens kaydının Protokol II ile yasaklanmamış bir eylemin hukuken caiz olduğu varsayımını ortadan kaldırdığını teyit etmiştir¹⁴⁷. Sözleşmeden kaynaklanan açık ve yazılı bir akdî yükümlülüğün bulunmadığı hallerde dahi, devletlere hala uluslararası teamülü yükümlülüklerinin bulunabileceğini hatırlatma işlevi görür. Böylece uluslararası hukuk kurallarının yazılı olarak açık ve net bir şekilde bulunmadığı durumlarda, savaşın araç ve yöntemleri hakkında bir sınırlama veya yasak bulunmadığı şeklinde varsayımının önüne geçer¹⁴⁸. 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu* hakkındaki *Danışma*

¹⁴⁴ Dibace para.8, Friedman (1972), *The Law of War*, 222.

¹⁴⁵ Daniel Bodansky, ‘Non Liqueur and the Completeness of International Law’ in Laurence Boisson de Chazournes and Phellippe Sands (eds), *International Law, International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 155-9.

¹⁴⁶ Robert Kolb and Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflict* (Oxford: Hart, 2008) 62.

¹⁴⁷ Marco Sassöli, Antoine A. Bouvier and Anne Quintin, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law Volume III: Cases and Documents* (Third ed., Geneva: ICRC, 2011) Case No. 243.

¹⁴⁸ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 409.

Görüşüne ilişkin olarak Uluslararası Adalet Divanı önünde İngiltere bu yaklaşımı benimsemiştir. İngiltere mütaalasında nükleer silahların kullanılmasına ilişkin hususi bir andlaşma yasağının bulunmadığı halde, Martens kaydı ile bunların kullanımının hukuka uygun olduğu anlamına gelmeyeceğini ifade etmiştir. Aynı nedenle, Martens kaydının kendisinin nükleer silahların kullanımının hukuka aykırılığını ihdas edemeyeceği ama sadece bir *renvoi* işlevi göreceğini iddia etmiştir. Nitekim böyle bir yasak için, uluslararası teamül hukuku kuralının varlığını gösterebilmek gerekir. İngiltere'ye göre, devlete uygulanabilir bir yasaklayıcı kuralın bulunmadığı halde, o devletin söz konusu eylemine cevaz verildiği kabul edilmelidir¹⁴⁹. Buna karşılık, aynı davada bu anlayış Rusya Federasyonu tarafından en daraltıcı yorumuyla Divan'a sunulmuştur: Martens kaydının konulma amacı, savaş hukuku kurallarının daha tam bir kodu yapılarına kadar uygulanması niyeti ile sınırlı idi. Öte yandan savaş hukuku kurallarını tedvin eden 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve bunlara Ek 1977 Protokolleri ile bu alanda tam bir kod yapılmıştır. Bu nedenle Martens kaydına ihtiyaç kalmadığı gibi, bu kayıt artık atıl hale gelmiştir¹⁵⁰. Ancak Rusya'nın bu görüşü doktrinde eleştirilmiştir¹⁵¹. Nitekim, Martens kaydına 1977 Ek Protokol I'in dibacesi yerine esas metin içerisinde yer verilmiş olması, kaydın normatif hukuki öneminin devam ettiğinin bir göstergesidir¹⁵². Ancak bu eleştiri, Martens kaydına atfedilen normatif niteliğin hukuken nasıl takdir edilmesi gerektiği sorusunu yanıtlamamaktadır. Eğer kaydın anlamı ve hukuki işlevi *a contrario* savları reddetmek ise, aslında zaten aşikar olana işaret etmenin ötesine geçmemektedir ve *Cassese*'nin ifadesi ile, 'yararsız ve gereksizdir', çünkü

¹⁴⁹ Written Statement of the Government of the United Kingdom (16 June 1995), 54-5, para. 3.58, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

¹⁵⁰ Russian Federation, Written Submission on the Opinion Requested by the General Assembly, Compilations of Written Statements, ANW, 13 July 1995, 13.

¹⁵¹ Pustogarov (1999), 'The Martens' 130-1.

¹⁵² Ticehurst (1997), 'The Martens Clause' 127.

hukuken atıl olan bu işlev, sadece ahlaki ve siyasi değerleri göstermekle sınırlı kalmaktadır¹⁵³.

Buna karşılık *Hayashi*, bazı uluslararası yargı içtihatlarının incelenmesinden Martens kaydının teyit edici işlevinin genişletildiğini gözleyerek, *andlaşma kurallarının statüsü ne olursa olsun*, uluslararası teamül hukukunun varlığı ve rolünü hatırlatmasına bağlanan normatif etkinin artırıldığı sonucunu çıkarır¹⁵⁴. Divan 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu hakkındaki Danışma Görüşünde*, Martens kaydının ‘devam eden varlığı ve uygulanabilirliğinden, insancıl hukukun kural ve prensiplerinin nükleer silahlara uygulanmasının bir tasvibi olarak, şüphe edilmemesi gerektiğine işaret’ etmiştir¹⁵⁵. İngiltere ve Fransa gibi nükleer devletler kendileri bakımından Ek Protokol I’ın uygulanmasını nükleer silahların dışında sadece konvansiyonel silahlar ile sınırlı tutan çekinceler koyarak kabul etmişlerdir¹⁵⁶. Ancak *Hayashi*’ye göre, Divan tarafından Martens kaydının geniş yorumlanması, insancıl hukukun -akdî statüsü ne olursa olsun ve çekincelerin geçerliliğine bakılmaksızın- uluslararası teamül niteliğine haiz olan kurallarının uygulanmasının devam edeceğini göstermektedir¹⁵⁷. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Hadžihasanović* davasındaki 2002 tarihli kararında, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar sırasında askeri üstün, ihmalden ötürü bireysel cezai sorumluluğu konusunda Martens kaydına atıfta bulunmuştur¹⁵⁸. İç silahlı çatışmalara

¹⁵³ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 192-3.

¹⁵⁴ Mika Nishimura Hayashi, ‘The Martens Clause and Military Necessity’ in Howard M. Hansel (ed), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict* (Aldershot: Ashgate, 2008) 146.

¹⁵⁵ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 259-60 para. 86.

¹⁵⁶ Written Statement of the Government of the United Kingdom (16 June 1995), 40-2, para. 3.45-3.47, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

¹⁵⁷ Hayashi (2008), ‘The Martens Clause’ 146.

¹⁵⁸ *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Mehmed Alagic, Amir Kubura* ICTY, IT-01-47-DP (Interlocutory Appeal On Decision On Joint Challenge To Jurisdiction, 12 November 2002)

uygulanan Ek Protokol II, komutanın sorumluluğuna dair hiçbir hüküm içermemektedir. Oysa uluslararası silahlı çatışmalara uygulanan Ek Protokol I, üstün sorumluluğunu düzenlemektedir¹⁵⁹. Savunma, bu farklılığın protokolleri yapanların niyetini gösterdiğine işaret etmiştir. Akit tarafların bu kuralın iç çatışmalara uygulanmasını hiçbir zaman istemediklerini iddia etmiştir¹⁶⁰. Yargılama Dairesi bu eksikliğin varlığını kabul etmiştir. Ancak Martens kaydının varlığı, Protokol II'nin bu sessizliğinin *a contrario* yorumlanmasını engel teşkil ettiğini söylemiştir. Çünkü andlaşmadaki bu sessizlik otomatik bir müsaade anlamına gelmeyeceği gibi, bu tür durumlarda uygulanmaya müsait uluslararası teamül hukuku kurallarının bulunabilmesi olasılığını da ortadan kaldırdığı söylenemezdi. Sonuç olarak Daire, söz konusu edildiği tarihte uluslararası teamül kuralı olarak mevcut olan üstün sorumluluğu doktrinin, sivil savaşlara da aynı şekilde uygulanabileceğine hükmetti¹⁶¹. Yine *Hadžihasanović* davasının ilerleyen safhasında 2004 yılında, bu kez bazı şehir kasaba ve köylerin 'askeri gerekliliğin haklı kılmadığı kasıtlı tahribi' suçlamasına karşı, savunma bunun sadece uluslararası çatışmalara uygulanabilen Ek Protokol I ile yasaklandığını öne sürmüştür¹⁶². O halde iddia makamına düşen Yugoslavya savaşının bu kısmının ya uluslararası bir çatışma olduğunu göstermek, ya da kasıtlı tahrip yasağının iç çatışmalara da uygulanabileceğini kanıtlamaktı¹⁶³. Mahkemenin Yargılama Dairesi, askeri gereklilik ile haklı gösterilemeyen kasıtlı tahrip yasağının Ek Protokol II'de düzenlenmemiş olmasının, taraf devletlerin niyetinin bu yasağın iç silahlı çatışmalarda uygulanmasından bilinçli olarak imtina etmiş olduğunu gösterdiğini kabul etti¹⁶⁴. Ancak hemen sonra Martens kaydına atıf yapan Mahkeme, bilinçli olarak ihmal edilse

¹⁵⁹ 1977 Ek Protokol I, 86. Madde.

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Hadžihasanović, Alagic, ve Kubura*, para.12.

¹⁶¹ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 147.

¹⁶² *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović, Amir Kubura*, ICTY, IT-01-47-T (Decision on Motions for Acquittal Pursuant to Rule 98bis of the Rules of Procedure and Evidence, 27 September 2004).

¹⁶³ *Id.*, para.93.

¹⁶⁴ *Id.*, para.98.

dahi, yazılı bir hükmün bulunmuyor olması, uluslararası teamül hukukunda mevcut olan paralel bir kuralın varlığını engellemeyeceği görüşünü benimseyerek, iç silahlı çatışmalar sırasında yerleşim alanlarının kasıtlı olarak tahrip edilmesinin uluslararası teamül hukuku kuralıyla yasaklandığına hükmetti¹⁶⁵.

Dar yorumları bu şekilde genişletilen yargı uygulamalarının, bir anlamda akdî düzenlemelerdeki hukuki boşlukları genel uluslararası hukukta bulunan geniş anlamli teamül kuralları ve temel insancıl yükümlülükler ile doldurduğu gözlenmektedir. Böylece Martens kaydına, askeri gereklilik ilkesinin tek başına bir haklılık sebebi olarak kullanılması karşısında dengeleyici işlev görmesi imkânı sağlanmıştır¹⁶⁶.

2. Yargısal Yorum Aracı Olarak

Görölmekte olan bir davada insancıl hukukun uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek şüphe ve belirsizlik halinde, Martens kaydı bir yargısal yorum aracı olarak kullanılabilir. Hakim, söz konusu insancıl hukuk kuralını ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirleri’ uyarınca yorumlar¹⁶⁷. Bu tür durumlar, somut olayın çeşitliliğinde ortaya çıkan ancak akdî düzenlemelerde öngörülemediği olan bir meseleyi içerir. Martens kaydı ise, bu hallerde uluslararası insancıl hukuk kural ve ilkelerinin uygulanmasından doğan belirsizlik veya şüpheyi gidermek üzere bir yorum aracı olarak yol gösterme işlevi üstlenir. Bundan maksat, ‘insaniyet’ ve ‘kamu vicdanı’ ile öngörülen hukuki gerekleri yerine getirmek için, söz konusu kural ve ilkelerin yorumlanması sırasında yine böyle soyut insanî ve vicdanî düşünceleri dikkate almaktır¹⁶⁸. Bu şekilde genişletilmiş yorumlama kıstasları, uluslararası insancıl hukukun dinamik tarzda yorumlanmasına imkân sağlayan bir yöntemi gerekli kılar. *Strebel*’e göre, dinamik yorum tekniği ile uluslararası hukukun yerleşmiş kural veya ilkelerinin ‘genelde yeni olaylar ve teknolojik gelişmeler’

¹⁶⁵ *Id.*, para.104.

¹⁶⁶ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 413.

¹⁶⁷ von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ para.13.

¹⁶⁸ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 190.

uygulanmasının yolu açılır¹⁶⁹. Nitekim 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde Uluslararası Adalet 'Divanı*, bu ilkeler hususunda aynı şekilde, ilk kez 1899 tarihli *Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair II No'lu La Haye Sözleşmesine* dâhil edilen ve bugüne kadar *askeri teknolojinin hızlı evrimine karşı etkili bir çare olarak kanıtlanmış olan Martens kaydına* atıfta' bulunarak dinamik yorum tekniğini benimsemiştir¹⁷⁰. Böylece dinamik yargısal yorum, halihazırda var olan kural ve ilkelerin genişletilmesi suretiyle, yeni teknolojik gelişmeler sonucu değişen savaş yöntem ve taktiklerini kapsayacak şekilde uygulanmasını olanaklı hale getirir¹⁷¹.

Gerçekten, herhangi bir mevcut kuralın yeni ortaya çıkan bir uygulama alanında kapsam ve uygulanabilirliği hakkında şüphe hâsıl olursa, kendisini o kuralın hukuken belirsiz veya kesin olmayan birden fazla muhtemel yorumu arasında bir çözüm aramak durumunda bulan mahkemeye yardımcı olacak bir araç rolü üstlenir. *Salter*'e göre, özellikle yeterince kapsamlı olmayan veya çelişen hukuki otoritenin bulunması ya da emsal teşkil edebilecek davaların yetersiz ve belirsiz olması hallerinde, Martens kaydı davayı gören hakime kendi içerisinde barındırdığı bu unsurlara en fazla etkiyi kazandıracak tarzda söz konusu olay ve hukuki olguların yorumlanmasını seçebilmek imkanını tanır. Çünkü bu tür bir seçim ile sadece hukuka değil, ama ayrıca onun arkasındaki insancıl politikalar ve gerekçelerin genel ruhu ve mantığına en uygun bir tercihin yapılabilmesi olanağı sağlanır. Bazen insaniyet ilkelerinin anlamı, insan hakları bildirileri gibi insancıl hukukun dışında kalan diğer başka hukuk alanları içerisinde daha ayrıntılı bir şekilde belirlenebilir. İşte bu durumda

¹⁶⁹ Strebel (1982), 'Martens Clause' 252.

¹⁷⁰ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 257 para. 78.

¹⁷¹ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (Eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: Martinus Nijhoff, 1987) 39: Martens kaydı 'belirtilen ilkelerin durum ve teknolojinin daha sonraki gelişmelerine bakılmaksızın uygulanabileceğini ileri süren bir dinamik unsur olarak görülmelidir.'

hakim Martens kaydını bir yargısal yorumlama aracı olarak kullanabilir ve bu tür insan hakları bildirilerinden yararlanarak insaniyete aykırılık teşkil edebilecek yorumların önüne geçebilir¹⁷². Diğer bazı durumlarda ise Martens kaydının bu dinamik işlevini, işgal hukukunu insaniyet ilkeleri ile birlikte uluslararası insan hakları hukukunun gelişen standartlarına bağlamak suretiyle yerine getirdiği görülür¹⁷³.

Martens kaydının yargısal yorum aracı olarak kullanıldığı ilginç bir dava, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Belçika’da görülen *K.W.* davasıdır¹⁷⁴. Sanık savaş sırasında işgal altında bulunan Belçika’da polis memuru olarak görev yapmıştı. Bu süre içerisinde Alman işgal ordusuna karşı silahlı direnişte bulunan ve tutuklanan birçok sivil kişiye kötü muamelede bulunarak, ciddi zararlar vermekle itham edilmişti. Savaş kural ve teamüllerini ihlal etmek suçu ile Brüksel Askeri Ceza Mahkemesinde yargılandı. Mahkeme, 1907 tarihli IV No’lu *La Haye* Sözleşmesine ek Düzenlemenin 46. maddesinde, istilacı güçlerinin işgal edilen ülkedeki halkın ‘yaşam hakkına’ saygı göstermekle yükümlü olduğuna işaret etti. Fakat Düzenlemelerde, işgal altındaki topraklarda yaşayanlara karşı ‘şiddet uygulamak ve kötü muamele etmek’ hususunda açık bir yasaklayıcı hüküm bulunmuyordu. Böyle açık bir yasağın yokluğunda, Mahkeme Martens kaydına göndermede bulunarak, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden çıkartılabilecek olan uluslararası hukuk prensiplerinin ne olabileceğini araştırmaya başladı. Bu arayışta, 1948 tarihinde henüz kabul edilen *BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin* 5. maddesinde öngörülen, hiç kimseye işkence yapılamayacağı, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulmayacağı yasağını tespit etti. Mahkeme bu hükme dayanarak, sanık tarafından mağdurlara karşı yapılan eylemlerin, işkence ve kötü muamele teşkil ettiği saptadı. Böylece bu eylemlerin savaşın kural ve

¹⁷² Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 413.

¹⁷³ von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ para.13.

¹⁷⁴ *K.W. Case*, Conseil de guerre de Bruxelles, Judgment (8 February 1950), (1949-1950) 30 *Revue de droit pénal et de criminologie* 562-8.

teamüllerine aykırı olduğu sonucuna vardı¹⁷⁵. Sonraki yargı içtihatlarında insancıl hukukun örf ve adet kurallarının tespit edilmesi bakımından bu davanın önemli bir etkisi olmuştur. *Cassese*, bu şekilde Martens kaydının bir yargısal yorum aracı olarak kullanılmasının, muğlak ve müphem olan insaniyet ilkelerinin yerine uluslararası belgelerde bulunan insan hakları standartlarını esas alarak hüküm kurmayı sağlayan doğru ve uygun bir yaklaşım olduğunu öne sürmüştür¹⁷⁶.

Daha sonra Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatlarında, yerleşmiş insan hakları standartlarının yol gösterici olarak kabul edilmesi yöntemi ile *La Haye* Düzenlemelerini genişletici yoruma tabi tutmak eğilimi benimsenmiştir. Nitekim bu kez Mahkemenin başkanı olmak sıfatı ile *Cassese*, Martens kaydının yargısal olarak yorumlanması ve öncelikle yargısal yorumun bir ilkesi olarak uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir. 2000 tarihli *Kupreškić* kararı bu görüşün oldukça tartışmalı¹⁷⁷ olan genişletici bir uygulamasını içerir:

‘bu kayıt, en azından, uluslararası insancıl hukukta bir kuralın yeterince kesin veya açık ve aşikâr olmadığı bir zamanda [insaniyet] ilkeleri ve [kamu vicdanının] emirlerine atıfta bulunmayı buyurur; bu hallerde ilgili kuralın amaç ve kapsamını bu ilke ve emirlere yapılacak atıf ile tanımlanması lüzumu vardır.’¹⁷⁸

Bu başlangıç noktasından hareket eden Mahkemenin, *Kupreškić* kararında Martens kaydının yargısal bir yorum aracı olarak kullanılmasında bir adım daha ileri gittiği görülür. Şöyle ki, kaydın içerdiği esnek unsurların, devletlerin uygulamasının eksik ve yetersiz olması yüzünden uluslararası insancıl hukukta tam olarak yerleşmiş ve kesinlik kazanmış bir teamül kuralının tespit edilmesinin mümkün olmadığı hallerde dahi, bir şekilde uygulanmasına imkân sağlanmıştır.

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 207.

¹⁷⁷ Cryer (2006), ‘Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel’ 256.

¹⁷⁸ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), para.525.

Böylece yeni örf ve adet kurallarının oluşmasını kolaylaştırıcı bir işlev ortaya çıkmıştır. Nitekim Mahkeme sivil halk ve sivil nesnelere karşı misillemelerde bulunma yasağı hususunda, Martens kaydının uluslararası teamül hukuku oluşumunun maddi unsuru olan ‘devletlerin uygulaması’ üzerindeki etkisini incelemiştir¹⁷⁹. 1977 tarihli Ek Protokol I, 51(6). madde ile düşman eline düşen sivillere karşı misillemelerde bulunmayı; ve 52(1). madde ile de sivil nesnelere karşı misillemelerde bulunmayı yasaklamıştır. Mahkeme, bu yasağın uluslararası teamül haline gelip gelmediği meselesini sorgulamıştır. Ancak böyle bir teamül kuralının tesis edilmesi için gerekli görülen, devletlerin henüz *yeterince yaygın ve tutarlı bir uygulama* içerisinde bulunmadığını tespit edilmiştir. Bu alanda Mahkeme, Martens kaydının bir sonucu olarak, teamülün subjektif unsurunu teşkil eden *opinio juris sive necessitatis*’in, devletlerin uygulamasından daha fazla bir role sahip olabileceğini kabul etmiştir. Böylece, Yargı Dairesinin uluslararası teamülün maddi unsuru olan devletlerin uygulaması hakkında ayrıntılı bir araştırma yapmaktan imtina ettiği gözlenmiştir. Onun yerine sadece *opinio juris*’e dayanarak, sivillere karşı yapılan misillemelerin yasaklanmasının bir uluslararası örf ve adet kuralı haline geldiği sonucuna varmıştır. *Hayashi*’ye göre, *Kupreškić* davası kararı Martens kaydının yargısal yorum aracı olarak kullanılması yöntemiyle, uluslararası teamülün oluşmasında *opinio juris*’e devletlerin uygulamasının üzerinde yer verilmesi gerektiğini öngören tek içtihat olma niteliğini taşımaktadır¹⁸⁰.

3. Farklı ve Bağımsız Hukuk Kaynağı Olarak

Martens kaydı, ‘medeni milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insaniyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden’ çıkarılan uluslararası hukuk prensiplerine göndermede bulunur. Yukarıda ifade edildikten en dar anlamda, devletlerin arasında yerleşmiş uygulamalardan çıkartılabilecek uluslararası teamülün, andlaşma normları kabul edildikten sonra bile, aksine yazılı bir hükmün

¹⁷⁹ *Id.*, para.527.

¹⁸⁰ Hayashi (2008), ‘The Martens Clause’ 148.

olmadığı durumlarda uygulanmaya devam edeceğini hatırlatmak işlevini görür. Ancak bunun aksine azami genişletici bir yorum, Martens kaydının uluslararası hukukun kaynakları üzerindeki etkisine ilişkindir. Bunun bir sonucu, ‘insaniyet ilkeleri’ ile ‘kamu vicdanının emirlerini’ devletlerin uygulamalarıyla aynı seviyeye getirmesi şeklinde ortaya çıkar¹⁸¹. Ancak Martens kaydının unsurlarına devletlerin uygulamasına eşit bir statü tanımak, uluslararası hukuk teorisi bakımından fevkalade tartışmalı olan köklü bir değişimi öngörür. Martens kaydının kendisine, uluslararası hukukun biçimsel kaynakları olan uluslararası teamül, andlaşma ve genel hukuk ilkelerinin ötesinde, en azından uluslararası insancıl hukukun oluşumu bakımından esas teşkil edebilecek farklı ve bağımsız bir dayanak olmak işlevi atfedilebilir mi?¹⁸² Bir başka ifade ile, Martens kaydına *doğrudan* uluslararası hukuk normu yaratma işlevi yüklenebilir mi? Bu sayede ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirleri’ –an azından silahlı çatışmalar hukuku bakımından- uluslararası hukukun iki yeni kaynağı haline gelebilir mi? Daha sınırlı bir yorum ise, *dolaylı* norm yaratma işlevini öngörür ve ‘insaniyet ilkeleri’ ile ‘kamu vicdanının emirlerini’ birlikte uluslararası hukukun ilkeleri seviyesine çıkarmak ile yetinir¹⁸³. Bütün bu yorumların uluslararası teamül hukukunun oluşmasında maddi unsur olan *devletlerin uygulaması* ve sübjektif unsur olan *opinio juris sive necessitatis* arasındaki ilişki üzerinde incelenmesi gereken farklı etkileri vardır.

a. *Doğrudan Norm Yaratan Hukuk Kaynağı Olarak*

Martens kaydının savaş hukukuna dahil edildiği 1899 tarihinden itibaren çeşitli andlaşmalar ve özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra

¹⁸¹ Miyazaki (1984), ‘The Martens Clause’ 437, Martens kaydının içerisinde ifade edilen genel hukuk prensiplerinin, uluslararası hukukun genel prensiplerinin parçası ve silahlı çatışmalar hukukunun bir kaynağı olduğunu düşünür.

¹⁸² Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411.

¹⁸³ Bu görüş kısmen Al-Duaij tarafından öne sürülmüştür. Ancak Martens kaydını uluslararası hukukun genel ilkesi olarak kabul eden Al-Duaij, derin bir kavram kargaşası içerisinde *jus cogens* niteliği atfederek tanımlamaya çalışmıştır. Nada Al-Duaij, *Environmental Law of Armed Conflict* (New York: Transnational Publications, 2004) 92-103.

verilen yargı kararlarındaki tedrici kullanımları, öğretilerde bazı yazarları lafzi bir yorumla ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerini’ devletin uygulamaları ile aynı seviyede çıkartarak, uluslararası hukuk prensiplerinin kaynağını teşkil ettiği sonucuna götürmüştür¹⁸⁴. 1949 *Cenevre Sözleşmelerindeki fesih hükümlerine atıfta bulunan Röling*’e göre, andlaşmaların artık bağlayıcılığını yitirdiği durumlarda dahi, Martens kaydında yer alan ‘medenî milletlerin arasında yerleşmiş olan uygulamalardan, insaniyet kurallarından ve kamu vicdanının gereklerinden’ çıkarılan uluslararası hukuk prensipleri halen bağlayıcı nitelikte olan belli bazı davranış kurallarını içermeye devam eder¹⁸⁵ ve böylece insaniyet ilkeleri, bağlayıcı kurallar yaratabilen bir hukuk kaynağı haline gelir¹⁸⁶. Diğer yandan *Strebel*, Martens kaydının sadece bu üç hukuk kaynağına atıfta bulunmakla yetinmediğine işaret eder. Bunun ötesinde, üç kaynağın herhangi birinden veya bunların toplu etkisinden kaynaklanan uluslararası hukuk prensiplerine de atıfta bulunduğunu iddia eder. Ona göre, kaydın uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin genel doktrin ile yeni gelişmeler ve gelecekte ortaya çıkabilecek durumlara uygulanması bakımından dikkate alınması gerektiğini söyler¹⁸⁷. Nitekim yazarlar bu en geniş yorumuyla Martens kaydının, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirleri’ ile doğrudan norm yaratan iki yeni hukuk kaynağı ihdas ettiğini kabul ederler¹⁸⁸. Bu azami genişletici işlev, Martens kaydına bir yorum aracı olmanın ötesinde, doğrudan esaslı normatif bir güç kazandırır. *Cassese*, bu niteliği ile Martens kaydının tarihte ilk kez

¹⁸⁴ Salter, modern insancıl hukukta Martens kaydının en geniş amaçsal yorum ile hem farklı ve bağımsız hukuk kaynağı olmak ve hem de yeni ve özgün norm yaratmak işlevini kazandığını savunur. Bkz. Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 428-32.

¹⁸⁵ Bernard V.A. Röling, *International Law in an Expanded World* (Amsterdam: Djambatan, 1960) 37-8.

¹⁸⁶ Bernard V.A. Röling, ‘The Law of War and the National Jurisdiction since 1945’ (1960) 100 *Recueil des cours* 351.

¹⁸⁷ Strebel (1982), ‘Martens Clause’ 252-3; ayrıca Fleck (2003), ‘Friedrich von Martens’ 24.

¹⁸⁸ Cassese bu görüş için G. Sperduti, *Lezioni di diritto internazionale* (1958) 68-74 gösterir. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 191 dn.6; von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ para.13.

uluslararası teamül hukukunun kural veya ilkelerinin sadece devletlerin uygulamasından değil, ama ayrıca insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden de çıkarılabileceğini gösteren bir doğal hukuk ile pozitivizm karışımını ifade ettiğine işaret eder¹⁸⁹.

İkinci Dünya savaşını takip eden yıllarda ortaya çıkan askeri mahkemelerin içtihat hukukunda, Martens kaydına uluslararası insancıl hukukun oluşması sürecinde biçimsel kaynak teşkil etmek işlevinin yüklenebileceğine ilişkin bu görüşlere destek olabilecek bazı örnekler bulmak mümkündür. Bu bakımdan en güçlü destek, *Nuremberg* ABD Askeri Mahkemesinin 1948 tarihinde *Krupp* kararında görülür. Bu davada, 1907 *La Haye* Sözleşmesinin 46-56. maddelerinde bulunan işgal altındaki ülkeyi yağmalama yasağının Almanya'yı bir sözleşme hükmü olmasının ötesinde teamül hukuku kuralı olarak da bağladığı kabul edilmiştir. Buna gerekçe olarak Mahkeme, *La Haye* Sözleşmesi veya ona ek Düzenlemelerde bulunan bu hükümlerin savaş veya savaşa benzer hallerde ortaya çıkan hususi meseleleri kapsamadığı hallerde, medeni milletler arasında yerleşmiş uygulamalar, insaniyet kuralları ve kamu vicdanının emirlerinin 'uygulanması gereken hukuki bir belirleme aracı' haline geleceğini ifade etmiştir¹⁹⁰. Ancak *Nuremberg* Mahkemesi, Martens kaydının bu şekilde doğrudan norm yaratabilen bir hukuk aracı olmak niteliğine kararda *obiter dictum* olarak yer vermiştir. Bunun nedeni, *La Haye* sözleşmelerinde bu yasak hükümlerinin zaten yeterince açık ve belirgin olması yüzünden davaya doğrudan uygulanmış olmasıdır. Sonuçta, Martens kaydının farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı olarak norm yaratmak üzere tek başına kullanılmasına gerek kalmamıştır¹⁹¹. Buna rağmen *Salter*, Mahkeme tarafından Martens kaydının bireysel cezaî sorumluluk yüklemeye müsait olan özgün bir hukuk normu yaratabilmek

¹⁸⁹ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 188-9.

¹⁹⁰ *In re Krupp and Others*, United States Military Tribunal at Nuremberg, 30 Haziran 1948, (1948) 15 *Annual Digests & Reports* 622.

¹⁹¹ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 204.

kabiliyetinin bu şekilde tanınmış olmasının bile, daha hususi ve az tartışmalı durumlarda kaydın bu işlevini haklı göstereceğini savunur¹⁹².

1949 tarihli *Rauter* davasında Hollanda Özel Yetkili Yüksek Mahkemesi, sanığın işlendiği tarihte iç hukukta suç teşkil etmeyen eylemlerinden daha sonra suçlu bulunması ve ölüm cezasına mahkûm edilmesinin, suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi yüzünden hukuka aykırı hale geldiği gerekçesi ile temyiz talebini, Martens kaydının azami genişletici bir yorumuna dayanarak reddetmiştir¹⁹³. Şöyle ki, Mahkeme savaş suçlarının varlığı bakımından 1907 *La Haye* Düzenlemelerinde yasaklanan belli bazı eylemlerin, aynı zamanda dibacede yer alan Martens kaydının kapsamı içerisinde düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısı ile bu şekilde iyi yerleşmiş uluslararası savaş kurallarının her kasıtlı ihlalinin, o tarihten beri bir uluslararası suç teşkil etmekte olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca davalının, Hollanda Özel Yetkili Ceza Mahkemesi tarafından söz konusu eylemlere karşı yeni bir ‘insanlığa karşı suç’ kategorisi ihdas ettiği iddiasını da geçersiz bulmuştur. Çünkü Martens kaydı ile yapılan, zaten insaniyet ilkelerine aykırılığın yasaklanmasıydı. Son olarak, geriye yürümezlik ilkesinin uygulanması sonucu, kasıtlı ihlali hukuk düzeni için geriye yürümezlik ilkesinin ihlali ile aynı derecede ağır sonuçlar verebilecek olan diğer ilkelerin, sırf daha önce açık bir ceza hükmüne tabi olmadığı için, uygulanmasının engellenemeyeceği öngörülmüştür¹⁹⁴. *Salter*’e göre, Mahkemenin red gerekçeleri iki hususta önem arzeder: Martens kaydının içerdiği normların hem ‘insanlığa karşı suçların’ tarihsel kaynağını oluşturduğunu gösterir ve hem de ihlali halinde uluslararası suç teşkil edecek olan bağımsız normlar statüsü kazandığını teyid eder¹⁹⁵. Buna karşılık *Cassese*, Mahkemenin red

¹⁹² Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 424.

¹⁹³ *In re Rauter*, Holland, Special Criminal Court, The Hague, 4 May 1948, Special Court of Cassation 12 January 1949, (1949) 16 *Annual Digests & Reports* 528.

¹⁹⁴ *Id.*, 542-3.

¹⁹⁵ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 424, Martens ‘kaydının orijinal halinde tek başına bir norm teşkil ettiği, veya en azından 1940’larda, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olmak statüsünü kazanmış olduğu fikrini varsaydığını’ iddia eder.

sebeplerinden özellikle ilk ikisinin ‘oldukça muğlak, sığ ve yanıltıcı’ olduğu gereğesi ile eleştirir¹⁹⁶.

Ancak suç ve cezaların geriye yürümezliğı ilkesi, Nazi savaş suçlarına ilişkin diğeri davalar sırasında da söz konusu olmuştur. 1946 tarihli *Klinge* davasında Norveç Yüksek Mahkemesi, Norveç Anayasasının 97. maddesindeki kanunların geriye yürümezliğı ilkesinin Temyiz Mahkemesinin hükmettiğı ölüm cezası üzerindeki etkisini incelemiştir. *Klinge*’nin suçlu bulunduğı ağır işkence eylemleri sadece Norveç hukuku tarafından açıkça yasaklanmamıştır. Ayrıca Martens kaydının içerdiği ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerine’ de aykırı olduğunu için, savaş suçu teşkil etmiştir. İşte bu yüzden ölüm cezası dahil en ağır cezaları gerektirdiğı sonucuna varılmıştır¹⁹⁷. Gerçekten ilk bakışta ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerinin’ Mahkeme tarafından uluslararası hukuk standartları seviyesine çıkartıldığı görülür¹⁹⁸. Oysa bu davada Martens kaydı, farklı ve bağımsız bir kaynak olarak norm yaratmaktan çok, 1907 *La Haya* Sözleşmelerinin 46. maddesinin geniş yorumlanmasını sağlayarak, düşman ülkenin sivil halkına işkence yapmanın yasak olduğu kuralını bu hüküm çerçevesinde göstermek üzere kullanılmıştır¹⁹⁹.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Birinci Yargı Dairesinin *Martić* davasında verdiği 1996 tarihli kararı, Martens kaydının doğrudan norm yaratan farklı ve bağımsız bir hukuki kaynağı olmak niteliğini kısmen tanımıştır. Tek taraflı bağımsızlığını ilan etmiş olan sözde *Sırp Krajina* Cumhuriyetinin devlet başkanı *Martić*, 2 ve 3 Mayıs 1995 tarihlerinde Zagreb şehrinin topa tutulmasını emretmişti. Bunun sonucunda, savaş hukukuna aykırı olarak çok sayıda masum sivil halkın ölümüne neden oldu. Ancak bu eylem, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 3. maddesinde bulunan ve Mahkemenin yetki

¹⁹⁶ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 205.

¹⁹⁷ *Public Prosecutor v Klinge*, Norway, Supreme Court 27 February 1946, (1946) 13 *Annual Digests & Reports* 263.

¹⁹⁸ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 426’da Cassese’ye atıf ile bu görüşü benimser.

¹⁹⁹ Bu değerlendirme için bkz. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 203.

alanına giren suç tanımları içerisinde açıkça sayılanlardan biri değildi. Buna rağmen Mahkeme, sivillerin bombalanmasını savaş suçu olarak nitelendirdi. Bunun gerekçesi, hem teamül hukukunda ve hem de akdî hukukta sivillere karşı saldırı yasağına ilişkin kuralları ihlal edilmiş olmasıydı. Bu noktada Mahkeme, sivillere karşı özellikle misilleme amaçlı saldırıların yasaklanmış olması kuralı ile savaşın araç ve yöntemlerini sınırlayan genel ilkenin ayrıca Martens kaydından kaynaklandığını ifade etmiştir²⁰⁰. *Salter*'e göre, belli bir hususi andlaşma hükmü ile açıkça düzenlenmeyen bu tür bir vahşete karşı Mahkeme tarafından, Martens kaydına savaş hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukukunun bağımsız bir kaynağı olarak işlev görmek üzere doğrudan uygulanmasını sağlamak için bir genel prensip olmak niteliği atfedilmiştir²⁰¹.

Uluslararası Adalet Divanı 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde*, Avustralya'nın nükleer silahların kullanılması veya kullanılması tehdidinin insaniyet ilkelerine aykırı olduğu ve bu yüzden uluslararası teamül hukukunu ihlal ettiği savını değerlendirirken,²⁰² insancıl hukukun en temel iki ilkesi olan sivillerin korunması ve muhariplere gereksiz acı ve ızdıraba neden olacak bütün savaş araç ve yöntemlerinin yasaklanmasına ek olarak bu bağlamda Martens kaydına atıfta bulunmuştur. Divan, 'eğer silahların öngörülen bir kullanımı insancıl hukukun şartlarını karşılamıyorsa, bu tür bir kullanımda bulunma tehdidinin de bu hukuka aykırı olacağını' ifade etmiştir²⁰³. Ancak bu ifadeden nasıl bir sonuç çıkarılması gerektiği açık değildir.

²⁰⁰ *Prosecutor v. Martić*, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No. IT-95-11-R61, (13 March 1996) para.13.

²⁰¹ *Salter* (2012), 'Reinterpreting' 428.

²⁰² Australia's Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 45-57.

²⁰³ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 257 para. 78.

İkinci Dünya Savaşından sonra benimsenen bu yargısal içtihatlar *obiter dicta* olarak ifade edilen bazı genel beyanların dışında, Martens kaydının içerdiği insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden kaynaklanan farklı ve bağımsız normların ihdas edildiğini gösteren bir karar bulunmamaktadır. Nitekim bu çalışma, şimdiye kadar herhangi bir uluslararası ya da iç hukuk mahkemesi tarafından uluslararası hukukun temel akdî ve teamüli süreçlerine eklenen yeni ve farklı hukuk kaynakların bulunduğu esasî ile hüküm tesis ettiğini tespit etmemiştir²⁰⁴.

b. Dolaylı Olarak Norm: Uluslararası Hukuk İlkesi

Martens kaydı vasıtasıyla, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerinin birlikte uluslararası hukukun prensipleri haline geldiği öne sürülmüştür. Ancak bu prensiplerin normatif içeriği ve düzenlediği davranışların tabi olacağı somut hukuki standartların ne olduğu tam olarak açıklanmış değildir. Bu yüzden, Martens kaydının ‘insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerini’ hemen ve doğrudan uluslararası hukuk standartları haline dönüştürmediği görülür. Fakat bunun yerine devletlerin uygulamasında dikkate alınması gerektiği öngörülür. Bunların normatif içeriğinin ise, uygulamada bulunacak olan devletler tarafından belirlenerek, hukuki standartların somutlaştırılmasına imkân sağlayacağı düşünülür. Böylece Martens kaydı ile *dolaylı* olarak uluslararası hukuk prensipleri seviyesine çıkartılan insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirleri, normatif bağlayıcılık niteliği kazanır. Bu niteliği uygulamada iki türlü işleyişe sahiptir. İlk olarak, belli bir dereceye kadar diğer uluslararası hukuk kurallarını tamamlayıcı işlev görebilir ve böylece o kuralların uygulanmasında ortaya çıkan hukuki boşlukları doldurma görevini yerine getirir.²⁰⁵ Ancak hukukun genel prensiplerinin bağımsız *şekli* bir kaynak olarak uluslararası hukukta boşluk doldurma işlevini uluslararası teamül kurallarının tespiti sürecinden ayırabilmek, özellikle bazı karmaşık somut

²⁰⁴ Benzeri bir tespit için bkz. Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 208.

²⁰⁵ Giorgio Gaja, ‘General Principles of Law’ (2013) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, para.21;

ihtilafıya uygulanması bakımından, pek çok yönüyle güçlük arz eder.²⁰⁶ Buna rağmen, Martens kaydının *ad hoc* uluslararası ceza mahkemeleri tarafından uluslararası suçlardan ötürü bireysel cezaî sorumluluğun ihdas edilmesi amacıyla, uluslararası andlaşmalar ve teamülde ortaya çıkan boşlukları doldurmak için oldukça liberal bir şekilde kullanıldığı görülmüştür²⁰⁷. İkinci bir işlevi ise, genel hukuk prensiplerinin ikame özelliğine delalet eder. Bazı uluslararası yargı kararlarında, Martens kaydına yapılan gönderme ile var olan muğlak veya müphem uluslararası teamül kurallarının yerine geçmek üzere, dolaylı olarak yeni normlar yaratıldığı görülür. *Hayashi*, bunu yer değiştirme işlevi olarak tanımlar²⁰⁸.

Martens kaydının ikame işlevi gören genel hukuk ilkeleri yaratabileceğine ilişkin ilk eğilim, Uluslararası Adalet Divanı'nın 1986 tarihli *Nikaragua'ya karşı ve içerisinde Askeri ve Silahlı Milislerin Faaliyetlerine* dair davada verdiği kararda görülebilir. Divan, ABD'nin eylemlerinin uluslararası insancıl hukukun en temel genel prensiplerine göre değerlendirilebileceğinden yola çıkmıştır. Böylece ABD'nin, bu temel prensipleri ifade eden *Cenevre Sözleşmelerindeki* fesih hükümleri içerisinde bulunan Martens kaydından kaynaklanan uluslararası yükümlülükler ile bağlı olduğunu belirtmiştir. İç silahlı çatışmaları düzenleyen 1949 *Cenevre Sözleşmelerine* ortak olan 3. Maddenin aynı zamanda Nikaragua ile ABD arasındaki uluslararası silahlı çatışmalara da uygulanabilecek bir asgari hukuki ölçüt teşkil ettiğini ifade etmiştir. Divan, bu haliyle 3. madde hükmünün 1949 tarihli *Korfu Kanalı* davasında ifade edilen '*en temel insaniyet düşüncelerini*' yansıttığı

²⁰⁶ Emmanuel Voyiakis, 'Do General Principles Fill 'Gaps' in International Law?' (2009) 14 *Austrian Review of International and European Law*, 253-6.

²⁰⁷ Bu konuda geniş bir inceleme için bkz., Fabiàn O. Raimondo, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008) özellikle 3. Bölüm; ayrıca Neha Jain, 'General Principles of Law as Gap-Fillers' Stanford Law School 2014 Junior Faculty Forum, 27-28 June 2014. http://conferences.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2014/06/Jain_General_Principles_of_Law_6-15-14.pdf

²⁰⁸ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 149.

sonucuna varmıştır²⁰⁹. İlginç olan Divan'ın, uluslararası teamülün maddi unsuru olan devletlerin uygulamasını araştırmaktan ziyade, Martens kaydı ve 'en temel insaniyet düşüncelerini' örf ve adet kurallarının yerine uluslararası normların kaynağı olarak sunduğu görülür.

Öte yandan 1949 *Korfu Kanalı* davasında, mayına çarpan iki İngiliz harp gemisinin yaşadığı can ve mal kaybı yüzünden, bu mayınların kanaldaki varlığını bildirmeyen ve gemileri maruz oldukları tehlikeden dolayı uyardırmayan Arnavutluk'un, uluslararası hukukta kendi suları içerisinde mayın sahası olduğunu uluslararası gemilere ihbar etmek yükümlülüğünün bulunduğu yargısına varılmıştı.²¹⁰ Divan'a göre, 'bu tür yükümlülükler, ... belli genel ve iyi benimsenmiş ilkelere dayanır, yani: *en temel insaniyet düşüncelerine*, [ve] barış zamanında savaştan bile daha çok kesinlik arz eder.'²¹¹ Bedi, en temel insaniyet düşünceleri ile Divanın *ortak insani değerlere* hitap ettiğini ve bunun ise, en başta insanın onur ve vakarına ilişkin değerler ile yaşam hakkına saygıyı içerdiğini söyler²¹².

1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde* Uluslararası Adalet Divanı, savaşın araç ve yöntemleri ile bazı silahların kullanılmasının hukuka uygunluğu hususunda Martens kaydının etkisini değerlendirmiştir. Benzeri bir yaklaşımla, ayırım gözetmeyi, sivillere doğrudan saldırı yasağını, gereksiz acı ve ızdırağın yasaklanmasını ve savaşın araç ve yöntemlerini seçmede sınırlamanın bulunduğunu uluslararası hukukun ilkeleri olarak tanımlarken, devletlerin uygulamasını inceleme gereği

²⁰⁹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. US), (Merits) (27 June) 1986 ICJ Reports 14, 113-4, para.218.

²¹⁰ Malgosia Fitzmaurice, 'The Corfu Channel Case and the Development of International Law' in Nisuke Ando, Edward McWinney and Rüdiger Wolfrum (eds), *Liber Amicorum Judge Sigeru Oda* (The Hague: Kluwer Law, 2002) 136.

²¹¹ *Corfu Channel Case* (United Kingdom v. Albania), Judgment, 12 December 1947, ICJ Reports 1947-48, 22.

²¹² Shiv R.S. Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of International Court of Justice* (Oxford: Hart, 2007) 107.

hissetmemiştir²¹³. Sadece *La Haye* ve *Cenevre* Sözleşmelerini belirterek uluslararası insancıl hukukun temel ilkelerinin teamüli niteliğine sahip olduğunu ima etmekle yetinmiştir.²¹⁴ Ancak teamülün maddi unsuru olan devletlerin uygulaması yerine, yine Martens kaydı ile en temel insanîyet düşüncelerine göndermede bulunmuştur²¹⁵.

Bu örnek kararlarda Martens kaydının devletlerin uygulamasının yerine esas alınması, *Hayashi*'yi Martens kaydının Divan tarafından her bir kararda belirlenen kuralların doğrudan hukuk kaynağı haline getirdiği sonucuna götürmüştür²¹⁶. Gerçekten bu durumda eğer tanımlanan hukuk normları teamüle dayanmıyorsa, o zaman uluslararası teamül hukuku yerine ikame edilen Martens kaydı dolayısıyla, 'en temel insanîyet düşüncelerinin' uluslararası insancıl hukuku prensiplerinin yükümlülük doğuran esaslı normlar haline gelmesinin şekli kaynağı haline geldiği düşünülebilir. Ne var ki, bu olası yorumlardan sadece bir tanesini teşkil eder. *Kalshoven*, en azından *Nikaragua* davası bakımından Martens kaydından çıkartılan hukuk prensiplerinin uluslararası yükümlülüğün farklı ve bağımsız kaynağı olarak görülebileceği görüşünü paylaşır²¹⁷. Buna karşılık *Greenwood*, Divan'ın *Nikaragua* davasında 1949 *Cenevre* Sözleşmelerine ortak olan 3. madde hükmünü uluslararası teamül hukukunun beyanı olarak asgari hukuki ölçüt kabul etmesi ve daha sonra bu ölçüte dayanarak karar vermesini yorumlarken, bunun uluslararası silahlı çatışmalar hukukuna uygulanabilir herhangi bir hukuk geliştirme anlamına gelmediğini öne sürer.²¹⁸ Gerçekte bu kararlardan hiç biri, Martens kaydının mevcut belirsiz veya şüpheli teamül kurallarının yerine

²¹³ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 257 para. 78.

²¹⁴ Meron (2000), 'The Martens Clause' 87.

²¹⁵ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, para.78 -79.

²¹⁶ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 149.

²¹⁷ Frits Kalshoven, *Reflections on the Law of War: Collected Essays* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007) 950-1.

²¹⁸ Christopher Greenwood, 'The International Court of Justice and International Humanitarian Law' in Charles Chernor Jalloh and Olifemi Elias (eds), *Shielding Humanity: Essays in International Law in Honour of Judge Abdul Koroma* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015) 266.

ikame edilebileceği tezini açıkça telaffuz etmediği için, bu davaların sadece uluslararası teamül hukukuna dayanan farklı yorumları yansıttığı iddiası aynı derecede makul bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Nitekim *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşünde* Divan, Martens kaydını daha önce var olan teamül hukuku olarak görerek, varlık ve uygulamasının halen devam etmekte olduğunu teyit etmiştir²¹⁹. Bu da *Meron*'a göre, Divan'ın en azından nükleer silahlar bakımından kullandığı hukuki ölçütü, kaydın içerdiği 'insaniyet ilkeleri' ve 'kamu vicdanı emirlerini' insancıl hukukun genel ilkeleri olarak esas almaktan ziyade, ayırım gözetme ilkesi ve gereksiz acı ve ızdırab vermek yasağı gibi savaş hukukunun örf ve adetlerine dayandırığını gösterir²²⁰. Gerçekten, uluslararası insancıl hukukun genel ilkelerinin, nükleer silah teknolojisinin ortaya çıkmasından önce oluşmasına rağmen, Divan tarafından yine de önceden var olan teamül hukuku olarak uygulanabilir görülmesi,²²¹ Martens kaydının bağımsız ve farklı uluslararası yükümlülükler doğuran bir hukuk kaynağı olduğu tezini benimsemediği anlamına gelir²²².

Ancak bu eğilimin geçerliliği, 2010 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AHİM) tarafından *Kononov v. Letonya* davasında verilen bir karar ile sorgulanır hale gelmiştir. Mahkemenin önündeki temel soru, İkinci Dünya Savaşı sırasında işgal altındaki Letonya'da yapılan bazı eylemlerin daha sonra savaş suçu olarak nitelendirilerek cezalandırılmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinde bulunan cezaî meselelerin kanuniliği (*nullum crimen sine lege*) ilkesini ihlal edip etmediğine ilişkindi. 1944 yılında Letonya vatandaşı ve Sovyet kızıl partizanları üyesi olan *Kononov*, o sırada Alman askeri idaresi altında bulunan *Mazie Batie* köyüne karşı, Alman *Wehrmacht* ile işbirliği

²¹⁹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 259, para.84.

²²⁰ Meron (2000), 'The Martens Clause' 87.

²²¹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 259, para.85-7.

²²² Aynı görüş için Greenwood (2015), 'The International Court of Justice' 269: '... Martens kaydının uluslararası insancıl hukukta diğer başka bir ifadesi bulunmayan bağımsız yükümlülüklerin dayanağını teşkil ettiği savı kabul' edilmemiştir.

yaptığı şüphesi üzerine düzenlenen cezalandırıcı mahiyetteki bir askeri harekâta katılmıştı. *Kononov*'un idaresindeki kızıl partizanlar, şüphelendikleri işbirlikçilerin bulunduğu iki eve yaptıkları silahlı baskın sonucu Alman silah ve cephaneleri buldular. Bunun üzerine orada bulunan altı erkeği infaz ettiler ve evleri o sırada içeride bulunan biri hamile üç kadınla birlikte yaktılar. Daha sonra 2004 yılında Letonya Yüksek Mahkemesi, 1993 tarihinde yürürlüğe giren Letonya Ceza Kanununun 68(3). maddesine dayanarak, *Kononov*'u savaş suçlarından ötürü mahkum etti²²³. Fakat AİHM Dairesi 2008 yılında sanığın başvurusunu haklı görerek, Sözleşmenin 7. maddesindeki suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesinin Letonya tarafından ihlal edildiğine hükmetti.²²⁴ Buna karşılık Letonya'nın davayı AİHM Büyük Dairesi'ne taşıması üzerine, bu karar savaş suçundan hüküm verilmesinin Sözleşmenin 7. maddesini ihlal etmediği gerekçesi ile sanık aleyhine bozulmuştur²²⁵. Mahkeme, belli bazı özellikli savaş suçlarından dolayı bireysel uluslararası cezai sorumluluğun hukuki esasını oluşturacak yeterince açık ve güncel hukuk normlarını araştırırken, *Korfu Kanalı* davasına atıfta bulunmuş ve sonra, *Nükleer Silahlar Hakkındaki Danışma Görüşünde* Uluslararası Adalet Divanı'nı, özellikle Martens kaydına dayanarak yaptığı tespiti tekrar etmiştir. Böylece, *La Haye* ve *Cenevre* Sözleşmelerinin en erken tarihler olarak, *Nuremberg* Uluslararası Askeri Mahkemelerinin kararları zamanında, 'uluslararası teamül hukukunun ihlaline hiçbir suretle müsaade edilmeyen ilkeleri' haline gelmiş olduğunu ifade etmiştir. Bunun nedeni ise, uluslararası insancıl hukukun silahlı çatışmalara uygulanan kurallarının çoğu özünde 'insana saygı' ve 'en temel insanîyet düşüncesi' esasına dayanmasıdır. Mahkemeye göre, 'Martens kaydını da içeren bu prensipler, mahkemeler tarafından savaş bağlamında eylem ve

²²³ ECtHR, *Kononov v. Latvia*, App. No. 36376/04, 24 July 2008, www.coe.int

²²⁴ Kararın eleştirel bir incelemesi için bkz., Guilia Pinzauti, 'The European Court of Human Rights's Incidental Application of International Criminal Law and Humanitarian Law: A Critical Discussion of *Kononov v. Latvia*' (2008) 6 *Journal of International Criminal Justice*, 1049-60.

²²⁵ Martin Arpo, 'The Martens Clause and International Crimes in Estonia' (2012) 15 *Estonian National Defence College Proceedings*, 105.

davranışların nasıl değerlendirilmesi gerektiğini gösteren hukuk normlarını oluşturur.²²⁶ Bu tarzdaki azami genişletici bir yorumla, Düzenlemelerin 23(c). maddesindeki genel hükme atıfta bulunarak, söz konusu sivil köylülerin ve hatta aralarında çatışmalara iştirak etmiş muhariplerden *hors de combat* olanların savaş esiri iken kötü muameleye tabi kılınması, yaralanması veya öldürülmesinin, 1944 tarihi itibarıyla bile, savaş kural ve teamüllerinin ihlal edilmesi yüzünden savaş suçu teşkil ettiği sonucuna varmıştır²²⁷. İlginç olan AIHM'in, Letonya Ceza Mahkemesinin olayda hamile olan kadının yakılarak öldürülmesinin, 1949 *Cenevre* Sözleşmesinin 16. maddesinden çıkartılabilecek mağdur olmaya daha müsait kişiler kategorisine giren kadınlara tanınan özel bir korumanın ihlali dolayısı ile savaş suçuna neden olduğu gerekçesine kayıtsız kalmasıdır. Çünkü aksi takdirde 1949 *Cenevre* Sözleşmeleri veya 1945 *Nuremberg* Uluslararası Askeri Mahkemeleri kararları ile ihdas edilen cezai normların 1944 tarihinde yapılmış eylemlere uygulanması, AIHS 7. maddesindeki suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesini ihlal anlamına gelecekti. Onun yerine bunlardan tamamen bağımsız olarak, özel korumanın ihlalden ötürü bireysel cezai sorumluluğu ihdas ederken, AIHM ancak 'özel koruma' ifadesinin Martens kaydının getirdiği koruma bağlamında anlaşılması halinde, hamile olan *Krupniks*'in yakılarak öldürülmesi bakımından, sanığın ayrı bir savaş suçundan mahkum edilebilmesi için geçerli bir hukuki zeminin yaratılabileceğini düşünmüştür²²⁸. Bu açıdan bakıldığında Martens kaydı, içerisinde barındırdığı unsurları uluslararası insancıl hukukunun genel prensiplerine dönüştürerek, özellikle insaniyet düşüncelerinin kendi başına doğrudan bağımsız bir hukuki güç olarak devletler üzerinde normatif bağlayıcılık kazanmasını sağlar. *Salter*, Mahkemenin bu yorumuyla Martens kaydını insancıl ilkelere doğrudan uygulanabilen esaslı bir hukuk kaynağı olarak tanıdığını söyler. Bu şekilde insaniyet ilkelerinin hususi ve ayrıntılı

²²⁶ ECtHR Grand Chamber, *Kononov v. Latvia*, App. No. 36376/04, 17 May 2010, 70-1 para.215, www.coe.int.

²²⁷ *Id.*, 71 para.216.

²²⁸ *Id.*, 72 para.218.

sözleşme hükümlerindeki eksik ve boşlukları kapatmaya muktedir olan ‘bağımsız mevcut genel normlar’ olarak görüldüğünü iddia eder²²⁹.

c. *Uluslararası Teamül Hukuku Üzerindeki Etkileri*

Martens kaydının farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı olarak rolü, uluslararası teamül hukukunun yaratılması süreçleri üzerindeki etkisi bakımından oldukça ilginç ve tartışmalı bir ilişkiyi gündeme getirir. Uluslararası Adalet Divanı Yargıç *Shahabuddeen*, 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde bu ilişkinin niteliğini açıklayan bir teorik çerçeve geliştirmiştir²³⁰. Ona göre, Martens kaydı, Divan tarafından kararda teyit edildiği gibi, artık bir uluslararası teamül hukuku kuralı haline gelmiştir. Bu yüzden, sahip olduğu normatif karakter daraltıcı yorumun içerdiği işlevi abesle iştilgal haline getirmiştir. Dolayısı ile, genişletici yorum içerisinde Martens kaydının lafzi okunması, ilk bakışta sözleşmelere dayanan uluslararası hukukta bırakılan boşlukları doldurma niyetini taşıdığını gösterir. Nitekim *Sarkin*, Martens kaydının içerdiği insaniyet ilkelerinin hukuki başlangıç noktasının kaydın kendisi olmadığı iddia eder. Martens kaydı ile devletler tarafından sadece bu ilkelerin daha önceki mevcudiyeti bir andlaşma içerisinde teyid mahiyetinde kabul edilmiştir²³¹. Bu durumda, insaniyet ilkelerinin 1899 tarihli Martens kaydından önce teamül hukukunun bir parçası haline gelerek, andlaşmalardaki hukuki boşlukları doldurduğu düşünülür. Ancak *Sarkin* insaniyet ilkelerinin bir teamül kuralı olarak oluşumunu kanıtlayan devletlerin uygulamalarına dair herhangi bir delil gösteremediği için bu iddiası bir varsayımın ötesinde değildir. Ayrıca, *Shahabuddeen*'e göre, 1977 tarihli Ek Protokol I içerisinde kaydın düzenlendiği şekil, uluslararası teamül hukukunun oluşması için yeterli sayılabilecek

²²⁹ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 426 ve bu görüşünü desteklemek üzere Alman Bundesverfassungsgericht kararını örnek gösterir. 26 October 2004 2 BvR 955/00, *id.*, 430-1.

²³⁰ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 402, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 405.

²³¹ Sarkin (2007), ‘The Historical Origins’ 151.

‘yerleşmiş teamülün’ yanı sıra, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanı emirlerini’ uluslararası hukuk prensiplerini oluşturan kaynaklar haline getirmiştir. Bu ise Martens kaydının kendisini, ‘insaniyet ilkeleri’ ve ‘kamu vicdanının emirlerini’ uluslararası hukukun genel prensipleri haline dönüştüren bir hukuki otoriteyi içerdiğini gösterir. O halde önemli bir soru, ortaya çıkan uluslararası hukuk prensiplerinin tam olarak hangi hukuk standardını içerdiği hususudur. *Shahabuddeen*, belirlemenin savaşın araç ve yöntemlerindeki gelişmeler de dâhil olmak üzere, değişen koşulların ve uluslararası toplumun görünümü ile hoşgörü seviyesinin ışığında ilgili tarihte yapılmasının gerekeceğini önerir. Böylece prensiplerin kendisi aynı kalsa bile, uygulamada pratik etkileri ancak uygulandığı zaman içerisinde o günün değer yargısına göre değişecektir. Sonuç olarak belli bir dönemde caiz görülen savaş araç ve yöntemleri, bir başka dönemde yasaklanabilecektir. Bu ise insancıl hukukun dinamik boyutunu gösterir²³². Martens kaydının bu dinamik yapısı, Avustralya tarafından *Silahlı Çatışmaları Sırasında Nükleer Silahların Kullanılmasının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* sunulan şifahi görüşlerinde ayrıntılı bir şekilde vurgulanmıştır: ‘ne insaniyet kavramı, ne de kamu vicdanının emirleri durgundur. Bu yüzyılın başında uluslararası toplum tarafından kabul edilebilir addedilen bir davranış, bugün uluslararası toplum tarafından insanlık dışı görülerek lanetlenebilir.’²³³ Bu durumda belirleyici unsur, kamu şuurudur. Ancak, kamu vicdanının emirlerinin, adeta doğal hukuk kavramı gibi, uluslararası hukukun bağımsız biçimsel bir kaynağını mı teşkil ettiği; yoksa uluslararası hukukun maddi kaynağı olarak, işlevinin hukukun daha sonraki gelişmesine katkıda bulunmakla mı sınırlı olduğu tartışmalıdır²³⁴. Burada kamu vicdanının emirleri hukuki standardın ölçütü haline gelir. Martens kaydının içerdiği uluslararası hukuk ilkelerinin içeriği, değişen koşulların ışığında belirlenmek üzere gelecekte oluşacak kamuoyu

²³² Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen., 406.

²³³ Australia’s Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995, 39 para.10,

²³⁴ Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411-2.

algısına bırakılmaktadır. Bu belirlemeyi yapacak olan devletlerdir. Devletler, insaniyet düşünceleri ve kamu şuuru tarafında herhangi bir zaman diliminde hangi hukuki standartların ihdas edilmesini beklediğini ve talep edildiğini tespit eder ve buna uygun olarak, uluslararası hukuk ilkelerinin bu standartları yansıtmalarını sağlar. O halde, Martens kaydı ile insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerinin uluslararası hukukun ilkelerini oluşturarak uluslararası hukuk standartları seviyesine çıkması, ancak devletlerin bunu kabul etmesi ile mümkün olabilir. Bu yaklaşımda dikkat edilmesi gereken nokta, devletlerin kamu şuurunu açığa vuran görüş ve inançları ile teamülün oluşum sürecindeki subjektif unsur, *opinio juris*'in farklı olmasıdır. Böyle olunca, teamüli hukuk yapma sürecinin maddi unsurunu teşkil eden devletlerin uygulaması artık aranmayacaktır. Bu durum geleneksel uluslararası hukuk teorisi içerisinde teamül oluşumu süreç ve usullerinden köklü bir ayrışmanın ifadesidir.

Martens kaydı vasıtasıyla 'insaniyet ilkeleri' ile 'kamu vicdanının emirlerini' devletlerin uygulamasının yanı sıra, uluslararası hukuk ilkelerinin tarihsel kaynağı olarak gösterilmesini yorumlayan *Cassese*, insancıl hukuku bakımından uluslararası teamül oluşumu üzerindeki etkisini farklı bir değerlendirmeye tabi tutar:

'devletlerin *uygulaması* şartının, insaniyet ilkeleri veya kamu vicdanının emirlerine dayanan bir kural ya da ilkenin oluşumuna uygulanması gerekli olmayabilir. Ya da en azından bu şart, farklı destekleyici unsur veya mantığa sahip olan kural ve ilkelerde olduğu gibi yüksek seviyede olmayabilir. Bir diğer ifade ile, Martens kaydının uluslararası hukuk üzerindeki etkisinin bir sonucu olarak, mesele insaniyet ilkelerini (veya kamu vicdanının emirlerini) yansıtan bir prensip veya genel kuralın ortaya çıkışının kanıtlanmasına geldiği zaman, uygulama (*usus*) şartı, ekonomik, siyasi veya askeri gerekler sonucu ilke veya kuralların ortaya çıktığı diğer durumlarda olduğundan daha az sıkı [gevşek] bir şekilde aranabilir. Aynı sebeple, *opinio juris* veya *opinio necessitatis* şartı özel bir öneme sahip olabilir. Sonuç olarak, belli

bir sayıda devlet ve diğer uluslararası sũjelerin bir ilke veya kuralın bağlayıcı değeri veya onun devletler tarafından gũzetilmesindeki sosyal ve ahlaki ihtiyaçlar hakkındaki hukuki gũrũşlerinin ifadesi, bir teamũl kuralı veya ilkesinin oluşumuna imkãn sağlayıcı olarak kabul edilebilir. Hukuki gũrũşleri destekleyecek olan yaygın ve tutarlı devlet uygulamaları olmasa ve hatta hiç bir uygulama bulunmasa bile, bu bũyle olabilir. Bu şekilde, Martens kaydı (bu mevcut boyutuyla) insancıl hukukun sınırlı alanında, *opinio juris* veya *necessitatis*'i) normalde kabul edilenden daha yũksek bir mertebeye yũkseltirken, aynı zamanda uygulama (*usus*) için ȃngȃrũlen şartları geşsetir.²³⁵

Cassese, en azından uluslararası insancıl hukuk alanında teamũl oluşumu sũreci bakımından, Martens kaydı ile *opinio juris*'e devletlerin uygulamasının (*uses*) ȃzerinde bir yer verir. Belli bir kural veya ilkenin bağlayıcı niteliği hakkındaki genel bir *opinio juris*, yaygın ve uyumlu bir uygulama ile desteklenmese bile ve hatta hiç bir uygulama bulunmasa dahi halen teamũl kuralının oluşmasına imkan sađlayabilecektir²³⁶.

ȃte yandan *Hayashi*'nin ȃne sũrdũđũ Martens kaydının 'ikame işlevi'ne ilişkin teorisi, uluslararası teamũl yerine uluslararası hukukun genel ilkelerini getirirken, uluslararası hukuk teorisinin temel unsurları ile çelişir. şoyle ki, uluslararası teamũl hukukunun oluşumunda bũtũn devletlerin açık rızasını veya oybirliğini aramasa bile, en azından belli bir oydaşım (*consensus*) aranır. Ancak Martens kaydının getirdiği genel prensipler, bu tũr bir fikir birliğini yansıtma. Bũylece *Hayashi*'ye gȃre, 'Martens kaydının ikame işlevinin ima ettiği hukuk vizyonunda, devletler [hukuk yapma] kontrolũnũ kaybederler.'²³⁷

²³⁵ Cassese (2001), *International Law* 122.

²³⁶ Raimondo (2008), *General Principles of Law* 167-8.

²³⁷ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 150.

4. Ahlaki Saikleri Hukuk Doktrine İthal Eden Bir Araç Olarak

Martens kaydının 1899 *La Haye* Sözleşmelerine dahil edilmesinin arkasında yatan ahlaki (*moral*) saik, insaniyet ve kamu şuru ifadeleriyle lafzi düzenlemesine yansıtılmıştır. Savaşanlara, belli bir davranış açıkça yasaklanmamış olsa bile, insaniyet ilkeleri ile merhamet ve acıma duygularını rencide etmemesi hususunda yükümlülük getirilmiştir. Böylece bir ahlak ilkesi hukuka dâhil edilmiştir²³⁸. Kaydın dayandığı ahlaki değerlerin yarattığı hukuki etki, *Lord Wright* tarafından Nazi savaş suçlarına ilişkin yargı kararlarının yayınlandığı bir derlemeye yazılan önsözde, ‘Martens kaydının sadece birkaç kelime ile savaş hukukunu bütünüyle canlandıran ve harekete geçiren manevi niteliği’ içerisinde tanımlanmıştır²³⁹. Böyle bir ahlaki işleve sahip olan Martens kaydı, uluslararası insancıl hukukun gelişmesinin arkasında önemli bir güç olarak görülmüş ve insancıl hukukun tamamına teşmil eden bir normatif etkiyi sergilediği öne sürülmüştür²⁴⁰. Bu boyutu ile, henüz daha devletlerin uygulamasında yerleşmemiş veya uluslararası andlaşmalarda ifadesini bulmamış olan ahlaki, etik ve insancıl düşüncelerin, yargısal yorum ve uygulamalar şekillenirken dikkate alınması gereği ortaya çıkar²⁴¹. Yargıç *Weeramantry* 1996 tarihli *Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğu Hakkındaki Danışma Görüşüne* koyduğu muhalefet şerhinde, ‘en temel insaniyet düşüncelerinin’ insanlığın gönlü ve şuru ile talep ettiği şeylerin bir ifadesi olduğunu söylemiş ve bunun çok kültürlü ahlaki ve dini örf ve adetlere dayandığını irdelemiştir²⁴². Böylece Martens kaydı sayesinde ahlaki ve etik değer yargıları kamu vicdanının emirlerine tercüme edilerek, bir pozitif hukuki kodun oluşması veya uygulanması sırasında bir etken olarak göz önüne

²³⁸ Robert Kolb & Richard Hyde, *An Introduction to the International Law of Armed Conflict* (Oxford: Hart, 2008) 62-3.

²³⁹ Lord Wright, Önsöz 15. Cilt, *Law Reports of Trials of War Criminals Volume XV*, xiii.

²⁴⁰ O’Connell (2013), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

²⁴¹ Salter (2012), ‘Reinterpreting’ 433.

²⁴² Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, 477-82, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66.

alınır²⁴³. Bu şekilde nükleer silahların kullanılmasının veya tehdidinin hukuka aykırılığını iddia eden Avustralya, Meksika, İran Malezya ve Zimbabve, bunun insanîyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerini ihlal ettiği gerekçesine dayanırken aslında Martens kaydı vasıtasıyla doğal hukukun bazı unsurlarını uluslararası hukukun pozitif normları içerisine dahil etmek yönünde bir ortak görüş benimsemişlerdir²⁴⁴. Nitekim *Ticehurst*, Martens kaydının uluslararası hukukun pozitif normları ile doğal hukuk arasında böyle bir ilgiyi kurduğunu söyler. Doğal hukuk doktrini ile kurulan bu bağlantı, silahlı çatışmalar hukukunun sadece pozitif bir hukuk kodundan ibaret olmadığı, ama ayrıca bir ahlaki (*moral*) kodu da içermekte olduğu anlamına gelir²⁴⁵. Bunun üç pratik sonucu ortaya çıkar: ilk olarak, ahlaki kodun hukuk yapma usul ve süreçlerine dâhil edilmesi, büyük ve kuvvetli devletlerin yanında küçük devletlerin de insancıl hukukun gelişmesinde söz sahibi olmasını sağlar. Böylece uluslararası toplumun görüşlerinin bir bütün olarak temsil edilmesine imkan tanınmış olur²⁴⁶. İkinci olarak, mevcut uluslararası hukuk sisteminde merkezi ulus-üstü bir yasama gücü bulunmadığı için, genel kabul gören uluslararası ahlaki standartların oluşması ile bu standartları yansıtan pozitif normların uluslararası teamül veya andlaşmalar hukukunda ortaya çıkması arasında bazen geniş bir zaman aralığı olabilir. Benzeri gecikmeler, askeri teknolojideki hızlı ilerlemeler ile bunların sonucunda arzu edilmeyen etkilere sahip yeni gelişmiş silahların kullanılması, denetlenmesi ve yasaklanmasını düzenleyecek hukuki standartların geliştirilmesi arasında da yaşanabilir. İşte bütün bu durumlarda mevcut pozitif hukuk normları, insanları savaşın aşırı zararlı

²⁴³ Ancak hukuk ve ahlak (*morality*) arasındaki karmaşık ilişki, bu basitleştirmenin çok ötesinde doğal hukuk doktrini ile hukuki pozitivizm arasındaki tarihsel çelişmenin bir görünümüdür. Savaş suçlarının yargılanması bağlamında bu ilişkinin eleştirel bir analizi için bkz. Judith N. Shklar, *Legalism: An Essay on Law, Morals and Politics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1964) 29-88.

²⁴⁴ Von Bernstorff (2009), 'Martens Clause' para.12.

²⁴⁵ Ticehurst (1997), 'The Martens Clause' 133; aynı görüş için bkz. Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132 ve 134-5.

²⁴⁶ Ticehurst, *id.*

etkilerinden korumak hususunda yetersiz kalabilir. Bu bakımdan *Ticehurst*, Martens kaydının ahlak kodunu savaş hukukunun bir unsuru haline dönüştürerek, ahlaki saiklerin pozitif hukuk standartları içerisinde tanınması işlevini gördüğünü söyler²⁴⁷. Üçüncü olarak ise, doğal hukuk teorisinin en büyük zafiyeti olan sübjektif niteliği ve özellikle içerdiği soyut kavramların göreceli algılanması sorunu, *Ticehurst*'e göre, Martens kaydı tarafından 'kamu vicdanının emirlerinin' doğal hukukun belirlenmesinde objektif bir araç olarak ihdas edilmesiyle giderilebilir. Böylece bütün devletlerin uluslararası insancıl hukukun gelişmesine katılabilmesi imkânı doğar²⁴⁸. Ancak bazı yazarların, Martens kaydının bu işlevi ile doğal hukukun içerdiği ahlak kaidelerinin küçük devletler ve hatta bireylerin uluslararası hukukun oluşması üzerinde etki yaratmasına imkan veriyor olmasını azami genişletici yoruma tabi tuttuğu görülmektedir. Bu yazarlar, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanı emirlerinde ifadesini bulan bir ahlaki (*moral*) kodun uluslararası hukukun yeni ve bağımsız bir kaynağını teşkil ettiğini iddia etmişlerdir²⁴⁹. Buna karşılık, Martens kaydı ile doğal hukukun soyut ve izafi nitelikteki ahlaki kavram ve kurallarını pozitif hukukun bağımsız biçimsel kaynağı haline getiren bu görüşün, uluslararası hukukta karşılık bulduğunu söyleyebilmek mümkün değildir²⁵⁰. Buna rağmen *Salter*, Martens kaydının içerisinde kullanılan terimlerin hukuk öncesi ahlak kaideleri ve insaniyet düşüncesine göndermede bulunmasını, bu anlamda insancıl yükümlülüklerin evriminin ahlaki bir temele dayandığı iddiasını doğruladığını kabul eder ve buna örnek olarak, *Nuremberg* yargı kararlarını verir. ABD Askeri Mahkemesinin Martens kaydının içerdiği hukuki değeri olmayan veya sınırlı olan soyut ahlak ilkelerini, ceza hükümleri tesis ederken dayandığı pozitif hukuk ilkelerine tercüme etmek üzere kullanması böyle bir işlevi gösterir²⁵¹.

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.*

²⁴⁹ Sarkin (2007), 'The Historical Origins' 153.

²⁵⁰ Pustogarov (1999), 'The Martens Clause' 132.

²⁵¹ Salter (2012), 'Reinterpreting' 436.

Martens kaydının içerdiği ahlaki saikleri hukuk doktrine ithal eden bir araç olarak norm-yaratma işlevi yüklemek iddiası şüphe ve ihtiyatla karşılanmalıdır. Bu bakımdan, *Nuremberg* askeri yargı kararlarının gerçekte savaş galibi devletlerin kaybedenler üzerindeki dayatması olduğu düşünüldüğünde, emsal değeri tartışmalı bir görünüm arz eder. İnsanı düşüncelerin arkasındaki ahlaki (*moral*) güdüler ve siyasi ülkelerin, hukuk kuralları için bir ilham kaynağı teşkil edebileceği gerçeği 1966 tarihli *Güney Batı Afrika* davalarında kabul edilmiştir. Ancak Divan, ‘bununla birlikte, [b]u tür düşüncelerin kendisinin hukuk kuralları teşkil etmediği... ahlaki ideallerin etki sağlamayı öngördüğü hukuk kuralları ile karıştırılmaması gerektiği’ hususlarını açıkça ortaya koymuştur²⁵². Nitekim, *Güney Batı Afrika* kararı bu şekilde salt soyut ahlaki, etik, siyasal veya dini bir düşünce ve inanca dayanan bir süreç ile yeni hukuki olgular ithal etmenin mümkün olmadığını teyit etmiştir.

V. ÖZET VE SONUÇ

Martens kaydı, savaş kuralları ve teamüllerinin tedvin edilme sürecinin başladığı 19. Yüzyılın sonunda Birinci *La Haya* Barış Konferansında ortaya çıkan, işgal güçleri ile işgal altındaki ülke ve halklarının karşılıklı hak ve yükümlülüklerine ilişkin belli bir diplomatik çıkmazı aşabilmek için önerilmiş orta yol çözümü olarak 1899 tarihli *La Haya Karada Harbin Kural ve Örflerine Dair Düzenlemeleri* içeren II no’lu Sözleşmenin giriş kısmına dahil edilmiş ve 1907 *La Haya* Sözleşmesinde yer almıştır²⁵³. İlk uyuşmazlık konusundan bağımsız olarak o tarihten sonra yapılan pek çok anlaşmada tekrar edilmiş ve uluslararası yargı kararları içerisinde anılmıştır²⁵⁴. Son yüzyıl içerisinde bu derece yaygın bir biçimde ifade edilmesi, Martens kaydını modern insancıl hukukun en önemli ve bir o kadar tartışılan kavramlarından biri haline

²⁵² *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (Second Phase), ICJ Reports 1966, 34-5.

²⁵³ Hull (1970), *The Two Hague Conferences* 215-22.

²⁵⁴ von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ paras.5-12.

getirmiştir²⁵⁵. Bunun en temel nedenlerinin başında, ilk formülünde yer alan ifadelerin özellikle gevşek, kesinlikten uzak, esnek ve şüpheli bir dille yazılmış olması gelir. Bu belirsizlik ve çok anlamlılığı pek çok şekilde istenildiği gibi farklı yorumlara imkân tanıdığı için, silahlı çatışmalar hukukunun tedvin çabalarında cazip bir kavram olarak varlığını sürdürmesini sağlamıştır²⁵⁶. Ancak bu avantajı, aynı zamanda yorumlanmasındaki bir fikir birliğinin önündeki en büyük engeli oluşturmuştur. Nitekim özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında Martens kaydı uluslararası hukukta birbiri ile yarışan ve çelişen pek çok yoruma müsait hale gelmiştir²⁵⁷. En dar ve geniş yorumların arasındaki yelpazede, hangi noktanın uluslararası hukukta genel kabul gördüğü kaydın içeriği, kapsamı ve uygulama alanının tanımlanmasına bağlıdır.

Martens kaydının ortaya çıkma nedeni, savaş hukukunun henüz tedvin edilmediği hususlarda düzenlenmemiş davranışların veya öngörülmemiş meselelerin muharebe alanındaki askeri komutanların keyfi kararlarına bırakılmasının önüne geçmektir²⁵⁸. Böylece savaş hukukunun kodifikasyonu tamamlanana kadar, siviller ve muhriplerin uluslararası hukuk prensiplerinin hüküm ve koruması altında kalmaya devam edeceği kabul edilmiştir²⁵⁹. Bilimsel ve teknolojik gelişmelerle zaman içerisinde değişen silah türleri ve savaşın yöntem ve araçlarının sürekli yeni durumlar yarattığı düşünürse, savaş hukukunun herhangi bir zaman dilimi içerisinde bütün olasılıklara cevap verecek şekilde tam olarak tedvin edilebilmesinin gerçekçi olmadığı malumdur. O halde, Martens kaydının halen ne kadar ilgili olduğu ve içerdiği uluslararası hukuk prensiplerinin uygulama kabiliyeti geçmişte olduğu gibi bugün de inkâr edilemez²⁶⁰.

²⁵⁵ Miyazaki (1984), 'The Martens Clause' 433-6.

²⁵⁶ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 188.

²⁵⁷ Salter (2012), 'Reinterpreting' 405-7.

²⁵⁸ Kalshoven & Zegveld (2001), *Constraints on the Waging War* 22.

²⁵⁹ Friedman (1972), *The Law of War* 222.

²⁶⁰ Uluslararası Adalet Divanı, Martens kaydının devam eden varlığından ve uygulanabilirliğinden şüphe edilemeyeceğini teyit etmiştir. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 66, 260 para.87; *Contra Rus Federasyonu Martens kaydının atıl hale geldiğini iddia etmiştir.*

Martens kaydı orijinal ifadesinde, andlaşma ile düzenlenmeyen bir davranışın, *Lotus* varsayımı ile, *ipso facto* serbest olmadığı ifade eder ve açıkça ‘yasaklanmayan serbesttir’ şeklinde *a contrario* iddiayı reddetmek işlevi görür²⁶¹. Andlaşmaya rağmen aksine açık düzenlemenin bulunmadığı bütün durumlarda uluslararası teamül hukukunun uygulamasının devam edeceğini hatırlatır²⁶². Böylece hukukta *non liquet* olasılığına mahal vermez ve boşluk doldurur. Bu dar yorum, Martens kaydının lafzi okumasının doğal ve mantıklı bir sonucudur.²⁶³ Ancak burada öngörülen andlaşma ile düzenlenmeyenin uluslararası teamül hukukuna tabi olacağı savı ve kayda atfedilen *a contrario* iddiayı reddetmek işlevi aslında bilinenin ötesinde bir yenilik getirmez²⁶⁴.

Bunun ötesindeki genişletici yorumlar ise öğretilerde tartışmaya açıktır ve Martens kaydının içerdiği uluslararası hukuk prensiplerini oluşturan unsurlara yüklenen anlamlara göre işlev kazanmasını sağlar. Uluslararası hukuk prensiplerinin çıkartılabileceği kaydın ilk unsuru, *yerleşmiş uygulamalar (usages établis)* teamül olarak anlaşılır²⁶⁵ ve genel olarak uluslararası teamül hukukuna delalet ettiği kabul edilir²⁶⁶. Yukarıda belirtildiği gibi, Martens kaydının bu temel işlevi andlaşmanın ötesinde veya yokluğunda uluslararası teamül hukukunun uygulanmaya devam edeceğini hatırlatmaktadır.²⁶⁷ Ancak bunun ötesindeki iki unsura, *insaniyet ilkeleri (lois de l’humanité)* ve *kamu vicdanının emirleri (conscience publique)* hangi hukuki anlamların atfedilebileceği fevkalade tartışmalıdır. Sorun en yalın haliyle, Martens kaydının kendisinin, söz konusu bir davranışın yasaklanmasına esas teşkil etmek yönünde bir kapasitesinin

Written Submission of the Russian Federation on the Opinion Requested by the General Assembly, Compilations of Written Statements, ANW, 13 July 1995, 13.

²⁶¹ Strebel (1982), ‘Martens’ Clause’ 252; Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411; von Bernstorff (2009), ‘Martens Clause’ paras.13.

²⁶² Greenwood (2008), ‘Historical Development and Legal Basis’ 34.

²⁶³ Bodansky (1999), ‘Non Liqueur’ 155 *et seq.*

²⁶⁴ Cassese (2000), ‘The Martens Clause’ 192-3.

²⁶⁵ 1(2). Madde, 1977 Ek Protokol I, Sandoz, Swinarski & Zimmermann (1987), *Commentary* 33.

²⁶⁶ Crawford (2006), ‘The Modern Relevance’ 6.

²⁶⁷ Henckaerts (2009), ‘Martens Clause’ 411.

olup olmadığına ilişkindir. Bir görüşe göre, Martens kaydının kendisi bağımsız olarak uluslararası teamül statüsü kazandığı için,²⁶⁸ normatif karaktere sahiptir ve böylece devletlerin davranışlarını düzenleyen kurallar ihdas eder²⁶⁹. Ancak bu kuralların somutlaştırılması, halen içerdiği bu iki unsurun tanımına bağlıdır. İnsaniyet prensiplerinin, genel olarak ‘en temel insaniyet düşünceleri’ özdeşleştirildiği görülür²⁷⁰. Bu bakımdan insaniyet düşüncelerinin kökü, ahlaki değer yargıları şekillenen sosyo-politik bir tarihsel gelişim gösterir ve normatif niteliği doğal hukuk teorisi ile ilişkilendirilir²⁷¹. Eğer insaniyet düşüncesinin kendi başına pozitif veya normatif bir ilke olarak ilk kez Martens kaydı içerisinde ifade edildiği kabul edilirse,²⁷² o tarihten önce bir teamülü hukuk kuralı olarak varlığından söz edebilmek mümkün değildir²⁷³. Ancak Martens kaydının yorumlanması bakımından, insaniyet kavramının içerisindeki doğal hukuk doktrini ile ilişkili soyut ve sübjektif ahlaki, etik, siyasi veya dini düşünce ve inançların, nasıl pozitif hukuk standartlarına esas teşkil eden normatif maddi içerik sağlayacağı sorusu güncelliğini korur ve bir görüş, insaniyet düşüncelerinin kendi başına bağımsız bir hukuki ilke olarak ve hatta dolayısı ile norm yaratıcı etkiye sahip olamayacağını ileri sürer²⁷⁴. Bu açıdan insaniyet ilkelerinin maddi içeriğini, bir başka somut pozitif hukuk normu çerçevesinde değerlendirmek normatif karakter kazandırabilir²⁷⁵.

²⁶⁸ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, para.78.

²⁶⁹ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 405, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226.

²⁷⁰ Meron (2000), ‘The Martens Clause’ 82.

²⁷¹ Zagor (2012), ‘Elementary Considerations of Humanity’ 269-78.

²⁷² *Id.*, 274.

²⁷³ *Contra* Sarkin (2007), ‘The Historical Origins’ 151.

²⁷⁴ *South West Africa Cases* (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) (Second Phase), ICJ Reports 1966, 34-5.

²⁷⁵ Örneğin Pictet, insaniyet ilkelerini 1868 St. Petersburg Beyannamesi’nin girişindeki savaşın amaçları ile tanımlar. Bkz. Jean Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985) 62; Uluslararası Adalet Divanı, Martens kaydını insancıl hukukun teamül kuralları olan, ayırım gözetme ilkesi ve gereksiz acı ve ıstıraplara neden olma yasağı ile birlikte tanımlamıştır. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, para.78.

Bunu ötesinde, Martens kaydından bağımsız olan normatif karaktere sahip bir insaniyet ilkesinin varlığından bahsetmek fevkalade güçtür²⁷⁶. Ancak bir başka görüş, doğal hukukun bir parçası olan insaniyet düşüncelerinin dayandığı soyut ve sübjektif ahlak kodunu, Martens kaydının içerdiği bir diğer unsur olan kamu vicdanının emirleri dolayısı ile uluslararası insancıl hukukun pozitif normlarına bağlar²⁷⁷. Burada kamu şuuru, doğal hukukun içeriğini belirleyen objektif bir rol üstlenir ve belli bir zamandaki ahlak kodunun normatif hukuk standartlarına tercüme edilmesini sağlar²⁷⁸. Kamu şuuru, kamuoyu baskısı şeklinde olabileceği gibi, uluslararası toplum üyesi devletlerin *opinio juris*'un yansıması biçimini de alabilir²⁷⁹. Ancak kamu vicdanının emirleri oldukça soyut ve belirsiz bir kavramdır ve hangi uluslararası belgelerde, nasıl tespit edilmesi gerektiği sübjektif bir takdiri gerektirir. Bu yüzden bir hukuk ilkesine tek başına esas teşkil etmekten uzaktır²⁸⁰.

Ancak uluslararası yargı içtihatları ve öğretisi, andlaşma ile açıkça düzenlenmeyen veya belirsiz kalan durumlarda silahlı çatışmalar hukukunun uygulama alanını tespit ederken, Martens kaydının atıfta bulunduğu uluslararası hukukun prensiplerine ulaşabilmek amacıyla, bazen mevcut akdî veya teamülî kuralları yorumlamak için, bazen de norm ihdas etmek üzere, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinde bir hukukî otorite aramışlardır. Bu bakımdan Martens kaydının genişletici yorumu iki şekilde ortaya çıkar: İlk halde, yargısal bir yorum aracı olarak, uygulanacak uluslararası insancıl hukuku kuralı muğlak ve müphem ise, söz konusu kuralın kapsam ve gayesi, insaniyet ilkeleri ve kamu

²⁷⁶ Dinstein (2013), 'The Principle of Proportionality' 72-3.

²⁷⁷ Ticehurst (1987), 'The Martens Clause' 133.

²⁷⁸ Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, 487-90 ve Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 409-10, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226.

²⁷⁹ Meron (2000), 'The Martens Clause' 83-5.

²⁸⁰ Greenwood (2008), 'Historical Development and Legal Basis' 34-5; *Contra* Avustralya, Australia's Oral Statement before the International Court of Justice, ICJ Verbatim Records CR 95/22, 30 October 1995.

vicdanının emirleri dikkate alınarak belirlenir²⁸¹. Böylece Martens kaydı içerdiği unsurlar vasıtasıyla, uluslararası andlaşma hükümleri ve teamül kurallarının teknolojik gelişmeler ve yeni durumlara uygulanmasına imkan verecek dinamik bir tarzda yorumlanması için yol gösterici bir araç işlevi görür²⁸². Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi içtihatları Martens kaydını yargısal bir yorum aracı olarak kullanarak, en temel insaniyet düşüncelerini uluslararası hukukun prensibi olarak uygulamış ve ayrı bir rejim olarak uluslararası insan hakları hukuku içerisindeki standartları insancıl hukukun içerisine getirmiştir²⁸³. İkinci durumda azami genişletici bir yorum ile Martens kaydı uluslararası insancıl hukukunun geleneksel kaynaklarından farklı ve bağımsız bir kaynağı haline gelir. Böylece, insaniyet ilkeleri ile kamu vicdanının emirleri, uluslararası hukukun diğer biçimsel kaynakları olan andlaşmalar ve uluslararası teamüller ile en azından insancıl hukukun oluşumu bakımından aynı seviyeye çıkar²⁸⁴. Burada söz konusu olan Martens kaydının bu iki unsurunun doğrudan norm yaratan hukuk kaynağı olarak işlevi olduğu kadar, uluslararası hukuk prensipleri haline gelerek dolayısı ile normatif etki kazanmasıdır²⁸⁵. Bu son görünümünde normatif maddi içerik, uygulama zamanındaki kamu şuuru dikkate alınarak dolayısıyla tespit edilecektir²⁸⁶. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Muhakeme Dairesi en liberal yorumlarda bulunduğu 2000 tarihli *Kupreškić* kararında, '[Martens] kaydının "insaniyet ilkeleri" ve "kamu vicdanının emirlerini"' uluslararası hukukun bağımsız kaynakları seviyesine

²⁸¹ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), para.525.

²⁸² Strebler (1982), 'Martens' Clause' 252.

²⁸³ Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Dale Stephens, 'Accountability for Violations of the Law of Armed Conflict and the Question of the Efficacy of International Criminal Law in Ameliorating Violence in Armed Conflict' in Jadranka Petrovic (Ed), *Accountability for Violations of International Humanitarian Law: Essays in Honour of Tim McCormack* (London: Routledge, 2016) 183-8.

²⁸⁴ von Bernstorff (2009), 'Martens Clause' paras.13.

²⁸⁵ Salter (2012), 'Reinterpreting' 421-32.

²⁸⁶ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 406, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226.

yükseltmiş olduğu anlamına gelmediğini' açıkça teyid ederken uluslararası uygulamanın böyle bir sonucu desteklemediği gerekçesine dayanmıştır²⁸⁷. Bu kararın Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nükleer Silahlar Hakkındaki Danışma Görüşü* ile uyumlu olduğu söylenebilir. Her ne kadar çoğunluğun görüşü, 'en temel insani düşüncelerin' bağımsız norm ihdas eden genel bir prensip olduğunu açıkça reddetmedi ise de²⁸⁸, *Meron*'un da belirttiği gibi, 'Divan tarafından kullanılan hukuki ölçüt, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden ziyade, ayırım gözetmek ilkesi ile gereksiz acı ve ızdıraba neden olmak yasağı idi.'²⁸⁹ Son yıllarda bazı yazarlar tarafından benimsenen azami genişletici yorum, Martens kaydına ve içerdiği unsurlara esaslı ve kendi başına hukuk normları olarak veya farklı ve bağımsız hukuk kaynağı haline gelerek norm yaratma işlevini en azından bazı uluslararası suçlar bakımından savunmuştur.²⁹⁰ Buna karşılık uluslararası uygulama, devletlerin henüz soyut ve belirsiz kavramlara dayanan insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerini bağlayıcı hukuk haline getirmeye hazır olmadığını göstermektedir²⁹¹. Ancak AİHM'nin 2010 tarihli *Kononov v. Letonya* kararı en azından insan hakları alanında uluslararası suçların ilgisi bakımından Martens kaydının norm ihdas edici işlevini kabul etmiş görünmektedir.²⁹² Bununla beraber bazı silahlı çatışma durumları karakteri itibarıyla olağan dışı niteliklere sahip oldukları için, uluslararası insancıl hukukun kapsamına girmediği gibi, Martens kaydının uygulanması da mümkün değildir. Örneğin teröre karşı savaş ve asimetrik silahlı çatışmalarda terörist suçlu olduğu için uluslararası insancıl hukukta meşru bir statüsü yoktur ve çözümler hukuki olmaktan çok siyasidir²⁹³. Diğer yandan, siber saldırılar bakımından silahlı

²⁸⁷ *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000), 206 para.525-6.

²⁸⁸ Zagor (2012), 'Elementary Considerations of Humanity' 282.

²⁸⁹ Meron (2000), 'The Martens Clause' 87.

²⁹⁰ Sarkin (2007), 'The Historical Origins' 150-8; Salter (2012), 'Reinterpreting' 421-37.

²⁹¹ Meron (2000), 'The Martens Clause' 88.

²⁹² ECtHR Grand Chamber, *Kononov v. Latvia*, App. No. 36376/04, 17 May 2010, 70-1 para.215, www.coe.int.

²⁹³ Hans-Joachim Heintze, 'Terrorism and Asymmetric Conflicts – A Role for the Martens Clause?' in Thomas Giegerich (Ed), *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement*,

çatışmalar hukukunda söz konusu olan boşluğun Martens kaydı vasıtasıyla yorum ve mukayese yapılarak doldurulması yine büyük güçlükler yaratır²⁹⁴. Bu özellikli alanlarda, Martens kaydının en azami genişletici yorumlarının dahi, yazara göre, yeni sorunlar ve durumlar karşısında yeterince dinamik çözümler üretmeye uygun olmadığını gösterir.

Martens kaydının uluslararası hukukun farklı ve bağımsız bir biçimsel kaynağı olarak yorumlanmasının, teamülün yerleşmiş geleneksel oluşma süreçlerine dolayısıyla etkisi olabileceği ileri sürülmüştür²⁹⁵. Bunun arkasındaki temel düşünce, andlaşma hükümlerinin dışında uygulanacak olan uluslararası hukuk prensiplerinin kaynaklandığı yerleşmiş teamüller, insaniyet ilkeleri ve kamu şuurundan birlikte çıkartılabileceği gibi, bunların herbirinin kendi başına ayrı ve bağımsız bir kaynak teşkil edebilecek olmasıdır; birinden çıkartılan uluslararası hukuk prensibinin geçerliliği, diğer iki unsuru ihlal etmesi koşuluna bağlı değildir²⁹⁶. Böylece, Martens kaydı ile uluslararası hukukun prensiplerinin ihdası, insaniyet ilkeleri ve kamu şuru bakımından yerleşmiş teamülden farklı bir norm yaratma sürecine tabi kılınabilir. Bundan hareket ile *Cassese*, insaniyet ilkeleri ve kamu vicdanının emirlerinden çıkartılabilecek kuralların oluşumunda, uygar uluslar arasında yerleşmiş uygulamalar (*les usages établis entre nations civiliseés*) şartının geleneksel durumlardan daha az *katılıkta* aranması gerektiğini ve bunun yerine *opinio juris sive necessitatis* hususi öncelikli bir konuma getirilmesini önerir²⁹⁷. Bu şekilde Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi 2000 tarihli *Kupreškić* davasında, Martens kaydını mevcut uluslararası kaynaklar sistemi içerisinde kullanarak, devletlerin uygulamaları için aranan şartları gevşetmek ve aynı zamanda insaniyet

Disarmament and the Laws of War 100 after the Second Hague Peace Conference (Berlin: Duncker & Humblot, 2009) 432-3.

²⁹⁴ Erki Kodar, 'Applying the Law of Armed Conflict to Cyber Attacks: From the Martens Clause to Additional Protocol I' (2012) 15 *Estonian National Defence College Proceedings*, 109-12.

²⁹⁵ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 213-4.

²⁹⁶ Strebel (1982), 'Martens' Clause' 252-3.

²⁹⁷ Cassese (2000), 'The Martens Clause' 214.

gerekleri ve kamu şuurunu yansıtan *opinio juris*'e normalde kabul edilenden çok daha yukarıda, devletlerin uygulamasının üzerinde bir mevkiye yükseltmek için, en azından insancıl hukukla sınırlı bir alanda genişletici bir yorum yapmıştır²⁹⁸. Ancak *Kupreškić* kararında ahlak (*morality*) ve teamülü denkleştirme gayreti ve *opinio juris*'e devletlerin uygulamasının üzerinde -veya bazen hiç uygulamanın bulunmadığı hallerde bile- tek başına bağlayıcı norm yaratmak etkisi tanınması doktrinde olarak sert bir şekilde eleştirilmiştir²⁹⁹. *Ad hoc* uluslararası ceza mahkemelerinin yargısal aktivizm sergilediği bazı içtihatlarının dışında, Martens kaydının uluslararası hukukun teamüle ilişkin usul ve süreçlerinde bu derece köklü bir değişim etkisi yaratabileceği iddiasının kabul gördüğünü söylebilmek mümkün değildir³⁰⁰.

1899 tarihli *La Haye Birinci Dünya Barış Konferansında* Martens kaydının sunulmasının arkasındaki neden, konusu ve amacı insaniyet düşüncelerinden çok, görüşülmekte olan sözleşmenin imzalanabilmesi için acil ve zorlayıcı bir diplomatik çıkmazı aşmak niyeti olmasına rağmen, daha sonra devamlılık kazanarak silahlı çatışmalara ilişkin çok sayıda andlaşmaya dahil edilmesi, uluslararası yargı kararlarında ve öğretide yorumlanması, kaydın bir şekilde uluslararası toplumun insaniyet düşüncelerine dayanan hukuki gereksinimlerine cevap verebilmek yönünde kapasitesini gösterir³⁰¹. Ancak Martens kaydını yargısal bir

²⁹⁸ *Id.*; von Bernstorff (2009), 'Martens Clause' paras.13; *Prosecutor v. Kupreškić et al*, IT-95-16-T ICTY (Trial Judgment, 14 January 2000) 207-8 para.527.

²⁹⁹ Christopher Greenwood, 'Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia' in H. Fischer, C. Kress and S.R. Lüder (Eds), *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments* (Berlin: Verlag Arno Spitz, Berlin, 2001) 539 ve 550; Ilias Bantekas, 'reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law' (2006) 6 *International Criminal Law Review* 127; Yoram Dinstein, 'The Interaction between Customary Law and Treaties' (2006) 322 *Recueil des cours* 319-20.

³⁰⁰ Cryer (2006), 'Of Custom, Treaties, Scholars and the Gavel' 255-6; Zagor (2012), 'Elementary Considerations of Humanity' 283-5; Stephens (2016), 'Accountability' 185-8.

³⁰¹ Cassese, 1899 La Haye Konferansındaki hazırlık çalışmalarında Martens'in bu kaydı sunmasındaki gayesini oldukça ayrıntılı olarak incelemiştir. Cassese (2000), 'The

yorum aracı olarak kullanarak, azami genişletici bir yorum ile farklı ve bağımsız bir hukuk kaynağı haline getirmek, uluslararası teamül kurallarının oluşumu usul ve süreçlerine ilişkin yerleşik ve genel kabul gören pozitif hukuk düzenin köklü değişime uğraması anlamına gelir³⁰². Bu yüzden, norm yaratma işlevi yüklemek uluslararası hukukun karşılıklılık ve rızaya dayanan normatif karakteriyle çelişir³⁰³. Uygun olan, Martens kaydını uluslararası insancıl hukukun *de minimis* kuralı olarak görmek³⁰⁴ ve orijinal işlevi içerisinde andlaşma normları kabul edildikten sonra bile, uluslararası teamül hukukunun uygulanmaya devam edeceğini hatırlatmak rolü üstlendiğini düşünmektir³⁰⁵.

Martens Clause' 193-202, Ayrıca bkz. Hull (1970), The Two Hague Conferences 215-22; Pustogarov (1996), 'Fyodor Fyodorovich Martens' 309-14; Eyffinger (2012), 'Friedrich Martens' 22-8.

³⁰² Sarkin (2007), 'The Historical Origins' 153-8; Salter (2012), 'Reinterpreting' 421-32.

³⁰³ Hayashi (2008), 'The Martens Clause' 150.

³⁰⁴ Crawford (2006), 'The Modern Relevance' 16.

³⁰⁵ Greenwood (2008), 'Historical Development and Legal Basis' 34-5; Written Statement of the Government of the United Kingdom (16 June 1995), 54-5, para. 3.58, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996.

**ULUSLARARASI HUKUK KURAMI AÇISINDAN
GLOBAL İDARE HUKUKU
-BİR GİRİZGÂH-***

Gökhan Güneysu**

Özet

Klasik anlaşılma şeklinde Uluslararası Hukuk bir koordinasyon hukuku olarak algılanmaktadır. Başat aktörlerin ulus devletler ve bir nebze de uluslararası örgütler olduğu bir uluslararası siyaset modalitesine dayanan bu yapıda hukuk, o hukuka tabi olması da gereken aktörler tarafından yaratılmaktadır. Bu sistemin, güncel gelişmelere çözüm bulabilmesi, var olan somut ilişkilerin karşılığında oluşan meşru eylemlerin hukuk sistemine entegrasyonunun sağlanması ise mümkün görünmemektedir. İşte bu yetersizlik karşısında uluslararası hukukun rızaya dayalı sığ anlayışının ötesine geçilmesi gerektiği kanaati güçlenmiş, sınır-aşan insan ve insan grupları etkileşimleri de dâhil olmak üzere “küresel yönetişimin” ortaya çıkmasından bahsedilmesi sık rastlanan bir olay haline gelmiştir. Sosyal ve aynı zamanda sınır-aşan bir vakıa olan yönetişimin belli bazı ilkelere bağlanması gerekliliği ileri sürülmektedir. Bu ilkelerin tespitinde, normal olarak idare hukukuna ait olan ilkelere istisna edilmesi doktrinde ciddi bir destek görmüş ve ortaya “global idare hukuku” çıkmıştır. Bu çalışmada bu mesele kuramsal olarak ele alınacak ve uluslararası hukuk kuramının eski kabullenimlerinden farkları tespit edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Global İdare Hukuku, Küresel Yönetişim, Uluslararası Hukuk Kuramı

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW FROM AN INTERNATIONAL LEGAL THEORY OUTLOOK: AN INTRODUCTION

Abstract

As classically conceived, international law is a law of coordination. It is a legal system where the dominant legal entities i.e. states and to a lesser extent, international organizations operate within the confines of legal rules, which they created. I am of the opinion that this system is deficient in terms of tackling the actual problems of international community and in terms of integrating into the legal plane, those emerging legal or semi-legal rules emanating from the legitimate actions of state and non-state actors. This deficiency has augmented the opinion that, one should go beyond the established teachings of international law to make sense of the current developments. In order to bring order to the chaotic and amorphous state of “the global” today, one idea is to bring to the fore those administrative principles, stemming from administrative law.

Keywords: International Law, Global Administrative Law, Global Governance, Theory of International Law

GİRİŞ

Uluslararası Hukuk kuramında iradeci anlayış 19. YY.’da kendisini kabul ettirmiş ve günümüze kadar bu hukuk dalının temelini oluşturur hale gelmiştir. Ancak, bu basit şema ile tüm uluslararası ilişki türlerini ve bu ilişkilerin yarattığı süreçleri, kurumları ve normatif etkiyi haiz kurallaşmaları anlamak ve anlamlandırmak mümkün değildir. Bu çalışmada tam da bu duruma işaret eden, bu küresel/sınır-aşan ilişkileri açıklamaya çalışan ve sonuç olarak bunları bazı hukuki ilkelere kavuşturmayı amaçlayan Global İdare Hukuku ele alınacaktır.

ULUSLARARASI HUKUKUN İRADECİ PARADİGMASI

Uluslararası Hukuk, artık kabul edilmiş olan anlamında bir koordinasyon hukuku olarak tanımlanmaktadır. Bu eskimiş ve fakat yerleşmiş anlayışta uluslararası hukuk birbirine eşit durumda olan aktörler arasında koordinasyonu sağlayan, yani yatay bir düzenleme yoluna giden bir hukuk dalıdır. Bu düzenin başat aktörleri devletler ve belli bir seviyede de Uluslararası Örgütler'dir. Uluslararası hukuk bu aktörlerin rızalarına bağlı yaratılmaktadır. Yani, hukuk ile bağlı olması gereken aktörler, neyin hukuk olacağına karar vermektedir. Bu geleneksel anlayışa göre kemikleşmiş hukuk kaynaklarında uluslararası hukuk sujelerinin iradeleri ortaya çıkmakta ve yalnızca bu sujelerce onaylanmış kurallar hukuk haline gelmektedir. Yapılageliş hukukundan örnek vermek gerekirse, devletlerin ve/veya uluslararası örgütlerin davranışlarına yansıyan bir hukukilik görüşü (opinio juris) böyle bir kuralın yaratılmasına neden olmaktadır. Hatta UAD'ın kararlarında artık opinio juris'in bile aranmasına detaylıca girişilmemekte ve benzeri durumlarda tekrar eden davranışın varlığı yeterli görülmektedir¹. Demek oluyor ki devletlerin sadece *eyledikleri* ile dahi hukuk yaratma kapasiteleri mevcuttur, ikna edici seviyedeki devlet uygulamasını hukuk kabul etmek gerekir.

Yine, ortaya çıkmış olduğundan bahsedilmesi mümkün yapılageliş kuralları ile bağlı olmama bile devlet iradesine bağlanmıştır. Eğer bir devlet, oluşmakta olan bir yapılageliş hukuku kuralını kendi menfaatlerine ters görmekteyse ve bu kurala karşıt pozisyonunu yeterince somut bir şekilde ifadelendirebilmiş ise, böylesi bir durumda ısrarlı itirazcı (persistent objector) statüsünden yararlanabilecek ve uygulanan hukuka dâhil olmuş yeni bir kurallaşmadan kaçınabilecektir². Görüleceği üzere devletler neyin hukuk olacağı neyin ise kendisi için bağlayıcı olmayacağını tek belirleyicisi haline gelmektedir. Devlet iradesi en temel

¹ Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, Cilt 1, II. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2013, s. 67; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2014, s. 107.

² Aksar, s. 71-74; Pazarıcı, s. 108.

konumdadır ve uluslararası hukuk yalnızca bu aşırı pozitivist bakış açısıyla ele alınmakta ve incelenmektedir.

Bu anlayışın uluslararası veya sınır-aşan ilişkiler ağını açıklayabilmesi bize mümkün görünmemektedir. Karmaşık “küresel yönetim” süreçlerinin yaratmış olduğu dinamik ortamı, amorf ve gayri resmi ve fakat etkili ilişkileri ve bunlara ilişkin sorunları, böylesi aşırı basitleştirilmiş bir anlayışın çözebilmesi olası değildir³. Hâlbuki bir bilimsel teorinin deskriptif ve preskriptif özellikleri vardır. UAD Statüsü 38. Maddede somut ifadesini bulan uluslararası hukukun iradeci anlayışının ne günümüzü betimleme gücü tamdır, ne de geleceğe dair davranış kalıplarını tespit etmede başarılı olması gerçekçi bir beklentidir⁴. Günümüzde, bağlayıcılık kazanma durumunda olan çok sayıda kurallaşma yahut etkileri sınırları delip direkt olarak gerçek kişileri etkileyen bazı kararlar (örneğin, İsviçre Hukuku’na göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olan World Anti-Doping Agency (WADA) Kararları) bahsettiğimiz sert, iradeci hukuk kaynakları şablonuna uyarlık göstermemektedir. Bu uymama haline rağmen yeni kural ve kararların aktör tavırlarını etkilemesi gayet söz konusudur. Gerçek hayatta etkisi olan uluslararası karar ve kurallar dolaysız olarak gerçek kişiler ve kişi topluluklarınca kabul edilmektedir. Hatta bu kararlar sayesinde belli sporcuların yarışmalara katılması engellendiği gibi bu kişiler hakkında olumsuz imaj yaratılması da kaçınılmaz sonuçlardandır. Demek oluyor ki WADA ve benzeri örgütlenmelerin kararları hukuki etkiyi haizdir. Hem cezalandırıcı etkisi hem de gelecek ihlalleri engelleyici bir öğretici yanı da mevcuttur. Netice itibarıyla klasik uluslararası hukuk öğretisinde olmayan aktörler günümüzde hukuki olanı belirlemekle kalmamakta, onun da ötesinde meşruiyet yaratıcı etkiye de sahip olmaktadır. Dikkat edilirse burada

³ Küresel sivil toplum ve uluslararası hukuka ilişkin olarak bkz. Kemal Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar: Vestfalya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum*, Nobel Yayın, 2005, s. 64-84.

⁴ Söz konusu 38. Maddeyi başka bir açıdan ele alan yakın tarihli bir çalışma için bkz. Halil Rahman Başaran, “Publicists and International Law”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 131-132, Temmuz-Ağustos, 2015, s. 7-30.

yalnızca hukukun teknik bir icrasının ötesine geçmiş değer-yaratıcı bir süreç de söz konusudur.

Değer yaratıcı sürece bir başka örnek ise Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu sırasında sivil toplum kuruluşlarının sağlamış olduğu yardım ve katkılardır⁵. Tıpkı ortodoks uluslararası hukuk düzeni gibi, uluslararası ilişkilerin sözde Realist Kuramı da devletleri dikkate alınacak tek aktör olarak betimler⁶. Bu yaklaşım diğerlerinin yanı sıra sivil toplum kuruluşlarını da küçümser, onları etkisiz ve değersiz addeder⁷. Hâlbuki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasında ve sonrasında bu kuruluşların ciddi etkileri olmuştur. Klasik öğretiye göre muhtemelen uluslararası kişilikleri bile kabul edilmeyecek olan bu gruplar evrensel bir ceza mahkemesinin kurulması gibi önemli bir paradigma-kırıcı gelişmenin tam kalbinde kendilerine yer bulmuşlar ve hatta bu değişime kendi renklerini de yansıtmışlardır⁸. Bugün de Mahkeme ile gruplar arasında ilişki devam etmekte, Mahkeme'nin en önemli gözlemci ve eleştiricisi yine bu gruplar olmaktadır.

Ingo Venzke'nin de ifade ettiği üzere uluslararası hukukun esas aşıl topuğu, hemen yukarıda aktarılan örnekte de görüldüğü üzere, bu hukuk

⁵ Benjamin N. Schiff, *Building the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2008. s. 144-164. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasını uluslararası sistem açısından önemi ve anlamı için ayrıca bkz. Cenap Çakmak, Ahmet Öztürk, "Türk Dış Politikası ve Uluslararası Hukuk: Türkiye-Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) İlişkileri Örneği", (içinde) Cenap Çakmak, Nejat Doğan, Ahmet Öztürk (Eds.), *Uluslararası İlişkilerde Güncel Konular ve Türkiye*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2012, s. 211-214

⁶ Realist Uluslararası İlişkiler Kuramı hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Atilla Eralp, "Uluslararası İlişkiler Disiplininin Oluşumu: İdealizm-Realizm Tartışması", (içinde) Atilla Eralp, *Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 1996, s. 68-85. Ayrıca bkz. Faruk Sönmezoğlu, *Uluslararası İlişkilere Giriş*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2010, s. 9-10.

⁷ Schiff, s. 145.

⁸ Çakmak, bu süreci "(d)evlet-merkezli düzenden yavaş ama düzenli bir kopuş" olarak tasvir etmekte ve "birey-merkezli" sistemin kurulmasına geçişin işareti olarak değerlendirmektedir, Cenap Çakmak, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Darfur Krizi'ne Müdahil Olması ve ABD'nin Süpergüç Olarak Limitleri", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 3, No. 10, 2007, s. 44.

dalının kendisini tasvir ettiği *aşırı etatik* hukuk algılamasıdır⁹. Bu algı ilk olarak kaynaklar, ikinci olarak da hukukun yorumlanması meselelerinde kendisini göstermektedir. Biz bu çalışmada yalnızca kaynaklardan bahsetmeyi planlıyoruz. Yalnızca devleti ve devlet iradesini merkeze alan, çok formel ve yalnızca kısıtlı sayıda kaynağı hukuk kaynağı olarak gören anlayış bugün ciddi bir paradigmatik baskı altındadır ve ciddi eleştirilerin muhatabıdır¹⁰.

KÜRESEL YÖNETİŞİM

Kaynaklara ilişkin yerleşik uluslararası hukuk doktrini, hukukun bir anlık bir egemen eylemi ile ortaya çıktığını savlamaktadır. Buna göre; o ana kadar sosyal gerçeklikte herhangi bir yeri olmayan bir kural bir anda kara delikten geçerek hukuk dünyasına kazandırılmaktadır¹¹. Hâlbuki şu an küresel çapta bir arı kovanını andıran faaliyetler ağı mevcuttur. Sınır-aşan, çoğu zaman da devletlerin resmi ilişkilerinden çok daha hızlı oluşan, anlaşan insan ve insan grupları arasındaki bağlar, uluslararası hukuk ve siyasetin de konusu olan ilişkileri şekillendirmektedir.

Her gün yeni değerler, yeni normatif amaçlar şekillenmektedir. Meslek kuruluşları, insani yardım dernekleri, öğrenciler her gün bu mekanizmaya Duverger'in kullandığı anlamda bir “girdi” sağlamakta, yani uluslararası kamusal siyasete şekillendirici etki sağlayabilmektedir¹². Bu karışık ama etkisi de aşikâr süreçlere *Küresel Yönetişim* adı verilmektedir. Dolayısıyla bu küresel-sınır-aşan-uluslararası gerçekliğe ilişkin kuralların bir verili anda, Big Bang’i anımsatırcasına ortaya çıkması, yani *zuhur* etmesi fazlasıyla basitleştirici bir model olarak ortaya çıkmıştır. Küresel Yönetişim üzerine çalışmalarda klasik uluslararası hukuk öğretisinin sahip olduğu hukuk yaratma (i.e. kaynaklar) anlayışından farklılaşan bir hukuk oluşum düzeni tasvir edilmektedir.

⁹Ingo Venzke, “Semantic Authority Legal Change and the Dynamics of International Law”, *NoFo: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, Volume 12, 2015, s. 1.

¹⁰Ingo Venzke, “Contemporary Theories and International Law-Making”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2013-59, s. 23.

¹¹Venzke, *Contemporary Theories*, s. 23; Venzke, *Semantic Authority*, s. 1.

¹²Venzke, *Contemporary Theories*, s. 24.

Buna göre, düzenleme ağları ve yine özel aktörlerin eylem ve kararları da hukukun yaratılmasına katkı sağlamaktadır¹³. Sistem içinde mevcut olan, çeşitli tip ve özellikteki aktörler her gün iletişimsel pratikler (communicative practices)¹⁴ yoluyla kuralların oluşumuna katkı sağlamaktadır¹⁵. Küresel Yönetişim terimi zaten bu resmi olmayan, hiyerarşik yapılarda var olmayan kişi ve kişi gruplarının küresel sorunlara çare aramaları sürecini karşılamaktadır. Dikkat edilirse burada yönetim, idare, hükûmet terimleri yoktur, çünkü ortada global bir yönetim veya hükûmet mevcut değildir. Yönetişim işteş bir sürece yani karşılıklı veya çok yönlü katkılarla şekillenen bir yönetsel sürece işaret etmektedir. Bu süreç, Adil Najam'ın da ifade ettiği üzere, aslında var olmayan bir global hükûmet yerine geçmekte¹⁶, ideal olarak onun yükleneceği sorun-çözme sürecine katkı sağlamaktadır.

James N. Rosenau ise birbirine bağımlı ilişkilerin, üstün bir siyasi otorite olmamasına rağmen düzenlenmesi olarak tanımlamaktadır. Rosenau'ya göre, Birleşmiş Milletler ve ulus devletler küresel yönetişimde rol oynayan önemli aktörlerdir. Ancak sırf bu ve benzeri aktörlere konsantre edilmiş bir bakış açısı eksik kalmaya mahkûmdur. Dünya siyasetinin daha iyi anlaşılması küresel yönetişim bağlamında incelenmesi gereken *süreç* ve *yapılar* hakkında da farkındalık geliştirilmesine bağlıdır. Artık bu, daha gayri resmî, daha devlet-dışı aktörler de küresel resmin oluşturulmasında rol oynamaktadırlar. Küresel siyaset artık sadece ulus-devletler ve uluslararası örgütlerden

¹³ Venzke, Contemporary Theories, s. 4.

¹⁴ İletişimsel pratikler terimiyle, siyaset ve hukuk gündemini etkilemeye, değiştirmeye yönelik eylemleri kast ediyoruz. Bu eylemler yoluyla çeşitli kişi ve kişi grupları kendi istedikleri yönde bir hassasiyet ve normatif gündem yaratmaları söz konusudur. Kamuoyunun uluslararası siyaset ve dolayısıyla uluslararası hukuk üzerindeki olası etkileri için bkz.: Michael Zürn, "The Politicization of World Politics and its Effects: Eight Propositions", European Political Science Review, Volume 6, Issue 1, Şubat 2014, s. 47-71.

¹⁵ Venzke, Contemporary Theories, s. 23.

¹⁶ Saba Riazati, A Closer Look: Professor seeks stronger U.N, The Daily Bruin, 21 October, 2006, <http://dailybruin.com/2006/10/17/a-closer-look-professor-seeks/>, (Erişim Tarihi: 13 Ekim 2015).

oluşmamaktadır¹⁷. Küresel olarak kolektif olarak iktidarın veya en azından yetkilerin kullanılması yaygınlaşmakta ve insan grupları bir araya gelerek kendileri hakkında kararlar alabilmektedir¹⁸. Hatta belli bazı yetkilerin siyasetin münhasır alanından koparılması ve giderek ekonomik ve sosyal alanlara nakledilmesi gerçekleşmektedir. Böylelikle bazen ulus-devletlerin sunabileceğinden çok daha başarılı şekilde bilgi sunulması ve doğru kararların alınmasının önü açılmaktadır¹⁹.

Benzeri süreçlere işaret eden Michael Zürn'e göre de dünya politikasını yalnızca teknokratların dünyası üzerinden okumak eksik bir yaklaşımdır. Toplumsal aktör bu politika süreçlerine katılımını arttırmaktadır ve yeni bir karar alma sürecinden bahsetmek gerekmektedir²⁰. Yazara göre kamuoyu uluslararası siyaset ve hukuka dair meseleleri siyasetleştirmektedir, i.e. kamusal tartışmanın içine bu dalları da dâhil etmektedir. Netice itibariyle küresel siyaset münhasıran diplomatların veya teknokratların dünyasına ait bir olgu olarak kalmamaktadır. Hükümet kurumlarının yanı sıra bu konularda toplumsal aktörlerin de etkisi ortaya çıkmaktadır²¹. Bu süreç sonucunda daha önce siyasi olarak betimlenemeyen konular, kamusal tartışmanın da etkisiyle siyasallaşmaktadır. İlaveten, özellikle ulusal hukuk ve siyaset düzenlerinde geleneksel olarak siyasal tartışmanın konusu dışında bırakılan yüksek politika konuları (ama sadece onlar değil) artık o korunaklı alandan çıkmakta ve kamusal bir alana itilmektedir²². Bu yüksek politika konuları *kararlar* veya kararları uygulayan yahut bağlayıcı şekilde uygulayan *kurumlardır*²³. Bu siyasallaşma sürecinde uluslararası kurumların tartışmayı yürüten kamusal aktörler tarafından çok güvenilir bulunduğu dikkati çeken Zürn, tüm bu güvene rağmen bu

¹⁷ James N. Rosenau, "Governance in the Twenty-first Century", *Global Governance*, Volume 1, No. 1, 1995, s. 13.

¹⁸ Rosenau, s. 18.

¹⁹ Rosenau, s. 18.

²⁰ Zürn, s. 47.

²¹ Zürn, s. 48.

²² Zürn, s. 50.

²³ Zürn, s. 51.

kurumların aynı aktörlerce eleştirildiğini de hatırlatmaktadır. Bu eleştiriler arasında en önemlileri şeffaf olmayan süreçler ve dışlayıcılıktır. Demek oluyor ki bu küresel meseleleri siyasallaştıran ve böylelikle bu meseleler hakkında ciddi farkındalık yaratan devlet-dışı bireyler ve birey grupları, kendilerine bir anlamda müttefik gördükleri uluslararası örgütlerin de hukuki veya idari anlamda eksikliklerine işaret etmekten geri kalmamaktadır²⁴. İşte bu eksiklikler Global İdare Hukuku tartışmalarının da başlangıç noktasını teşkil etmektedir.

GLOBAL İDARE HUKUKU

Uluslararası Hukuk'un değerlendirilmesinde yeni metodlar benimsenmiştir. Bu değişimde Uluslararası İlişkiler kuramı ve diğer sosyal bilimlerden kazanılan kavram ve metodların ciddi bir rol oynadığı gözlenmektedir²⁵. Küresel yönetimi açıklamaya çalışan yaklaşımlardan bir tanesi olan Global İdare Hukuku çalışmaları da bu kavramsal zenginleşmeden etkilenmiş bir kuramsal çabadır²⁶. Bu yaklaşımın ana fikirlerinden belki de en önemlisi küresel yönetişimin "idare" kavramı içinde ve idare hukuku ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerekliliğidir²⁷. Bu yaklaşıma göre, küresel yönetişimin, uluslararası siyaset yapım ve belirleme süreçlerinin klasik hukuk tanımlamalarının çizmiş olduğu parametreler ile anlaşılamayacağıdır. Ortaya çıkan karmaşık yapının ise belli bir düzenlemeye, anlaşılmaya ihtiyaç duyduğu aşikârdır. Böylesi bir çoğulculuk, rasyonel ve hukuken de sağlam bir sorumluluk paylaşımına ihtiyaç duymaktadır²⁸. Özellikle *hesap verilebilirlik* konusunda küresel yönetişim ciddi bir eksiklik yaşamaktadır²⁹. Bu süreç içinde yer alan kişi

²⁴ Zürn, s. 53.

²⁵ M. Ruffert/S. Steinecke, *The Global Administrative Law of Science*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2011, s. 17.

²⁶ Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann, Ingo Venzke. "From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority", Yayınlanmamış Metin, s. 20. <www.academia.edu> (Erişim Tarihi: 10.09.2015).

²⁷ Bogdandy, et. al, s. 20.

²⁸ M. Ruffert/S. Steinecke, s. 15.

²⁹ Venzke, *Contemporary Theories*, s. 24.

ve yapıların hem sürecin içinde yer almaları esnasında hem de bu katılım sonucunda almış oldukları kararlar bağlamında iyi, hesap verilebilir, gerekçeli kararlar ile fonksiyon ifa eden aktörler olması bu yaklaşım açısından çok önemlidir. Bu nedenlerle, idare hukuku ilkelerinin öncülüğünde küresel yönetimi oluşturan faaliyetlerin düzenlenmesi akla yatkın bir tutum olarak kabul edilmelidir³⁰. Burada altı çizilen, yerel idare hukuklarından ilhamla tespit edilen ilkelerdir. Yani, burada vurgu yerel idare hukukudur³¹.

Bu hukuk dalına/dallarına içkin ilkelerin önemli bir yenilik doğurma potansiyelini haiz olduğu, bu yaklaşımı benimseyenler tarafından savlanmaktadır³². Bu savın beklentisi elbette hesap verilebilirlik, kararların gerekçelendirilmesi gibi konularda hukukun üstünlüğünün ve öngörülebilirliğin sağlanmasıdır. Bu beklentinin kaynağı elbette idare hukukunun ulusal sistemlerde gördüğü iktidarın sınırlandırılması işlevidir³³. Harlow'un da hatırlattığı üzere, Avrupa İdare hukuklarında ortak bir özellik mevcuttur. O da bu dalların hepsinin "kamusal iktidarın kontrol edilmesi" işlevini öncelikli meseleleri olarak tanımlamalarıdır. Bu anlayışların hepsinde ortak olan, idare hukuku kurallarının idari mekanizmaya hukukun üstünlüğünü okuması ve öğretmesidir³⁴. Anglo-Sakson dünyasında ise idare hukuku daha ziyade "denet-denge" sistemi içinde evrilmiştir. Burada, örneğin sistemin içinden görev ifa ederek etkide bulunan Fransız yargıcından farklı olarak, idarenin dışında olan kurumların etkisi mevcuttur³⁵. Her halde, idare hukuk sistemlerinde ortak yanlar da bulmak mümkündür. Bu konuda en önemli kapsamlı benzerlik idare hukuklarındaki "usûle yapılan vurgu"dur. Maddi kısmın da önemli görüldüğü Fransız yargı sisteminde örneğin usûle ilişkin gerekçelerle kurulmuş kararların çoğunluğu oluşturduğu ifade

³⁰ Bogdandy, et. al, s. 21.

³¹ Bogdandy, et. al, s. 21.

³² Bogdandy, et. al, s. 21.

³³ Carol Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *European Journal of International Law*, Volume 17, No. 1, 2006, s. 191.

³⁴ Harlow, s. 191.

³⁵ Harlow, s. 192.

edilmektedir³⁶. Bu usûle ilişkin ilkeler arasında elbette yetki önemli bir yer tutmaktadır. Aynı şekilde, usûl kurallarına uygun olarak karar alınması ve bu kararların da yeterince gerekçelendirilmiş olması da önemli prensipler arasındadır.

Global İdare Hukuku, ulusal idare sistemlerinin ilkelerini yalnızca devletler-arası özellikleri aşıkâr olan, bu nedenle klasik idari makamlara daha fazla benzemesini beklediğimiz, uluslararası örgütler için kullanmayı düşünmemektedir. Bu yaklaşım, söz konusu ilkeleri ilaveten hibrid özellikteki yapılarda kullanma amacına sahiptir ve bu *modus operandi* ile küresel yönetişimin anlamlandırılması³⁷ ve hatta bunun da ötesinde küresel yönetim süreçlerinin daha etkin ve verimli olması beklenmektedir. Kısaca ifade edilirse, Global İdare Hukuku, küresel idari yapıların hesap verilebilirliğini arttıran veya etkileyen *mekanizmalar, ilkeler ve uygulamalardır*³⁸.

Global İdare Hukuku'nun ortaya çıkışındaki en önemli sebep, hükümetleri aşan ve küreselleşen karşılıklı bağımlılık (interdependence) ve bunun sonuçlarıyla ilgilenmeye çalışan; bunların ortaya çıkardığı problemleri çözmeyi hedefleyen bir düzenleme (regulation) ve idare alanının varlık kazanmış olmasıdır³⁹. Bu ulusal iktidar ve hükümetleri aşan alanın ortaya çıkması ise küreselleşen sorunlara ulusal düzlemde çözüm bulunamaması; bu mahiyetteki problemlerin küresel veya en azından bölgesel çaba ile çözülebilmesinden dolayıdır. Bu problemlerli alanlar arasında güvenlik, çevresel değerlerin korunması, fikri mülkiyet, işçi standartları ve sınır-aşan nüfus hareketleri sayılmaktadır⁴⁰. Bu tip sınır-aşan problemlerin çözümünü amaçlayan yapı ve kurumların bazıları klasik anlamda hükümetler-arası kuruluşlardır. Bu alışıldık örgüt veya

³⁶ Harlow, s. 192.

³⁷ Bogdandy, et. al, s. 21-22.

³⁸ Venzke, *Contemporary Theories*, s. 24.

³⁹ Münci Çakmak, "Global İdare Hukuku Tartışmaları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVI, Sa. 3, 2012, s. 127; Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart. "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, Volume 68, Summer/Autumn 2005, s. 16.

⁴⁰ Kingsbury, et. al., s. 16.

birimlere ilaveten hükûmet ve uluslararası örgütlerin ortaklaşa kurdukları yeni birimler yahut kişi veya kişi gruplarının da katıldığı hibrid yapılar da artarak aktif hale gelmektedirler. Artık devlet yapıları tekel konumundaki uluslararası aktörler değildir. Giderek artan oranda özel grupların, sivil toplum örgütlerinin de karar alma mekanizmalarına katkı sağladıkları gözlenmektedir⁴¹.

Hükûmetler Arası Uluslararası Örgüt *Par Excellence*: Güvenlik Konseyi

Hükûmetler-arası örgütlerin en bilinen örneğini hiç şüphesiz Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi sunmaktadır⁴². Temel görevi uluslararası barış ve güvenliği korumak ve sağlamak olan Konsey⁴³, barış ve güvenliğin tehdit edilip edilmediğine karar verme ve neticesinde her türlü tedbiri alma yetkisine sahip bir organdır⁴⁴. Konsey devletler veya gerçek kişiler hakkında bağlayıcı kararlar alabilmektedir ve BM Şartı'nın 25. Maddesi gereği bu kararlarına BM Üyeleri uymakla yükümlüdür⁴⁵. Gerekli gördüğü durumlarda, uluslararası barış ve güvenliği sağlamak amacıyla bir devlete karşı ambargo uygulanmasına veya söz konusu devlete karşı meşru güç kullanımına karar vermeye yetkili olan Konsey'in düzenleyici etkisi olan kararlar vermesi de mümkün olabilmektedir⁴⁶. Kendisine açıkça verilmemiş bu *sonucu itibariyle* yasa yapıcı faaliyetlerin de etkilemesi ile Güvenlik Konseyi güvenlik alanında başat uluslararası aktör olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber, veto kurumunun varlığı nedeniyle Konsey yetkilerinin kapsamına uygun bir etkinlik sergileyememiştir. Onbeş üyeden oluşan Konsey'in beş daimi üyesi, kendilerine politik olarak faydalı gördükleri durumlarda veto haklarından yararlanmaktan imtina etmemiştir. Konsey'in sıklıkla eleştirildiği bir

⁴¹ Münci Çakmak, s. 125.

⁴² Kingsbury, et. al., s. 21.

⁴³ Pazarıcı, s. 193, Ayşe Nur Tütüncü, "Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 13, Eylül 2013, s. 17.

⁴⁴ Aksar, s. 227.

⁴⁵ Tütüncü, s. 17.

⁴⁶ Paul C. Szasz, "The Security Council Starts Legislating", *American Journal of International Law*, Volume 96, No. 4, October 2002, s. 901-905.

başka konu da coğrafi ve kültürel olarak daimi üyelerin Dünya ülkelerini temsil edememesidir. Bu konuda da demokratik bir boşluk olduğu aşikârdır. Konsey bu gibi nedenlerle “demokrasi içerisindeki diktatörlük” olarak da görülmektedir⁴⁷.

Basel Komitesi

Güvenlik Konseyi’ne, devlet temsilcilerinden kurulmuş olması nedeniyle benzeyen bir diğer yapı ise Basel Komitesi’dir. Resmi niteliği haiz kurumlardan (Merkez Bankaları) katılan kişilerin oluşturduğu bu komite, Güvenlik Konseyi’nden farklı olarak, direkt olarak bağlayıcı olan kararlar vermemektedir. Hukuken incelendiğinde bağlayıcı olmayan bu kararlar, standart belirleyici etkiye sahiptir ve fazlasıyla etkili de olmaktadır.

Hukuken bağlayıcı olmayan kararlarına uyulmasının sebebi Basel Komitesi’nde toplanmış olan tecrübe ve mesleki uzmanlığa duyulan güven ve saygıdır. Bu inanç şeklen bağlayıcı olmayan karar veya daha doğru ifadeyle tavsiyelerin bağlayıcı özelliği varmışçasına benimsenmesine neden olabilmektedir. Tamamen legalistik bir bakış açısı ise bu ağırlığın ıskalanmasına neden olabilecektir. Böylesi şekli bir yaklaşım Komite’nin gerçeklikte sahip olduğu saygınlığı, meşruluğu ve ağırlığı gözden kaçırmaya mahkûmdur.

Görüldüğü üzere küresel veya bölgesel çapta mahiyet itibariyle birbirini andırır kurumlar arasında bile ciddi farklılıklar gözlenebilmektedir. Basel Komitesi ve Güvenlik Konseyi devlet kökenli veya *en azından* devlet yapılarıyla sıkı sıkıya ilişkili kurumlar olmalarına rağmen, ciddi farklılıklara sahip kurumlardır. Elbette, katkı sağlayan aktör tipolojisinin değişmesi daha da karışık, hibrid küresel aktörlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

Bu hibrid küresel aktörlerin hayatımıza etkisi olanlarının en başında gelenleri arasında Internet Corporation for Assigned Names and Numbers

⁴⁷ Aksar, s. 228.

(ICANN) kesinlikle sayılmalıdır. ICANN ilk başta yalnızca özel sektörden temsilcilerden kurulmuş bir yapıdır. Sonrasında devlet temsilcileri de bünyeye dâhil edilmiştir⁴⁸. Bazen, tamamen özel aktörlerden oluşan yapıların, küresel bazda *düzenleyici işlemler* gerçekleştirdiği gözlenmektedir. Buna verilecek en iyi örneklerden birisini de ISO yani International Standardization Organization oluşturmaktadır⁴⁹. ISO'nun binlerce standart belirlediği ifade edilmektedir. Bu tespit edilen standartlar dünyanın her yerinde uluslararası ticaret ve sanayiye etkileyen özelliktedir⁵⁰.

World Anti-Doping Agency

Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA) 10 Kasım 1999 tarihinde Lozan'da kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisidir⁵¹. WADA, kurucu tüzüğü ve İsviçre Medeni Kanunu hükümlerine tabi olarak tüzel kişiliği haiz olan ve bunlara uygun olarak fonksiyon ifa edebilecek olan bir tüzel kişiliktir. Uluslararası Olimpiyat Komitesi, hükümetler-arası örgütlerin, hükümetlerin ve diğer kamusal kurum ve kuruluşların da desteğini alarak WADA'nın kurulmasına öncülük etmiştir⁵². WADA, özel hukuk tüzel kişilerin çoğunda alışlagelmiş şekilde mevcut olan, ulusal hukuk hükümlerince de bu tip hükmi şahsiyetler için mutad olarak şart koşulan alt birimlere sahiptir: İdare Heyeti, Genel Kurul ve ayrıca bir denetleme makamı (Auditing Body)⁵³. Dolayısıyla WADA şekli olarak tam anlamıyla bir özel hukuk tüzel kişisi profili ortaya koymaktadır.

WADA doping ile mücadelede önemli bazı görevleri üstlenmiştir. Bu görevler arasında müsabaka-dışı veya içi gerçekleştirilen doping testlerini icra etmek, dopingsiz spor yapımı için gerekli etik ilkeleri desteklemek, sporcu sağlığının korumak sayılabilir. Aynı şekilde WADA,

⁴⁸ Kingsbury, et. al., s. 22.

⁴⁹ Kingsbury, et. al., s. 22.

⁵⁰ Kingsbury, et. al., s. 22.

⁵¹ Lorenzo Cassini, Giulia Mannucci, "Hybrid Public-Private Bodies within Global Private Regimes: The World Anti-Doping Agency (WADA)", içinde *Global Administrative Law: The Casebook*, s. 197.

⁵² Cassini, Mannucci, s. 197.

⁵³ Cassini, Mannucci, s. 198.

ilan edilmemiş müsabaka-dışı doping testlerinin organize edilmesinde, icrasında yerel birimlerle işbirliği içinde çalışmaktadır. WADA'nın bir diğer önemli katkısı küresel bazda standartları belirleyen bir yapı olmasıdır⁵⁴. Bunlar içinde dikkat çekici olanlarından bir tanesi de WADA'nın, yaptığı çalışmalar neticesinde; bilimsel, teknik ve örnekleme standart ve usûllerini geliştirmesi, uyumlaştırması ve tektipleştirmesi gelmektedir. Görüldüğü üzere WADA burada usûl belirleyici bir konumda fonksiyon görmektedir. Benzeri bir diğer WADA katkısı da sporculara verilecek olan cezaların, uygulanacak olan disiplinler usûl ve yaptırımların tanıtımındır⁵⁵. WADA'nın sayılan aktivitelerinin en önemli meyvelerinden bir tanesi de Dünya Anti-Doping Kanunu'nun (World Anti-Doping Code) hazırlanmasına sunmuş olduğu katkıdır. İlk versiyonunu, çok sayıda ülke ve uluslararası örgütten temsilcilerin Mart 2003'te kabul ettiği ve 2004 yılında yürürlüğe giren Kanun'un sporda yapılan dopinge karşı mücadelede bir temel olması istenmiştir. Kanun, sportif ve diğer idari makamlar için anti-doping politikalarının, kurallarının ve düzenlemelerinin birbirleriyle uyumlu hale getirilmesinde temel çerçeveyi oluşturan bir metindir⁵⁶. Kanun hukuken bağlayıcı özelliği haiz bir andlaşma değildir. Ancak devletler tarafından bağlayıcı standartları içerir bir metin olarak değerlendirilmiştir⁵⁷.

Böylelikle WADA, farklı farklı ülkelerde yaşayan gerçek şahıslar hakkında uygulanabilir olan ve sıklıkla da uygulanan cezai kararların belirleyicisi olmaktadır. Küresel etkileri olan WADA, özel ve kamusal aktörlerin ortak bir amaç için bir araya gelmesinin çok iyi bir örneğidir⁵⁸.

Görüleceği üzere, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi gibi hükümetler-arası yapılar kadar ve hatta onlardan çok daha fazla bir şekilde hibrid özellikteki yapılar veya tamamen özel şahıslar tarafından kurulmuş yapılar hayatımıza direkt etki edebilir hale gelmiştir. WADA'nın

⁵⁴ Cassini, Mannucci, s. 199.

⁵⁵ Cassini, Mannucci, s. 199.

⁵⁶ Cassini, Mannucci, s. 199.

⁵⁷ Cassini, Mannucci, s. 200.

⁵⁸ Cassini, Mannucci, s. 202.

faaliyetleri bu bağlamda özellikle aydınlatıcı ve ikna edici bir tecrübe olarak ortaya çıkmaktadır. WADA'nın gerçek kişilerin spor aktivitelerinden uzun süreli ve hatta ömür boyu men edilmelerine kadar gidebilen kararlara olan etkisi ile Güvenlik Konseyi'nin gerçek kişilere yönelik “akıllı yaptırımları” arasında genel anlamda bir benzerlik olduğundan bahsetmek akla yakın gelmektedir⁵⁹.

SONUÇ

Küresel çapta etkili olan kuralların yaratılmasına devletlerin yanında katkı sağlayan aktör çeşitliliğine ilişkin örnekler rahatlıkla arttırılabilir. Görüldüğü üzere gerçek kişilerin, şirketlerin, devlet temsilcileri kadar, belki de daha fazla, hayatımıza etki ettiği bir dönem yaşanmaktadır⁶⁰. Klasik sorumluluk hukukunun etkisiz veya yetersiz kalacağı bu küreselleşen ilişkiler ağında Global İdare Hukuku *öngörülebilir, belli prosedürlere göre işleyen*, karar alma süreçlerinin *gereçeklere dayandığı* bir küresel yönetim uzayı yaratılmasını amaçlayan bir yaklaşım olarak ortaya çıkmıştır⁶¹. Bu yaklaşım daha ziyade sürece, yani kararları gerekli kılan sosyal ihtiyaçlara atıf yapan bir yaklaşımdır. Aynı şekilde, Vestfalya kökenli devlet-merkezli yapıların yetersizliğinden hareket eden Global İdare Hukuku ulus-aşan sorunların çözüme kavuşturulmaları sürecinde küresel çapta hissedilen hukukun

⁵⁹ Konu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Yıldırım Sak, “Birleşmiş Milletler Anti Terör Yaptırımlarının Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığı ve Bireylerin Korunması: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 29, Sayı 1-2, 2009, s. 165-209.

⁶⁰ Yüksek politika ve özellikle de kuvvet kullanımı uluslararası hukuk ve siyasetin en spektaküler çalışma alanlarındandır. Bu nedenle bu konulardaki ihlaller çok dikkat çekicidir. Hâlbuki *devletlerarası* yapıların belki de *raison d'état* ile en güzel şekilde bezemiş olanı durumundaki Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi taşımakta olduğu kamusal otoriteye rağmen kendisinden beklenen etkinliktedir demek bize pek mümkün görünmemektedir. Hatta Konsey kadar şaşalı olmayan, çok sayıda teknik özellikli (devletlerle ilgili veya ilgisiz) yapıların hayatımıza dolaysız etkisi çok çeşitli şekillerde gerçekleşmektedir.

⁶¹ Münci Çakmak, s. 126.

üstünlüğü ihtiyacının da eşzamanlı sonucu ve çözümüdür⁶². Klasik Uluslararası Hukuk Ekolü'nün aktör iradesine dayalı basit hukuk ve siyaset algısından çok farklı bir dünya kabullenimi bu yaklaşımın temelidir. O karışık ilişkilerin hüküm sürdüğü ve bağlayıcı kurallar oluşturduğu Dünya ise günümüzde yadsınamaz bir gerçeklik haline dönüşmüştür. Demek oluyor ki yerleşmiş uluslararası hukuk paradigması sahadaki gerçeklik karşısında yetersizdir ve bu yetersizlik esas gerilime neden olan husustur. Klasik iradeci Uluslararası Hukuk anlayışı burada değişmesi gereken yapı olarak ortaya çıkar görüntüdedir. Bunun nedeni ise küresel yönetişimin, uluslararası hukukun alışlagelmiş kabullenimlerini parçalamakta ve hatta ulusal/uluslararası ayrımını dahi anlamsızlaştırmasıdır⁶³.

Global İdare Hukuku'nun istenilen, beklenen sonuçları sağlayıp sağlamayacağı şu an için kesin olarak belirlenemez. Bir hukuk düzeninin başarılı olması için her şeyden önce sabit ve istikrarlı ilkelere sahip olması gerekir⁶⁴. Global İdare Hukuku için bunların üzerinde oyaşmaya ulaşılmış bir varlığından söz edebilmek şu an için pek mümkün görünmemektedir. Bununla beraber, kaotik ve amorf küresel varlık ve süreçlerin yadsınamaz gerçekliği ışığında bu küresel yığılımın idare hukuku ilkeleri sayesinde öngörülebilirliğe kavuşturulmasında tüm insanlığın menfaati bulunmaktadır.

⁶² Ming-Sung Kao, "The Concept of "Law" in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury", *European Journal of International Law*, Volume 20, No. 4, 2009, s. 997.

⁶³ Başlar, s. S. 73.

⁶⁴ Harlow, s. 195.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf.** *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk*, Cilt 1, II. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ağustos 2013.
- Başaran, Halil Rahman.** “Publicists and International Law”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 131-132, Temmuz-Ağustos, 2015.
- Başlar, Kemal.** *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar: Vestfalya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum*, Nobel Yayın,, Ankara, 2005.
- Cassini, Lorenzo.** Giulia Mannucci, “Hybrid Public-Private Bodies within Global Private Regimes: The World Anti-Doping Agency (WADA)”, içinde *Global Administrative Law: The Casebook*.
- Çakmak, Cenap.** Nejat Doğan, Ahmet Öztürk (Eds.). *Uluslararası İlişkilerde Güncel Konular ve Türkiye*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran 2012.
- Çakmak, Cenap.** “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Darfur Krizi’ne Müdahil Olması ve ABD’nin Süpergüç Olarak Limitleri”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt 3, No. 10, 2007.
- Çakmak, Münci.** “Global İdare Hukuku Tartışmaları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVI, Sa. 3, 2012.
- Eralp, Atilla.** *Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar*, İletişim Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 1996.
- Harlow, Carol.** “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”, *European Journal of International Law*, Volume 17, No. 1, 2006.
- Kao, Ming-Sung.** “The Concept of “Law” in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, *European Journal of International Law*, Volume 20, No. 4, 2009.

- Kingsbury**, Benedict, Nico Krisch, Richard B. Stewart. “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, Volume 68, Summer/Autumn 2005.
- Pazarcı**, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2014.
- Riazati**, Saba. “A Closer Look: Professor seeks stronger U.N”, *The Daily Bruin*, 21 October, 2006.
- Rosenau**, James N. “Governance in the Twenty-first Century”, *Global Governance*, Volume 1, No. 1, 1995.
- Ruffert**, M., S. Steinecke. *The Global Administrative Law of Science*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2011.
- Sak**, Yıldray. “Birleşmiş Milletler Anti Terör Yaptırımlarının Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılığı ve Bireylerin Korunması: Uluslararası Hukuk ve Avrupa Birliği Hukuku”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 29, Sayı 1-2, 2009.
- Schiff**, Benjamin N. *Building the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2008.
- Sönmezoğlu**, Faruk. *Uluslararası İlişkilere Giriş*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2010.
- Szasz**, Paul C. “The Security Council Starts Legislating”, *American Journal of International Law*, Volume 96, No. 4, October 2002.
- Tütüncü**, Ayşe Nur. “Güvenlik Konseyi Kararlarının İç Hukukta İcrası”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 13, Eylül 2013.
- Venzke**, Ingo. “Contemporary Theories and International Law-Making”, *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, No. 2013-59.

- Venzke, Ingo.** “Semantic Authority Legal Change and the Dynamics of International Law”, *NoFo: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, Volume 12, 2015.
- von Bogdandy,** Armin. Matthias Goldmann, Ingo Venzke. “From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority”, Yayınlanmamış Metin, www.academia.edu.
- Zürn, Michael.** “The Politicization of World Politics and its Effects: Eight Propositions”, *European Political Science Review*, Volume 6, Issue 1, February 2014.

CEZA MUHALEMESİNDE TANIK BEYANININ DELİL DEĞERİ ÜZERİNE BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

Devrim Güngör*

ÖZET

Ceza muhakemesinde en önemli ispat araçlarından biri tanık beyanıdır. Tanık beyanının güvenilirliği konusunda öteden beri yapılan çalışmalar doğru bir tanık beyanına ulaşmanın neredeyse imkânsız olduğunu ortaya koymuştur. Bunun temel nedeni insanın duyu organları vasıtasıyla gerçeği tam olarak algılayamamasıdır. Bunun sonucu olarak her türlü tanık beyanına kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Gerçeğin insan zihni tarafından tam olarak kavranmasını önleyen etkenler bilindiği ve tanık beyanının elde edilmesine ilişkin kanun hükümleri doğru uygulandığı takdirde mümkün olan en güvenilir tanık beyanına ulaşılabilir.

Anahtar Kelimeler: Tanık beyanı, delil değeri, delil.

SOME FINDINGS AND CONSIDERATIONS ON THE PROBATIVE VALUE OF WITNESS STATEMENT IN CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

Witness statement is one of the most important proof in penal procedure law. The studies all along, which is about the reliability of witness statements, revealed that reaching to the right witness statement is almost impossible. The main reason of the fact that through human senses cannot perceive exactly the truth. For that reason, it must be approached with suspicion to all kinds of witness statements. As long as the

* Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

determinants that prevent the reality to be grasped by the human mind are known and the law enforcements that are related to attain witness statements are applied accurately, the most reliable witness statement can be achieved.

Keywords: Witness Statement, probative value, evidence.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin medeni muhakemeden ayrılan en önemli özelliği delil serbestisinin olmasıdır¹. Delil serbestisi denince akla ilk olarak ceza muhakemesinde tanık beyanının delil değerine sahip olması gelir. Oysa medeni muhakemede tanık dinlenmesi bir kaç istisna dışında mümkün değildir. Şüphesiz delil serbestisinin olması ceza muhakemesinde bir ispat kolaylığı sağlamaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu tanık beyanının ne şekilde elde edileceğini ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Tanık beyanına ilişkin genel anlayış, tanığın istemeden gerçeğe aykırı bir beyanda bulunamayacağı şeklindedir. Bir başka deyişle bir kimsenin tanık olduğu bir olayı unutmuş olması, tam ve doğru olarak hatırlayamaması mümkün iken gerçekte olduğundan farklı şekilde hatırlamasının mümkün olmadığı düşünülmektedir². Bunun sonucu olarak ortaçağ ceza muhakemesini

¹ CENTEL-ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2012, s. 7.

² Nitekim Yargıtay da yalan söylediği ortaya çıkmayan tanığın beyanına itibar edilmemesini bozma nedeni saymaktadır: “Sanığa yüklenen suçların, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispatının mümkün olduğu ceza yargılamasında, bir delilin reddedilmesi için akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın yalan söylediğinin ortaya çıkması gibi reddi için haklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçelerin gösterilmesinin zorunlu olması, tanıklar R. D. ve S. D.’in sanık İ. K.’in katılan A. D.’e hakaret ve tehdit ettiği yönündeki anlatımları karşısında, Tanık beyanı şeklindeki delillerin kabul edilmemesinin hukuki gerekçeleri gösterilmeden, sanığın üzerine atılı tehdit ve hakaret suçlarından mahkumiyetine yeter derecede açık, kesin, yeterli ve inandırıcı delil bulunmadığından, biçimindeki kanuni ve yeterli olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi...” Y4.CD 05.01.2015 E.2013/2720 - K.2015/61.

temsil eden tahkik sisteminde, sanıklara ve gerçeği sakladığına inanılan tanıklara doğruyu söyletmek için acı çektirilmiş, işkence yapılmış böylece sır olarak sakladıkları kabul edilen gerçeği açıklamaya zorlanmışlardır.

Bu anlayışın bir sonucu olarak tanığın kasten yanlış beyanda bulunmasını önleyen bir takım kanuni tedbirlere yer vermek suretiyle her zaman doğru bir tanık beyanına ulaşılabileceği düşünülmektedir. Bu hükümlerin başında ise yalan tanıklığın suç sayılması gelmektedir (TCK md. 272). Bu suretle tanıklık yapacak olan kişi ceza tehdidi ile doğru beyanda bulunmaya zorlanmaktadır³. Bir diğer tedbir ise tanıklıktan çekinme hakkıdır (CMK md. 45,46,48). Bu yolla sanıkla belli yakınlığı olan kişiler tanıklık yapmaya zorlanmamakta, böylelikle yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmakla yalan söylemek arasında bir ikilem yaşamalarının önüne geçilmektedir⁴. Nitekim Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "*hiç kimse kendisi ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz.*" hükmünün bir gereği olarak kişiye yakınları aleyhine tanıklık yapmaktan çekinme hakkını tanımak zorunludur⁵.

Tanığı doğru beyanda bulunmaya zorlayan bir diğer hüküm ise "yemin" dir (CMK md. 54). Beyanda bulunmadan önce tanık bildiğini dosdoğru söyleyeceğine namusu ve vicdanı üzerine yemin ettirilmektedir (CMK md. 55). Yemin eden kişi bu sözün etkisiyle, doğru beyanda bulunma konusunda içsel bir baskıyla karşılaşmaktadır⁶.

İnsan beyni üzerine yapılan bilimsel araştırmalar sonunda elde edilen bulgular bir kimsenin tanık olduğu bir olayı unutmadığı takdirde doğru hatırladığı şeklindeki varsayımın yanlış olduğunu ortaya koymaktadır. Tanığın doğru beyanda bulunabilmesi için öncelikle dış dünyanın insan tarafından gerçeğe uygun olarak algılanabilmesi gerekir. Hâlbuki deneye dayalı bilimsel araştırmalar, insan hafızasının olan şeyleri

³³ TONINI, *Manuale di Diritto Penale*, Milano 2013, s. 276 vd.

⁴ FEYZİOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996, s. 197.

⁵ ÜNVER-HAKERİ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2011, s. 253.

⁶ Verilen sözle tutarlı bir davranış sergileme eğilimi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. CIALDINI, *İknanın Psikolojisi*, İstanbul 2012, s. 87 vd.

aynen kaydedemediğini, duyu organları aracılığı ile gerçekleşen algılama sırasında bir takım değişimlerin yaşandığını ortaya koymaktadır. Öte yandan hafızaya kayıtlı olan bilgiler de zaman içinde değişime uğramaktadır⁷.

Dış dünyaya ait verilerin insan beynine doğru kaydedilememesinin nedeni, kayıt işleminin bilinçli olmamasıdır. Bir başka deyişle algılanan veriler beyne bilinç dışı olarak tasnif edilip kaydedilmektedir. Bu işlemin bilinçli olarak yapılamamasının nedeni, algılanan verilerin beyin işlem gücünü kat be kat aşacak ölçüde büyük olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle insan zihni kendine ulaşan verilerin çok az bir kısmıyla yetinerek dış dünyada olan olayları değerlendirmekte ancak sahip olduğu bilgi gerçeğin tam olarak kavranmasını sağlamamaktadır. Öte yandan insan hafızasında kayıtlı olan bilgiler de aynı kalmamakta, değişmektedir. Bu değişim, bilginin hafızaya kaydedilmesiyle başlamakta ve sürekli devam etmektedir. Bu yönüyle insan hafızasındaki eksik bilgilerin aynı zamanda evrim geçirdiğini söylemek mümkündür⁸.

Dış dünyada meydana gelen ve duyu organlarımıza ulaşan verilerin algılanmasında hangi etkenlerin rol oynadığı üzerinde durmak önemlidir. Zira bu etkenleri göz önünde bulundurarak somut olayda hakimın tanığın beyanının ne ölçüde ve hangi yönden etkilenmiş olabileceği konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapması mümkün olur. Yapılan araştırmalar algılamada en çok, söz konusu insanın geçmiş yaşamına ait tecrübelerinin, endişelerinin, beklentilerinin, o anki isteklerinin ve genel ruh halinin etkili olduğunu göstermektedir. Bu etkenler, verilerin beyne kaydedilmesi sırasında kaçınılmaz şekilde yaşanan kesintilerin tamamlanmasında, ortaya çıkan boşlukların doldurulmasında rol oynamaktadır⁹.

⁷ MUNSTERBERG, On the Witness Stand, Essays on Psychology and Crime, s. 19 vd., MLODINOW, Subliminal, 2012, s. 52 vd.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. MLODINIW, s. 52 vd.

⁹ MUNSTERBERG, s. 30. Adli kayıtlara geçen ve tanık olunan pek çok şeyin yanlış hatırlandığını gösteren sayısız olay söz konusudur. Bu olaylardan biri 1998 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşanmıştır. Jennifer Thompson isimli 22 yaşındaki bir öğrenci kaldığı evde geceleyin saat 3 sularında bir ses duyarak uyandığında yanında bir adamın durduğunu görür. Kızın uyandığını gören adam hemen üzerine atılarak boğazına

Yukarıda ortaya konan nedenlerle somut olayda tanığın yanlış beyanda bulunduğunu tespit etmek güç olduğundan, bir kimsenin geçmişi doğru hatırlamasının ve dolayısıyla aktarmasının neredeyse imkansız olduğundan hareketle her türlü tanık beyanına kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Öte yandan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tanıklığa ilişkin hükümlerinin doğru uygulanması temsil edici bir delile ulaşabilmek açısından önemlidir. Bu hükümler içinde “tanıklıktan çekinme” hakkı önemlidir. Kanununun 45 ve 46. maddelerinde şüpheli ve sanıkla belli

elindeki bıçağı dayar ve karşı koyması halinde onu öldürmekle tehdit eder. Daha sonra saldırgan kıza tecavüz eder. Bu sırada kız, kurtulduğu takdirde onu teşhis edebilmek için saldırganın yüzüne odaklanır. Olayın hemen ardından kız, saldırganı ışığı açması ve ona içecek hazırlamasına izin vermesi için ikna eder. Bu durumu fırsat bilen genç kız çıplak halde evin arka kapısından kaçar. Arkasından koşan saldırgan ise bir süre sonra kovalamaktan vazgeçerek başka eve girer ve bir kadına daha aynı gece tecavüz eder. Tecavüze uğrayan Thompson'dan kaldırıldığı hastanede polis tarafından saç ve vajinal sıvı örneği alınır. Daha sonra polis merkezine götürülen kızın ifadesine dayanarak failin robot resmi çizilir. Olaydan birkaç gün sonra polis merkezine tekrar çağırılan kıza, masanın üzerine sıralanan altı kişinin fotoğrafı gösterilerek, kendisine tecavüz eden kişinin içlerinden biri olup olmadığı sorulur. Polis raporuna göre yaklaşık beş dakika fotoğraflara bakan genç kız sonunda, Ronald Cotton adlı cinsel saldırı suçundan daha önce sabıkası olan ve oturduğu evin yakınındaki bir lokantada çalışan kişiyi gösterir. Aradan birkaç gün geçtikten sonra tekrar polis merkezine çağırılan kıza bu kez yan yana dizilmiş beş erkek gösterilir. Her biri sırayla önce bir adım öne çıkıp daha sonra sola ve sağa dönen bu beş kişinin arasında biraz tereddüt yaşayan Jennifer Thompson sonunda Ronald Cotton'ı işaret eder. Bu kişinin daha önce fotoğrafından teşhis ettiği kişiyle aynı olduğu söylendiğinde genç kız yanılmayarak haklı çıkmasına sevinmiştir. Genç kız daha sonra duruşmada aynı kişiyi bir kez daha işaret eder ve jüri sadece kırk dakika içinde suçunu inkâr eden Cotton'ı mahkûm eder. Ronald Cotton, hakkında verilen cezayı çekmek için girdiği cezaevinin mutfağında çalışırken Bobby Poole adlı kendisiyle aynı suçtan cezaevine girmiş olan bir mahkûma rastlar ve aralarındaki benzerlik görür görmez dikkatini çeker. Bobby Poole hapisanedeki bir arkadaşına bir başka kadına daha tecavüz ettiğini itiraf etmiştir. Bu itirafa dayanarak Ronald Cotton hakkındaki davanın yeniden görülmesine karar verilir. İkinci davada tecavüz mağduru kızdan faili yeniden teşhis etmesi istenir. Her iki sanığa da dikkatlice bakan Jennifer Thompson, Ronald Cotton'ı göstererek failin o olduğundan emin olduğunu söyler. Bunun üzerine Cotton, bu kez daha ağır bir cezaya çarptırılır. Aradan yedi yıl geçtikten sonra, o zaman yeni bir teknoloji olan DNA testinden haberdar olan Cotton avukatından, olayın ardından eldeki tek kanıt olan faile ait sperm örneği üzerinde inceleme yaptırmasını talep eder. DNA testi sonucunda, Jennifer Thompson'a tecavüz edenin Ronald Cotton olmayıp Bobby Poole olduğu ispatlanır. (MLODİNOW, Subliminal, London 2012, s. 52 vd.) Yaşanan bu ve benzeri pek çok olayda suç mağdurlarının suçun işlendiği sırada gördükleri faili yanlış teşhis ettiği anlaşılmıştır.

yakınlığı olan kişiler ile meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle bazı kimselerin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Şüpheli ve sanıkla belli derecede yakınlığı olan kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınmasının nedeni, bu kimselerden yakını oldukları şüpheli ve sanık aleyhine beyanda bulunmalarının beklenmemesidir. Yalan beyanda bulunup yanlış bir karar verilmesine sebep olmalarındansa hiç beyanda bulunmamları kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir. Bu nedenle bu kimselere henüz dinlenmeden önce çekinme haklarının olduğu açıkça hatırlatılmalıdır. Meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinebilecek olanlar ise avukatlar ve stajyerleri ile sağlık mesleği mensuplarıdır. Bu kimselere çekinme hakkı tanınmış olmasının nedeni savunma ve sağlık yardımından yararlanma hakkını güvence altına almaktır. Belirtmek gerekir ki; bu kimseler çekinme hakkını kullanmayıp da tanıklık yapmaları halinde diğer tanıklar gibi doğru beyanda bulunmakla yükümlü olacaklardır.

Tanığın kendisi veya belli yakınlıktaki kimseleri aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamamasının nedeni yukarıda belirtildiği gibi tanıkların yalan söylemeyi tercih ederek gerçeğin ortaya çıkmasına engel olmalarının önüne geçmektir.

Tanık beyanının elde edilmesini düzenleyen kurallar arasında yer alan ve tanığın dinlenmeden önce, dinlenme sırasında ve dinlendikten sonra uyulması gereken kuralları gösteren hükümler olabildiğince doğru bir beyana ulaşabilmek açısından son derece önemlidir. Bu hükümlerin başında, CMK'nin 52. maddesi gelir. Söz konusu maddeye göre, her tanığın ayrı ayrı ve sonraki tanıklar yanında olmaksızın dinlenmesi gerekir. Tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hallerde birbirleri ve şüpheli ile yüzleştirilebilirler. Bu hüküm, tanıkların duruşmada dinlenmeden önce şüpheliyle veya diğer tanıklarla bir araya gelerek birbirlerinden etkilenmelerini önlemeyi amaçlamaktadır. Bir tanık duruşmada dinlenirken bir başka tanığın hazır bulunması halinde az sonra dinlenme sırası kendisine gelen tanık çelişkiye düşmemek için kendi beyanını bir

önceki tanığın beyanına benzetmeye çalışacaktır. Bunu nedeni tanığın çelişkili beyanda bulunması halinde yalan söylediğinin düşünülmesinden çekinmesidir.

Tanıkların ayrı ayrı ve sonraki tanık yanında bulunmaksızın dinlenmesi kuralı, mağdurun dinlenmesi bakımından da geçerlidir. Şöyle ki; CMK md. 236'ya göre mağdurun, tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır. Bu hükme göre mağdurun tanık olarak dinlenmesi henüz katılan sıfatını almamış olan mağdurlar bakımından söz konusu olabilir¹⁰. Zira mağdur, katılan sıfatını almış olması halinde muhakemenin bir süjesi haline geleceği için duruşmalara katılma hakkına sahip olacaktır. Bu andan itibaren ise katılanın her bir tanığın ayrı ayrı ve sonraki tanık yanında olmadan dinlenmesi kuralına uygun şekilde beyanının alınması mümkün değildir. Bu nedenle katılma talebinde bulunan mağdur, sanığın sorgusunun ardından duruşma salonuna alınmalı, tanık olarak dinlendikten sonra varsa katılma talebi hakkında bir karar verilmelidir¹¹.

Aynı durum sanıklar bakımından da geçerlidir. CMK md. 50/1-c'de, yemin verilmeden dinlenecek tanıklar arasında, "soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar sayılmıştır. Bu hükme göre, bir sanık ancak bir başka davada yemin verilmeden tanık olarak dinlenebilir¹². Zira savunma makamını temsil eden bir sanığın aynı davada birlikte yargılandığı diğer sanıklar hakkında tanıklık yapması kabul edilemez. Ayrıca bir sanığın yargılandığı davada tanık sıfatıyla dinlenmesini gerektiren bir durum da söz konusu değildir. Şöyle ki; dava konusu olaya ilişkin olarak bir sanığın yargılandığı davada sarf ettiği sözlerin mahkeme makamı tarafından değerlendirilmesi ve inandırıcı bulunması halinde

¹⁰ FEYZİOĞLU, s. 43 vd.

¹¹ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre mağdur ve aynı suçta iştiraktan sanık olanlar tanık sıfatıyla dinlenemezler (İCMK md. 210). Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bk. TONINI, s. 288 vd.

¹² FEYZİOĞLU, s. 142.

diğer sanıklar hakkında verilen hükme esas alınması mümkündür. Bu nedenle söz konusu hüküm ancak bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi yoluna gidilmediği hallerde uygulanabilir.

Tanığın, tanıklık ederken sözünün kesilmemesi gerekir (CMK md. 59/1). Söz konusu kural etkiden uzak bir beyanın elde edilebilmesi açısından son derece önemlidir. Tanıklara beyanda bulunurken araya girilerek soru sorulması, müdahalede bulunulması beyanın içeriğini etkilemektedir. Bunun önüne geçebilmek için konuşurken sözü kesilmemeli, beyanda bulunduktan sonra gerekli ise kendisine soru sorulmalıdır¹³. Nitekim Kanunda, tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yöneltebileceği belirtilmiştir (CMK md. 60).

Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat, duruşma disiplinine uygun olarak tanığa doğrudan soru sorabilir. Sanık ve katılanın da mahkeme başkanının aracılığı ile tanığa soru sorması mümkündür. Tanığa soru sorulmasının doğru söyleyip söylemediğinin anlaşılması bakımından etkin bir yöntem olduğu varsayılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki; tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanların huzurunda dinlenmesi son derece önemli olmakla birlikte, bunun asıl işlevi tanığın yalan söyleyip söylemediğini anlamaktır. Bir başka deyişle kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunan bir tanığa duruşmada hazır bulunan süjeler tarafından soru sorulması, çelişkilerin ortaya çıkarılabilmesi ve tanığın fiziksel tepkilerinin değerlendirilebilmesi açısından bir fırsat yaratır. Öte yandan, sanıldığı aksine yanlış beyanda bulunduğunu ortaya çıkarmak için bir tanığa soru sorulması halinde tanık yalan söylediğinin düşünülmemesi için aynı yanlış ısrarla ama her seferinde daha güçlü bir şekilde tekrarlayacaktır. Böyle bir durumda gerçeği doğru algıladığına inanarak konuşan bir tanığın yanlış beyanda bulunduğunu anlamak oldukça zordur.

¹³ ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, s. 626.

Tanıkların beyanda bulunduktan sonra duruşma salonundan çıkartılmaları gerekir. Aksi takdirde yeniden dinlenmesi gereken tanık, duruşmada dinlenen diğer tanıkların veya sanığın söylediklerini duymuş olacağı için bunların etkisinde kalarak beyanda bulunabilir. Örneğin dava konusu olayın nasıl olduğunu benzer şekilde anlatan tanıkları gören başka bir tanığın yeniden beyanda bulunurken diğer tanıkların olayı daha doğru hatırladığını kabul etmesi ve yalan söylediğinin düşünülmemesi için diğerleriyle aynı yönde beyanda bulunması mümkündür.

CMK md. 53/1-d uyarınca tanığa, duruşmada mahkeme başkanı veya hakimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceğinin anlatılması gerekmektedir. Bu hüküm beyanda bulunan tanığın, duruşma salonunun kapısında bekleyen diğer tanıklarla karşılaşmasını önlemeyi amaçlamaktadır¹⁴. Hükümün amacına uygun olarak duruşma sona erene kadar tanığın salon dışında ancak diğer tanıklardan ayrı bir yerde bekletilmesi uygun olur¹⁵.

CMK'nin 212. maddesinde; *“tanık bir hususu hatırlayamadığını söylese önceki ifadesini içeren tutanağın ilgili kısmı okunarak hatırlamasına yardım edilir. Tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çelişki bulunduğu anda, evvelce alınmış ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine çalışılır.”* şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu hükümden yola çıkarak tanığın ne kendi tuttuğu notlara bakarak ne de önceki ifadesini içeren tutanağı okuyarak beyanda bulunabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Böylece tanığın, olayı kendisine öğretilen şekilde değil tanık olduğu haliyle anlatması sağlanmaya çalışılmaktadır. Halbuki bir kimse tanık olduğu olayın hemen ardından dinlenmişse veya olayın ne şekilde meydana geldiğine ilişkin bir not almışsa bunlara bakarak dinlenmesinde bir sakınca görmemek gerekir¹⁶. Zira insan zihninde yer alan hatıralar zaman içinde değişime

¹⁴ ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE, s. 621.

¹⁵ FEYZİOĞLU, s. 321.

¹⁶ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, s. 614.

uğramaktadır. Önceki ifadenin görülmesi veya notlara bakılması beyanın bu değişimden etkilenmesini önlemeye yardımcı olur.

Tanıktan olabildiğince doğru bir beyan elde edilebilmesinin koşullarından biri de onun hazır bulunma hakkına sahip olanların huzurunda dinlenmesidir. Böylece muhakemenin diğer süjeleri tanığa soru sorabilecekler ve her şeyden önemlisi tanıklığına ne ölçüde güvenilebileceğini çelişme yöntemine uygun olarak tartışabileceklerdir. Nitekim CMK md. 58/1’de, tanığın kimlik bilgilerinin tespit edilmesinin ardından, gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hakimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdur ile ilişkilerine dair sorular yöneltileceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda tanığa, karakterini, olay anındaki beklentisini, genel ve o anki ruh halinin anlaşılmasını sağlayacak soruların sorulması özellikle önemlidir.

Son olarak gizli tanıklık üzerinde durmak gerekir. Mevzuatımıza 2004 yılında giren ve hemen ardından yoğun eleştirilerle karşılaşan kurumların başında gizli tanıklık gelmektedir. Gizli tanıklık esasen, tanığın kimlik bilgilerinin savunma makamından gizlenmesi ve tanığın hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesidir. Nitekim CMK’nin 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, *“tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir. Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hakim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.”* şeklindedir. Aynı maddenin son fıkrasında üçüncü ve dördüncü

fıkra hükümlerinin, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği belirtilmiştir.

CMK md. 58’de yer alan hükme benzer bir düzenleme, aynı Kanunun 47. maddesinde devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklığı düzenleyen hükümde de yer almaktadır. Söz konusu hükme göre; “tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hakimi veya heyeti tarafından zabıt katibi dahi olmaksızın dinlenir. Hakim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun gizli tanıklığı düzenleyen bu her iki hükmü de doğru bir tanık beyanı elde edilmesinin önünde engel teşkil etmektedir. Her şeyden önce kim olduğu bilinmeyen bir tanığın güvenilir olup olmadığı konusunda bir yargıya varmak mümkün değildir. Öte yandan hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenen bir tanık, hakimi etkileyen ancak taraflarca bilinmediği için karşı çıkılamayan dolayısıyla doğru olup olmadığı konusunda çelişme yöntemi uyarınca tartışma yapılamayan sözler sarf edebilir.

SATICININ SATIŞ KONUSUYLA İLGİLİ OLARAK VERDİĞİ (SAF) GARANTİ TAAHHÜTLERİ*

K. Berk KAPANCI**

ÖZET

Satış konusu malın niteliklerinin sözleşmeye uygunluğu, alıcı açısından büyük bir önem taşır. Öyle ki alıcı satış sözleşmesiyle malın mülkiyetini kazanmanın yanı sıra malın tahsis edileceği amaca uygunluğunu da bizzat gözetir. Satış konusunun niteliksel aksaklıklar içermesi ise, alıcının istediği amaca ulaşmasına önemli bir engel oluşturur. Bu nedenle belirtilen türden aksaklıkların meydana gelme rizikosunu, kanun koyucu tarafından özel olarak teminat altına alınmış; satış konusunun, kanunun belirlediği şartlarla, sözleşmeye aykırı olarak kararlaştırılan veya olağan şekilde beklenebilecek özellikleri taşınamaması “ayıp” olarak nitelendirilmiş ve satıcının genel olarak bunlardan doğan bir sorumluluğunun bulunduğu da kabul edilmiştir. Öte yandansözleşme serbestisi çerçevesinde satıcı, çeşitli sebeplerle, belirtilen türden aksaklıkların meydana gelme rizikosunu ayrı bir garanti taahhüdü ile teminat altına almak da isteyebilir. İşbu taahhütler, çoğunlukla ayıptan doğan sorumluluk hükümleri ile korunan menfaatler kapsamındaki rizikolarla ilgili olacaktır. Bununla birlikte, sözleşmesel (saf) garanti taahhütleri ile teminat altına alınabilecek rizikoların kapsamının daha geniş olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Çalışma, satıcının verdiği garanti taahhütlerinin hukuki niteliğinin ve bu taahhütlere uygulanacak hükümlerin tespit edilmesini amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Satış sözleşmesi, ayıptan doğan sorumluluk, garanti taahhüdü, riziko, teminat.*

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir

** Yrd. Doç. Dr. MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, berk.kapanci@mef.edu.tr

ADDITIONAL GUARANTEES PROVIDED BY THE SELLER WITH REGARD TO THE SOLD GOODS

ABSTRACT

As known, the conformity of the sold goods is of primary importance to the buyer. When concluding the sales contract, the buyer not only aims to acquire the property rights of the sold goods but also expects that the goods conform with what parties once have agreed. Thus the non-conformity clearly deprives him/her to meet his/her aims under the contract. Consequently, such quality risks are qualified as “defects” and separately secured by law under statutory warranty liabilities, vesting the buyer with alternative rights towards the seller. However, the seller may also provide additional contractual guarantees to the buyer with regard to the sold goods. These guarantees are mostly broader in content compared with the opportunities provided by law. This article aims to identify the legal nature of the said guarantees and determine the applicable provisions thereto.

Keywords: Sales contract, warranty for non-conformity, guarantee liability, risk, security.

Giriş

Satış konusu malın sözleşmeye uygunluğu, alıcı açısından büyük bir önem taşımaktadır. Öyle ki alıcı satış sözleşmesiyle sadece malı teslim almayı değil, malın tahsis edeceği amaca uygunluğunu da gözetir. Satış konusunun özel olarak kararlaştırılan veya genel olarak kendisinden beklenebilecek niteliklerinde aksaklıklar/uygunsuzluklar içermesi ise, alıcının istediği amaca ulaşmasında önemli bir engel teşkil eder. Dolayısıyla alıcının bu menfaati, genel itibariyle ayıptan doğan sorumluluk düzenlemeleriyle (TBK m. 219 vd.) teminat altına alınmış bulunmaktadır. Aslında satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun kanundaki düzenleniş tarzı (seçimlik haklar ve tazminat) ilk bakışta alıcının mala ilişkin çıkarlarını yeterince tatmin eden bir düzenleme olarak

görülebilecektir¹. Ancak bu düzenlemeler, satış sözleşmesinin temelini oluşturmaz, istisnalar haricinde de emredici hüküm niteliği taşımaz². Dolayısıyla taraflar eğer isterlerse, kanunun kendilerine sunduğu düzeni değiştirebilirler³.

İşte taraflar böyle farklı bir düzenleme yapmak yoluna gidecek olurlarsa sözleşmesel garanti taahhütlerinden bahsedilecektir. Sözü edilen garanti taahhütleri kimi zaman bizzat doğrudan verilen teminatın kapsamına ilişkin olarak düzenlemeler öngörmekte; kimi zaman ise sadece ayıptan doğan sorumluluktaki gözden geçirme, bildirim ve zamanaşımı süreleri bakımından bir değişiklik getirmektedir. Bu şekilde taraflar, kanunun ve dürüstlük kuralının kendilerine tanıdığı serbesti çerçevesinde istedikleri şekilde sözleşmesel kayıtlar ortaya koyabileceklerdir⁴. Ayrıca iradi olarak tasarlanabilecek olan bu türden kayıtlar, sadece satış sözleşmesi bakımından değil edim sonucunun somutlaştığı tüm sözleşme ilişkilerinde de (özellikle kira ve eser sözleşmeleri) karşımıza çıkabilecektir⁵.

Garanti taahhütlerinin incelenmesi, kanunda bunlara ayrılmış özel hükümler bulunmadığından sorunludur. Zira sözleşme özgürlüğü

¹ Akünel, Teoman, “Satıcının “Onarım Garantisi””, İÜHFİM, C.XXXVIII, Sayı 1-4, s. 547-570, s. 549.

² Arbek, Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 134; Yavuz, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 1989, s. 31 vd.; Şahiniz, Salih, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.167; Schönle, Herbert, “Remarques sur la responsabilité causale du vendeur, selon les articles 195 al. 1 et 208 al. 2 CO”, La Semaine Judiciaire, 1977, 99e Année, s. 465-492, s. 478; Tercier, Pierre, Les Contrats Spéciaux, Schulthess, Zürich – Basel – Genf, 2003, N.799; BGE 83 II 404, 91 II 348.

³ Akünel, s. 551.

⁴ Tandoğan, Haluk, Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki) BATİHAİE, Ankara, 1959, s. 12; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987, s. 687; Reisoğlu, Seza, Garanti Mukavelesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 54.

⁵ Gross, P., La notion d’obligation de garantie dans le droit des contrats, Paris, 1964, N.1.

çerçevesinde söz konusu kayıtlar sonsuz farklı şekilde tasarlanabilir⁶. Bu anlamda öğreti bu kayıtların düzenleme alanı ile kesişen genel kurallar üzerinden belli prensipler ortaya koymaya çalışmaktadır.

Sonuç itibarıyla taraflar yasal düzeni (ayıptan doğan sorumluluk), söz konusu sözleşmesel garanti taahhütlerine ilişkin kayıtlar çerçevesinde ortadan kaldıracabilecek, sınırlayabilecek, varolan yasal düzenlemeyi aynı şekilde tekrar edebilecek ya da bunu aksine genişletebileceklerdir⁷.

Çalışmamızın amacı, öncelikle satış hukukunda satıcı tarafından satış konusuyla ilgili olarak verilebilecek garanti taahhütlerinin hukuki niteliklerinin saptanması ve bu garantilerin özel türlerinin detaylarıyla ele alınmasıdır. Üreticinin verebileceği iradi garanti taahhütleri ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (m. 56) öngördüğü yasal garanti taahhütleri (garanti belgesi) ise çalışmamız kapsamı dışında kalmaktadır⁸.

I. Garanti Taahhüdü Türleri

1. Genel Olarak

“*Garanti taahhüdü*” tabiri hukuk öğretisinin yanı sıra, iş ve ticaret hayatında sık sık kullanılmakta ancak çoğunlukla birbirinden farklı içerikte teminatları ifade etmektedir⁹. Kullanılan tabirler tarafların iradelerini ve borç altına girme niyetlerini belirlemede tek başına doğrudan bir kıstas olarak kullanılamasa (TBK m.19 f.1) da büyük bir

⁶ **Ancel, Pascal**, “*La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière*”, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, Tome XXXII, Année 1979, s. 203-229, s. 204.

⁷ **Ancel**, s. 204: Yazar, uygulamada sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan anlaşmalara sorumluluğu genişleten anlaşmalara göre daha sık rastlandığını ifade etmektedir. Aynı yönde Bkz. **Tercier**, N. 797.

⁸ Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapanıcı, Kadir Berk**, Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 138 vd. ve s. 195 vd.

⁹ **Reisoğlu**, s. 4; **Tandoğan**, Garanti, s.1; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 68; **Scyboz, George**, Le contrat de garantie et le cautionnement, Editions Universitaires Fribourg, 1979, s. 12; **Tercier**, N. 604; **Develioğlu, Hüseyin Murat**, Les garanties indépendantes examinées a la lumière des règles relatives au cautionnement, Staempfli, Berne, 2006, s. 7- 9; **Atiyah, P.S. / Adams, John N.**, The Sale of Goods, Pearson-Longman, London,1995, s. 295.

öneme sahiptirler. Her bir durumda taraflarca kastedilmek istenen hukuki kurgu tespit edilerek bir sonuca ulaşılmalıdır¹⁰.

Teorik planda garanti taahhüdü tabiri, akla öncelikle borçlar hukuku alanında özel bir sözleşme türünden ziyade bütün teminat sözleşmelerini içine alan bir sözleşmeler grubunu getirir. Ayrıca özel ve bağımsız bir sözleşme tipi olan garanti sözleşmesi için de kullanılan bir tabirdir. Bunun dışında bir sözleşme özelliğine sahip olmayan ve var olan bir yükümlülüğün genişletilmesi anlamına gelen bağımsız olmayan teminat taahhütlerini ifade etmek için de kullanılmaktadır¹¹.

Öte yandan bu farklı garanti taahhütlerinin esas itibarıyla bir ortak noktası vardır: Bu nokta, riziko (risk) kavramıdır. Riziko, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden belli olmayan ve gerçekleştiği bir ihtimalde kişinin malvarlığı zararına uğramasına neden olacak bir tehlikenin meydana gelme olasılığı olarak tanımlanabilir¹². Riziko kapsamındaki zarar, doğrudan malvarlığının eksilmesine sebep olan bir olayın meydana gelmesi şeklinde doğabileceği gibi, meydana gelmesi faydalı sonuçlar yaratacak bir olayın gerçekleşmemesi şeklinde de söz konusu olabilecektir¹³. Eğer olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi objektif¹⁴ olarak imkânsız veya kesin ise rizikodan bahsedilemez¹⁵.

¹⁰ **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 202; **Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s.149; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 141; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı)**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s 332.

¹¹ **Reisoğlu**, s. 4-5; **Tandoğan**, Garanti, s. 12-13; **Atiyah / Adams**, s. 297.

¹² **Reisoğlu**, s. 9; **Tandoğan**, Garanti, s.4; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 685.

¹³ **Reisoğlu**, s. 9; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 685; **Tandoğan**, Garanti, s. 5.

¹⁴ Bununla beraber olayın gerçekleşmesinin sübjektif olarak belli olmaması da bir duruma göre taraflar için bir tehlike sayılabilecektir. Buna satılan bir tablonun gerçek olarak bilinmediği bir ihtimalde, sonradan sahteliğinin ortaya çıkması tehlikesinin garanti altına alınması örnek olarak verilmektedir (**Tandoğan**, Garanti, s. 4).

¹⁵ **Tandoğan**, Garanti, s. 4 ; **Reisoğlu**, s. 10.

Bir kimsenin kendi giriştiği teşebbüslerden kaynaklanabilecek rizikolara bağlı tehlikeli sonuçları üstüne alması doğal olan süreçtir. Bunun dışında, bir başka kişinin bu zararlı sonuçları anlaşma dâhilinde üzerine alması da hukuken kabul edilmektedir. Böyle bir durumda, sözleşme serbestisi çerçevesinde, tehlikeyi yüklenen kimse asıl tehlikeye maruz kalan kişinin hukuki durumuna getirilmiş olur. İşte geniş anlamda teminat taahhütleri olarak garanti taahhütleri de bizzat bu amaca hizmet eder¹⁶.

Garanti taahhüdü ile genel olarak kazanç amacını hedefleyen bir teşebbüse girişilmesinde yardım ve teşvik etme amacı güdülmektedir. Taahhütte bulunan, teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını sözleşmesel ve ivazsız¹⁷ olarak yüklenmektedir¹⁸.

Satış konusu malla ilgili verilen garanti taahhütleri ise, çoğunlukla ayıptan doğan sorumluluğun yanında alıcıya bazı ek imkânlar sağlamak veya varolan imkânları genişletmek bakımından karşımıza çıkarlar. Bu taahhütler kimi zaman malın onarılmasına yönelik olur. Özellikle alıcı açısından malın tekrar kullanılabilir bir hale getirilmesinin büyük önem taşıdığı durumlarda bu tarzda taahhütlere rastlanabilir¹⁹. Alıcı bu taahhütler sayesinde ayıptan doğan sorumluluğun şartlarının meydana geldiğinin ispat etmesine lüzum kalmaksızın malın onarılmasını isteyebilir.

Bu durumda karşımıza satış sözleşmesinin bir parçası olan bağımsız olmayan teminat taahhüdü ve satış sözleşmesinden ayrı bir sözleşme olan bağımsız garanti sözleşmesi yapıları çıkacaktır²⁰. Sözü edilen iki teminat

¹⁶ **Reisoğlu**, s. 9; **Tandoğan**, Garanti, s. 4; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 685.

¹⁷ Öte yandan garanti taahhüdünün ivazlı olmasına da herhangi bir teorik engelin bulunmadığının altı çizilmelidir.

¹⁸ **Reisoğlu**, s. 22.

¹⁹ **Akünel**, s. 549; **Witschi, Hans**, Garantieklauseln und Garantiefriesten in Kauf- und Werkvertrag nach Schweizerischen Recht, Bern, 1950, s. 19.

²⁰ Öğretide **Reidingher** benzer bir biçimde *gerçek ve gerçek olmayan* garanti terimleriyle bir ayırım yapmaktadır. **Reidingher**'in ayırımında gerçek garanti söz konusu olduğunda malın özellikleriyle bağlı olmayıp bunu aşan bir sonuca ilişkin rizikolar garanti edilmektedir. Geri kalan durumlar bakımından gerçek olmayan bir garanti söz konusu

yapısı, birbirlerinden ve satış hukukunda ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin getirdiği genel düzenlemeden farklıdır.

Bağımsız olmayan teminat taahhütlerine konu olan rizikoların temin edilmesi, satış sözleşmesine konu olan malın kontrol edilebilir özelliklerine ilişkin olmaları itibarıyla, bağımsız bir garanti sözleşmesinin genel düzenlemesi kapsamına girmeksizin satış hukukunun özel alanında bulunmaktadır²¹. Bu açıdan bu taahhütlere, öncelikle bir anlamda adeta özel “yasal garanti hükümleri” niteliğinde bulunan ayıptan doğan sorumluluk düzenlemeleri uygulanacaktır²². Bunların yeterli olmadığı bir ihtimalde, söz konusu taahhütler yine garanti kavramı çatısında kalacaktır. Dolayısıyla garanti sözleşmesine uygulanacak hükümlerin nitelikleri uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması düşünülebilecektir.

Öte yandan şayet satıcı, satış sözleşmesinin çerçevesinden çıkarak malın özelliklerini etkileyebilecek ancak kendisinin kontrol edemeyeceği dış etkenlerden kaynaklanan rizikoları teminat altına alıyorsa bu durumda ayrı ve bağımsız bir garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır. Garanti sözleşmesi, kendine özgü (*sui generis*) bir teminat sözleşmesidir, dolayısıyla böyle bir durumda garanti sözleşmesine uygulanacak hükümler tespit edilmek suretiyle satıcı ve alıcı arasındaki mevcut ilişkiye uygulanacaktır.

Sözleşmesel garanti taahhütleri ayıptan doğan sorumluluğun kapsamını farklı şekillerde genişletebileceklerdir. Ancak her halde garanti taahhüdünden doğan borcun konusu bir rizikonun gerçekleşmesi

olacaktır. **Reidingher**'in ayrımı bakımından kullandığımız terminoloji ile farklılık, kendisinin gerçek olmayan garanti olarak ifade ettiği garantilerin sadece hasarın geçişi anına odaklanması noktasındadır. Bağımsız olmayan teminat taahhüdü kavramı ise bunun tam karşılığını oluşturmamaktadır. Bu kavram çerçevesinde ayıptan doğan sorumluluğun kapsamının genişletilmesi ve malın sözleşmenin kurulduğu anda satıcı tarafından kontrol edilebilir özelliklerinin belirli bir süre boyunca devamlılığının taahhüt edilmesi esastır (Bkz. **Lips, Michael**, Die kaufrechtliche Garantie, Dissertation, Studien zum Verbraucherrecht, Band 8, Schulthess, Zurich, 2002, s. 23 ve orada **Reidingher**, s. 14).

²¹ **Tandoğan**, Garanti, s. 12; **Reisoğlu**, s. 57; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C. II, s. 687.

²² **Tandoğan**, Garanti, s. 12; **Reisoğlu**, s. 61.

ihtimalinde doğacak zararın karşılanmasıdır. Garanti taahhüdünün özelliği gereği söz konusu talep kusurdan bağımsızdır. Ne var ki bu talebin farklı şekillerde sınırlandırılması da mümkündür²³.

2. Bağımsız Olmayan Teminat (Garanti) Taahhüdü ve Hükümleri

Bir sözleşme çerçevesi içinde taraflardan birinin kanunun kendisine yüklediği rizikoları sözleşmeye konulan bir kayıtla üzerine alması durumunda bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünden bahsedilecektir²⁴. Bu teminat taahhütlerinin varlığı kanunun hükümlerinin emredici olmamasında temelini bulmaktadır. Satıcı bu şekilde sözleşme serbestisi çerçevesinde daha fazla rizikoyu üzerine alabilmektedir.

Bağımsız olmayan teminat taahhütlerini ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinden ayırt etmek gerekecektir. Bir defa belirtilmelidir ki, taahhütte bulunanın ayıptan doğan sorumluluk hükümlerini tekrar etmesi bir değişiklik meydana getirmez²⁵. Öte yandan emredici olmayan bu kuralların getirdiği düzenlemelerin kapsamının değiştirilmesi durumunda ise bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünden söz etmek gerekecektir. Söz konusu taahhütlerde bir kimsenin bir başkasını belli bir davranışa yönlendirmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması esas olduğundan bunların da bir tür dar kapsamlı yönlendirmeyi amaçlayan (saf) garanti olduğunu söylemek mümkündür²⁶.

Bağımsız olmayan teminat taahhütleri nitelikleri itibarıyla satış sözleşmesinin çerçevesinde yer alan yan taahhütler olarak tanımlanabilecektir²⁷. Söz konusu taahhütler, “yasal garanti” düzeninin

²³ Bkz. Aşağıda (I, 5) altındaki açıklamalarımız.

²⁴ **Tandoğan**, Garanti, s. 13; **Gross**, N.1; **Ancel**, s.203; **Arbek**, s. 142.

²⁵ **Heim, Jean F.**, La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail, Lausanne, 1972, s. 9; **Ancel**, s. 203, **Tandoğan**, Garanti, s. 16; **Malaurie, Philippe / Aynes Laurent**, Les Contrats Spéciaux, Cujas, Paris, ed.1993-94, s. 254.

²⁶ Farklı bağımsız garanti sözleşmesi çeşitlerine ilişkin ayırım için bkz. aşağıda (I, 3) altındaki açıklamalarımız.

²⁷ **Reisoğlu**, s. 54; **Hanke, Jessica**, Die Garantie in der kaufrechtlichen Mangelhaftung, Nomos, 2008, s. 36; BGE 4P.109/2003 (Swisslex).

öngördüğünden farklı bir biçimde satış konusu malın özelliklerine bağlı rizikoların gelecekte belirlenen bir zaman dilimi boyunca garanti altına alınmasını öngörmektedir²⁸. Öte yandan bu rizikolar her ne kadar malın gelecekteki durumuna ilişkin olsalar da, satıcının hasarın geçişi anı öncesinde alabileceği önlemlerle kontrol edebileceği bir yapıda ortaya çıkarlar²⁹. Şöyle ki bir örnekle ifade edilecek olursa, elektronik bir malın satıcısı teknolojik gelişmeler ışığında açma kapama düğmesinin kaç kere kullanıldıktan sonra büyük bir ihtimalle arızalanacağını yaklaşık olarak bilebilecek durumdadır. Bu anlamda malın kullanım süresinin kaç yıl olabileceği ortaya konulabileceğinden, bu süre zarfında bir garanti verilmesi durumunda ortada bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünün varlığı söz konusu olacaktır. Öte yandan malın kullanım ömrünü aşan sürelerde verilen garantiler bakımından, artık malın özelliklerine dayalı olmaktan ziyade dış etkenlerden oluşan rizikolara dayalı bir garanti verildiği söylenebilecektir³⁰. Bu durumda ise uygulanacak hükümler aşağıda izah edilecek bağımsız garanti sözleşmesi hükümleri olacaktır³¹.

Satış hukuku bakımından “yasal garanti” düzeninin bir parçası olan nitelik vaatleri ve bağımsız olmayan teminat taahhütleri bir noktada benzerlik göstermektedir. Bu benzerlik hem yasal ayıptan doğan sorumluluk düzenlemesinin hem de sözleşmesel garantinin konu edindiği rizikoların doğrudan malın kendi özelliklerine ilişkin olması noktasındadır³². Bunun dışında her iki yapı birbirinden ayrılmaktadır. Nitelik vaadi bakımından sadece “hasarın geçişi anı” olarak belirlenmiş bir ana işaret edilerek teminat ortaya konulmakta ve bu ana kadar zaten var olan ayıplar için sorumluluk üstlenilmektedir³³. Oysaki bağımsız olmayan teminat taahhütlerinde “garanti süresi” olarak adlandırılan geleceğe ilişkin

²⁸ Lips, s. 20; BGE 4P.109/2003 (Swisslex).

²⁹ Lips, s. 20.

³⁰ Lips, s. 20.

³¹ Lips, s. 21.

³² Witschi, s. 19 vd. ; Arbek, s. 134.

³³ Lips, s. 20; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 139; Yavuz / Acar / Özen, s. 125.

olarak belirlenmiş bir zaman dilimi için teminat verilmektedir³⁴. Bu sürenin başlangıç anı hasarın geçiş anı olarak kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle nitelik vaatlerinde belli bir özelliğin hasarın geçişi anında varlığı veya yokluğuna bağlı olarak ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin “yasal garanti” düzeni çeşitli haklar tanımaktadır. Buna karşılık bağımsız olmayan teminat taahhüdünde ise, bu özelliğin hem hasarın geçişi anında varlığı hem de garanti süresi boyunca devamlılığı, devamlılığın sekteye uğraması halinde ise oluşacak zararın karşılanması taahhüt edilmektedir³⁵. Bu açıdan, bağımsız olmayan teminat taahhüdünün nitelik vaadinden daha kuvvetli bir koruma sağladığı söylenebilecektir. Yine bir örnekle somutlaştırmak gerekirse: Bir saat satıcısının sattığı saatin su geçirmez olduğunu taahhüt ettiği bir durumda bir nitelik vaadinden bahsedilecek, ne var ki bu özelliğin devamlılık göstermemesinden dolayı ortaya çıkabilecek sorunların 5 yıllık garanti süresi içerisinde ücretsiz giderilmesinin taahhüt edilmesi durumunda artık bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünün varlığı kabul edilecektir³⁶. Dolayısıyla bağımsız olmayan teminat taahhüdü malın özelliklerine ilişkin olması nedeniyle nitelik vaadine benzeyen ve gelecekteki bir zaman dilimindeki rizikoları kapsamaması bakımından onu aşan sözleşmesel bir düzenlemedir. Bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünde, taahhütte bulunulacak özellik bakımından garanti süresinin üst sınırını her halde malın kullanım ömrü oluşturmaktadır³⁷.

Bağımsız olmayan teminat taahhütlerinin gelecekte bir zaman dilimini hedef almaları özellikle gizli ayıplar bakımından önem taşımaktadır³⁸. Ayıptan doğan sorumluluk düzeni çerçevesinde hasarın geçiş anına odaklanma bulunduğundan, gizli ayıbın malda hasarın geçiş anında zaten var olduğu ancak bunun kullanmayla zaman içinde ortaya

³⁴ Lips, s. 21.

³⁵ Lips, s. 21.

³⁶ Witschi, s. 29; Reisoğlu, s. 59.

³⁷ Lips, s. 20.

³⁸ Malaurie / Aynes, s. 235; **Juris-Classeur (ed.)**, *Juris-Compact, Le consommateur et ses contrats*, Paris, 2002, N. 065-04, s. 947.

çıktığı var sayılmaktadır. Bağımsız olmayan teminat taahhütleri ise gelecekte bir zaman diliminde meydana gelebilecek aksaklıkları kapsamlarına doğrudan aldıklarından gizli ayıplar bakımından alıcıya bir ispat kolaylığı sağlanmış bulunmaktadır. Nitekim bu taahhütler kapsamında gizli ayıbın hasarın geçiş anında var olup olmadığından ziyade garanti süresi adı verilen sürede ortaya çıkıp çıkmadığına bakılmaktadır³⁹.

Öte yandan tarafların sözleşme kapsamında ele aldıkları düzenleme sadece hasarın geçiş anını hedef alıyor ve fakat TBK'daki seçimlik hakların yanı sıra başka birtakım haklar tanıyorsa bu durumda da yine bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünden söz edilecektir. Bu durumda yine sözleşmesel ek bir hak tanınmakta ve fakat garanti süresi belirtilmemektedir. Dolayısıyla ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanacaktır⁴⁰.

Bağımsız olmayan teminat taahhütleri çoğunlukla malın onarılmasına yahut arızalı parçalarının değişimine ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹. Öte yandan sözleşme serbestisi çerçevesinde taahhüde bağlı zararın karşılanması borcunun bu anılanlardan farklı bir şekilde, hatta nakdî olarak (para edimi ile) kararlaştırılmasına teorik bir engel mevcut bulunmamaktadır.

Bağımsız olmayan teminat taahhütleri yukarıda da açıklandığı üzere satış sözleşmesinin çerçevesi içinde yer alan yan taahhütler olduklarından bunlara uygulanacak hukuk kuralları esasen satış sözleşmesine uygulanacak kurallardan oluşmaktadır. Bu anlamda satış sözleşmesine konu olan ayıplı malın ifasıyla ilgili sorumluluk hükümleri bunlara da niteliklerine uygun olduğu ölçüde uygulanacaktır. Belirtilmelidir ki bağımsız olmayan teminat taahhütleri kapsamında karşılanması öngörülen zarara sebep olan aksaklığın her zaman mutlaka teknik anlamda bir ayıp teşkil etmesine gerek bulunmamaktadır. Bununla beraber çoğunlukla

³⁹ Ancel, s. 207.

⁴⁰ Yavuz, s. 65.

⁴¹ Lips, s. 20; BGE 120 II 426.

ayıptan doğan sorumluluk düzenlemelerinin koruma altına aldığı ayıplı ifa halleri ile bağımsız olmayan teminat taahhütleri kapsamında tazmin edilmesi kararlaştırılan zarar birbiriyle çakişacaktır. Ne var ki ayıptan doğan sorumluluk kapsamına girmeyen bir hal, sadece bağımsız olmayan teminat taahhüdü kapsamına girebilecek veya tam tersi olabilecektir⁴².

Bu kapsamda uygulanacak ayıptan doğan sorumluluk düzenlemeleri, özellikle ayıpların ileri sürülebilmesi bakımından şekli şartları teşkil eden gözden geçirme ve bildirim külfetleri ve zamanaşımı sürelerine ilişkin olan hükümlerdir⁴³. Bir defa belirtilmelidir ki bunun da ötesinde özellikle aşikâr ayıplar (bilinen veya bilinmesi gereken) bakımından zaten aksi açık olarak kararlaştırılmış olmadığı sürece bağımsız olmayan teminat taahhüdü işletilemeyecektir⁴⁴. Açık ayıplar bakımından derhâl gerçekleştirilmesi gereken gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin bağımsız olmayan teminat taahhütleri açısından yine geçerli olacağı öğretide savunulmaktadır⁴⁵. Biz bu düşünceye katılmıyoruz. Ayıptan doğan sorumluluk bakımından bile eleştiriye⁴⁶ tabi tutulan bu hükümlerin uygulaması iradi olarak verilen garanti taahhütlerine genişletilmemelidir. Bununla beraber, garanti taahhüdünün sağladığı imkânlardan faydalanabilmek için, gerek açık gerekse gizli ayıp olarak değerlendirilebilecek aksaklıkların herhangi bir gözden geçirme külfeti söz konusu olmaksızın garanti süresi içinde garanti taahhüdünde bulunana zaten bildirilmesi gerekecektir.

3. Bağımsız Garanti Sözleşmesi ve Hükümleri

Garanti sözleşmesi, kanunda düzenlemesi olmayan atıplık, kendine özgü (*sui generis*) bir teminat sözleşmesidir⁴⁷. Teminat türleri arasında

⁴² Heim, s. 41.

⁴³ Lips, s. 20.

⁴⁴ Ansel, s. 210.

⁴⁵ Heim, s. 62.

⁴⁶ Bu eleştiriler için bkz. **Bucher, Eugen / Buz, Vedat**, “Mağdur Edilen Alıcı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 145-178, s. 147 vd.; **Kapanı**, Ayıp ve Garanti, s. 31-33.

⁴⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C. I, s. 61; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, C.II, s.809.

kişisel ve bağımsız bir teminat olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸. Tarafları garanti alan ve garanti verenden oluşan bu sözleşmenin genel itibarıyla iki çeşidinin mevcut olduğu ileri sürülmektedir. Bunlardan biri teminatı amaçlayan⁴⁹ (kefalet benzeri veya başkasının fiilini taahhüt şeklinde) garanti sözleşmesi, diğeri ise yöneltmeyi amaçlayan⁵⁰ (saf) garanti sözleşmesidir. Genel olarak, her iki sözleşme çeşidini de kapsayacak şekilde garanti sözleşmesinin tanımı şu şekilde verilebilir: Garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine girdiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşme garanti sözleşmesidir. Yargıtay da bu tanımı kabul etmektedir⁵¹.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi, garanti verenin temel ilişkideki alacaklıya karşı temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği sözleşmedir⁵². Garanti sözleşmesinin bu çeşidi, ferfi özellikler gösteren kefalet sözleşmesinin yanında, asli, bağımsız ve daha geniş içerikli bir taahhüt özelliği

⁴⁸ Teminat türleri ve diğer kişisel teminatlarla ilgili olarak Bkz. **Kuntalp, Erden**, “*Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 263-299, s. 263-299.

⁴⁹ **Barlas, Nami**, “*Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2002, s. 937-988, s. 948 dn. 18’de “*teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi*” ifadesinin kullanılmasını yerinde bulmadığını belirtmektedir, yazara göre her tür garanti sözleşmesinde teminatı amaçlama durumu söz konusudur. Bu bağlamda yazar, “*başkasının fiilini taahhüt şeklinde garanti sözleşmesi*” ifadesinin diğer ifadeyle “*teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi*” asıl anlatılmak istenen garanti sözleşmesi türünü daha iyi ortaya koyduğunu iletmektedir.

⁵⁰ **Barlas**, (s. 946 dn.17) “yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi” teriminin kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmekte, zira teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi türünde de yöneltme amacı bulunduğunu iletmektedir.

⁵¹ Yarg. 11. HD, 27.02.1979, E. 346, K. 906, (BATİDER, C. X (1980), Sayı 3, s. 818); Yarg. İct. Bir K. 11.06.1969 T, E.4, K. 6 (www.kazanci.com). [*Son Erişim Tarihi: 30.01.2016*]

⁵² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, C.II, s. 804 ; **Scyboz**, s. 13; **Barlas**, s. 948; **Goode, Roy**, Commercial Law, Penguin Books, London, 2004, s. 802; **Perçin, Ali Haydar**, Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (Ekonomi Hukuku), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008, s. 67.

göstermesinden hareketle, uygulamadaki ihtiyaçları karşılamak üzere geliştirilmiştir⁵³. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi teminat alan tarafa kefalete oranla büyük avantajlar sağlamaktadır. Bu sözleşme türüne TBK kapsamında üçüncü kişinin fiilini taahhüdü düzenleyen 128. maddede değinildiği kabul edilmektedir⁵⁴.

Diğer tip garanti sözleşmesi ise, bir kimsenin bir başkasını belli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine almasıdır⁵⁵. Konumuz bakımından önem taşıyan garanti sözleşmesi çeşidi, yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesidir. Zira sözleşmenin yapılmasındaki güdü, satış konusunun özellikleri bakımından sözleşmenin diğer tarafı alıcıyı sözleşme yapmaya yöneltme fikriyle bağdaşmaktadır.

Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesi, eğer garanti alanın garanti verenle yeni hukuki ilişkilere girmesi arzu edildiği için yapılıyorsa öğretide yapılan bir yaklaşım çerçevesinde bağlantılı bir garanti⁵⁶ sözleşmesinden söz edilecektir. Bağlantılı garanti sözleşmesi, temel itibarıyla girilmesi arzu edilen diğer sözleşme ilişkisine sadece “harici bir

⁵³ **Barlas**, s. 941-946.

⁵⁴ **Barlas**, s. 945. Ayrıca bkz. **Scyboz**, s. 325 vd.: Yazar, yaptığı değerlendirmede garanti sözleşmelerini geniş anlamda garanti ve dar anlamda garanti olarak ayırt etmektedir. Dar anlamda garantiyi doğrudan TBK m. 128 kapsamına sokmaktadır, ayrıca bu hükmün geniş anlamda garanti açısından da uygulama alanı bulacak bir hüküm olduğunu ifade etmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve garanti sözleşmesi kavramları arasındaki ilişki hakkında ileri sürülen farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kapanıcı, Kadir Berk**, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 113-114.

⁵⁵ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, C.II, s. 805 ; **Scyboz**, s. 14; **Perçin**, s. 65.

⁵⁶ Örnek olarak muayenesi devreden bir doktorun, alıcıya bir hastaneye doktor olarak alınmasını garanti ettiği bir ihtimalde (ZbJV 37 s. 293 vd), veya bir kalem imalatçısının belirli miktarda kalem alan kişiye münhasır satıcılık yetkisi tanımayı garanti ettiği ihtimalde (BGE 82 II 247), veya bir kimseyi evini almaya ikna etmeye çalışan satıcının ona belli tutarda kira geliri elde edebileceğini garanti ettiği ihtimalde (ZbJV 77 s. 239 vd.) hep bağlantılı garanti sözleşmesinden söz edilecektir. Ancak bu verdiğimiz sözleşme örnekleri yukarıda malın özelliklerini dışarıdan etkileyen rizikolara ilişkin olan garanti sözleşmelerinden nitelik itibarıyla farklılık arz etmektedir (Örnekler hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C. II, s. 806).

bağ” ile bağlıdır⁵⁷. Yoksa garanti sözleşmesinin bu halde ferî bir özellik taşıması söz konusu değildir. Garanti sözleşmesinin ferî bir özellik taşıması onun kendine özgü bir niteliği olarak değerlendirilmelidir⁵⁸. Diğer yandan şayet garanti veren, garanti alanı kendisiyle değil de üçüncü kişilerle yeni hukuki ilişkiler kurmaya, bunları değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yöneltmek için onun davranışına bağlı rizikolar üstleniyorsa bu durumda bağlantılı olmayan bir garanti sözleşmesinden söz edilecektir. Burada “bağlantılı olmak” kıstası bakımından yapılan ayırım yalnızca asıl sözleşmenin –satış sözleşmesi- tarafının garanti sözleşmesinin de tarafı olması noktasında önem taşımaktadır⁵⁹. Öğretide belirtildiği üzere bu paragrafta sözü edilen her iki garanti sözleşmesi çeşidi (bağlantılı – bağlantılı olmayan), bundan başka herhangi bir farklılık arz etmemektedir⁶⁰. Her ikisine de garanti sözleşmelerine uygulanması gereken hükümler uygulanacaktır.

Satış hukuku alanında bir garanti taahhüdünün ne zaman ayrı bir garanti sözleşmesine vücut vereceğinin saptanması önemlidir. Zira böyle bir durumda uygulanacak hükümler farklılaşmakta, satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin yerini garanti sözleşmesine uygulanacak hükümler almaktadır⁶¹. Bir garanti sözleşmesinin tespitinde kullanılacak kıstas şöylece ifade edilebilir: Satış konusu malın karşılaşılabileceği riziko, malın satıcının kendi kontrol edebileceği özelliklerinin dışına, özellikle dış etkenlerin mal üzerinde etkili olacağı bir alana ilişkinse; bu durumda bu rizikonun garanti edilmesi artık satış sözleşmesi hükümleri dışına çıkacaktır, artık ortada satıştan ayrı bir garanti sözleşmesi olacaktır⁶². Her

⁵⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 804; **Reisoğlu**, s. 20.

⁵⁸ **Reisoğlu**, s. 21; **Barlas**, s. 955; **Aral, Fahrettin**, “*Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 131-145, s. 136.

⁵⁹ **Reisoğlu**, s. 20.

⁶⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 813 ; **Reisoğlu**, s. 21.

⁶¹ **Yavuz**, s. 65; **Şahiniz**, s. 55; **Hanke**, s. 33.

⁶² **Lips**, s. 20; **Arbek**, s. 143.

iki sözleşmenin de taraflarının aynı olması itibarıyla bu garanti sözleşmesi bağlantılı bir garanti sözleşmesi olarak anılacaktır⁶³.

Garanti sözleşmesinin kavramsal olarak bağımsız bir sözleşme⁶⁴ olduğu kabul edilmektedir⁶⁵. Satış sözleşmesinin yanında yer alan ve malın özelliklerine ilişkin dış rizikoları⁶⁶ güvence altına alan garanti sözleşmelerinin durumunun ise farklılık arz ettiği söylenebilir. Bunun nedeni satış sözleşmesinin, yapılacak garanti sözleşmesinin işlem temelini teşkil etmesidir⁶⁷. Satış sözleşmesi olmadan söz konusu garanti sözleşmesinin varlığının bir anlamı kalmayacaktır. Ne var ki satış sözleşmesi garanti sözleşmesinin hukuki sebebinin teşkil etmemektedir. Hukuki sebep kavramı, hukuki işlemin karakterize edilmesinde önem taşımaktadır⁶⁸. Bir borçlandırıcı işlem olan garanti sözleşmesinde sebep (*iç causa*) işlemin içinde yer almaktadır⁶⁹. Yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmelerinde hukuki sebep bir kişiyi belli bir davranışta bulunmaya yönlendirmektedir⁷⁰. Saikler ise her bir sözleşme bakımından değişebilecek

⁶³ **Reisoğlu**, s. 20.

⁶⁴ Öğretide bazı yazarlar bağlantılı garanti sözleşmelerini ileri sürerek bağımsızlığın garanti sözleşmelerinin zorunlu bir unsuru olmadığını ileri sürmektedir. Bu fikre göre bağımsızlık başka bir sözleşme ile beraber bulunmama şeklinde anlaşılmalıdır. Söz konusu görüş eleştirilmiştir. Buna göre bağımsızlık özelliği ferî olma özelliğinin karşıtını teşkil ederken, “bağlantılı olma”nın karşıtı sadece “bağlantılı olmama” olmalıdır (Tartışma ve eleştiriler için bkz. **Reisoğlu**, s. 21).

⁶⁵ **Reisoğlu**, s.19 ve orada dn. 56’da anılan yazarlar; **Barlas**, s. 955; **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s. 136; **Carrasco, Angel**, “*The DFCR – Guarantee and Personal Security Contracts*”, ERCL (European Review of Contract Law), Vol.4, 2008, No.3, s. 389-410, s. 399; **Cabrillac, Michel / Mouly, Christian**, Droit des Suretés, Litec, Paris, 1992, s. 411; Ayrıca Bkz. Yarg. 4. HD, 22.04.1951 T, E. 8375, K. 6493 (Türk İçt. Kül. 1951 C. II s. 1219) ve BGE 56 II 38, 65 II 32, 75 II 50.

⁶⁶ Dış rizikolarla kastedilmek istenen satıcının hasarın geçiş anında kontrolü altına alamayacağı ve malın özelliklerini etkileyecek tehlikeli olaylardır.

⁶⁷ İşlem temeli kavramı için bkz. **Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı)**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 259.

⁶⁸ **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk Genel Hükümler / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 314; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.116.

⁶⁹ **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 315.

⁷⁰ **Cabrillac / Mouly**, s. 417; **Sayhan, İsmet**, Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 36. Ayrıca bkz. **Reisoğlu**, s. 18:

sübjektif değer yargılarıdır⁷¹. Somut durumda sadece satış sözleşmesinin kurulması garanti sözleşmesi bakımından tarafların gözettiği bir saikten ibaret bulunmaktadır. Hukuk sistemi belli bazı durumlar (örneğin bkz. TBK m. 32; m. 138) dışında saiklere önem vermemektedir⁷².

Yine bu özel durum nedeniyle garanti sözleşmesinin geçerliliğinin⁷³ satış sözleşmesi ile olan bağı bir şekilde kurulmalıdır. Zira bu bakış açısından garanti sözleşmesinin geçerliliğinin satış sözleşmesinin varlığına bağlı olmadığı düşüncesi mantıkla bağdaşmayan sonuçlar doğuracaktır. Bir örnekle somutlaştıralım: Bir araba satışında satıcının kaporta çizilmelerine ilişkin olarak garanti verdiği bir durumda satış sözleşmesi herhangi bir nedenden ötürü geçersiz olursa satıcının garanti taahhüdünün bağımsız olarak varlığı bir anlam ifade etmeyecektir. Bu konuda başvurulabilecek bir hukuki teknik, garanti sözleşmesinin geçerliliğinin satış ilişkisinin geçerliliğine tabi tutulması ve satış sözleşmesinin ortadan kalkmasının tarafların farazî iradeleri kapsamında zımni olarak bozucu bir şart⁷⁴ oluşturduğunun kabul edilmesidir⁷⁵. Diğer

Yazar, garanti sözleşmesinin sebebini “garanti sebebi” olarak belirtmiş, bu sebebin olmadığı halde farklı bir sözleşmenin varlığından bahsedilebileceğini vurgulamıştır. Buna göre, şayet sözleşme ivazlı ise ortada bir sigorta sözleşmesi, sözleşme ivazsız ise ortada bir şarta bağlı bağışlama sözleşmesi olacaktır.

⁷¹ **Cabrillac / Mouly**, s. 417-418; **Sayhan**, s. 36.

⁷² **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 118.

⁷³ Bu sözleşmenin geçerliliği ile ilgili olarak yeni getirilen TBK m. 603 düzenlemesinin etkin olup olmayacağı noktasında bir an için tereddüt edilebilir. TBK m. 603 genel olarak kefalet sözleşmesindeki şekil, eşin rızası ve ehliyeteye ilişkin hükümlerin gerçek kişilerin verdikleri diğer kişisel teminatlar bakımından uygulanması gereğine işaret etmektedir. Belirtilmelidir ki bu düzenleme, münhasıran dar ve teknik anlamıyla kişisel teminat ilişkilerini kapsamaktadır. Yukarıda ayırımını yaptığımız garanti sözleşmelerinden “teminat amaçlı garanti” veya “kefalet benzeri garanti” olarak adlandırılan sözleşmeler işbu kapsama girecek ve fakat konumuz açısından önem taşıyan “yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri” bu çerçevede değerlendirilmeyecektir. Dolayısıyla TBK m. 603’ün emredici düzenlemesi konumuz bakımından uygulama bulmayacaktır.

⁷⁴ Kavram için bkz. **Sirmen, Lale**, Türk Özel Hukukunda Şart, BATİHAE, Ankara, 1992, s. 54; **Pulaşlı, Hasan**, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1999, s. 179; **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, C.II, Vedat Kitapçılık,

bir teknik ise, bu iki sözleşmenin bir bileşik sözleşme sistemi oluşturduğunu kabul ederek bir çözüme ulaşmaya çalışmaktır⁷⁶.

Kanatimizce aslında satış sözleşmesinin yanında yer alan bağlantılı garanti sözleşmesinin bağımsız olmadığı sonucuna varılmasına bir gereklilik bulunmamaktadır. Garanti sözleşmesinin merkezindeki riziko kavramı bakımından soruna yaklaşılacak olursa bu tartışmalara girilmesinin bir gereği olmadığı anlaşılır. Somut durumda garanti sözleşmesine konu olan rizikolar malın kullanımı esnasında ortaya çıkabilecektir. Satış sözleşmesi geçersiz olduğunda veya sona erdiğinde ise *status quo ante*'ye (bir önceki durum) dönüleceğinden –mal artık kullanımda olmayacak- artık rizikonun gerçekleşmesi imkânsız hale gelecektir. Bu anlamda garanti sözleşmesi, konusunu teşkil eden riziko imkânsızlaştığından sona erecektir (TBK m. 136).

Garanti sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁷⁷. Bu açıdan garanti verenin sağladığı bu teminat karşılığında

İstanbul, 2012, C. II, s. 499; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 331; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1171.

⁷⁵ Bilindiği üzere hukuk sistemimiz, belirli bazı durumlar (örneğin esaslı saik hatası (TBK m. 32), işlem temelini çökmesi (TBK m. 138) vb.) haricinde saiklere önem vermez. Bu anlamda zımnî şart yaklaşımımız, kanun koyucunun tercih etmediği bir yapıya adeta “arka kapıdan” ulaşılması bakımından eleştirilebilecektir. Zira bu durumda yalnızca tarafların iradesine hasredilmiş şart kavramı varsayımsal bir düzleme taşınmak istenmektedir.

⁷⁶ Bileşik sözleşme teorisinde birbirine dışsal bir bağ ile bağlanmış iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin geçerliliği birbirine bağlı kılınmaktadır. İnceleme konumuz bakımından ise dikkat edilmelidir ki sadece garanti sözleşmesinin geçerliliği satış sözleşmesinin geçerliliğine bağlı kılınmaktadır, tersi anlamlı olmayacaktır. Bu anlamda ortada klasik bir bileşik sözleşmenin değil daha ziyade değiştirilmiş tek yönlü bir bileşik sözleşme tipinin söz konusu olduğu söylenebilecektir (Bileşik sözleşme kavramı için Bkz. **Kuntalp**, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, s. 103 vd.; **Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 62 vd.; **Aral, Fahrettin**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 54; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 21; **Gümüş, Alper Mustafa**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 5; **Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2014, s. 22).

garanti alanın ona belli bir bedel veya komisyon ödeme borcu bulunmamaktadır. Ancak aksinin sözleşmede kararlaştırılmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷⁸. Aynı şekilde garanti alanın garanti verenin kendisini yönlendirmek istediği teşebbüste bulunmaya ilişkin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu kapsamda alıcı garanti sözleşmesinin tarafı olmakla satış sözleşmesini akdetme yükümlülüğü altına girmez⁷⁹. Ancak çoğunlukla söz konusu garanti sözleşmesinin akdedilmesi anı satış sözleşmesiyle aynı an olacağı için bu husus çok fazla önem taşımayacaktır.

Yine taraflar arasındaki ilişki içinde, kural olarak garanti alan söz konusu teşebbüse girdiğinde garanti verene durumla ve gelişmelerle ilgili olarak hesap vermek zorunda da değildir, aynı şekilde garanti veren de onu denetleyemez⁸⁰. Bu kapsamda ayıptan doğan sorumlulukta bulunan şekli şartlar kural olarak bulunmamaktadır. Ne var ki aksi de düşünülebilecektir: Sözleşme serbestisi çerçevesinde alıcıya garanti alan olarak çeşitli külfetlerin yüklenebilmesi mümkündür⁸¹. Örnek olarak bir araba satışında, alıcıya garanti sözleşmesinden doğan haklarından faydalanabilmesi için belirli zamanlarda belirli gözden geçirme işlemlerini yaptırması külfeti yüklenebilir. Böyle bir durumda söz konusu külfeti yerine getirmeyen alıcı-garanti alan, garanti sözleşmesi çerçevesinde doğacak zararın karşılanmasını talep hakkını kaybedecektir.

Garanti verenin sözleşmeden doğan borcunun konusu rizikonun gerçekleşmesiyle oluşan zararın karşılanmasıdır⁸². Zararın karşılanması

⁷⁷ Goode, s. 812.

⁷⁸ Tandoğan, Borçlar Hukuku C.II, s. 817.

⁷⁹ Tandoğan, Borçlar Hukuku C.II, s. 816.

⁸⁰ Reisoğlu, s. 22.

⁸¹ Reisoğlu, s. 22.

⁸² Öğretide garanti sözleşmesinden doğan asli borç için “zararın karşılanması” ifadesi yerine “tazminat” ifadesinin kullanıldığını görülmektedir. (Bkz. Reisoğlu, s. 151 vd.; Tandoğan, Borçlar Hukuku, C.II, s. 855, Perçin, s. 147, dn. 724’te anılan yazarlar) Bu kullanım kapsamında “tazminat” ifadesi, garanti verenin garanti sözleşmesi kapsamındaki asli borcunu oluşturur şekilde anlaşılmaktadır. Buna karşılık tazminat, bir kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi telafi eden tali bir edim olarak karşımıza çıkar (Bkz. Oğuzman / Öz, C.II, s. 109; Eren, Borçlar Genel, s. 762;

borcu, nakden olabileceği gibi aynen de olabilecektir. Zararın nakden karşılanması, malvarlığındaki eksilen, zarara uğrayan değerın parasal karşılığının malvarlığına iadesidir⁸³. Zararın aynen karşılanması kapsamında ise, malvarlığının içinde eksilen, zarara uğrayan şey eski haline getirilmekte veya bir aynı onun yerine malvarlığına sağlanmaktadır⁸⁴. Satış sözleşmelerinin yanında yer alan garanti

Tekinalp / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 581; **Von Tuhr, Andreas** (çev. Edege, Cevat), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.I-II, Yeni Matbaa, 1952, s. 109).

Öğretide **Barlas**, (s. 964) bu hususa ilişkin olarak, kefalet sözleşmesinde benzer şekilde karşımıza çıkan kefilin “tazminat borcu” ifadesi bakımından eleştiride bulunmuşlardır. Yazar, kefalet sözleşmesinde “kefilin tazminat borcu” tabirinin isabetli bir tabir olmadığını aktarmışlardır. Buna göre bir kimsenin tazminat borcu altında olmasından bahsedilebilmesi için asıl borcun borçlusu olup bu borcu yerine getirmemiş olması gerekmektedir. Oysaki kefilin durumunda, kefil kapsamı alacaklının ifaya olan çıkarına göre belirlenecek bir miktar paranın ödenmesi borcu ile yükümlüdür. Zira kefil ayrı bir sözleşme ile asli borçtan ayrı (ferî) bir yükümlülük kurmuştur.

Diğer taraftan **Bilgin Yüce** de koşut biçimde, üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunan kişinin borcunun “tazminat borcu” olarak ifade edilmesini eleştirmiştir. Yazara göre taahhütte bulunan kişinin borcu bir “ödeme borcu”dur. Taahhütte bulunanın ne ödemesi gerektiğine bağlı olarak tazminat kavramı gündeme gelmektedir. Yoksa taahhüt eden vaad edilenin malvarlığında meydana gelen zararı karşılamayı asli borç olarak üstlenmektedir. Tazminat kavramının kullanılma sebebi ise “alacaklının (vaad edilenin) malvarlığında meydana gelen zarar”ın karşılığını teşkil etmesidir. Ancak yazar, teknik anlamda doğru bir tabir olmasa da borcun kapsamını tarif etmede daha iyi bir ifade teşkil etmesinden ötürü eserinde taahhütte bulunanın borcu bakımından bu kavramı kullanmaktadır (Bkz. **Bilgin Yüce, Melek**, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 89). Aynı yönde bkz. **Oğuzman / Öz**, C.II, s. 407 ve özellikle dn. 56; **Perçin**, s. 147.

Biz de yazarların teknik hukuk bakımdan haklı gerekçelerine katılıyoruz. Bu yüzden burada “tazminat” ifadesi yerine “zararın karşılanması” ifadesini kullanacağız.

⁸³ **Ergüne, Serkan**, “*Alman Hukukunda Aynen Tazminin Önceliği İlkesinin Yumuşatıldığı Hallere Genel Bir Bakış*”, İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 1-2, 2006, 31- 47, s. 31; **Ergüne, Serkan**, Olumsuz Zarar, Beta, İstanbul, 2008, s. 333; **Nomer, Haluk**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta, İstanbul, 1996, s. 51; **Tiftik, Mustafa**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 65; **Deschenaux, Henri / Tercier, Pierre**, La Responsabilité Civile, Editions Staempfli, Berne, 1982, s.240; **Oğuzman / Öz**, C.II, s. 110; **Eren**, Borçlar Genel, s. 774; **Tekinalp / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 581; **Von Tuhr**, s.110; **Goode**, s. 816.

⁸⁴ **Ergüne**, Aynen Tazmin, s. 32; **Ergüne**, Olumsuz Zarar, s. 334; **Nomer**, s. 52; **Tiftik**, s. 63; **Tandoğan**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, 1969, s. 252 vd.; **Deschenaux / Tercier**,

sözleşmelerinde çoğunlukla satış konusu malın değiştirilmesinin ve onarımının garanti verenin asli borcu olarak kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu anlamda zararın aynen karşılanmasından bahsedilebilecektir.

Söz konusu borcun muaccel olması, taraflar arasındaki sözleşmede başka şekilde belirtilmediyse rizikonun konusunu oluşturan zararın ortaya çıkmasına bağlıdır. Garanti alanın garanti sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmesi talebinde bulunabilmesi için kural olarak hem rizikonun gerçekleştiğini hem de zararını ispatlaması gerekmektedir. Bunun haricinde öncelikle zararı veren kişiye başvurulması ve sonuç alınamaması şartları aranmamaktadır⁸⁵. Karşılanacak zararın miktarı garanti sözleşmesinin kurulması anında taraflar arasında muayyen olarak tayin edilebilecektir. Bu takdirde rizikonun gerçekleştiğini ispat eden garanti alan, zararını ayrıca ispat etmeye mecbur olmaksızın talepte bulunabilecektir. Garanti veren ise böyle bir durumda kararlaştırılan miktar ile sorumluluğunu sınırlandırmaktadır.

Garanti verenin garanti sözleşmesi kapsamındaki sorumluluğu kusursuz bir sonuç sorumluluğudur. Dolayısıyla garanti edilen teşebbüsün istenilen sonuca ulaşmamasında kusuru bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır⁸⁶. Zararın mücbir sebepten meydana geldiği durumda bile garanti verenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna karşılık, rizikonun gerçekleşmesine bizzat garanti alanın kendi kusurlu davranışının sebep olması durumunda garanti verenin sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmektedir. Yani şayet garanti alan-alıcı zararlı sonucu doğuran rizikonun gerçekleşmesinde kendisi bizzat rol oynamışsa artık garanti verenden bir talepte bulunamayacaktır. Yine bir araba satışı örneğinden yola çıkılacak olursa, yedek parça için garanti verildiğinde, söz konusu parçanın arızalanmasında garanti alan alıcının bizzat kusuru bulunuyorsa bu durumda garanti verene başvuramayacaktır.

s. 241; **Oğuzman / Öz**, C.II, s. 111 ; **Eren**, Borçlar Genel, s. 774; **Tekinalp / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 581; **Von Tuhr**, s.110.

⁸⁵ **Reisoğlu**, s. 159; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C. II, s. 856.

⁸⁶ **Reisoğlu**, s. 151; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C. II, s. 856.

Bu halde garanti alan, garanti sözleşmesi kapsamındaki satış sözleşmesinden doğan zararının karşılanmasını talep etme hakkını kaybetmiş olacaktır. Bunun temelinde dürüstlük kuralının yanında TBK m. 52 f.1 bulunmaktadır. Esas itibarıyla bir haksız fiil hukuku düzenlemesi olan ve sözleşmeler hukuku bakımından TBK m. 114 f.2 atfıyla uygulama alanı bulan TBK m. 52 f.1'de zarar gören kendi kusuruyla zarara sebep olduğu takdirde sorumluluğun kalkacağına işaret edilmektedir. Bu hüküm garanti sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁸⁷.

Garanti sözleşmesinde yüklenilen taahhüt için bir garanti süresi kararlaştırılabileceği gibi hiçbir sürenin kararlaştırılmaması da söz konusu olabilecektir. Garanti süresi, bu sözleşmeden bir alacak hakkı doğabilmesi için rizikonun gerçekleşmesi gereken zaman dilimini ifade etmektedir⁸⁸. Bunun yanında söz konusu alacak hakkı zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Uygulanacak zamanaşımı hükümleri TBK m. 146 kapsamında genel 10 yıllık zamanaşımı süresidir.

Öğretide bir görüş, bağımsız olmayan teminat taahhütlerinin değerlendirilmesinde aşikâr ayıplar için yapılan dışlamanın kıyasen malın özelliklerine dışarıdan etki edecek kontrol dışı rizikoları konu alan bağımsız garanti sözleşmeleri bakımından da uygulanmasını önermektedir. Aynı görüş, açık ayıplar bakımından söz konusu olacak gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin de yine kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁸⁹. Böyle bir durumda her iki taahhüt arasındaki farklılık sadece zamanaşımına indirgenmiş olacaktır. Bu görüşe bağımsız olmayan teminat taahhütleri kapsamında dahi katılmadığımızı iletmiştik⁹⁰. Kanaatimizce verilen garantinin iradi olmasının yanında teminat altına alınan rizikolar da değerlendirildiğinde ayıptan doğan sorumluluk

⁸⁷ **Reisoğlu**, s. 171; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 856.

⁸⁸ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 884 ; **Reisoğlu**, s. 171.

⁸⁹ **Heim**, s. 96.

⁹⁰ Bkz. yukarıda (I, 2) altındaki açıklamalarımız.

hükümleri bağımsız garanti sözleşmesi açısından hiçbir şekilde uygulama alanı bulmamalıdır⁹¹.

4. Garanti Süresi ve Zamanaşımı

a. Farklı Süre Kavramları

Garanti taahhütleri ile birlikte garanti süresi adı altında bir süre öngörülmektedir. Bu sürenin niteliği, anlamı ve hükümleri ve zamanaşımı süresi ile ilgisi incelenilmeden önce, genel olarak konumuzla ilgili sürelerle ilişkin üç farklı kavramın birbirinden ayırılması gerekecektir. Bunlar rizikonun gerçekleştiğinin tespitine, bildirim ve talepte bulunmaya ilişkin süre kavramlarıdır.

Tespit süresinden garanti taahhüdüne konu edilen aksaklığın (rizikonun gerçekleştiğinin) keşfedilmesi için tanınan süre anlaşılacak gerekir. Dolayısıyla garanti taahhüdünden bir borcun doğabilmesi için aksaklığın tespit süresi içinde meydana gelmesi gereklidir⁹².

Bildirim süresinden ise keşfedilen aksaklığın garanti taahhüdü sahibine bildirilmesi için tanınan süre anlaşılacak gerekecektir. Tespit süresinde meydana gelen bir aksaklık söz konusu olduğu halde bildirim süresinde garanti taahhüdü sahibine haber verilmediği takdirde alıcı hakkını kullanamayacaktır⁹³.

Son olarak talepte bulunmaya ilişkin süreye değinecek olursak bu süre alıcının garanti taahhüdünde bulunana karşı talebini yöneltebileceği süre anlaşılacak gerekecektir. Bir başka ifadeyle bu süre zamanaşımı süresine karşılık gelmektedir. Bu kapsamda aksaklık tespit süresinde ortaya çıkmış, bildirim süresinde haber verilmiş olsa da zararın karşılanması borcuna ilişkin talep bu zamanaşımı süresinde yapılmadığı surette garanti taahhüdü sahibi zamanaşımı definde bulunabilecektir⁹⁴.

Burada satış hukukundaki “yasal garanti” düzeni bakımından karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacak olursa tespit süresi açık ve

⁹¹ Bu yönde Bkz. Şahiniz, s. 55.

⁹² Heim, s. 53.

⁹³ Heim, s. 53.

⁹⁴ Heim, s. 53.

gizli ayıplar bakımından farklılaştırılmış olduğu görülür. Buna göre adi satışlarda alıcının açık ayıplar bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetleri bulunmaktadır. Bu anlamda açık ayıplar bakımından tespit ve bildirim süreleri kısadır. Alıcı örf ve âdete göre imkân doğar doğmaz (tespit süresi) gözden geçirme külfetini yerine getirerek tespitte bulunmalı ve bunu da yine uygun bir süre içinde (bildirim süresi) bildirim külfetini yerine getirerek ayıbı bildirmelidir. Diğer taraftan gizli ayıplarda tespit süresi malın tesliminden itibaren en fazla 2 yıl olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte gizli ayıplar için bir gözden geçirme külfeti öngörülmemiştir. Tek başına yer alan bildirim külfeti ise, gizli ayıp tespit edilir edilmez hemen yerine getirilmelidir. Her iki süre de en fazla malın teslim edilmesinden itibaren 2 yıl olabilecektir. Talepte bulunmaya ilişkin süre yani zamanaşımı süresi ise her iki ayıp türü bakımından aynıdır, malın tesliminden itibaren 2 yıldır. Dolayısıyla açık ayıplar bakımından daha kısa olan tespit ve bildirim süresinin yanında malın tesliminden itibaren başlamak üzere 2 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır. Gizli ayıplar bakımından ise bildirim ve tespit süreleri değişkenlik göstermekle birlikte her iki süre de en fazla malın tesliminden itibaren 2 yıl olabilecek ve talepte bulunma süresi olan zamanaşımı süresiyle çakışacaktır. Ticari satışlarda ve tüketici satışlarında söz konusu olacak tespit ve bildirim ve talep süreleri de yine benzer şekilde açık-gizli ayıp ayrımı yapılarak değerlendirilmelidir.

b. Garanti Süresinin Anlamı

Garanti süresi yukarıdaki açıklamalar kapsamında her şeyden önce bir tespit süresini ifade etmektedir⁹⁵. Bu anlamda alıcı ancak garanti süresinde ortaya çıkan aksaklıklar bakımından garanti taahhüdü sahibine bir talepte bulunabilecektir. Bunun dışında garanti süresinin aynı zamanda bir bildirim süresi niteliği taşıyıp taşımadığı da saptanmalıdır. Tarafların yaptıkları anlaşmalarda çoğunlukla bu hususa bir değinmede bulunmasa da “yasal garanti” düzeni olan ayıptan doğan sorumlulukta aynı türden bir bildirim süresinin bulunması ve işin niteliği de icap ettiği için bir bildirim

⁹⁵ Ancel, s. 209.

süresinin de bulunması gerekecektir. Bu bildirim süresi, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre taraflar aksini açıkça farklı olarak kararlaştırılmadıkları sürece garanti süresi olacaktır⁹⁶. Bu anlamda garanti süresi kural olarak hem tespit hem de bildirim süresi niteliği taşıdığından aksaklığın bu süre içinde meydana gelmesinin yanında garanti taahhüdünde bulunan kişiye bildirim de bu süre içinde yapılması gerekecektir. Bildirimin garanti süresinin (kabul ettiğimiz görüşe göre bildirim süresi) son gününde yapılması bile yeterlidir, zira bununla birlikte talebin yöneltmesi hakkı doğacak ve bu hak da zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁹⁷. Zamanaşımı süresi, aşağıda açıklanacak her bir ihtimalde farklılık gösterdiğinden farklı sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Önemli olan talep hakkının bu süre içinde istenildiği zaman ileri sürülebilir olmasıdır. Bildirimin garanti süresinin sonuna kadar yapılmaması durumunda ise borç sona erecektir.

Bunun yanında istisnai olarak tarafların garanti süresini aynı zamanda talebin yapılabileceği zaman dilimi, bir başka deyişle

⁹⁶ Heim, s. 54.

Aksi de düşünülebilir, garanti süresinin sadece rizikonun meydana gelme süresi olması gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda karşımıza iki ihtimal çıkabilecektir:

Birincisi bildirim süresinin talebin yapılabileceği süre kadar uzatılmış olacağı söylenebilir. Kanaatimizce, bildirim süresinin zamanaşımı süresi sonuna kadar devam ettiği ileri sürülecek olursa bu durum satıcının sorumluluğunu aşırı derecede genişletmiş olacaktır. Garanti süresini bir bildirim süresi olarak ele alınması gerek satıcının gerekse alıcının menfaatlerini de eşit surette gözetmesi ve dengenin sağlanması bakımından daha isabetli olacaktır.

İkinci ihtimalde ise, bildirim süresinin kanunun belirlediği kıstaslar çerçevesinde değerlendirilmesi düşünülebilir. Nitekim, öğretide bu şekilde bir kabullenmeyi onaylayan görüşe göre ise, garanti süresi sadece bir tespit süresi olarak kabul edilmekte ve bir bildirim süresi niteliği taşımayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla aksaklık ortaya çıktığı vakit alıcı hemen bildirim yapmakla yükümlü kılınmaktadır (Bkz. **Arbek**, s. 188; **Akunal**, s. 557). Kanaatimizce yasal düzenin kopyalanmasını doğrudan kabullenilen böyle bir görüşe tam olarak katılmıyoruz. Zira böyle bir görüşün savunulması durumunda ayıptan doğan sorumluluktaki sıkıntılı düzenleme taraflar arasındaki sözleşmesel düzene de sirayet ettirilmiş olacaktır.

⁹⁷ Teorik açıdan bu ayrım yapılmakla beraber uygulama bakımından çoğunlukla bildirim ve talebin aynı anda yöneltmesi daha olasıdır. Ancak alıcının sadece sorununu bildirerek hiçbir talepte bulunmaması halinde de bir zamanaşımı süresinin sonuna kadar bir hak kaybı söz konusu olmayacaktır.

zamanaşımı süresi olarak da belirlemeleri mümkündür. Tarafların bu şekilde bir düzenleme yapabilmeleri için öncelikle bunu açıkça belirtmeleri gerekecektir. Ayrıca ortada bağımsız bir garanti sözleşmesi ile bağımsız olmayan teminat taahhüdü olmasına göre uygulanacak zamanaşımı süreleri farklı niteliklere sahip olacağından hukuki durum değişiklik gösterecektir⁹⁸.

Garanti süresinin başlangıç tarihi de önem taşımaktadır. Genel olarak tarafların bunu da sözleşmede belirlemeleri olasıdır. Taraflar çoğunlukla satış sözleşmesinin kurulduğu veya sözleşmenin ifa edildiği tarihi başlangıç tarihi olarak seçeceklerdir. Ancak tarafların hiçbir kararlaştırmada bulunmadıkları bir durum da söz konusu olabilir. Bu durumda tarafların ortak arzusuna uygun olduğu ölçüde kanunun öngördüğü çözümler tercih edilecektir. Bu çözümler, garanti taahhüdünün niteliğine göre farklılık göstereceğinden her bir taahhüt bakımından aşağıda ele alınacaktır.

c. Bağımsız Olmayan Teminat (Garanti) Taahhüdü Bakımından Garanti Süresi ve Zamanaşımı

Satıcının verdiği bağımsız olmayan teminat taahhüdü kapsamında maldaki aksaklıklar bakımından bir garanti süresi belirlendiğinde bu sürenin kural olarak bir tespit ve bildirim süresi niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla bu süre içinde ortaya çıkan bir aksaklığın en geç bu sürenin sonuna kadar satıcıya bildirilerek giderilmesi talep edilebilecektir. En geç sürenin sonunda bildirim yapılmazsa borç sona erecektir. Sürenin sonuna kadar bildirimde bulunulması halinde zamanaşımı süresi içinde garanti taahhüdünden doğan talep hakkı kullanılabilir.

Tarafların garanti süresinin yanında ayrıca bir zamanaşımı süresini kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi garanti süresinin istisnai olarak zamanaşımı süresi olarak kararlaştırılması da mümkündür. Ayrıtan doğan sorumluluktaki zamanaşımı süresinin serbestçe değiştirilebilmesine ilişkin TBK m. 231, burada da kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Taraflar böyle bir durumda zamanaşımı süresini irade serbestisi çerçevesinde istedikleri

⁹⁸ Bkz. aşağıda (I, 4, c ve d) altındaki açıklamalarımız.

gibi değiştirebilecektirler. Bu noktada kural olarak satış türüne göre farklı kısıtlamalar söz konusu olmayacaktır. Zira taraflar burada kanunun doğrudan öngörmediği bir taahhüdü kendileri kararlaştırmaktadır. Pek tabii eğer taraflar ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulamasına kısıtlama getiriyorlarsa durum farklılaşır.

Taraflar sözleşmede hiçbir şekilde garanti süresi kararlaştırmadıklarında ise zamanaşımı süresi aynı zamanda garanti süresi olarak işlev göreceklerdir.

Garanti süresinin başlangıç tarihini ise tarafların kendileri saptaması mümkündür. Şayet bir kararlaştırma söz konusu değilse bu durumda kanunun belirlediği kıstaslar çerçevesinde tespit yapılacaktır. Bu anlamda sürenin malın tesliminden itibaren başlayacağı söylenebilecektir. Nitekim alıcı, malı inceleme şansına ilk kez bu anda sahip olacaktır (TBK m. 231).

Öte yandan garanti süresinin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi üzerindeki etkisine de değinmek gerekecektir. Zamanaşımı süreleri kural olarak borcun muaccel olmasından itibaren başlamaktadır⁹⁹. TBK m. 231’de ise bundan farklı olarak zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi, malın teslim tarihi olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla taraflar ayrıca kararlaştırmamışlarsa, TBK m. 231 kıyasen uygulanacağından, bu tarihin esas alınması icap edecektir¹⁰⁰. Tarafların belirlediği garanti süresi ile bu

⁹⁹ Oğuzman / Öz, C. I, s. 628; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1043; Eren, Borçlar Genel, s. 1282.

¹⁰⁰ Heim, s. 56.

Buna karşılık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi açısından farklı bir yaklaşımda bulunmak da mümkündür: Bilindiği üzere kural olarak zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi borcun muacceliyet tarihidir. Borç ise aksi kararlaştırılmadığı vakit, doğduğu anda muaccel olacaktır. TBK m. 231 kapsamında zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi malın devredildiği (özel olarak “teslim”) edildiği tarihtir. Oysa ayıptan doğan sorumluluk kapsamında borcun muacceliyet tarihi rizikonun (malda olması gereken bir özelliğin bulunmaması ya da aksaklık) meydana gelme zamanıdır, bu tarih de en geç hasarın geçiş anıdır. Buna karşılık alıcı, bu tarihte kural olarak malı kontrol etme imkânına sahip değildir. Alıcının malı kontrol edebilmesi ve rizikonun varlığını tespit edebilmesi imkânı ilk olarak malı teslim aldığı anda eline geçmektedir. İşte bu nedenle zamanaşımı süresi bu tarihten itibaren başlatılmıştır. Ne var ki bağımsız olmayan teminat taahhütlerinde rizikonun doğumu “garanti süresi” içinde gerçekleşebilecektir. Başlangıç tarihinin bu anlamda genel kurala sadık kalınarak, rizikonun gerçekleşmesi anı, yani borcun doğum

tarihin ileri bir tarihe ertelenip ertelenmediğinin de tespit edilmesi özellikle önem taşımaktadır. Zira belirtildiği üzere garanti süresi kural olarak bir zamanaşımı süresi niteliğini taşımamakta, sadece bir tespit ve bildirim süresi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda taraflarca bir belirleme söz konusu olmadığında zamanaşımı süresinin malın tesliminden itibaren mi, yoksa rizikonun meydana gelmesinden (aksaklığın ortaya çıkması) itibaren mi, yani diğer bir deyişle borcun muacceliyet anından mı başlayacağı tespit edilmelidir.

Adi satışlar bakımından garanti süresinin zamanaşımı süresinden daha kısa olarak belirlendiği bir ihtimalde açıkça bir düzenleme bulunmaması halinde tarafların kanunun öngördüğü başlangıç tarihi olan malın teslim tarihini değiştirmek istemedikleri sonucuna varmak isabetli olacaktır¹⁰¹. Zira böyle bir durumda alıcı garanti süresinin son gününde bildirimde bulursa dahi hala talebini ileri sürmek için zamanı olacak ve menfaatine halel getirilmemiş olacaktır. Garanti süresinin zamanaşımı süresine eşit veya ondan daha uzun olduğu bir ihtimalde ise, tespitin yapılması daha güçtür. Nitekim tarafların zamanaşımı süresinin başlangıç tarihini borcun muacceliyet tarihine ertelemek istedikleri kabul edilse bile hangi tarihte zamanaşımının tamamlanacağına ilişkin bir tespit yapılamamaktadır. Böyle bir durumda tarafların TBK m. 231'nin öngördüğü zamanaşımına bütünüyle itiraz ettikleri ve bu kapsamda TBK m. 146'da düzenlenen zamanaşımı süresinin uygulanmasını istedikleri sonucu çıkarılabileceği gibi; tarafların sadece borcun muacceliyet tarihinin esas alınmasını istedikleri, öte yandan da TBK m. 231'deki zamanaşımı süresini korumak istedikleri sonucunda ulaşılabilecektir. Her iki çözümleme de alıcının haklarını korumakta ve fakat ikincisi satıcının durumunu da gözeterek daha adil bir sonuca varmaktadır. Bu anlamda ikinci çözümlenmeye katılmak yerinde olacaktır¹⁰². Ticari satışlar ve tüketici satışlarında da aynı kurallar uygulanacaktır.

tarihinden başlatılması da önerilebilecektir. Zira burada rizikonun gerçekleştiği an, malın tesliminden sonraki bir zamana denk gelmektedir.

¹⁰¹ Heim, s. 57.

¹⁰² Heim, s. 58.

d. Bağımsız Garanti Sözleşmesi Bakımından Garanti Süresi ve Zamanaşımı

Satıcı ile alıcı arasında ayrı bir garanti sözleşmesi olduğunda ise yine tarafların bir garanti süresi kararlaştırabilmeleri mümkündür. Bu durumda söz konusu süre yine hem bir tespit hem de bir bildirim süresi olacaktır.

Bu sürenin aynı zamanda bir zamanaşımı süresi olarak kararlaştırılması ise kural olarak mümkün değildir. Zira garanti sözleşmesinden doğan taleplere uygulanacak zamanaşımı süresi TBK m. 146'daki 10 yıllık genel zamanaşımı süresidir. Bu sürenin değiştirilmesi ise kural olarak mümkün değildir. Borcun muacceliyet anı olan rizikonun doğumundan itibaren talep hakkı için zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır¹⁰³.

Garanti süresinde ortaya çıkan bir rizikonun süre sonuna kadar bildirilmemesi ise farklıdır¹⁰⁴. Bu durumda alıcı belli bir hareketi yapmadığı için garanti veren satıcının borcu sona erecektir¹⁰⁵. Borcun sona ermesi ile zamanaşımı süresinin işlemesi söz konusu olmayacak, süre böyle bir halde çok kısalmış olacaktır. Her ne kadar zamanaşımı süresinin değiştirilmesinden farklı bir durum söz konusu olsa da, zamanaşımı süresine etkide bulunması itibarıyla Yargıtay¹⁰⁶ garanti sözleşmesi niteliğindeki banka teminat mektuplarına ilişkin içtihatlarında böyle bir anlaşmayı geçersiz saymıştır¹⁰⁷. Bunun üzerine, 1981 yılında yapılan düzenleme ile garanti sözleşmesinin bir türü olan üçüncü kişinin fiilini

¹⁰³ Oğuzman / Öz, C.II, s. 413; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 1043.

¹⁰⁴ Belirtildiği üzere farklı bir bildirim süresi tespit edilmediği surette bu süre garanti süresinin sonuna kadar devam edecektir.

¹⁰⁵ Cabrillac / Mouly, s. 432; Tandoğan, Borçlar Hukuku, C. II, s. 884.

¹⁰⁶ Yarg. HGK, 26.11.1974, E. 972/ T-1585, K. 1974/76 (İKİD. 1974, s.3773).

¹⁰⁷ Oğuzman / Öz, C. II, s. 414: Yazar, burada Yargıtay'ın tutumunu isabetli bulmadığını ifade etmektedir. Gerekçe olarak burada tarafların zamanaşımını değiştirmediklerini ve fakat alacaklının belli bir süre içinde işlem yapmaması halinde borcun sona ereceğini kararlaştırdıklarını ifade etmektedir. Böyle bir anlaşmanın zamanaşımını değiştirme yasağına aykırılık taşıdığı ancak ortada bir kanuna karşı hile bulunduğu kabulü ile mümkün olacaktır. Bu durum ise daha ziyade istisnai bir niteliktedir, her bir halde somut olayın koşulları incelenmelidir.

taahhüde ilişkin hüküm getiren 818 Sayılı EBK m. 110'a bir fıkra eklenmiştir¹⁰⁸. EBK m. 110 f.2'ye göre rizikonun gerçekleşmesinden itibaren bir süre sonuna kadar talepte bulunulmaması halinde taahhüdün geçersiz olacağına ilişkin bir kaydın sözleşmeye konulmasının mümkün olduğu kanunen kabul edilmiştir. Artık söz konusu hükme göre bildirim yapılmadığı takdirde borç geçersiz hale gelecektir¹⁰⁹. EBK m. 110 f.2 hükmü başka garanti sözleşmelerinde de uygulanabilecektir¹¹⁰. Bu hüküm 6098 Sayılı TBK m. 128'de de aynen muhafaza edilmiştir.

Taraflar sözleşmede hiç garanti süresi kararlaştırmadıkları bir ihtimalde ise, zamanaşımı süresinin garanti süresi işlevi görüp görmeyeceği konusunda iki aşamalı bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre ilk aşamada yapılacak değerlendirme yönlendirme yapılan teşebbüse girişilmesi, ikinci aşamada yapılacak değerlendirme ise teminat altına alınan rizikoya ilişkindir¹¹¹.

Öğretide teşebbüse girişilmesi bakımından genel olarak iki farklı görüş ortaya atılmaktadır. Buna göre bir görüş, garanti alanın garanti sözleşmesi ile teminat altına alınan teşebbüse girişme zorunluluğu bulunmasa da işin mahiyetine göre belirlenecek makul bir süre içinde teşebbüse girmediği takdirde garanti verenin sorumluluğunun devam etmeyeceğini savunmakta¹¹², diğer görüş ise teşebbüse girme zorunluluğu bulunmaması bakımından böyle bir öneriyi kabul etmemektedir¹¹³. İnceleme konumuz bakımından çoğunlukla satış sözleşmesi ve garanti sözleşmesinin kurulma zamanı birbirine yakın olduğu üzere, rizikoları

¹⁰⁸ **Oğuzman / Öz**, C. II, s. 414; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop**, s. 233; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1159. Bkz. bu yönde Yarg. HGK, 30.03.1988 T, E. 1987/11-642, K.1988/287: "(...) *Garanti sözleşmesi BK'nun 110. Maddesine 08.07.1981 gün ve 2486 sayılı düzenleme ile eklenen fıkrasına uygun biçimde yapılmışsa vade sonuna kadar yazılı istekte bulunulmadığı takdirde bankanın şarta bağlı sorumluluğu sona erecektir.*"(www.kazanci.com). [*Son Erişim Tarihi: 30.01.2016*]

¹⁰⁹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 890.

¹¹⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 890.

¹¹¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 884.

¹¹² **Reisoğlu**, s. 170-171.

¹¹³ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 885.

garanti edilen teşebbüs bakımından bu görüşler çok büyük bir önem taşımayacaktır.

Bunun haricinde bir garanti süresi belirlenmediği ihtimalde teşebbüse girildikten sonra 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolmasına kadar geçen sürede meydana gelen rizikolar garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirilecektir. Bu anlamda zamanaşımı süresi garanti süresi olarak kabul edilecektir¹¹⁴.

5. Garanti Taahhütlerine İlişkin Taleplerin Sınırlandırılması

Garanti taahhütleri kapsamında kusurdan bağımsız bir sonuç sorumluluğu üstlenilmektedir. Dolayısıyla sorumluluğun kapsamı çok geniş olabilecektir. Buna karşılık gerek satıcı, gerekse üreticinin verdiği garanti taahhütleri sözleşmesel bir nitelik taşıdıklarından sınırlarını yine irade serbestisi çerçevesinde taraflar belirleyebilecektir¹¹⁵.

Sorumluluk kapsamının daraltılmasında belirli bir süre ile sınırlandırma yapılabileceği, belirli olaylar kapsam dışında bırakılabileceği gibi¹¹⁶, borcun doğumunun şarta veya bazı külfetlerin yerine getirilmesine bağlanması şeklinde hukuki manivelalar da kullanılabilir. Şart, gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılmayan olguların borcun doğumunda etkili olmasıdır. Külfet ise alacak hakkı sahibinin yerine getirmemesi durumunda kendi hakkını kaybedeceği “eksik bir yükümlülüktür”. Külfetin tam anlamıyla bir yükümlülükten farkı, karşı tarafın bunu yerine getirmesi hususunda külfet yükümlüsüne bir talepte bulunamamasıdır¹¹⁷.

Belirtilmelidir ki ayıptan doğan kanuni sorumluluğun bir garanti taahhüdü ile bertaraf edildiği ihtimalde, garanti taahhüdünün kendisinin

¹¹⁴ Tandoğan, Borçlar Hukuku C.II, s. 885.

¹¹⁵ JurisClasseur, N. 065-04, s. 947; Ziegel, Jacob S., “Report on the Ontario Law Reform Commission on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods”, International and Comparative Law Quarterly, Vol.22, No.2, April 1973, s. 363-372, s. 367.

¹¹⁶ Akünal, s. 554; Ancel, s. 207.

¹¹⁷ Oğuzman / Öz, C. I, s. 18; Kocayusufpaşaoğlu, s. 32.

alıcının haklarını aşırı derecede kısıtlayan şart veya külfetler öngörmesi geçerli kabul edilmemektedir¹¹⁸.

Yapılacak bu sınırlamaları süre ve kapsam bakımından olmak üzere genel olarak ikiye ayırmak mümkündür. Süre bakımından yapılacak sınırlamada taraflar yalnızca belli bir garanti süresi boyunca ve bununla beraber ayrıca bu süre içinde gerçekleşecek aksaklığın belli bir bildirim süresi (garanti süresinden farklı) içinde haber verilmesini sözleşmede öngörebilirler.

Kapsam bakımından yapılacak sınırlamada ise farklı değişkenler kullanılabilir. Bir defa garanti taahhüdünde bulunulan aksaklıklar özel olarak belirlenmiş olabilir¹¹⁹. Böyle bir halde alıcı bu aksaklıklar içinde değerlendirilemeyecek bir husus için garanti taahhüdü kapsamında talepte bulunamayacaktır. Ne var ki söz konusu aksaklık bir ayıp teşkil ettiği surette alıcı şartları varsa yine ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir¹²⁰.

Bir diğer kısıtlama tarzı malın kullanımı ile ilgili olarak yapılabilecektir. Malın olağan kullanımı esnasında veya bir kazanın meydana gelmesiyle oluşacak aksaklıklar ve benzer durumlar bakımından

¹¹⁸ **Akünel**, s. 553 dn. 11'den naklen: "Burada uygulamadan aldığım somut bir örneğe yer vermek istiyorum. Ülkemizde imal edilen bir televizyon cihazının garanti şartları arasında şu hüküm yer almaktadır: "Madde 5: Garantiye hak kazanmak için, her cihazın içinde bulunan garanti istek fişi ve garanti kartı müşteri tarafından bayi huzurunda satış anında doldurularak, istek fişi şirketimize postalanmalıdır. Garanti kartının hatalı doldurulması, zayii veya garanti istek fişinin satış tarihinden daha geç postalanması garantiyi hükümsüz kılar. Kartın zayii halinde ikinci bir kart verilmez." Onarım garantisini bu derece ağır şartlara bağlı tutan bir kayıt, kanaatimce geçerli sayılamaz."

¹¹⁹ **Akünel**, s. 555; **Witschi**, s. 38 vd.; Yarg. 19. HD, 13.11.2007, E. 6360, K. 9987: "(...) satılan malın fatura tarihinden itibaren 1 yıl süreyle işçilik, imalat ve malzeme hatalarına karşı satıcının garantisi altında olduğu öngörülmüştür." (Burada garanti taahhüdü gerek süre gerekse de kapsam bakımından sınırlandırılmıştır.) (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 30.01.2016]

Yarg. HGK, 05.10.2005 T, E. 4-487, K.553: "(...)Somut olayda davaya konu olan araca ait garanti belgesi 17.12.1997 başlangıç tarihli olup, 1 yıl sürelidir ve azami tamir süresi 1 ay olarak gösterilmiş; ayrıca tercümesi yapılan belge ile üretici firma tarafından 30 yıl içten paslanmaya karşı, 30 yıl da marş ve arıza sorunlarına karşı garanti süresine tabi kılınmıştır."(www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 30.01.2016]

¹²⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.I, s. 137.

bir sınırlama da öngörülebilecektir. Söz konusu sınırlamalar, genellikle soyut ifadeler kullanılarak yapılmaktadır¹²¹. Bu bağlamda, taraflar arasındaki anlaşmanın yorumlanması gerekecektir. Örneğin “*malın olağan kullanımı*”ndan ne anlaşılması gerektiği araştırılırken verilen kullanım kılavuzu ve malın kullanılma amacı önem arz edecektir¹²². Kaza ise, alıcının kusuru olmaksızın meydana gelen bir durumdur. Kural olarak garanti sorumluluğu kaza hallerini de kapsamaktadır. Alıcının kusurlu olduğu bir halde ise TBK m. 52 uygulanarak zaten bir sınırlama yapılabilecektir¹²³. Bunun da ötesinde zaten uygulamada genellikle garanti kayıtlarında alıcının kusurunu içeren kullanım hatalarının garanti kapsamı dışında bırakıldığı görülmektedir¹²⁴.

Yine başka bir sınırlama, alıcının veya -garanti taahhüdünde bulunanın yetkilendirmediği- bir üçüncü kişinin aksaklığın meydana gelmesinde rol oynaması halinde getirilebilecektir. Böyle bir durumda garanti taahhüdünde bulunan kendi uzmanlık bilgisini gözeterek bir başka kimsenin müdahalede bulunmasının yerinde olmayacağını ifade etmek ister. Bu şekilde bir hüküm olmasa da yapılan hareket malın durumunun kötüleşmesine sebep oluyorsa zaten yine alıcının kusurunun bulunduğu ortaya konularak TBK m. 52 hükmü kapsamında bir değerlendirme yapılabilecek ve garanti taahhüdünde bulunan zararın karşılanmasından muaf tutulabilecektir¹²⁵.

¹²¹ **Ziegel**, s. 369: Yazar, bu soyut ifadelerin bazen ciddi bir “anlaşılamazlığı” da beraberlerinde getirdiklerini ifade etmektedir. Örneğin alıcıya sağlanan garanti taahhüdü ilk bakışta geniş kapsamlı gibi görünse de ulaştırma masraflarına alıcının katlanması gibi zorunluluklar getirmektedir. Bu da doğal olarak belli durumlarda alıcının hakkını kullanmaktan imtina etmesi sonucuna yol vermektedir.

¹²² **Heim**, s.65.

¹²³ **Reisoğlu**, s. 171; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 856.

¹²⁴ Yarg. 13. HD, 17.03.2003 T, E. 14010, K. 2998: “(...) Anonim şirkete ait “garanti hakkında açıklamalar” başlıklı belgede, hatalı yağ antifriz ve benzeri kullanılmasından doğan arızaların, kullanma hatası sayıldığından garanti kapsamına girmediği belirtildiğine (...)” (www.kazanci.com). [Son Erişim Tarihi: 30.01.2016]

¹²⁵ **Reisoğlu**, s. 171; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku C.II, s. 856.

II. Ayıptan Doğan Sorumluluk Rejimi Kapsamında Nitelik Vaadi ve Bağımsız Olmayan Teminat Taahhüdü ve Bağımsız Garanti Sözleşmesi Arasındaki Farklar

Bilindiği üzere, nitelik vaatleriyle satıcı satış konusunun, işlem hayatındaki anlayışa göre bulunması haklı olarak beklenebilecek temel vasıflarının yanında, başka bazı özel nitelikleri taşıdığını da ifade eder¹²⁶. Söz konusu vaatler açık yahut örtülü, olumlu ya da olumsuz biçimde yapılmış olabilir¹²⁷. Esasen burada sadece satıcı tarafından yapılan bir bilgi açıklamasına kanun tarafından hukuki bir sonuç bağlanmaktadır¹²⁸,¹²⁹. Öyle ki satıcı, bu türden açıklamalarıyla ayıptan doğan sorumluluğunun var olan kapsamını genişletmektedir. Diğer taraftan bir açıklamanın nitelik vaadi olarak değerlendirilebilmesi için, bu açıklamaların satış konusunun objektif olarak belirlenebilir niteliklerine ilişkin olması gerekmektedir. Satıcının sadece reklam amaçlı övgüleri kural olarak nitelik vaadi olarak kabul edilmemektedir¹³⁰. Bunlar güven teorisine göre yorumlanarak bir sonuca varılmalıdır¹³¹. Vaat edilen niteliklerdeki ayıp, satış konusunda sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulduğu anda mevcut olmalıdır¹³².

Satıcı tarafından yapılan bir açıklamanın nitelik vaadi mi teşkil ettiği yoksa bir garanti taahhüdü mü oluşturduğunun tespit edilmesinde

¹²⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 136; **Amaudruz, Michel**, La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue, Lausanne, 1968, s. 58; **Kutoğlu**, s. 35.

¹²⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s. 137; **Schneider A. / Fick, H.**, Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Commentaire Populaire et Pratique, Neuchatel, 1915, Art. 197, N. 27.

¹²⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 138.

¹²⁹ Belirtilenler kapsamında aslında “vaat” terimi yerine “bildirme” teriminin kullanılması daha yerinde olacaktır. Çünkü gerçek anlamda bir vaat etme söz konusu olmadan sadece açıklamaya sonuç bağlanmaktadır. (Bkz. Aynı görüşte, **Şahiniz**, s. 54.) Ancak alışlagelmiş bir terim olması açısından burada yine de “vaat” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

¹³⁰ **Gümüş**, s. 81; **Şahiniz**, s. 57; **Zevkliler / Aydın**, s. 118. Ticari satışlar için bu açıklamaların nitelik vaadi olarak değerlendirilebileceği göşünde bkz. **Oktay-Özdemir, Saibe**, “*Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s. 39-58, s. 42.

¹³¹ **Aral**, Borçlar Hukuku, s. 114.

¹³² **Eren**, Borçlar Özel, s. 139.

ise, temel olarak üç farklı kıstastan yola çıkılabilecektir. Öncelikle ortada sözleşmesel bir garanti taahhüdünün varlığını oluşturabilecek bir kaydın olup olmadığına bakılmalıdır. Bu anlamda ilk değerlendirilmesi gereken husus, böyle bir kaydın kanunun belirlediği kapsamın ne ölçüde dışına çıktığıdır. Şayet kanunun belirlediği kapsam dışına hiç çıkmıyorsa bu durumda zaten “yasal garanti” düzeni olan ayıptan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde kalınması söz konusudur. Satıcının sadece malda bir özelliğin bulunduğunu belirtmesi ve sözleşmeye başka bir değişiklik getirmemesi durumunda bir nitelik vaadinden söz edilebilecektir. Bu tespitite işe yarayabilecek bir başka kıstas ise taahhütte bulunulan zaman dilimidir. Geçmişe ve en geç hasarın geçişi anına yönelme durumunda yine “yasal garanti” düzeninden ayrılma söz konusu değildir, hasarın geçiş anından itibaren geleceğe ilişkin düzenlemeler ise sözleşmesel bir garanti taahhüdünün varlığına işaret etmektedirler¹³³. Bir diğer ifadeyle hasarın geçiş anına kadar olan rizikolar ve gelecekteki rizikolar bu anlamda birbirinden ayrılmaktadır. Nitelik vaatlerinde hasarın geçiş anına kadar olan rizikolar kapsam içinde iken¹³⁴, sözleşmesel garanti taahhütlerinde gelecekte ortaya çıkabilecek rizikolar taahhüt kapsamına alınmaktadır¹³⁵.

Şayet kanunun belirlediği kapsamın dışına bir şekilde çıkmışsa, bu kez satış sözleşmesinin kapsamı dışına çıkılıp çıkmadığı değerlendirmeye alınmalıdır. Bu kapsamda rizikonun malın özelliklerine ilişkin mi yoksa dış etkenlere ilişkin mi olduğu yönünde bir inceleme yapılmalıdır. Söz konusu inceleme, kaydın hukuki niteliğinin tespitinde işe yarayacaktır. Malın özelliklerine ilişkin olarak daha satış ilişkisinin kurulduğu andan ileriye doğru kontrol altında tutulabilecek rizikolar bakımından bağımsız olmayan teminat taahhütlerine ilişkin hükümler, dış etkenlere bağlı olarak malın özelliklerini etkileyen rizikolar bakımından ise bağımsız garanti sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

¹³³ **Gümüş**, s. 81; **Aral**, Borçlar Hukuku, s. 114; **Yavuz**, s. 65; **Şahiniz**, s. 55; **Tercier**, N. 660.

¹³⁴ **Aral**, Borçlar Hukuku, s. 114; **Şahiniz**, s. 55; **Eren**, Borçlar Özel, s. 139.

¹³⁵ **Serozan**, Borçlar Özel, s. 144; **Eren**, Borçlar Özel, s. 139.

Dolayısıyla kapsam, zaman dilimi ve riziko tipi açısından ortaya konulan bu üç kıstas, her bir durumda hem “yasal garanti” düzeni hem de sözleşmesel garanti düzeni bakımından yapılacak ayrımlarda hukuki nitelendirmeyi kolaylaştırmaktadır¹³⁶. Bunun yanında, tarafların kullandıkları ifadeler ise yapılacak ayırmada doğrudan temel bir değerlendirme kıstası oluşturmamaktadır.

Konuyu daha derinlemesine açacak olursak, “yasal garanti” düzeni olan ayıptan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde söz konusu olan nitelik vaatlerinde satıcı mala ilişkin bir özelliğin sadece varlığını özel olarak taahhüt etmektedir. Bu noktada satıcının nitelik vaadinden doğan borcu, hasarın geçiş anına odaklanmaktadır¹³⁷. Hasarın geçiş anı bakımından vaad edilen özelliğin varlığı sabit ise, satıcının herhangi bir sorumluluk altına girmesi söz konusu olmayacaktır. Varlığı taahhüt edilen özellik bulunmadığı takdirde ise şekli ve maddi şartların yerine getirilmesi suretiyle alıcı seçimlik haklarından faydalanılabilecektir.

Yasal düzenin dışına çıkan garanti taahhütlerinde ise ikili bir ayırım yapılarak incelemeye devam etmek yerinde olacaktır. Sözleşmesel garanti taahhütlerinin ortak noktası, satış sözleşmesindeki alıcıyı sözleşmeyi kurmaya yönlendirme amacını taşımalarıdır. Ancak birinde satış sözleşmesinin ayıptan doğan sorumluluk hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılırken; diğesinde ayrı bir sözleşme olan garanti sözleşmesi hükümleri değerlendirmede rol oynamaktadır¹³⁸.

Bu bağlamda karşımıza iki ihtimal çıkabilecektir:

- İlk ihtimalde satıcı dilediği takdirde ayıptan doğan sorumluluk düzenini kapsam bakımından kendi arzusuna göre değiştirebilecektir. Şöyle ki, satıcının malın kendi kontrol edebildiği özelliklerine ilişkin olarak, sadece hasarın geçiş anına odaklanmayan ve daha ziyade gelecekte bir zaman diliminde yer alan rizikolara yönelik bir sorumluluk rejimini

¹³⁶ Lips, s. 21.

¹³⁷ Gümüş, s. 82; Şahiniz, s. 55; Yavuz, s. 65.

¹³⁸ Arbek, s. 139.

benimsemesi halinde bağımsız olmayan bir teminat taahhüdü söz konusu olacaktır¹³⁹.

- İkinci ihtimalde ise bir adım daha öteye geçilmekte ve artık satış konusu malın özelliklerinden daha ziyade dış etkenlerin mal üzerinde yaratacağı rizikolara¹⁴⁰ yönelik bir taahhütte bulunulabilmesi söz konusu olmaktadır: Bu durumda satıcının taahhüdü artık satış sözleşmesinin çerçevesinin dışına çıkacak ve yeni bir sözleşme meydana getirmiş olacaktır¹⁴¹. Dolayısıyla artık ortada bir garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir.

Öğretide özel olarak bu iki sözleşmesel garanti taahhüdünün ayırt edilmesinde daha farklı kıstaslar da ortaya koyulmaktadır. Bunlardan bir tanesi söz konusu taahhüdün satış sözleşmesinin çerçevesinde kalıp kalmadığını araştırırken farazî bir değerlendirme yapılmasını önermektedir. Bu değerlendirmede satıcı tarafından verilen söz konusu taahhüdün bir başkası tarafından verildiği bir ihtimalde satıcı üzerinde satış sözleşmesinden doğan bir sorumluluk kalıp kalmayacağını incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Şayet rizikoya ilişkin satıcı üzerinde hiçbir sorumluluk kalmıyorsa, ortada ayrı ve bağımsız bir garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir¹⁴². Bu kıstas, öğretilerde her durumda bir çözüm getirmemesi yönünden eleştirilmektedir¹⁴³. Yine başka bir ayırım kıstası ise asli sözleşmenin mahiyeti icabı kendisine bağlı bulunan rizikoları diğerlerinden ayırt etmek yoluyla sağlanabilmektedir. Bu şekilde sözleşmenin mahiyetine bağlı olmayan rizikoların teminat altına alınmaları durumunda artık ayrı ve bağımsız bir sözleşme olan garanti sözleşmesinin varlığından bahsedilebilecektir¹⁴⁴. Bu kıstas

¹³⁹ Lips, s. 21; BGE 122 III 426.

¹⁴⁰ Bu çeşit rizikolar malın vasıflarını ve vaziyetini dışsal olarak etkilemektedir. Ancak garanti veren satıcı bu rizikoları hasarın geçiş anı bakımından hiçbir şekilde kontrol altında tutamayacaktır.

¹⁴¹ Lips, s. 20; BGE 122 III 426.

¹⁴² Tandoğan, Garanti, s. 13.

¹⁴³ Tandoğan, Garanti, s. 13.

¹⁴⁴ Tandoğan, Garanti, s. 13.

yukarıda rizikonun kaynağı bakımından yaptığımız ayrıma yaklaşmaktadır. Ancak bu kapsamda satış hukuku çerçevesindeki rizikoların tespit edilmesi gerekeceğinden tam olarak doğrudan bir çözüme ulaşılamamakta, tekrar değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Kanaatimizce tüm bu zikredilen kıstaslar arasında iki sözleşmesel taahhüdün ayırımına en iyi işaret eden temel kıstas, belirttiğimiz üzere rizikonun malın özelliklerine ilişkin olarak satıcının kontrol edebildiği şekilde mi olduğu yoksa malın özelliklerine etki eden dış etkenlerden mi kaynaklandığı kıstasıdır. Bu kıstas, aynı zamanda ayıptan doğan sorumluluğa dair “yasal garanti” düzeni bakımından sözleşmesel garanti düzenine en yakın özellik gösteren nitelik vaatlerini de kucaklamaktadır.

Görüldüğü üzere satış sözleşmesinde, iradi olarak kararlaştırıldıkları vakit, ayıptan doğan sorumluluğun “yasal garanti” düzeni kapsamında değerlendirilecek olan nitelik vaatlerinden bağımsız bir garanti sözleşmesine doğru kuvvetlenen bir çizgide seyreden farklı teminat yapıları söz konusu olabilecektir. Özetle ifade edilecek olursa: Ayıptan doğan sorumluluk hükümleri kanunda yer alan belli teknik kıstaslar kapsamında bir sorumluluk öngörmektedir¹⁴⁵. Bağımsız olmayan teminat taahhütleri var olan bu düzeni değiştirme veya buna eklemeler yapma amacı taşıdığından, ayıptan doğan sorumluluk düzeni çerçevesinde söz konusu olan teknik kıstaslar bunlar bakımından da niteliklerine uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulmaktadır. Bağımsız garanti sözleşmesinde ise, bu teknik kıstasların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmamakta, sonuçlar bunlardan bağımsız olarak irade serbestisi çerçevesinde kararlaştırılan şekilde ayrı bir sözleşmeden doğmaktadır¹⁴⁶.

Her ne kadar bu şekilde farklar belirgin ortaya konulmaya çalışılmış olsa da bazı durumlarda ayırımın yapılması kimi zaman epeyce

¹⁴⁵ **Ancel**, s. 212.

¹⁴⁶ **Ancel**, s. 212: Yazar, garanti taahhüdünden doğan hakkın kullanılabilmesi sözleşmesel olarak tazmin edilmesi kararlaştırılmış herhangi bir aksaklığın malda bulunmasının yeterli olacağını ifade etmektedir. Oysaki ayıptan doğan sorumlulukta, aksaklığın bir ayıp teşkil etmesinin yanında seçimlik hakların kullanılabilmesi için bu ayıbın aynı zamanda esaslı bir ayıp da olması gerekmektedir.

zorlaşabilmektedir. Bu zorluğu doğuran faktör, teminat altına alınan rizikonun hem malın özelliklerine hem de dış etkenlere eşit ölçüde bağlanıyor olmasıdır. Özellikle ekonomik ayıplar bakımından geleceğe ilişkin belirli bir süre için garanti verilmesi durumunda bu sorun karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁷. Durumu bir örnekle somutlaştırmak yerinde olacaktır: Bir ticarethanenin devrine ilişkin sözleşmede ticarethanenin hâlihazırdaki gelirinin muayyen bir miktarda olduğunun taahhüt edilmesi durumunda bir nitelik vaadi olduğu aşikârdır, burada hasarın geçiş anı bakımından bir riziko değerlendirmesi yapılmaktadır. Bunun dışında taahhüdün kanundaki seçimlik haklardan farklı bir hak öngörmesi (örneğin zararın nakden karşılanması hakkı) durumunda bu kez bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünden bahsetmek gerekecektir¹⁴⁸.

Ne var ki örneğin değiştirilerek gelirin satış sözleşmesinin kurulmasından itibaren bir ay bu şekilde kalacağına taahhüt edilmesinin söz konusu olduğu bir durumda ulaşılan sonuçlar farklılaşacaktır. Zira böyle bir durumda malın var olan bir özelliğinin gelecekte bir süre daha devam edeceği öngörülmekle beraber bu özellik aynı zamanda dış etkenlerin belirlediği parametrelere de bağlı bulunmaktadır. Bu kez ortada bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünün mü yoksa bir garanti sözleşmesinin mi bulunduğu tartışılabilecektir. Kanaatimizce burada artık dış etkenlerin etkisinin ağır bastığı kabul edilerek garanti sözleşmesinin varlığına ilişkin bir yorum yapılması yerinde olacaktır.

Yukarıdaki örneğin yine değiştirilerek aynı ticarethanenin gelirinin bir ay içinde artarak belirli bir seviyeye geleceğinin taahhüt edilmesi durumunda ise artık dış etkenlerin etkisi kesin olarak belirginleştiğinden bir garanti sözleşmesinin varlığından tartışmasız biçimde bahsedilebilecektir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Şahiniz, s. 55; Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi kararı Bkz. BGE 122 III 146.

¹⁴⁸ Tandoğan, Garanti, s.15.

¹⁴⁹ Tandoğan, Garanti, s. 15.

III. Garanti Taahhütlerinin Ayıptan Doğan Sorumluluk Düzenine Etkisi

1. Bağımsız Olmayan Teminat (Garanti) Taahhüdünün Etkisi

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu malın gereği gibi ifa edilmesi borcu kapsamında ortaya çıktığından satıcının esaslı borçlarından bir tanesini teşkil etmektedir. Bu borcun kapsamının daraltılması ancak açık bir düzenleme ile belli şartlara bağlı olarak (sorumluluk anlaşmalarının tabi olduğu şartlar) yapılabilecektir¹⁵⁰.

Satıcının verdiği bağımsız olmayan teminat taahhütleri nitelikleri itibarıyla ayıptan doğan sorumluluk hükümleriyle benzerlik göstermektedir. Bu taahhütler bazı durumlarda ayıptan doğan sorumluluğu kaldırmayacaktır. Sorumluluğun tam olarak kaldırılabilmesi için tarafların açık şekilde bunu kararlaştırmış olmaları gerekmektedir¹⁵¹. Böyle bir durumda söz konusu taahhüt aynı zamanda bir sorumsuzluk anlaşması niteliğinde olacağından TBK m. 221'in getirdiği sınırlamalara tabi olacaktır¹⁵².

Ne var ki, açık bir kararlaştırma söz konusu olmadığında ayıptan doğan sorumluluk hükümleri varlığını sürdürecektir, garanti taahhüdünden doğan taleplerle yarışacaktır¹⁵³. Bunun sebebi garanti taahhütlerinin kural olarak alıcının durumunu iyileştirmek için veriliyor olmalarıdır¹⁵⁴.

¹⁵⁰ **Ancl**, s. 221; **Gross**, N. 152.

¹⁵¹ **Gümüş**, s. 79; **Akünel**, s. 552; BGE 94 II 26; BGE 91 II 394.

¹⁵² Bu konuda bkz. **Yavuz / Acar / Özen**, s. 133.

¹⁵³ **Heim**, s. 46; **Gümüş** s. 79. Bkz. bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi Kararı: BGE 94 II 26. Aksi görüş için bkz. **Witschi**, s. 48.

Farklı bir görüş için bkz. **Ancl**, s.227-228: Yazara göre alıcı eğer hem garanti taahhüdünden hem de ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinden faydalanabilecek bir durumda ise bunlar arasında yarışma bulunmamaktadır, alıcı öncelikle garanti taahhüdünden doğan haklarını kullanmalıdır. Bu noktada yazar, alıcının garanti taahhüdünün tarafı olmakla bu şekilde zımnî bir kabullenme içinde olduğu kabul etmektedir. Eğer bu talebi ile tam olarak tatmin edilemezse bu durumda ayıptan doğan sorumluluk kapsamındaki hakları çerçevesinde başvuruda bulunabilecektir.

¹⁵⁴ **Ancl**, s. 222-223; **Witschi**, s. 25; BGE 91 II 394.

Bunun dışında sadece taahhütte kararlaştırılmış olan özel aksaklıklar bakımından ayıptan doğan sorumluluk bertaraf edilmiş olabilecektir¹⁵⁵. Böyle bir durumda malda meydana gelebilecek ve hukuken ayıp olarak nitelendirilebilecek diğer aksaklıklar için ayıptan doğan sorumluluk hükümleri varlıklarını devam ettirecektir. Satıcının bunların garanti taahhüdü kapsamında olmadığını söyleyerek kanundaki sorumluluğundan kaçınması söz konusu olmayacaktır.

Bağımsız olmayan teminat taahhüdünün ayıptan doğan sorumluluğu kaldırmadığı bir durumda belirlenen garanti süresinin bu sorumluluk bakımından etkisinin olup olmadığı ve etkisi varsa bunun nasıl değerlendirileceğinin de tespiti gerekir. Bu sorun, en belirgin ve karışık şekilde satıcının verdiği garanti taahhüdü ve ayıptan doğan sorumluluk aynı aksaklık bakımından kesiştiğinde ortaya çıkacaktır. Adi satışlarda, böyle bir durumda alıcı hem garanti taahhüdü kapsamında bir talepte bulunabilecek, hem de ayıptan doğan sorumluluk kapsamında seçimlik haklarını kullanabilecektir. Ancak garanti taahhüdü lehdarının bildirim yapması için garanti süresinin sonuna kadar vakti bulunmaktadır, bunun yanında talep hakkı ise zamanaşımı süresince devam edecektir. Zamanaşımı süresi, garanti taahhüdünün süresi bundan daha kısa olduğunda malın tesliminden itibaren başlayacak; daha uzun olduğu durumda ise muacceliyet tarihi olan rizikonun gerçekleşme tarihinden (*aksaklığın ortaya çıkması*) başlayacaktır. Oysa ayıptan doğan sorumluluk kapsamında alıcıya, açık ayıplarda teslimden itibaren uygun bir sürede gözden geçirme ve bildirim külfeti, gizli ayıplarda ise ayıp ortaya çıktıktan itibaren hemen bildirim külfeti yüklenmiştir. Zamanaşımı süresi ise malın teslim edildiği tarihten itibaren başlamaktadır. Görüldüğü üzere aynı aksaklık için garanti taahhüdü kapsamında daha geniş bir koruma sağlanmaktadır. Şu halde alıcının ayıptan doğan sorumluluk kapsamındaki haklarını kullandığında garanti taahhüdünün sağladığı avantajlardan(özellikle garanti süresi) faydalanamayacağını kabul etmek

¹⁵⁵ Heim, s. 63.

menfaatler dengesi bakımından yerinde olacaktır¹⁵⁶. Bunun üzerine bir de garanti taahhüdünde getirilen avantajların ayıptan doğan sorumluluk bakımından da uygulanması satıcının durumunu çok fazla ağırlaştırmış olacaktır. Satıcı da normal şartlarda taahhütte bulunurken kapsamı bu kadar genişletmeyi düşünmeyecektir. Ancak aksinin kararlaştırılması mümkündür¹⁵⁷.

Özetle aksi açık olarak kararlaştırılmadıkça, ayıptan doğan sorumluluk garanti taahhüdünün yanı sıra varlığını devam ettirecektir. Ne var ki ayıptan doğan sorumluluktan doğan haklarını kullanan alıcı, garanti taahhüdüne ilişkin düzenlemenin getirdiği avantajlı durumdan faydalanamayacaktır¹⁵⁸. Bunun da aksi sözleşmede kararlaştırılabilir.

Öğretide bir görüş ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kaldıran garanti taahhütlerinin alıcıyı tatmin etmediği bir durumda alıcıya ayıptan doğan sorumluluk çerçevesinde tanınan sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesinin gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁹. Bu görüşe göre garanti taahhüdünün ayıptan doğan sorumluluğa etkisi ancak alıcının bu taahhülle tatmin edilebildiği durumda söz konusu olacaktır. Zira aksi halde alıcı bakımından tahammül edilemez sonuçlar doğacaktır. Aynı şekilde Alman Federal Mahkemesinin yerleşmiş içtihadına göre de onarıma ilişkin kısıtlayıcı bir garanti taahhüdünün bunu sağlamada yetersiz veya imkânsız olması durumunda alıcı baştan feragat etmiş olsa

¹⁵⁶ Heim, s. 56; Witschi, s. 62; JdT 1926 I 442.

¹⁵⁷ Tarafların bu süreleri de garanti süresi düzenlemesi ile birlikte değiştirmek iradelerini açık olarak ortaya koymaları durumunda tarafların düzenlemesi bu süreleri de etkileyecektir. Sonuçlar adi, ticari satışlar ve tüketici satışlarında farklılık arz etmektedir. Adi satışlar bakımından bu sürelerin uzatılması veya kısaltılması mümkündür. Ticari satışlarda ise TTK m. 6 kapsamında bu sürelerin hiçbir şekilde değiştirilememesi durumu söz konusudur. Diğer taraftan tüketici satışlarında ise, TKHK m. 8'nin nispi emredici düzenlemesi çerçevesinde sürelerin tüketici lehine olarak değiştirilmesi mümkündür, bu kapsamda süreler uzatılabilir ama kısaltılamaz.

¹⁵⁸ Heim, s. 43; Bu yönde BGE 78 II 367: Kararda garanti taahhüdü kapsamında garanti süresinin kararlaştırılmasının ayıptan doğan sorumluluk kapsamındaki seçimlik haklar için işleyecek zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin ileriye alınmadığına işaret edilmektedir.

¹⁵⁹ Akünal, s. 563.

bile ayıptan doğan haklarını ileri sürebilecektir¹⁶⁰, ¹⁶¹. Bu görüşe katılmıyoruz, zira garanti taahhüdünün bir ifa engeli nedeniyle yerine getirilmemesi halinde buna uygulanacak yaptırımlar (bkz. TBK m. 112 vd.) zaten var bulunmaktadır. Bu anlamda ayıptan doğan sorumluluğu bir kere sınırlandırdıktan sonra tekrar varlığının kabulü istikrarsızlığa sebep olacağından, zaten var olan yaptırımların uygulanması daha yerinde olacaktır.

Ticari satışlar bakımından söylediklerimizde bir farklılık söz konusu değildir. Tüketici satışlarında ise tüketici aleyhine yapılan değişiklikler, TKHK m. 8-12'nin nispi emredici nitelikleri gereğince geçersiz olacaktır. Bu anlamda satıcı ayıptan doğan sorumluluğunu böyle bir taahhüt ile hiçbir şekilde kaldıramayacaktır.

2. Bağımsız Garanti Sözleşmesinin Etkisi

Satıcı bağımsız garanti sözleşmesine konu olabilecek bir taahhütte bulunduğu anda bu taahhüt ayıptan doğan sorumluluğun konusunu oluşturan sorumluluk sebeplerinden uzaklaşmaktadır. Nitekim garanti sözleşmesine konu olan rizikolar satıcının kontrolü dışında malın dışındaki etkenler bakımından meydana gelmekte ve dolaylı olarak malın özelliklerini etkilemektedir. Ayıptan doğan sorumluluk kapsamında ise hasarın geçiş anı bakımından bir değerlendirme doğrudan malın özellikleri bakımından yapılmaktadır. Belirtilmelidir ki ayıptan doğan sorumluluk ile böyle bir garanti taahhüdünün konusunu oluşturan aksaklıkların kesişmesi çok düşük bir ihtimal oluşturmaktadır. Bu anlamda her iki hukuki sorumluluk hükmü farklı alanları düzenlemektedir.

Dolayısıyla bir kesişme de olmadığı için bağımsız sözleşmeden garanti taahhüdü kendi başına ayıptan doğan sorumluluk hükümlerini kaldırması zaten düşünülemeyecektir. Ancak tarafların böyle bir taahhüt

¹⁶⁰ BGHZ 22, s. 90; BGH 11.5.1966 tarihli kararı Betr. 1966, s. 977 (Bkz. **Akünel**, s. 563 dn. 50).

¹⁶¹ Bu konuda hakkın doğuşu bakımından bir tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre alıcıya kanun tarafından tanınmış olan haklar yeniden dirilecektir. Ancak bir diğer görüş bunun dürüstlük kuralından doğan ayrı ve yeni bir dönme hakkı olduğunu savunmaktadır (Tartışma ve görüşler için bkz. **Akünel**, s. 563 ve orada özellikle dn. 51).

kapsamında açıkça sorumsuzluk anlaşması öngörerek TBK m. 221'in belirlediği çerçevede düzenlemede bulunmaları kabul edilebilecektir. Tüketici satışları ve ticari satışlarda da, bağımsız olmayan teminat taahhütlerinin etkisi bakımından verdiğimiz açıklamalar aynen geçerli olacaktır.

Öte yandan garanti sözleşmesinden doğan bir taahhüdün kapsama alanı ayıptan doğan sorumluluktan farklı olduğu için, taahhüt kapsamında belirlenen garanti süresinin ayıptan doğan sorumluluğu etkilemesi de söz konusu olamayacaktır.

Sonuç

Satıcının alıcıya satış konusunun nitelikleri ile ilgili olarak (saf) garanti taahhütleri vermesi mümkündür. Böyle bir durumda garanti taahhüdünün konusunu teşkil eden riziko üzerinden ikili bir değerlendirme yapılarak bu taahhütlerin hukuki niteliği tespit edilmelidir. Buna göre eğer malın kontrol edilebilir özelliklerine ilişkin rizikoların temin edilmesi söz konusuysa bağımsız olmayan bir teminat taahhüdünden bahsedilecektir. Bağımsız olmayan teminat taahhüdü, satış sözleşmesinin bir yan hükmüdür. Bu taahhütlere satış hukukundaki ayıptan doğan sorumluluk düzenlemeleri niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Öte yandan eğer malın özelliklerini etkileyebilecek dış etkenlere bağlı kontrol edilemez rizikoların temin edilmesi söz konusu ise artık bağımsız bir garanti sözleşmesinin varlığından bahsetmek yerinde olacaktır. Satıcının bağımsız garanti sözleşmesine ise garanti sözleşmelerine uygulanacak hükümler uygulanacaktır. Garanti sözleşmesi, kanunda düzenlemesi bulunmayan kendine özgü (*sui generis*) nitelikte bir sözleşmedir.

Diğer taraftan satıcı tarafından verilen bu saf garanti taahhütleri, ayıptan doğan sorumluluk kapsamında söz konusu olan nitelik vaatlerinden de farklıdır. Zira nitelik vaatlerinde, sadece bir bilgi açıklamasına, özel bir taahhüt söz konusu olmaksızın ve gerekmeksizin, kanun tarafından sonuçlar bağlanmaktadır. Nitelik vaatleri, özel olarak “ayıp” kavramıyla çalışmakta ve hasarın geçiş anına odaklanmaktadır.

Oysa ki garanti taahhütlerinde geleceğe ilişkin rizikoların güvence altına alınması söz konusudur, ayıp gibi teknik bir kavramın şartlarının oluşup oluşmadığına da bakılmamaktadır; sadece irade serbestisi çerçevesinde giderileceği kararlaştırılmış bir arıza / aksaklığın bulunması yeterlidir.

Garanti taahhütlerinin ayıptan doğan sorumluluk düzenine etkisine değinilecek olursa, adi ve ticari satışlarda bir garanti taahhüdü kararlaştırılması yoluyla ayıptan doğan sorumluluğun kaldırılabilmesi ancak bu konudaki açık bir anlaşmanın varlığına bağlıdır. İlgili durum, tüketici satışlarında farklıdır. Bu satışlarda tüketicinin korunması prensibi gereğince böyle bir kayıt her durumda doğrudan doğruya geçersiz olur. Her üç satış türünde de özel bir belirtme bulunmaması halinde sözleşmesel garanti taahhütleri ile ayıptan doğan sorumluluk hükümleri paralel olarak varlıklarını sürdürürler.

KAYNAKÇA

- Akünel, Teoman**, “*Satıcının “Onarım Garantisi”*”, İÜHFM, C.XXXVIII, Sayı 1-4, s. 547-570.
- Amaudruz, Michel**, *La garantie des défauts de la chose vendue et la non-conformité de la chose vendue*, Lausanne, 1968.
- Ancel, Pascal**, “*La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière*”, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Tome XXXII, Année 1979, s. 203-229.
- Aral, Fahrettin**, “*Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları*”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 131-145. (“*Banka Teminat Mektupları*”)
- Aral, Fahrettin**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007. (“*Borçlar Hukuku*”)
- Arbek, Ömer**, *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Atiyah, P.S. / Adams, John N.**, *The Sale of Goods*, Pearson-Longman, London, 1995.
- Barlas, Nami**, “*Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2002, s. 937-988. (“*Kredi Kartı Teminatı*”)
- Bilgin Yüce, Melek**, *Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Bucher, Eugen / Buz, Vedat**, “*Mağdur Edilen Alıcı*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 145-178.
- Cabrillac, Michel / Mouly, Christian**, *Droit des Suretés*, Litec, Paris, 1992.

- Carrasco, Angel**, *“The DFCR – Guarantee and Personal Security Contracts”*, ERCL (European Review of Contract Law), Vol.4, 2008, No.3, s. 389-410.
- Deschenaux, Henri / Tercier, Pierre**, *La Responsabilité Civile*, Editions Staempfli, Berne, 1982.
- Develioğlu, Hüseyin Murat**, *Les garanties indépendantes examinées a la lumière des règles relatives au cautionnement*, Staempfli, Berne, 2006.
- Eren, Fikret**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012. (*“Borçlar Genel”*)
- Eren, Fikret**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014. (*“Borçlar Özel”*)
- Ergüne, Serkan**, *“Alman Hukukunda Aynen Tazminin Önceliği İlkesinin Yumuşatıldığı Hallere Genel Bir Bakış”*, İstanbul Kültür Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, c. 5, s. 1-2, 2006, 31- 47. (*“Aynen Tazmin”*)
- Ergüne, Serkan**, *Olumsuz Zarar*, Beta, İstanbul, 2008. (*“Olumsuz Zarar”*)
- Goode, Roy**, *Commercial Law*, Penguin Books, London, 2004.
- Gross, P.**, *La notion d’obligation de garantie dans le droit des contrats*, Paris, 1964.
- Gümüş, Alper Mustafa**, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Hanke, Jessica**, *Die Garantie in der kaufrechtlichen Mangelhaftung*, Nomos, 2008.
- Heim, Jean F.**, *La réparation de la chose défectueuse dans la vente au détail*, Lausanne, 1972.
- Juris-Classeur (ed.)**, *Juris-Compact, Le consommateur et ses contrats*, Paris, 2002.
- Kapancı, Kadir Berk**, *Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012. (*“Ayıp ve Garanti”*)

- Kapancı, Kadir Berk**, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. (“*Birlikte Borçluluk*”)
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı)**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Kuntalp, Erden**, “*Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*”, Prof Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 263-299.
- Kutoğlu, Tuba**, Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Açısından Tüketim Mallarında Ayıp ve Bu Yönden Tüketicinin Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul, 2005.
- Lips, Michael**, Die kaufrechtliche Garantie, Dissertation, Studien zum Verbraucherrecht, Band 8, Schulthess, Zurich, 2002.
- Malaurie, Philippe / Aynes Laurent**, Les Contrats Spéciaux, Cujas, Paris, ed.1993-94.
- Nomer, Haluk**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta, İstanbul, 1996.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011. (“*C.I*”)
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (“*C.II*”)
- Oktay-Özdemir, Saibe**, “*Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007, s.39-58.

- Perçin, Ali Haydar**, Teminat Amaçlı Garanti Sözleşmesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı (Ekonomi Hukuku), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2008.
- Pulaşlı, Hasan**, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1999.
- Reisoğlu, Seza**, Garanti Mukavelesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.
- Sayhan, İsmet**, Kambiyo Senetlerinde Mücerretlik İlkesi ve Bedel İlişkisi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Schneider A. / Fick, H.**, Commentaire du Code Fédéral des Obligations, Commentaire Populaire et Pratique, Neuchatel, 1915.
- Schönle, Herbert**, *“Remarques sur la responsabilité causale du vendeur, selon les articles 195 al. 1 et 208 al. 2 CO”*, La Semaine Judiciaire, 1977, 99ème Année, s. 465-492.
- Scyboz, George**, Le contrat de garantie et le cautionnement, Editions Universitaires Fribourg, 1979.
- Serozan, Rona**, Medeni Hukuk Genel Hükümler / Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011. (*“Medeni Hukuk”*)
- Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006. (*“Borçlar Özel”*)
- Serozan, Rona (Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı)**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006. (*“İfa Engelleri”*)
- Sirmen, Lale**, Türk Özel Hukukunda Şart, BATİHAЕ, Ankara, 1992.
- Şahiniz, Salih**, Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1987. (*“Borçlar Hukuku C.II”*)

- Tandoğan, Haluk**, Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki) BATİHAE, Ankara, 1959. (“*Garanti*”)
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Tekinay** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- Tercier, Pierre**, Les Contrats Spéciaux, Schultess, Zürich – Basel – Genf, 2003.
- Tiftik, Mustafa**, Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994.
- Von Tuhr, Andreas** (çev. Edege, Cevat), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.I-II, Yeni Matbaa, 1952.
- Witschi, Hans**, Garantieklauseln und Garantiefriesten in Kauf- und Werkvertrag nach Schweizerischen Recht, Bern, 1950.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Cevdet**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta, İstanbul, 1989.
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Ziegel, Jacob S.**, “*Report on the Ontario Law Reform Commission on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods*”, International and Comparative Law Quarterly, Vol.22, No.2, April 1973, s. 363-372.

YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN TÜRK HUKUKU VE ROMA ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Ahmet KARAKOCALI**

Özet

Adâlet temeline dayanan bir hukuk sisteminde, kanun koyucular tarafından getirilen kurallar gereği gibi uygulanmaz ve hukuk kurallarına aykırı davranışlar denetlenmezse, hukukun âdil olup olmadığı sorgulanmaya başlanır. Günümüzde olduğu gibi Roma İmparatorluğu döneminde de böyle bir denetimin yargılama hukuku kuralları ve yargı organları aracılığı ile yapılabileceği kabul edilerek, günümüzde hâkim, Romalılar'da ise *iudex* olarak adlandırılan kişiler uyuşmazlıkların çözümünde görevli ve yetkili kılınmıştır.

Bu çalışmanın amacı Roma devletinin kuruluşundan itibaren karşımıza çıkan özel yargılama sisteminin genel özellikleri ve geçirdiği değişiklikler, Roma'da hâkimlerin (*iudex*) seçilmesi, atanması ve nitelikleri gibi konu başlıkları etrafında, günümüzdeki anlamıyla yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının Roma yargısı bakımından değerlendirilmesidir. Böylelikle doğrudan olmasa dahi dolaylı yoldan hâkimlerin (*iudex*) tarafsızlığına ve yargının bağımsızlığına ilişkin olduğu kabul edilen Roma hukuku kuralları ile hukuk sistemimizde hâkimlerin tarafsızlığına ve yargının bağımsızlığına ilişkin olarak getirilen kuralları karşılaştırmak ve bazı sonuçlar çıkarmak mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Roma hukuku, Türk hukuku, yargı, yargının bağımsızlığı, hâkimin tarafsızlığı.

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail: akarakocali@anadolu.tr

EVALUATION OF THE REGULATIONS FOR JUDICIAL INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY IN TERMS OF TURKISH LAW AND ROMAN PRIVATE TRIAL SYSTEM

Abstract

If the law should not be applied as the rules introduced by legislators and behavior contrary to the rules of law are not controlled in a legal system which is based on justice, then the question whether the law is fair comes to the mind. During the Roman Empire, it was assumed that such control could be possible by means of procedural law rules and judicial bodies as it is today, and at the present time judge who was called as iudex by Romans is assigned and authorized for the resolution of disputes.

The aim of this study is to evaluate independence and impartiality of the judiciary, as it means today, in terms of Roman justice and around topics such as general features and changes of the private trial system which applied from the founding of the Roman state, selection appointment and qualifications of judges (iudex) in Rome. Thus Roman law rules which are indirectly considered to be related to judges' (iudex) impartiality and judicial independence would be compared with the rules of our legal system related to judicial independence and would be able to draw some conclusions.

Keywords: Roman law, Turkish law, judiciary, the independence of the judiciary, impartiality of the judge.

GİRİŞ

Türk hukukunda, Anayasa'nın 140. maddesinin başlığı "Hâkimlik ve Savcılık Mesleği"dir. Aynı maddenin ikinci fıkrası "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler" şeklinde belirtmektedir. Hâkimin bağımsız olması, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere

emir ve talimat verememesini, tavsiye ve telkinde bulunamamasını ifade eder. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yargının, yasama ve yürütmeden bağımsız olmasının bir sonucudur ve aynı zamanda hâkimin, adâletin sağlanması görevini gereği gibi yapabilmesi için bu kural getirilmiştir.

Yargının bağımsızlığı, sadece yargısal kararlar alırken hâkimlerin baskı ve etki altında kalmamaları şeklinde dar bir alanda kabul edilmemelidir. Yargısal olsun olmasın bir meslek olarak hâkimliğin gereği gibi yapılmasını etkileyen her türlü konuda hâkimlerin etki ve baskı altında olmaması şeklinde geniş bir alan içinde değerlendirmek gereklidir. Diğer taraftan bağımsız olamayan yargının tarafsızlığından da söz edilemez.

Roma hukukunda ise Roma hukukçularının, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerine, varsa bile, teorik çalışmalarının günümüze kadar ulaşmadığını belirtebiliriz. Temelde bireyi ve bireyin ihtiyaçlarını dikkate alarak teorisinden ziyade uygulamasına odaklı bir biçimde hukuku ele alan Roma hukukçularının, yargılamaya ilişkin getirilen kurullarla dolaylı olarak günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya çalıştıkları görülmektedir. Roma yargılama hukukunda karşımıza çıkan bu düzenlemelerin hukuk sistemimizdeki düzenlemelerle birlikte değerlendirilmesi ile bazı sonuçlara varmak mümkün olacaktır.

Bu değerlendirmeyi günümüzden farklı özelliklere sahip olan ve Roma yargılama hukukunda en uzun süre ile yer edinen özel yargılama sistemi içerisindeki düzenlemeleri dikkate alarak yapmak, yargıya, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına farklı açılardan bakmayı sağlayacaktır.

I. “YARGININ BAĞIMSIZLIĞI VE HÂKİM TARAFSIZLIĞI” - TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

A- Genel Olarak Yargı Bağımsızlığı

Hâkimler, önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde hukuka ve adâlete uygun şekilde karar

vermelidir. Başka bir ifade ile “hâkimin tek efendisi hukuk” olmalıdır¹. Hâkimlerin hukuk düzeninin belirlediği kurallara göre karar vermelerini etkileyecek olan ya da baskı altında hissetmelerine neden olan her türlü olumsuz müdahalelere karşı korunmaları gerekmektedir. Olumsuzluğun kaynağı devlet içerisinde ve yargı organları dışındaki kişi, örgüt, organ veya makamlar olabilir. O halde devlet içerisinde yasama ve yürütme organlarının yanı sıra, siyasal partiler, sivil toplum örgütleri, medya, davanın tarafları veya davayla ilgili herhangi bir menfaati olan kişiler de etki, baskı ve müdahale kaynağı olabilirler. Ancak hâkimlerin maruz kaldıkları etki, baskı veya müdahalelerin kaynağı meslektaşları veya çeşitli yönlerden bağlı oldukları kurulları da olabilir². Yargının bağımsızlığına yönelik iç ve dış kaynakların sayısının fazla olması, etki, baskı ve müdahalelerden tam olarak korunmasının her zaman mümkün olmadığını ortaya koymaktadır³.

Hâkim olarak atanan bir kişinin herhangi bir güce veya iktidara bağlı kalarak görev yapması düşünülemez⁴. Bu nedenle yargının bağımsız olması anayasal metinlerin temel konularından biridir ve bu düzenlemeler hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri ile sıkı ilişki içerisinde. Zira temel hak ve özgürlüklerin güvencesi yargı olduğu için, yargının bağımsızlığının hukuk devleti ile sıkı ilişki içerisinde olduğu anlaşılabilir. Diğer taraftan hukukun bekçisi olan yargının görevlerini yasama ve yürütme organlarından bağımsız, ayrı bir organ olarak yerine getirmesi

¹ **Barak, A.**, The Judge in a Democracy , Princeton University Press, Princeton, 2008, s. 78.

² Hâkimin kararını etkileyen faktörler için bkz., **Boran Güneysu, N.**, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 58-68.

³ **Göneç, L.**, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasal Çalışma Metinleri, 2011, s. 2. (http://www.tepav.org.tr/upload/files/1299851562-0.Yarginin_Bagimsizligi_ve_Tarafsizligi.pdf_Erişim Tarihi: 13.09.2015)

⁴ 1994 tarihli "Avrupa Konseyi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Konusunda Tavsiye Kararı, 1. İlke, 2.d

gerekir ki, bunu sağlayan anayasal düzenleme ise kuvvetler ayrılığı ilkesidir⁵.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarına baktığımızda, tamamında yargı bağımsızlığına ilişkin hükümlerin yer aldığı görülür. Ancak yargının bağımsızlığına ilişkin güvenceler 1924 Anayasası'nda yeterince sağlanamamış ve kağıt üzerinde kalmıştır. 1961 Anayasası'nda, yargı bağımsızlığı için getirilen güvenceler artırılmış, kurulan Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların yargısal denetim mekanizması oluşturulmuştur. Bu güvenceler 1982 Anayasası ile varlığını korumuştur.

B- Uygunsuz Müdahaleler

Teorik olarak yargı bağımsızlığının, yargının her türlü etki, baskı ve müdahalelerden korunması ile gerçekleşeceğini ifade etmek mümkündür. Ancak bunun tam olarak gerçekleşmesinin mümkün olmadığını da ifade etmek gerekir. Dolayısıyla yargının bağımsızlığında asıl olan, yargının her türlü etki ve müdahalelerden değil, uygunsuz etki ve müdahalelere karşı korunmasıdır. Uygunsuz müdahale ile kastedilen hâkimin karar verme kapasitesini zaafa uğratan etki ve müdahalelerdir⁶. Bunun hukuk sistemimiz bakımından en sık görülen örneği yasama ve yürütme organının hukuk düzeninin verdiği yetki ile yargıyı etki ve baskı altına alma çabaları veya mahkemelerin yapısına, işleyişine ve oluşumuna yönelik müdahalelerde bulunmalarıdır. Gerek mahkemelerin gerekse de bağlı oldukları kurulların yapısı, işleyişi, üyelerin belirlenmesi, niteliklerinin farklılaştırılması ve sayılarının artırılması gibi konularda yeni düzenlemeler görünüşteki amacın arkasına gizlenen amaçlarla ve rahatlıkla yapılabilmektedir.

⁵ Yargı bağımsızlığının sadece anayasaların temel konularından biri olmadığını da belirtmek gerekir. 1985 tarihli "Birleşmiş Milletler, Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri", 1994 tarihli "Avrupa Konseyi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Konusunda Tavsiye Kararı", 2007 tarihli "Venedik Komisyonu, Yargısal Atamalar Raporu" 2010 tarihli "Venedik Komisyonu, Yargıçların Bağımsızlığı Raporu" gibi uluslararası belgelerde de özel olarak ele alınan konulardandır.

⁶ **Gönenç**, s. 3.

C- Hâkimin Tarafsızlığı ve Yargı Bağımsızlığı İle Olan İlişkisi

Yargının bağımsızlığı ile birlikte öne çıkan bir diğer ilke ise "hâkimin tarafsızlığı"dır⁷. Bağımsızlık kavramı yargının geneli ile ilişkilendirilebilir iken tarafsızlık daha ziyade yargılama faaliyetini gerçekleştiren hâkim ile ilişkilendirilebilir. Zira tarafsızlık, bağımsız hâkimin kararını verirken hukuk ve adâletle kendisini sınırlandırması, değer yargılarını, siyasi-ideolojik eğilimlerini dikkate almaksızın karar vermesidir. Bağımsız olmayan yargının tarafsız olması da beklenemez. Bu nedenle yargı bağımsızlığı ve hâkimin tarafsızlığı birbirinden ayrı düşünülemeyen iki ilkedir. Bu anlamda bağımsızlık, tarafsızlığın ön şartı olarak da kabul edilebilir.

Bağımsızlık ve tarafsızlık arasındaki sıkı ilişki gereği, anayasal düzenlemelerde yargı bağımsızlığına ilişkin hükümler varsa en azından yasal düzenlemelerde hâkimin tarafsızlığına ilişkin güvencelerin de yer alması gerektiği kolayca anlaşılabilir. Nitekim hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması veya reddi bu düzenlemelerin başında gelir.

Hâkimin tarafsızlığı yahut hukuk düzeninin çizdiği sınırların dışına çıkarak karar alması ise sorumluluk konusunu karşımıza çıkaracaktır. "Ceza hukuku alanında", "özel hukuk alanında" ve "disiplin hukukunda" hâkimin sorumluluğu söz konusu olabilir.

D- Yargının Bağımsızlığına İlişkin Düzenlemeler

Bireylerin yargıya bağımsızlık ve tarafsızlık anlamında duydukları güven ne kadar fazla olursa hukukun varlık nedenleri de meşruiyet kazanmış olur. Aksi halde bireylerin hukuk devletine olan inançları

⁷ "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. madde kapsamında hâkimin tarafsızlığına ilişkin önemli kararlar vermiştir. Mahkeme kararlarında tarafsızlığın biri objektif diğeri ise subjektif tarafsızlık olarak nitelendirilen iki çeşidinden bahsedilmektedir. Subjektif tarafsızlıkta, belirli bir davada hâkimin kişisel fikri/kanaati araştırılmakta iken objektif tarafsızlıkta hâkimin dava hakkındaki tarafsızlığını kaybedecek işlemler yapıp yapmadığına bakılır." **Güneysu, G.**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hâkimin Tarafsızlığı, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2012, s. 78-79.

azalacaktır. Dolayısıyla bağımsızlık ve tarafsızlık hukuk devleti bakımından önem taşıyan iki kavramdır⁸.

Yargı bağımsızlığı açısından hâkimlere ilişkin aşağıdaki düzenlemeler büyük önem taşır; hâkim adaylarının nitelikleri, hâkimlerin atanması ve yükseltilmesi, hâkimlerin tayinleri ve nakilleri, hâkimlerin disiplin işleri, görevden uzaklaştırmaları, görevden alınmaları, hâkimlerin görev süresi ve özlük hakları.

Türk hukuk sisteminde yargının bağımsızlığına ilişkin bazı düzenlemeleri kısaca değerlendirecek;

Türkiye'de hâkimlerin mesleğe girişlerinde bürokratik model⁹ ve doğrudan atama sistemi¹⁰ uygulanmaktadır. Bürokratik modelde ve doğrudan atama sisteminde, yargının çeşitli açılardan devlet bürokrasisinden tamamen bağımsız olduğu düşünülemez¹¹. Zira hâkim adaylarının seçilmesi ve atanmasında bürokratik iki aşama söz konusudur. Seçim işlemi bakımından ÖSYM yazılı sınavı ve sonrasındaki mülakat kurulu, atanma bakımından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) yetkilidir. Bu konulardaki eleştirilerin kaynağı mülakat kurulunun oluşumu¹² ve HSYK'nın yapısına ilişkindir¹³.

⁸ Gönenç, s. 9.

⁹ Anglo-Sakson modeli olarak da bilinen profesyonel modelde, yargıçlar hukuk alanında çalışan profesyoneller arasından seçilir.

¹⁰ “Seçim sisteminde yargıçlar ya doğrudan halk tarafından veya halk iradesini temsil eden parlamentolar tarafından seçilir. Örneğin İsviçre’de seçim sisteminin bu iki versiyonu da kullanılmaktadır. Bu ülkede yargıçlar federe devletler düzeyinde doğrudan halk tarafından, federal devlet düzeyinde de ise parlamento tarafından seçilmektedir. Yargıçların doğrudan halk tarafından seçilmesi yöntemi dünyada çok az tercih edilen bir yöntemdir.” Seçim yöntemleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz., Ünver, Y., Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, İÜHFM, Cilt no 53, Sayı no 1-4, Yıl 1988-1990, s. 155 vd.

¹¹ Gönenç, s. 15.

¹² Toplam yedi üyesi bulunan Mülakat Kurulunun oluşumu şöyledir: Adalet Bakanlığı Müsteşarı veya görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı (başkan), Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza işleri, Hukuk işleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulunun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye.

Türkiye’de hâkimlerin yükseltilmesinde, Hâkim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İlke Kararı¹⁴ belirleyicidir. Bu kararda yükselme esaslarının yer aldığı 6 ncı maddesine göre; “a) Ahlakî gidişleri, b) Meslekî bilgi ve anlayışları, c) Gayret ve çalışkanlıkları, d) Gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, e) Çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, f) Göreve bağlılıkları ve devamları, g) Üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen performans değerlendirme ve geliştirme formları, hâl kâğıtları ve sicil fişleri, h) Kanun yolu incelemesinden geçen işleri, i) Örnek karar ve mütalaaları ve varsa meslekî eser ve yazıları ile genel sicil durumları” göz önünde tutularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verilir. Bu uygulama özellikle yargı bağımsızlığının bir iç tehdidi olarak eleştirilebilir. Diğer taraftan bir hâkim liyakat esasına göre başarılı olduğu için değil de siyasal iktidara yakın olduğu için terfi alabilir.

Türk hukukunda hâkimlerin coğrafi yer teminatı¹⁵ söz konusu değildir. Tayin ve nakil hâkimler üzerinde baskı kurmak için kullanılabilir. Bu durumda, tayin ve nakil konusunda yetkili makam hâkimler üzerinde baskı kurmak için "iyi yerlere tayin ve nakil" vaadini kullanabilir.

2010 yılı değişikliği sonrasında Anayasa’nın 144. ve 159. maddesinde hâkimlerin ve savcılarının denetiminin HSYK’ya bırakılması ve HSYK’ya bağlı müfettişler eliyle yapılacağı öngörülmesi olumlu

¹³ "Mülakat Kurulu"nun Adalet Bakanlığının kontrolünde olması ve yargıçların mesleğe kabul işlemlerinin yapan HSYK’da Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı’nın yer alması uluslararası standartlara uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir (Avrupa Birliği Komisyonu, İstişari Ziyaret Raporu, IV, 2008, 2.12.1.).

¹⁴ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 30.09.2011 tarihli ve 282/1 nolu karar

¹⁵ Yani yargıçların kendi istekleri dışında, yer ve görevlerinin değiştirilemeyeceği esastır. Türkiye’de 1961 Anayasası’nda yargıçlar için "coğrafi güvence"ye yer verilmiş, ancak 1972 yılında 2556 sayılı "Hâkimler Kanunu"nda yapılan değişiklikle bu uygulama kaldırılmış ve "bölge sistemi"ne geçilmiştir. Coğrafi güvence sistemi yerine bölge sistemine geçilmesi, yargı bağımsızlığına ters düştüğü gerekçesiyle literatürde eleştirilmiştir **Özen, M.**, Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 68, Sayı no 2010/1, s. 47.

görülebilir. Ancak Adâlet Bakanı halen kurulun başkanı ve üyesidir ve kurulun yönetim ve temsil yetkisi ona aittir. Dolayısıyla, görünüşte Kurula bağlanan adâlet müfettişleri, Adalet Bakanı Kurulun başkanı olduğu için fiilen yine Adalet Bakanlığı'na bağlı çalışacaklardır¹⁶.

Son olarak, hâkimler keyfi biçimde görevden alınamamalı veya görevden uzaklaştırılamamalıdır. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yargıçların görevden uzaklaştırılamaması ve görevden alınamamasına ilişkin güvenceler 139. maddede düzenlenmiştir: “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaz.”

II. ROMA ÖZEL YARGILAMA SİSTEMİNDE YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞINI SAĞLAYAN DÜZENLEMELER

A- Genel Olarak

Bu konu başlığı altında öncelikle belirtilmesi gereken Roma hukukunda yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerine Roma hukukçularının özel olarak günümüze kadar ulaşan çalışmalarının bulunmadığıdır. Bu durum Roma hukukunun günümüze kadar ulaşan bilgi kaynaklarının sayısının yetersiz olması ile açıklanabilir. Ancak Roma hukukçularının yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemeleri getirmedikleri anlamına da gelmez. Bilindiği üzere Roma hukuku, hak ve dava kavramları arasındaki sıkı ilişkinin neticesinde davalar sistemi olarak da adlandırılır ve Roma hukukçuları, temelde bireyi ve bireyin ihtiyaçlarını dikkate alarak teorisinden ziyade uygulamasına odaklı bir biçimde hukuku ele almışlardır. Bu anlamda daha çok teorik olarak yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı kavramları üzerinde çalışmış olmaları beklenmese de aşağıda görüleceği üzere, yargılama hukukuna ilişkin düzenlemelerde günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve

¹⁶ Gönenç, s.22.

tarafsızlığının dolaylı olarak ve kısmen sağlandığı kabul edilebilir. Bu düzenlemelerden bahsetmeden önce Roma özel yargılama sistemini kalın çizgilerle ve yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusu ile ilgili olduğu ölçüde sınırlayarak açıklamak gerekir.

Sistem dışı yargılamada ise, her alanda mutlak otorite ve en üst yargı organı olan imparatorun alınan yetki ile hâkim sıfatına sahip olunması, yargının imparatorun tekelinde olduğunun açık bir göstergesidir. Kanımızca, sahip oldukları yetkiyi imparator adına kullandıklarının ve onun otoritesine uygun bir adâletin sağlanması görevini yerine getirdiklerinin farkında olarak yargılama yapan hâkimlerin bağımsız olduklarından söz edilmesi mümkün değildi. Yargılama yapan hâkimi baskı altına alan, imparatorun tekeli yaklaşımına ve onun otoritesine aykırı kararlar almama çabasıdır. Hukuk eğitimi almamış olan sistem dışı yargılama hâkimlerinin, hukukun üstünlüğü ilkesini, imparatorun üstünlüğü şeklinde algılamış olmaları, yargıda devlete bağlılığın aşırı bir biçimde uygulanmasını ortaya çıkarmıştır. Dolayısıyla sadece hâkimin değil, aynı zamanda yargının da bağımsızlığından söz edilemezdi.

B- Roma Özel Yargılama Sistemi ve Özellikle Formula Usulü

Romalılar değişen ihtiyaçlar karşısında farklı yargılama sistemlerini uygulamıştır. Roma hukukunda geçerli ilk yargılama sistemi özel yargılama sistemi olup bu yargılama sisteminin, yasal davalar (*legis actiones*) ve *formula* yargılaması olarak adlandırılan iki farklı çeşidi vardı. Bir diğer yargılama sistemi ise Roma İmparatorluğu'nun son dönemlerinde yürürlükte olan sistem dışı yargılamadır¹⁷.

¹⁷ Sistem dışı yargılamada devlet, taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığa kendi organları aracılığıyla doğrudan müdahale ediyordu. Bu sistemde yargılama faaliyetinin kamusal niteliğinin ön plana çıkmıştır. Zaman içinde birbirlerinin yerini alan bu yargılama sistemleri, Roma usûl hukukunda katı şekilcilik anlayışının yerini daha esnek kurallara bıraktığının bir göstergesi olmuştur. Iustinianus zamanında, tüm davalar *extra ordinem* usûlle görülmüş ve Iustinianus özel yargılama sisteminin bir hatradan ibaret kaldığını belirtmiştir. Iust. Inst. 4.18.8., **Küçükgüngör, E.**, Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat, Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 477.

Roma hukukunun ilk yargılama sistemi yani özel yargılama sistemi, tam olarak hangi tarihten itibaren uygulanmaya başladığı bilinmemekle birlikte, Roma'nın en eski dönemlerinden M.S. 342 yılına kadar geçerli olan yargılama sistemi olarak kabul edilir. Bu sistemin en belirgin özellikleri, iki aşamalık, tarafların iradesinin egemen olması ve uyuşmazlıkların özel kişiler aracılığıyla çözülmesiydi¹⁸. Zaten sisteme ismini veren özelliği de yargılama yaparak uyuşmazlığın çözümü ile ilgili karar veren hâkimin, özel kişi veya kişiler olmasıydı.

Özel yargılama sisteminin M.S. 342 yılına kadar kendi içinde iki farklı yargılama şekli geçerli olmuştur. Bunlardan ilki, M.Ö. 17 yılına kadar devam etmiş olan yasal davalar (*legis actiones*) yargılaması¹⁹, diğeri ise M.Ö. 17'den M.S. 342 yılına kadar geçerli olan *formula* yargılamasıdır.

En ufak hataya bile tahammülünün olmaması nedeniyle yasal davalar (*legis actiones*) usûlünün itibarı ve uygulaması zamanla önemli derecede azalmış ve bu sistem yerini *Aebutia* ve *Julia* Kanunları ile *formula* usûlüne bırakmıştır²⁰.

¹⁸ **Watson, A.**, Ancient Law and Modern Understanding, The Universty of Georgia Press, Athens, 1998, s. 91.

¹⁹ Yasal davalar (*legis actiones*) yargılaması, Roma usûl hukukunun en eski yargılama sistemi olarak, Krallık döneminin ortalarından M.Ö. 17 yılında çıkarılan “*Lex Julia de Iudiciis Privatis*” adlı kanuna kadar geçerli olmuştur. Burada, bazı davalar yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasında yer alan dava kalıpları içinde görüldü. Genel olarak bu sistem, tarafların *magistra* önünde şekle tabi bir merasimi gerçekleştirmelerini gerektirirdi. Roma hukukunun en eski yargılama sistemi olan *legis actio* usûlünün bu katı şekilcilik anlayışında etkili olan *ius civile* ve özellikle örf ve âdetlerdi. Başlangıçta örf ve âdet kuralları tarafından meydana getirilmiş olan bu şekilcilik zamanla kanunlarla belirlenmiş ve bu nedenle *legis actiones* yani yasal dava kalıpları olarak adlandırılmışlardır. **Di Marzo, S.**, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1959, s. 112.

²⁰ Yasal davalar (*legis actiones*) yargılamasından *praetor*'ların geliştirdiği *formula* yargılmasına geçiş birdenbire olmamıştır. Öncelikle M.Ö. 110 yılında çıkarılmış *Lex Aebutia* adlı kanun ile *formula* yargılmasının tarafların isteğine bağlı olarak uygulanabilirliği kabul edilmiş ve bu düzenleme sonrasında yaygın olarak tercih edilen yargılama usûlü olması sağlanmıştır. **Umur, Z.**, Roma Hukuku Lügatı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1983, s.112.

Formula usûlünde katı bir şekilcilik anlayışının yerini, yazılı belgelere dayanan daha esnek ve daha az şekilci bir anlayış almıştır²¹. *Formula* usûlü, yasal davalar (*legis actiones*) usûlünde bulunmaması eksiklik olarak nitelendirilebilen özelliklere sahip bir yargılama sistemi olarak, kısa bir geçiş döneminden sonra, M.Ö. 17 yılında “*Lex Julia de Iudiciis Privatis*” ile yasal davalar yargılamasının yerini almıştır²².

Klasik Hukuk Döneminin yargılama sistemi olan *formula* yargılaması, *formula*'nın hazırlanarak davanın belirlendiği ve sonrasında *magistra*'nın tarafları *iudex* olarak ifade edilen hâkime yönlendirdiği basit bir usûldür. *Formula* usûlünde de davalar iki aşamada görülürdü. *In iure* aşamasında, davacının iddiasına uygun olarak hazırlanan bir *formula*, davanın esasını oluştururdu. Davacının iddiasına uygun bir *formula*'nın bulunabilmesi, davacının iddiasında haklı dayanaklarının olmasına bağlıydı. Bu usûlde, *magistra*'lar tarafından hemen hemen her dava için ilgili olduğu uyuşmazlığa uygulanacak olan *formula*'lar oluşturulurdu. *Magistra*, sahip olduğu *denagare actionem* yetkisine dayanarak hakkının ihlal edildiğini ileri süren tarafa *iudex* denilen özel kişi hâkim önüne gitme olanağını tanımayabilir, başka bir ifade ile istenilen *formula*'yı hazırlamayabilirdi. Başvurusu reddedilen taraf, diğer bir *magistra*'ya gidebilir veya reddeden *magistra*'nın görev süresi olan bir yılın bitmesini

²¹ Bu anlayış, sabit şekilciliğin karşısında ferdi durumlara uyarlanabilen *formula*'ların, içeriği hiçbir şekilde değişmeyen ve mutlaka sözlü bir şekilde seçilmesi gereken, sayısı sınırlı dava kalıplarının yerini alması ile karşımıza çıkardı. **Kocourek, A.**, The Formula Procedure of Roman Law, Virginia Law Review, Vol. 8, No. 6, 1922, s. 438

²² “*Lex Lulia de Iudiciis Privatis*, Augustus zamanında çıkarılmış, bazı ufak istisnalarla *legis actio* usûlünü ortadan kaldırıp, *formula* usûlünün kullanılmasını yaygınlaştırarak, usûl hukukunu düzenleyen kanundur. Aynı yıl çıkarılan *Lex Lulia de Iudiciis Publicis* ile ceza yargılama usûlü düzenlenmekteydi. *Legis actio* usûlünden *formula* usûlüne geçişi sağlayan kanun ise *Lex Aebutia*'dır. Yaklaşık M.Ö. 110 yılında çıkarılan bu kanun ile, yabancılar *praetor*'unun uygulamaya başladığı *formula* usûlü şehir *praetor*'u tarafından da tarafların isteği üzerine uygulanmaya başlandı. Bu kanun *legis actio*'ları kaldıramamakla birlikte, *formula* usûlünün uygulanabilirliğini arttırmıştır.” **Umur**, Lügat, s. 114 ve 120; **Di Marzo**, s. 113.

bekleyerek yeni *magistra* önünde tekrar başvuruda bulunabilir, imparatorluk döneminde ise imparatora başvurabilirdi²³.

Apud iudicem denilen yargılamanın ikinci aşamasında hâkim, aynı zamanda *formula* metnine bağlı kalarak tarafların iddialarını dinler ve yine *formula*'da belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmemesine bağlı olarak mahkûmiyet ya da beraat kararı verirdi. Karardan (*sentantia*) sonra taraflar herhangi bir üst makama itirazda bulunamaz ve aynı uyuşmazlık konusunda dava açamazlardı (*Bis de aedem re ne sit actio*). Buna rağmen taraflar aynı konuda dava açmak istediklerinde *praetor*, davalıya kesin hüküm def'i (*exceptio iudicatae*) olanağı tanıyarak davayı reddederdi²⁴.

M.S. 342 yılından sonra *formula* yargılama sisteminin “zararlı kelime oyunları” olarak nitelendirilerek²⁵ kaldırılmasıyla birlikte, Roma hukukunda *cognitio extra ordinem* usûlü yani sistem dışı yargılama geçerlilik kazanmıştır. Iustinianus zamanında, tüm davalar *extra ordinem* usûlle görülmüş ve Iustinianus, özel yargılama sisteminin bir hatıradan ibaret kaldığını belirtmiştir²⁶.

C- Özel Yargılama Sisteminde Hâkim (*Iudex*)

1- Genel Olarak

Roma'nın gelişim süreci içerisinde Krallık döneminde kral, Cumhuriyet döneminde *magistra* ve İmparatorluk dönemlerinde *princeps* veya imparator, her alanda olduğu gibi yargı işlerinde de en yetkili kişi veya makamlar olarak uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili kararlar alırlardı²⁷. Özel yargılama sistemi içerisinde hukuk davalarında karar verecek kişiler için kullanılan genel ifade *iudex*'dir ve yukarıda belirtilen kişi veya makamların her biri aynı zamanda *iudex* olarak nitelendirilirdi.

²³ Crook, J. A., Law and Life of Rome, Cornell University Press, New York, 1967, s. 76-77.

²⁴ Umur, Z., Roma Hukuku-Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1970, s. 260,278-283; Di Marzo, s. 126-127.

²⁵“*Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes*” Bu ifade M.S. 342 yılında Constans ve Constantius tarafından çıkarılan bir emirnamede yer almaktadır. Iust. Cod. 2. 57.1

²⁶ Iust. Inst. 4.18.8.

²⁷ Declareuil, J., Rome The Law Giver, Alfred A. Knopf, New York, 1926, s. 62.

Ancak Roma'nın küçük bir şehir devletinden imparatorluğa doğru olan tarihsel gelişim sürecinde, sınırları genişlemiş ve dolayısıyla siyasi, idari ve toplumsal yapısı değişmiş, ihtiyaçlar farklılaşmış, nüfus ve uyumsuzlukların sayısı artmıştır. Buna bağlı olarak bu kişi veya makamlar, diğer işlerinin yanında yargılama işleri ile ilgilenemeyecek duruma gelmişler ve yargılamayı kendi adlarına yapacak özel kişilere bırakmışlardır.

2- Niteliğinin Belirlenmesi

Özel yargılama sisteminde yargılamanın ikinci aşaması olan *apud iudicem* aşamasında uyumsuzlukla ilgili kararı özel kişi hâkimler verirdi ve bu kişiler *iudex* olarak adlandırılırdı. Ancak zamanla, *iudex* ifadesinin öncesinde veya sonrasında kullanılan ilave kelimelerle, *iudex* şeklindeki genel ifadenin kapsamı daraltılmıştır²⁸.

Genel bir ifade olmasına rağmen, *iudex* için bir tanım verilmesi oldukça güçtür. Zira bir tanımla aynı zamanda niteliği de belirlenmiş olacaktır. *Iudex*'in, modern hukukçuların eserlerinde resmi sıfatı olmayan özel kişi olarak davanın esası hakkında karar verecek tek kişilik bir jüri, resmi bir sığata sahip olmayan özel kişi, taraflar arasındaki uyumsuzluğun çözümü için başvurulmuş ve belirli bir uzmanlığa sahip olmayan bir hakem veya sadece davanın hâkimi şeklinde çeşitli nitelendirmelerinin yapıldığı görülür. Esasen özel bir hakem olduğu bununla birlikte hâkim olarak da kabul edilebileceği veya bir hâkim ve aynı zamanda jüri üyesi olarak ifade edilebileceği de modern Roma hukuku çalışmalarında yer almaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, *iudex*, günümüzdeki anlamı ile hâkim, hakem veya jüriye özgü bazı özelliklere sahip iken bazı özellikleri ise taşımamaktadır. Bu nedenle *iudex*, hâkim, hakem ve jüriye özgü bazı nitelikleri taşıyan, ancak bunlardan herhangi biri olarak

²⁸ *Iudex appellationis, Iudex competens, iudex datus, iudex delagatus, iudex ordinarius, iudex pedaneus, iudex specialis* gibi özel ifadelerin kullanıldığı görülür. **Berger, A.**, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Transactions of the American Philosophical Society, New Series, Vol. 43, No. 2, 1953, s. 518-519.

nitelendirilemeyen, Romalıların hukuk dehasının bir örneğini oluşturan yargı organı olarak kabul edilmelidir²⁹.

3- Hâkim Olabilmek İçin Aranılan Özellikler

Roma hukukunda hâkimlik görevini yerine getirecek olan özel kişilerin belli özellikleri taşıması gerekirdi. Ancak, M.Ö. 1. yüzyıla kadar kimlerin hâkim olabileceği konusunda kesin bir kaynak veya kanun hükmü bulunmadığından, *magistra*'ların bu konuda uyguladıkları kuralların, geçerli kurallar olduğu kabul edilirdi³⁰.

Uygulamada hâkim, toplumda belirli bir konuma gelmiş olan, hukukçu ve *sui iuris* olmaları gerekmeyen, ancak köle, kadın³¹ ve yirmi beş yaşından³² küçük altmış yaşından büyük olmayan, özgür doğmuş Roma vatandaşları arasından uyuşmazlığı çözecek olan özel kişi olarak seçilirdi. Bu kişilerin aynı zamanda sağır (*surdi*), dilsiz (*muti*) ve akıl hastası (*furiosi*) olmamak gibi bazı fiziksel ve zihinsel engellerinin bulunmaması da aranırdı. Ayrıca M.Ö. 122 yılında, *Lex Acilia Repetundarum* adlı kanun gereğince mahkûm edilmiş bir kimsenin herhangi bir mahkemede hâkim olarak davalara bakması da yasaklanmıştır. Senato'dan ihraç edilen bir kimsenin yargılama yapması da engellenmiştir³³.

M.S. 73-74 yıllarında çıkarılan *Lex Imitana* adlı kanunla Roma usûl hukuku alanında önemli düzenlemeler yapılmıştır. *Magistra*'ların yargısal faaliyetleri ve mahkemeler gibi usûl hukukunu ilgilendiren birçok temel

²⁹ Bu görüşler için bkz. **Karakocalı, A.**, Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 56-57.

³⁰ **Karadeniz Çelebican, Ö.**, Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 285.

³¹ Kadınlar ve köleler ise yargılama yetileri olmadığından değil, örf ve âdet gereği toplumsal görevleri yerine getiremeyecekleri kabul edildiği için yargılama yapamazlar. Dig. 5.1.12.2

³² Augustus döneminden sonra yirmi beş, öncesinde ise otuz yaşından küçük olanların hâkim olamayacağı kuralı geçerli idi. **Hunter, A.W.**, A Systematic and Historical Exposition of Roman Law In the Order of a Code, Sweet and Maxwell Ltd., London, 1920, s. 46.

³³ Dig. 5.1.12.2

kavram ve organla ilgili bu yeni düzenlemelerde hâkim olabilecek kişilerin ayrıca belirli bir malvarlığına sahip olması ve en az beşbin sesterz³⁴ değerinde bir malvarlığını kontrol ediyor olması aranmıştır³⁵.

M.Ö. 1. yüzyılın başlarından itibaren, seçilecek hâkimlerin kimler olabileceği, *album iudicum* denilen liste ile düzenlenmiştir. Beyaz bir levha üzerine her yıl yenilenmek üzere isimleri yazılan hâkim olabilecekler listesini ilk zamanlar *consul* hazırlarken, daha sonra *ensor* ve *praetor urbanus*'lar hazırlamışlardır³⁶. M.Ö. 17 yılında ise imparator Augustus, bu listeyi sadece imparatorların düzenleyeceği kuralını getirmiştir³⁷. Hâkim olabilecekler listesinde farklı dönemlerde farklı sayıda hâkimin yer aldığı görülmüştür³⁸.

İlk zamanlarda Roma hukukunun üzerinde dinsel kuralların etkili olmasından dolayı, hâkimler, rahip hukukçular arasından seçilirdi. Zamanla dinin, hukuk üzerindeki etkisinin azalması ve hukukçuluğun rahiplerin tekelden çıkması sonucunda *tribuni aerarii*, *senatus* ve şövalye sınıfından olanların hâkim olarak seçilebilecekleri kuralı yerleşmiştir. *Album iudicum* denilen listede toplumun üst sınıfından olanlar ve özellikle senatörler yer alırdı³⁹.

³⁴ Latince *sestertius* olarak yazılan Roma para birimidir.

³⁵ Bu kanun 1981 yılında İspanya'da keşfedilmiştir. Bu nedenle uzun yıllar boyunca üzerinde çalışılan ve yorumlanan bir kanun olmamakla birlikte, M.S. 1. yüzyıl ve sonrası Roma usûl hukukunu aydınlatan önemli bir kaynaktır. **Johnston, D.**, Three Thoughts on Roman Private Law and the Lex Irnitana, The Journal of Roman Studies, Vol. 77, 1987, s. 62; **Rodger, A.**, The Lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts, The Journal of Roman Studies, Vol. 81, 1991, s. 74.

³⁶ **Berger**, s. 359.

³⁷ **Karadeniz Çelebican**, s. 285.

³⁸ *Lex Acilia* adlı kanuna uygun olarak M.Ö. 122 yılında dört yüz elli hâkim, Hâkim listesinde yer alabileceklerin sayısı daha sonra *Lex Livia* ile altı yüz, *Lex Plautia* ile beş yüz yirmi beş, Cicero zamanında sekiz yüz elli olarak değişmiştir. **Hunter**, s. 46.

³⁹ Augustus, *Lex Aurelia* ile hâkim olabilecekler arasına yeni bir sınıf daha eklemiştir. İtalya'da yaşayan, Roma vatandaşı ve en az 200 sesterz değerinde malvarlığına sahip olan bu sınıf *ducenarii* olarak adlandırılırdı. Ancak bu kişiler daha basit davalar için seçilebilirlerdi. Augustus bu kişileri hâkim listesine dâhil ederek, ilk üç sınıftan olanların hâkim olabileceği davaları ve dolayısıyla yükümlülüklerini hafifletmek istemiştir. Caligula zamanında bu listeye bir sınıf daha eklenmiştir. Listenin bu şekilde

Roma hukukunda *iudex*'ler ile ilgili belki de en çok dikkat çeken husus Roma hukukunun geçerli olduğu bin yılı aşkın süre içerisinde belirli bir hukuk uzmanlığına sahip olmayan bu kişilerin, hâkim sıfatı ile yargılama sistemi içerisinde yer almalarıdır. Yargılamada önemli bir fonksiyona sahip olmalarına rağmen bu kişilerin hukuk bilgisine sahip olmaları şartı aranmamıştır. Ayrıca, Roma hukuku içerisinde bu durum büyük bir eksiklik olarak görülmemiş ve herhangi bir değişiklikte yapılmamıştır⁴⁰.

4- Hâkimlerin Seçilmesi ve Atanması

Roma hukukunda hâkimin seçimi ve atanması iki farklı işlem olarak kabul edilirdi. Hâkimi atayanın *magistra* olduğu kesindir. Seçim ise, atamadan önce taraflarca yapılan bir işlemdi. Seçim işleminde *sortitio* adı verilen kura yolu ile hâkimin belirlenmesi genel yöntem olarak uygulanmıştır⁴¹.

Taraflar davayı görececek olan hâkimi *album iudicium*'dan *sortitio* yani kura yolu ile seçebilecekleri gibi listede ismi olmayan bir kişi üzerinde de anlaşılabilirlerdi⁴². Ayrıca alternatif bir yol olarak *editio* yolu ile yani taraflardan birisinin, diğer taraf kabul edinceye kadar bu listeden isim teklifinde bulunması şeklinde gerçekleşirdi. Listedeki seçim yapılmaz yahut listede olmayan bir kişi üzerinde taraflar uzlaşma sağlayamazlarsa, listede yer alan son isim üzerinde anlaşmaları kabul edilirdi⁴³. Daha sonraki dönemlerde ise *sortitio* yöntemi ile hâkimin

genişlemesine ve sayının artmasına rağmen üst sınıftan kişilerin hâkim olarak seçilebileceği kuralı devam etmiştir. **Kaser, M.**, Roman Private Law, Çev. Rolf Danenbring, Butterworths&Co. Ltd., London, 1968, s. 343; **Kelly, J M.**, Roman Litigation, Clarendon Press, Oxford, 1966, s. 102.

⁴⁰ **Johnston**, s. 125.

⁴¹ **Kaser**, s. 342.

⁴² Hukuk davaları ile ceza davaları hâkimlerinin seçilmesi işleminin M.Ö. 123 yılından Augustus dönemine kadar aynı şekilde olup olmadığı kesin olarak söylenemez. Ancak hukuk davaları bakımından tarafların liste dışından hâkim seçebildikleri kesindir. **Hunter**, s. 46-47.

⁴³ **Karadeniz Çelebican**, s. 286.

seçimi konusunda tarafların uzlaşmamaları durumunda *magistra*, kura yolu ile hâkimi belirlemiştir⁴⁴.

İlk imparatorluk döneminde de listeden seçim işlemi devam etmiş fakat bir süre sonra imparator, hukuku tekeline geçirince M.S. 3. yüzyılda listeden hâkim seçilmesi işlemine son verilmiştir⁴⁵.

5- Hâkimin Reddi

Özel yargılama sisteminde atanmış hâkimin taraflarca reddinin talep edilmesi söz konusu değildi. Hâkim, taraflarca ve onların uzlaşması sonucunda seçildiği için, aynı taraflarca reddi kabul edilmemiştir. Seçim işlemi sırasında taraflar, uzlaşmaya kadar karşılıklı olarak önerilen hâkimi reddedebilirdi. Ancak bu hukukî anlamda değil, görülmeye başlayacak olan bir dava öncesinde taraflar arasında gerçekleşen teknik anlamda bir reddir⁴⁶.

Hâkimin seçilmesi ile birlikte, hâkim ile taraflar arasında hukuksal nitelikte olmayan, güvene dayalı özel bir bağ meydana gelirdi. Bu seçim işlemi sonrasında taraflara hâkimin tarafsızlığından şüphe duydukları gerekçesi ile davanın başka bir hâkim tarafından görülmesini talep etme hakkı tanınmamıştır. Özel yargılama sisteminde *reiectio* olarak adlandırılan, davanın görülmesinden önceki seçim işlemi sırasında önerilen hâkimin diğer tarafça ret edilmesi usûlü⁴⁷, hukukî anlamda ret olarak ifade edilemez.

6- Hâkimin Sorumluluğu

Atanmış hâkimler, bir çeşit geçici hâkimlik görevi üstlenen, toplumda saygın bir konuma ve belli bir malvarlığına sahip özel kişilerdi. Davayı karara bağlaması için atanmış olan özel kişi hâkimlerin, kamu görevini yerine getiren bir hâkim gibi hareket etmeleri zorunluymuştu. Bu

⁴⁴ Cicero, M.T., Pro. P. Sulla Oratio, Çev. D.H. Berry, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, s. 316.

⁴⁵ Dig.5.1.47.

⁴⁶ Söğütü Erişgin, Ö., Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi, AÜHFHD, Cilt no 51, Sayı no 1, Yıl 2002, s. 97-100.

⁴⁷ Berger, s. 673; Kaser, s. 343.

zorunluluğa ve belirlenmiş görev kurallarına rağmen, hâkimlerin hukuka aykırı davranışlarda buldukları görülmüştür. Bu anlamda özellikle rüşvet almalarına⁴⁸, kamusal otoritenin yani *magistra*'ların davanın görülmesi ile ilgili *formula* metninde belirtilen talimatlarına aykırı kararlar almalarına Roma hukukunun her döneminde rastlanılmıştır⁴⁹.

Hâkimin davayı gereği gibi yönetmemesi ve rüşvet alması, adâlet sisteminin fonksiyonlarını tam olarak yerine getirmesine ciddi biçimde engel olan başlıca sorunlardır. Roma hukukundan günümüze kadar bu sorunlar ciddi biçimde ele alınmış ve çözüm yolu olarak da hâkimin sorumlu tutulması kabul edilmiştir⁵⁰.

Ancak atanmış hâkimin, dava sonuçlanıncaya kadar yargısal anlamda sorumluluğu bulunmazdı. Özel kişi hâkimlerin, kararla birlikte görev süreleri sona ererdi. Bu andan itibaren atanmadan önceki yaşantılarına geri dönerlerdi ve görev süresi içinde yapmış oldukları hukuka aykırı davranışları dolayısıyla hukukî ve cezai anlamda yargısal sorumluluğa tabi olurlardı.

III. YARGI BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN ROMA VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Roma hukukunda yargı bağımsızlığı ve hâkim tarafsızlığı teorik olarak ele alınmayan ancak dolaylı olarak sağlanan konulardır. Günümüzde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin yapılan eleştiriler ve getirilen düzenlemeler dikkate alınarak aşağıdaki başlıklar altında değerlendirmelerde bulunmak mümkündür.

⁴⁸ Roma'da hâkimlerin yargılama alanındaki yanlış davranışlarına bazen, rüşvet almalarını kapsayacak şekilde *sordes*, bazen kasten yapılan dürüstlüğe aykırı davranışlarını ve verilen kararları kapsayacak şekilde *iniquitas* bazen de *iniuria* denilmiştir. **Türkoğlu Özdemir, G.** Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu, M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt no 14, Sayı no 4, Yıl 2008, s. 284 vd.

⁴⁹ **Kelly**, s. 102.

⁵⁰ **Kelly**, s. 31-69.

A- Otoritenin Sınırlandırılması

Roma hukukunun gelişim sürecinde devlet içerisinde farklı otoritelerin sahip oldukları yargılama yetkilerini, değişen toplumsal, siyasi ve idari yapı içerisinde özel kişi hâkimlere bırakması demokratik ve yerinde bir adımdı. Zira bu durum, aynı zamanda otoritenin kendi isteği ile yargılama yetkisinin sınırlandırılmasına örnek teşkil etmektedir. Roma hukukunda özel yargılama sisteminde karşımıza çıkan ve yargılamayı yapan özel kişilerden temel beklenti, bu kişilerin otoritenin etkisi altında kalmadan serbest iradeleri ile âdil bir karar vermeleri idi.

Günümüzde ise otoritenin (iktidarın), yargının yetkisini sınırlandırma çabalarının karşımıza çıktığı görülmektedir. Bu amaçla günümüzde en sık kullanılan yöntem ise, mahkeme doldurma yöntemidir. Buna göre yasama ve yürütme organları, Anayasa ve yasal düzenlemelerden aldığı yetki ile mahkemelerin veya bağlı oldukları kurulların yapısına, işleyişine ve oluşumuna yönelik müdahalelerde bulunmaktadır. Bu yöntemde gerek mahkemelerin gerekse de bağlı oldukları kurulların yapısı, işleyişi, üyelerin belirlenmesi, niteliklerinin farklılaştırılması ve sayılarının arttırılması gibi konularda yeni düzenlemeler görünüşteki amacın arkasına gizlenen amaçlarla ve rahatlıkla yapılabilmektedir⁵¹.

B- Devlete Bağ(ım)lılık

Yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak günümüzde yapılan eleştirilerin kaynağında hâkimin devlet ile olan ilişkisi yer almaktadır. Yargı organlarının devlete bağlılığı bir prensip haline getirmesi yargının bağımsız olduğunu değil, tam tersine bağımlılığını ifade eder⁵². Bu

⁵¹ 2010 yılında yapılan referandumda halkın yüzde 58 oranında kabul oyuyla yapılan Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesi'nin yapısının değiştirilmesi hükümetin mahkemeyi doldurma planı olarak nitelendirilebilir. **Gönenc**, s.5.

⁵² Türk hukukunda, Anayasa'nın 140. maddesinin başlığı "Hâkimlik ve Savcılık Mesleği"dir. Aynı maddenin ikinci fıkrası "Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler" şeklinde belirtmektedir. Yine aynı maddenin altıncı fıkrasında "Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adâlet Bakanlığı'na bağlıdırlar." şeklinde belirtilmiştir. Hâkimin bağımsız olması, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında hâkimlere emir ve talimat

durumda, yargılama sırasında hukukun üstünlüğü ile devletin üstünlüğü karşı karşıya geldiğinde ve hâkimlerin ikisi arasında bir tercih yapma zorunluluğu olduğu takdirde, devlet ile olan ilişkilerini de gözeterek, devletin üstünlüğünü hukukun üstünlüğüne tercih etmeleri söz konusu olabilecektir.

Roma hukukunda ise özel yargılama sisteminde resmi bir sıfatı bulunmayan ve dolayısıyla yargılamanın yapıldığı sırada devlete ve organlarına yargılama faaliyeti bakımından doğrudan bağımlılığı söz konusu olmayan kişilerin yargılamayı yaptığı görülmektedir. Kanımızca, her ne kadar özel kişiler olarak davayı görseler de, Roma yargısının temelini oluşturan hâkim statüsüne sahip olabilecek bu kişilerin ağırlıklı olarak senatör ve *equites*⁵³ gibi siyasi ve kamusal alanda devlet hizmeti gören kişiler olması, Roma yargısında, devlete doğrudan olmasa da dolaylı olarak bağlılığın olduğunun göstergesi olarak kabul edilmelidir.

Bununla birlikte devletin müdahalesi, uyuşmazlığın taraflarına dava hakkı tanımak ve bu davanın görülme şekli ile kapsamını belirlemekle sınırlıydı. Bu nedenle, özel yargılama sisteminde devletin hâkim üzerinde sınırlı bir rolü vardı⁵⁴.

C- Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında

Bilindiği üzere yargının bağımsızlığı kuvvetler ayrılığı ilkesinin geçerlilik taşıması bakımından da önemlidir. Yargı bağımsızlığı kuşkusuz

verememesini, tavsiye ve telkinde bulunamamasını ifade eder. Bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesi kapsamında yargının, yasama ve yürütmeden bağımsız olmasının bir sonucudur. Hâkimin, adâletin sağlanması görevini gereği gibi yapabilmesi için bu kural getirilmiştir. İdari görevleri yönünden Adâlet Bakanlığı'na bağlı olmaları ise hâkimin görevi ile ilgili olmayan idari konularla ilgilidir. Ancak idari yönden hâkimlerin baskı altında olması, hâkimin bağımsızlığı prensibine gölge düşmesi ihtimalini doğurur. **Centel, N.**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı İle Tarafsızlığı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 45, 51 ve 52; **Keskin, S.**, Yargıç Bağımsızlığı, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 129-130 ve 135-141.

⁵³ *Equites* denilen ve ordunun atlı sınıfını oluşturan şövalyeler, Cumhuriyet dönemi sonlarından itibaren seçkin bir sınıf olarak kabul edilmişlerdi.

⁵⁴ **Karadeniz Çelebican**, s. 272.

kuvvetler ayrılığının ve hukuk devletinin de zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Siyasal bilim ve kamu hukuku literatürüne “Kuvvetler Ayrılığı” adlı kuramı ile geçen Montesquieu, 1748 yılında yazdığı “Kanunların Ruhu Üzerine” adlı ünlü eserinin XI. kitabının VI. bölümünde kuvvetler ayrılığına ilişkin görüşlerini açıklamıştır. Devletin başlıca üç gücü (yetkisi) arasındaki ilişki nasıl düzenlenmeli ki, bireyler temel hak ve özgürlüklere sahip olsunlar sorusunun yanıtını arayan Montesquieu’nun vardığı sonuç, devletteki üç gücün aynı kişi veya kurulda toplanmamasının gerekli olduğudur. XI. kitabının VI. bölümünde vardığı bu sonucu şu ifadelerle açıklamaktadır. “Yasama gücü ile yürütme gücü (yetkisi) aynı kişi ya da kurulda birleşirse özgürlük kalmaz. Yargı gücü, yasama ve yürütme güçlerinden ayrılmamışsa hiçbir özgürlükten bahsedilemez. Hele bu üç güç aynı kişinin elinde toplanırsa her şey kaybolur.”⁵⁵ İktidarın sınırlandırılmasında yargı önemli bir etkiye sahiptir. Yargı, iktidarı denetler ve bireyi iktidarın keyfi ve hukuka aykırı uygulamalarına karşı korur. Bunun için iktidarı denetleyen yargının mutlaka bağımsız olması aranır.

Modern hukuk sistemlerine ve devlet anlayışına kalıcı etkileri olan bu görüş, Roma’nın siyasal dönemleri içerisinde karşımıza çıkmaz. Ancak Roma’nın her döneminde, adil bir yargılama yapacak olan hâkimlerin, yargı yetkisini ne ilahi bir güçten veya Kral’dan ne de imparator gibi mutlak bir otoriteden aldıkları düşüncesi ile kullanmamaları beklentisi bulunmaktaydı.

D- Hâkimlerde Aranılan Özellikler

Hâkimlerin seçiminde devletin fonksiyonu hâkimler listesini hazırlamaktı. Hâkim olabilecekler için iki hukuk sisteminde de belli ölçütler aranmakla birlikte, iki noktada belirgin farklılık vardır. Bunlardan

⁵⁵ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine - Cilt I, Çev. Fehmi Baldaş, İkinci Matbaası, İstanbul, 1998, s. 235; Mumcuoğlu, M., Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi, Ankara Barosu Dergisi, Cilt no 46, Sayı no 2, Yıl 1989, s. 265.

biri, hâkimlik yapabileceklerin yaşına ilişkin, diğeri ise hukukçu olma niteliği bakımından karşımıza çıkar.

Hukumumuzda hâkim olabilmek için belirlenen üst yaş sınırı otuz beş iken⁵⁶, Roma'da altmış idi. Ayrıca Roma hukukunda Augustus döneminden önce en az otuz daha sonra ise en az yirmi beş yaşını tamamlamış olma şartı aranırken Türk hukukunda alt yaş sınırı aranmaz. Lisans diploması ve iki aşamalı sınavda başarılı olmak yeterli olduğuna göre yirmi üç yaşında olan bir kimsenin hâkim adaylığına atanabilmesi mümkün görünmektedir. Hukuk uygulamasında herhangi bir tecrübe sahibi değilken, genç yaşta hâkimlik sıfatına sahip olunabilmesi eleştirildiği gibi, üst yaş sınırının getirilmesi de eleştirilmektedir. Hukuk alanında tecrübesi ile hâkimlik mesleğini layiki ile yerine getirebilecekleri otuz beş yaş ile sınırlamak kanımızca da yerinde bir düzenleme değildir.

Ayrıca Türk hukukunda hâkimlerin belirlenmesinde hukukçu olma şartı aranırken⁵⁷, Roma'da ise aranmazdı. Bu durum Roma hukukunda hâkimlerin hukukçu olabileceği gibi, hukukçu sıfatı olmaksızın da bu görevi yürütebileceklerini ortaya koymaktadır. Ancak unutmamak gerekir ki Roma hukukunda hâkimler toplum içerisinde saygı gören üst tabakadan kişiler olup genel olarak iyi eğitilmiş kişilerdi. Hâkimin hukuku bilmemesi önemli bir eksiklik olarak kabul edilse bile bu durumu Roma'da hukukçuların sayısının az olması ile açıklamak mümkündür. Hâkimin çoğu zaman hukuku bilmemesi, hukuku uygulamadığı anlamına da

⁵⁶ 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8/b düzenlemesinde "(Değişik: 3/6/2011-KHK-643/12 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 14/2/2013 tarihli ve E:2011/89, K:2013/29 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenleme: 2/12/2014-6572/28 md.) Giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla otuz beş yaşını doldurmamış olmak." adaylığa atanabilmek için aranan bir nitelik olarak belirtilmektedir.

⁵⁷ 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 8/c'de idari yargı hâkim adayları için "hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar bakımından, her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olmak" şeklinde belirtilen hükümlerle istisna getirilmiştir.

gelmez. Örf ve âdet ile hukukun diğer kaynaklarına bağlı olarak ve bunları araştırarak karar verecek olan hâkim, Roma hukukunun gelişiminde önemli bir yere sahip olan *praetor edictum*'larından da⁵⁸ yararlanırdı. Ayrıca hâkimin hukuksal yardım için başvurduğu hukukçuların uyuşmazlığa ilişkin kuralların ne şekilde uygulanacağına dair görüşleri⁵⁹, bir taraftan hukukun uygulanmasına diğer taraftan gelişimine önemli katkılar sağlamıştır⁶⁰.

Günümüzde mahkemelerin iş yükünün azaltılması için Avrupa Birliği'ne üye ve aday ülkelerin Adâlet Bakanları'nın yapmış olduğu çeşitli toplantılarda, mahkemelerin iş yükünün azaltılması için alınması gereken tedbirler konusunda tavsiye kararlar alınmaktadır. Bu tedbirlerden biri olarak hâkimlerin, idari nitelikteki işler ve basit uyuşmazlıklarla çok fazla uğraşmalarını önlemek için adli hizmet uzmanı olarak adlandırılan kişilerin, mahkemelerde görev yapması tavsiye edilmektedir. Adli hizmet uzmanları yeterli hukuk eğitimi almış, hâkime iş yükü anlamında yardımcı olan ve hâkimin kontrolünde çalışan kişilerdir. Batı Avrupa'nın hemen hemen tamamında ve Brezilya, Şili, Japonya gibi ülkelerde yargı memuru olarak adlandırılan ve yetkileri oldukça geniş olan kişiler adli hizmet uzmanı olarak görev yapmaktadırlar. Örneğin, Almanya'da "*Rechtspfleger*" adı ile anılan yargı memurları, hiyerarşik sıralamada bütün adliye memurlarının üstündedir. Bu kişiler, hâkimin yargı yetkisini kullanmasını gerektirmeyen hukukî konularda yetkilendirilmiş bulunan bir hukuk teknisyenidir⁶¹. Günümüzde adli hizmet uzmanı gibi hâkime

⁵⁸ Göreve gelen *praetor*, yargı işlerinin görülmesinde düzeni sağlamak için uygulayacağı kuralları ve yapacağı faaliyetleri *edictum*'la ilan ederdi. *Edictum*'da yer alan prensipler, aynı zamanda dava açmak isteyenler için yönlendirici bir işleve sahipti. Ancak *edictum* kanun niteliğinde değildi, sadece *edictum*'u yayınlayan *praetor* için bağlayıcı nitelik taşırdı. **Sohm, R.**, *The Institutes of Roman Law* Çev. James C. Ledlie, Gorgias Press, New Jersey, 2002, s. 48; **Declareuil**, s. 21.

⁵⁹ Hâkimin hukukçu olmadığı durumlarda, bir uzman tavsiyesine başvurmaması nadiren görülürdü. Bu nedenle *consilium* adı verilen danışma heyetinde yer alan hukukçuların yazılı görüşlerine sıklıkla ihtiyaç duyarlardı.

⁶⁰ **Sohm**, s. 62-71.

⁶¹ **Özbek, M.**, *Avrupa Konseyince Adâlet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler*, AÜHFD, Cilt no 55, Sayı no 1, Yıl 2006, s. 263.

yardımcı personel bulunması ihtiyacının, Roma hukukunda, iş yükünü azaltmak anlamında olmasa bile, hâkimin eksik olan hukuk bilgilerini tamamlamak için her zaman danışabileceği hukukçularla sağlanmış olduğu görülmektedir.

Türk hukukunda hâkimin hukuku tam olarak bildiği kabul edilir ve yargılama sırasında hukuksal konularda bilirkişi dâhil kimseden yardım alamaz. Ancak her uyuşmazlıkta uygulanacak hukuku hâkimin bilmesini beklemek gerçekçi değildir.

E- Hâkimlerin Seçimi ve Atanması

Türk hukukunda hâkimin seçilmesi ve atanması ile olarak, hâkimler 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu gereğince Adâlet Bakanlığı'nın açtığı sınavı kazanıp, iki yıl staj yaptıktan sonra, Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca mesleğe kabullerine karar verilmesi üzerine atanırlar. Hâkimler ancak bu usûle uygun olarak atandıkları takdirde bu sıfatı kazanırlar. Türk hukukunda seçim ve atamanın devlet içinde çeşitli kurumlarca yapıldığı görülür.

Roma hukukunda ise devlet, hâkimin seçiminde değil fakat atanmasında *magistra*'lık kurumu aracılığıyla etkili olmaktadır. Atama işleminin devletin organları aracılığı ile yapılması, bir anlamda devletin bu hizmeti görmesi için hâkime yetki vermesi anlamını taşırdı. Bu nedenle Türk hukukunda olduğu gibi Roma hukukunda da hâkimlik sıfatı, devletin ataması ile kazanılırdı. Dolayısıyla Roma hukukundan günümüze hâkimlik önemli bir kamu hizmeti olarak görüldüğü için hâkimin atamasında devlet her zaman etkili olmuştur.

Roma yargılama hukukunun farklı bir özelliği de, mahkemede yer alacak hâkim veya hâkimlerin, davanın taraflarınca belirlenerek yargılamaya toplumun yakınlaştırılması ve yargılamanın üzerinde kısmen de olsa bir çeşit sosyal denetim mekanizmasının var olmasıdır⁶². Ayrıca seçim işlemi sırasında *magistra*'nın uzlaşmayı onaylama gibi bir

⁶² Karakocalı, s. 69.

fonksiyonunun olmadığı, seçim işleminin sadece davanın tarafları arasında gerçekleşen bir uzlaşma ile tamamlandığı anlaşılmaktadır.

Kanımızca, Roma özel yargılama sisteminde, hâkimlerin seçiminin taraflarca yapılması yargının denetimi anlamında olumlu bir uygulamadır. Bu uygulama, yargının dışsal denetim yollarından biri olarak kabul edilebilir⁶³. Yargının dışsal denetimi, hâkimin vereceği kararda toplum tarafından denetlendiğinin farkında olarak tarafsız bir yargılama yapmasını sağlar. Roma hukukunda ise taraflar dava sırasında olmasa bile dava öncesinde, tarafsızlığına inandıkları bir kişiyi uzlaşma yolu ile seçerek benzeri bir denetimi yapmışlardır. Diğer taraftan yargının dışsal denetimi, toplumun yargıya karşı olumsuz, kuşku veya korku ağırlıklı bir bakışa sahip olmasını engeller. Bireylerin hak arama özgürlüklerinin farkında olarak, rahatlıkla hak arama yollarına başvurmalarını sağlar. Bu nedenle, Roma özel yargılama sisteminde tarafların ve daha genel bir biçimde toplumun, hâkimin seçilmesinde sahip olduğu bu ayrıcalıkla, yargı organları önünde hak aramaya teşvik edilmiş olduğu düşünülebilir.

Hâkimlerin seçilmesi bakımından Roma hukukunda taraf iradesi egemendi. Uyuşmazlığı çözecek hâkimi genellikle taraflar belirlerdi. Türk hukukunda ise yazılı aşama sonrasında mülakat kurulu etkilidir. Bu mülakat kurulunun yapısı ise günümüzde yargı bağımsızlığı bağlamında eleştirilmektedir. Roma hukukunda tarafların uzlaşma yolu ile hâkimi seçmesi, bu hâkimin yapacağı yargılamada tarafsız davranacağına ve yargılamayı âdil şekilde yapacağına ilişkin güven duyduklarının göstergesidir.

F- Hâkimin Sorumluluğu

Yargı bağımsızlığının sağlanması için, hâkimlerin yargısal sorumsuzluğa sahip olmaları büyük bir öneme sahiptir. Roma hukukunda, günümüzdeki anlamıyla hâkimin bağımsızlığı gibi bir kurum

⁶³ Günümüzde, Amerikan hukuk sisteminde dava sırasında toplum içinden seçilmiş sıradan kişilerin görüşlerine başvurulduğu juri sistemi ya da İngiliz hukuk sisteminin “case law” dedikleri içtihatlarla dayanan hukuk sisteminde daha önce benzer davalarda verilmiş kararların uyuşmazlığın taraflarınca bilindiği düşüncesi ile hâkimin hareket etmesi, yargının dışsal denetim yollarına örnek olarak gösterilebilir. **Karakocalı**, s. 72, dn. 245.

bulunmamakla birlikte, hâkimin görev süresince sorumsuz olduğunun kabulü, günümüzdeki anlamı ile hâkimin bağımsızlığını pekiştiren bir düzenleme olarak düşünülebilir. Diğer taraftan âdil olmayan ve taraflı bir yargılama yapan hâkimlerin yargılama sonunda, karar verdikleri andan itibaren sorumluluklarının kabul edilmesi hâkimin kararının denetimsiz bırakılmamasını sağlamıştır⁶⁴.

Hâkimin tarafsızlığının sağlanması için, hâkimlerin belli durumlarda sorumluluğa sahip olmaları büyük bir öneme sahiptir. Hukuka ve vicdani kanaatine göre karar verecek hâkimlerin de hata yapma ihtimalleri bulunmaktadır. Zekâ, psikoloji ve muhakeme yeteneği gibi içsel etkenler insandan insana farklı olduğundan hâkimlerin benzer olaylarda dahi aynı yönde kararlar vermedikleri görülür. Hâkimin iradesi dışında tarafların mahkemeye yanlış bilgi sunması gibi bazı dışsal etkenler de yargılama sonucunda hatalı kararlar verilmesine neden olmaktadır. Hâkimin hatalı veya yanlış karar vermesi bazı durumlarda kasıtlı davranışı veya ağır ihmali ile bazen de mazur görülebilir hafif ihmallerinden ortaya çıkabilir. Nedeni her ne olursa olsun, âdil bir yargılamanın yapılması için hatalı veya yanlış kararların düzeltilmesi gerekir. Bu amaçlarla kanun yolunun bulunması ve hâkimin sorumluluğunun hukuk sistemlerinde düzenlenmesi, âdil yargılamanın teminat altına alınmasını sağlayacaktır.

Yargılamaya ilişkin kurallardan sapmaların ve bu kurallara aykırı davranışların düzeltilmesi, adâletin, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Mahkemelerin hiyerarşik sistemine kanun yollarının dâhil edilmesi, hukuka aykırılıkların denetlenmesi ve düzeltilmesi için hukuk sistemlerinde mutlak bir biçimde yer alması gerekir. Roma hukukunda ise özel yargılama sistemi içerisinde üst derece mahkemeler yer almamıştır. Bu sistemde kanun yolları ile yargılama hukuku ve maddi hukuk kurallarına aykırılığın denetiminin ve

⁶⁴ **Monahan, M. A.**, The Problem of ‘The Judge Who Makes The Case His Own: Notions Of Judicial Immunity And Judicial Liability in Ancient Rome, The Catholic University Law Review, Vol. 49, 2000, s. 440.

düzeltilmesinin yapılmaması önemli sakıncalar taşırdı. Başka bir ifade ile hâkimin yanlış ve haksız karar vermesi ihtimali her zaman bulunmasına rağmen hükmün kesinliğinin kabul edilmesi, adâletin sağlanmasının önündeki en büyük engellerden biri olarak yer alırdı. Zira taraflar karardan tatmin olsun olmasın son sözü hâkim söylerdi.

Ancak hâkim, esasa ilişkin konular bakımından veya *magistra*'nın talimatlarına aykırı olarak, hatalı ve yanlış bir karar verebilirdi. Romalılar, bu ihtimalin dikkate alınmamasının âdil yargılanmayı tehlikeye sokacağına farkına varmışlar ve hâkimin sorumluluğunu kabul etmişlerdir. Hâkimin sorumluluğu yoluna gidilmesi, hukuka aykırı bir kararın neden olduğu âdil olmayan bir durumun yaratacağı olumsuz sonuçları tam olarak kaldırmasa da uğranılan zararın telafi edilmesini sağlardı.

G- Hâkimin Reddi

Hâkimin hukuksal anlamda reddi, hâkimin tarafsızlığını sağlamak için başvurulabilecek yollardan biri iken uyuşmazlığı gören hâkimin reddinin ileri sürülememesi, Roma özel yargılama sisteminin başlıca eksikliklerinden biri olarak gösterilebilir⁶⁵.

Ayrıca, özel yargılama sisteminde *sortitio* veya *editio* yolu ile hâkimin seçilmesi işlemi yapılırken taraflardan her birine *reiectio* yolu ile reddetme hakkının tanınması, mahkemelerin oluşumunu ve dolayısıyla yargılamanın başlamasını geciktirmekteydi⁶⁶. Diğer taraftan listede yer alan hâkim sayısının çok fazla olması *reiectio*'nun uygulanmasını

⁶⁵ Sistem dışı yargılamanın bir önemli özelliği, bu yargılama sisteminde hâkimin reddinin kabul edilmesidir. Roma hukukunda hâkimin reddi (*recusatio*), sistem dışı yargılamanın geçerli olduğu Iustinianus döneminden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemde hâkimin reddi, özel yargılama sisteminde tarafların *reiectio* olarak adlandırılan ve hâkimin seçilmesi sırasında bir tarafın önerdiği hâkimin diğer tarafça kabul edilmemesi ile aynı anlamı taşımamaktadır. Sistem dışı yargılamada hâkimin hukuksal anlamda reddi, tarafsızlığından şüphe duyulan ve bu nedenle *iudex suspectus* olarak adlandırılan hâkimin, davaya bakamayacağına taraflarca talep edilmesidir. **Söğütü Erişgin**, s. 104.

⁶⁶ **Cicero**, *Oratio*, s. 317.

zorlaştırdı. Bu nedenle *reiectio*'nun tarafların menfaatlerine uygun bir uygulama olduğu düşünülemez.

SONUÇ

Yargının “olmazsa olmazları” olarak karşımıza çıkan bağımsızlık ve tarafsızlık, her hukuk sisteminin ve hatta bazı uluslararası belgelerin de ele aldığı konular arasında yer almaktadır. Yargı mensuplarının hukuk kurallarının öngördüğü adâleti sağlaması bakımından bağımsız ve tarafsız olması, hukuk devletinin temel ayakları arasında yer alır. Gerçekten de, hukuk devletinin temel kavramı adâlet olduğuna göre, adâlet ve dolayısıyla hukuk devleti birbirinden ayrı düşünülemez.

Romalılarda da, devlet iktidarının sınırlandırılması, adâlet temelinden hareket edilmesinin gerekliliği düşüncelerine tesadüf etmek mümkündür. Roma hukukunda, günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının, doğrudan olmasa da, adâleti sağlama düşüncesi temeline dayan düzenlemelerle sağlandığını görmek mümkündür.

Roma hukukunda, günümüzdeki anlamı ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını ilgilendiren konuları, Türk hukukunda yer alan düzenlemelerle birlikte ele aldığımızda ortaya çıkan farklılıkları iyi bir biçimde analiz etmek bizlere farklı bir bakış açısı kazandıracaktır.

KAYNAKÇA

- Barak, Aharon.** The Judge in a Democracy , Princeton University Press, 2. baskı, Princeton, 2008.
- Berger, Adolf.** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Transactions of the American Philosophical Society, New Series, (333-809), Vol. 43, No. 2, 1953.
- Boran Güneysu, Nilüfer.** Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Centel, Nur.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı İle Tarafsızlığı ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Cicero, Marcu Tullius.** Pro. P. Sulla Oratio, Çev. D.H. Berry, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- Crook, John Anthony.** Law and Life of Rome, Cornell University Press, New York, 1967.
- Declareuil, Joseph.** Rome The Law Giver, Alfred A. Knopf, New York, 1926.
- Di Marzo, Salvatore.** Roma Hukuku (Çev. Ziya Umur), İÜHF Yayınları, İstanbul, 1959.
- Gönenç, Levent.** Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasal Çalışma Metinleri, 2011.
- Güneysu, Gökhan.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Hakimin Tarafsızlığı, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2012.
- Hunter, William Alexander.** A Systematic and Historical Exposition of Roman Law In the Order of a Code, Sweet and Maxwell Ltd., London, 1920,.
- Johnston, David.** Three Thoughts on Roman Private Law and the Lex Irnitana, The Journal of Roman Studies, (62-77), Vol. 77, 1987.

- Karadeniz Çelebican, Özcan.** Roma Hukuku-Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Karakocalı, Ahmet.** Roma Hukukunda Hakim ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Kaser, Max.** Roman Private Law, Çev. Rolf Danenbring, Butterworths&Co. Ltd., London, 1968.
- Kelly, John Maurice.** Roman Litigation, Clarendon Press, Oxford, 1966.
- Keskin, Serap.** Yargıç Bağımsızlığı,” Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Kocourek, Albert.** The Formula Procedure of Roman Law, Virginia Law Review, Vol. 8, No. 6, (434-444), 1922.
- Küçükgüngör, Erkan.** Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat, Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998.
- Monahan, M. A.,** The Problem of ‘The Judge Who Makes The Case His Own: Notions Of Judicial Immunity And Judicial Liability in Ancient Rome, The Catholic University Law Review, (429-448),Vol. 49, 2000.
- Montesquieu,** Kanunların Ruhu Üzerine - Cilt I, Çev. Fehmi Baldaş, İkinci Matbaası, İstanbul, 1998.
- Mumcuoğlu, Maksut.** Hukuk Devletinde Bağımsız Yargının Yeri ve Bağımsız Yargının Türkiye’de Gelişimi, Ankara Barosu Dergisi, (262-306), Cilt no 46, Sayı no 2, Yıl 1989.
- Özbek, Mustafa.** Avrupa Konseyince Adâlet Hizmetlerinin Etkinliğinin Arttırılması İçin Öngörülen Tedbirler,” AÜHFD, (207-292), Cilt no 55, Sayı no 1, Yıl 2006.

- Özen, Muharrem.** Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi, (31-65), Yıl 68, Sayı no 2010/1.
- Rodger, Alan.** The Lex Irnitana and Procedure in the Civil Courts, The Journal of Roman Studies, (74-90), Vol. 81, 1991.
- Sohm, Rudolf.** The Institutes of Roman Law, Çev. James C. Ledlie, Gorgias Press, New Jersey, 2002.
- Söğütlü Erişgin,** Özlem. Roma Hukuku'nda Yargıcın Reddi, AÜHFD, (97-115), Cilt no 51, Sayı no 1, Yıl 2002.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe.** Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu, M.Ü.H.F Hukuk Araştırmaları Dergisi, (275-302), Cilt no 14, Sayı no 4, Yıl 2008.
- Umur, Ziya.** Roma Hukuku Lügati, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1983. (Lügat)
- Umur, Ziya.** Roma Hukuku-Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1970.
- Ünver, Yener.** Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, İÜHFM, (153-196), Cilt no 53, Sayı no 1-4, Yıl 1988-1990.
- Watson, Alan.** Ancient Law and Modern Understanding, The University of Georgia Press, Athens, 1998.

**BİR YARGITAY KARARI İŞİĞİNDA EŞLERİN ANLAŞMALI
BOŞANMA İLE ALACAKLILARINDAN MAL
KAÇIRMALARININ TASARRUFUN İPTALİ DAVASINA KONU
EDİLMESİ SORUNU***

İdil TUNCER KAZANCI**

ÖZET

Eşlerden birinin alacaklılarına zarar verecek şekilde mal rejiminin değiştirilmesi TMK m. 213 'te düzenlenmiştir. Buna karşın anlaşmalı boşanma ile eşlerden birinin malvarlığının eksiltilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay'ın anlaşmalı boşanma kararlarına karşı tasarrufun iptali davası açılabileceği; şartlar mevcutsa yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği yönünde içtihatları mevcuttur. Ancak kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı tasarrufun iptali yoluna başvurulması mümkün değildir. Protokol ile boşanma ve mal rejiminin tasfiyesi halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalı boşanma; Mal rejiminin tasfiyesi, Tasarrufun iptali davası, Yargılamanın yenilenmesi.

**THE UNCONTESTED DIVORCE, HIDING ASSETS FROM
CREDITORS OF A SPOUSE, THE ACTIO PAULIANA IN THE
LIGHT OF A DECISION OF THE SUPREME COURT**

ABSTRACT

Changing the marital property regime between husband and wife which adversely affects the creditors of one of the spouses is elucidated

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen "Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Yard. Doç. Dr.; İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku ABD

under article 213 of the Turkish Civil Code. Notwithstanding the fact that in case of uncontested divorce, there is no regulation available regarding the decrease in value of one of the spouse's property. The Turkish Supreme Court has been ruling over cases whereby actio pauliana can be brought against the court's decision pertaining to the uncontested divorce and if certain conditions exist the trial can be renewed. However, it is not possible to bring an actio pauliana against the final court orders. This paper argues that in case of division of marital property and uncontested divorce, the renewal of trial should be the only option.

Keywords: Uncontested divorce; Division of marital property; Actio pauliana; Renewal of trial.

GİRİŞ

Eşlerden birinin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla bazı hileli yollara başvurusu mümkündür. Bu kimi zaman mal rejiminin değiştirilmesi yoluyla olabileceği gibi, anlaşmalı boşanma yoluyla da gerçekleştirilebilir.

Mal rejiminin eşlerden birinin alacaklılarına zarar verecek şekilde değiştirilmesi TMK m. 213'te düzenlenmiştir. Buna karşın anlaşmalı boşanma ile eşlerden birinin malvarlığının eksiltilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslında alacaklılardan mal kaçırma iradesiyle yapılan boşanmalara, mahkemeyi beklemeksizin eşlerin kendi iradeleriyle mal rejimini tasfiye edip, bunu mahkemeye bildirmeleri hali örnek gösterilebilir. Bu şekilde mahkeme ilamına geçirilen boşanma protokolü ve mal rejimi tasfiyesine karşı alacaklının hangi yola başvurusu gerektiği sorusu akla gelmektedir.

Yargıtay'ın mal rejiminin tasfiyesi yoluyla alacaklılardan mal kaçırıldığı hallerde, bu işlemin mahkeme kararına bağlanmış olsa dahi alacaklı tarafından tasarrufun iptali davasına konu edilebileceğine, aynı zamanda koşulların oluşması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğine ilişkin kararlarına rastlamak mümkündür. Biz çalışmamızda bir Yargıtay kararı ışığında öncelikle TMK m. 213, yani alacaklıların mal rejimi değişikliği veya tasfiyesinden korunmalarına

değineceğiz. Ardından, anlaşmalı boşanmalar ile gerçekleşen devir işlemlerine karşı hangi yola başvurulması gerektiğini inceleyeceğiz.

I. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay bir kararında, tasarrufun iptali davaları ile hile nedeniyle yargılamanın iadesinin aynı amaca yönelik olduğundan bahsetmiş; anlaşmalı boşanma protokolünün hükme geçirilmediği durumlarda, bu ilama dayanılarak alacaklılardan mal kaçırılması halinde tasarrufun iptali yoluna başvurulabileceğine hükmetmiştir: *“Davacı vekili, davalı borçlu Selami aleyhine icra takibi yaptıklarını, borcu karşılayacak malı bulunmadığını, borçlunun alacaklısından mal kaçırmak amacıyla taşınmazlarını boşanma protokolü ile diğer davalıya devrettiğini açıklayarak tasarrufların iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir...Mahkemece, dava konusu tasarrufların boşanma ilamının feri niteliğinde bulunduğu ve davacının ancak yargılamanın iadesi yoluyla böyle bir istekte bulunabileceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir...Davacı taraf, davalı borçlu Selami'nin eşi İnci Nur Ç.'e boşanma protokolü ile 8 adet bağımsız bölümü (taşınmaz) devrettiğini, bu devir işleminin tarafların anlaşmalı boşanmaları sonucu mahkeme hükmüne bağlandığını açıklayarak, söz konusu tasarrufun iptalini dava etmiştir. Mahkemece, mahkeme hükümlerinin tasarrufun iptali davalarına konu edilemeyeceği düşüncesi ile dava reddedilmiştir. Mahkemenin kabul şekli yasal düzenlemenin amacına uygun düşmemektedir. İlke olarak taraflar arasında bir anlaşmazlığı hükme bağlayan ilamlara karşı tasarrufun iptali davası açılmaz. Tarafların iradelerinin uygunluğu ile bir mahkeme hükmünün elde edilmesi halinde, nizalı bir yargıdan bahsedilemez. Bu gibi hallerde tarafların uygun iradesi hükmün oluşmasına yetmektedir. Alacaklısından mal kaçırmak amacıyla olabilen borçlu bu durumda amacına uygun bir mahkeme kararı elde edebilecektir. Somut olayda, davalı borçlu ile diğer davalı eşi, boşanma davasına esas olmak üzere bir protokol hazırlamış ve bunu mahkemeye sunmuşlardır. Davacı alacaklı, anılan protokol ile borçlu tarafından eşine devredilen 8 adet taşınmaz (bağımsız bölüm) hakkındaki tasarrufların iptalini istemiştir. Davacının*

asil amacı, boşanmaya ilişkin mahkeme hükmünün iptali değil, taşınmaz devrine ilişkin tasarrufun iptalidir. Tasarrufun tarafları karı-kocadır. Boşanma davasında tarafların mal bölüşümü mahkeme tarafından belirlenmiş değildir. Tarafların mahkemeye anlaşma şeklinde bildirdikleri iradeleri ile mal paylaşımı belirlenmiştir. Bu gibi hallerde borçlunun alacaklısından mal kaçırabilme imkanı vardır. Gerek tasarrufun iptali davalarında, gerekse HUMK.nun 446. maddesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle açılan davaların yasal düzenlemelerinin, aynı amaca yönelik olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda mahkemece tarafların delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği halde, yazılı olduğu biçimde davanın reddine karar verilmesi isabetli görülmemiştir.”¹.

Yargıtay’ın bu kararının tasarrufun iptali davası, yargılamanın yenilenmesi ve aile hukukunda alacaklıların korunmasına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde incelenmesinde fayda vardır.

II. Genel Olarak Tasarrufun İptali Davası

Borçlarını ödemedede güçlük çeken; ödemesi halinde malvarlığını kaybetme endişesi yaşayan borçlu, malvarlığının tamamını borçlarının ödenmesine yöneltmekten kaçınabilir. Borçlunun bu davranışı, kendi açısından makul görülebilirse de, alacaklılar bakımından alacaklarını tam olarak elde edememe ile sonuçlanır. Özellikle malvarlığı borçlarını karşılamaya yeten ve fakat buna rağmen ekonomik olarak güç duruma düşmek istemeyen borçlunun bu işlemleri alacaklılar bakımından olumsuz sonuçlar doğurur. Malvarlığı borçlarına yetmese dahi, borçlunun malvarlığını eksilten, alacaklıların cebri icra imkânını kısıtlayan işlemlerinin kanun tarafından korunması beklenemez. Benzer sonuçlara küllî takip bakımından da ulaşılabilir. İflâs idaresi, müflisin tüm malvarlığını iflâs masasına kabul edilmiş alacakların ödenmesine tahsis edecektir. Müflisin iflasın açılmasından sonra masa mevcudunu eksiltici işlemlerde bulunması mümkün olmamakla birlikte, iflasın açılmasından önce yaptığı işlemler, alacaklılar bakımından el atılabilecek cebri icra

¹ 17. HD, 13.11.2008, 1908/5306 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2014).

semeresinin azalmasına yol açabilir. Bu durumda da masanın kanuni temsilcisi olan iflas idaresinin masa varlığını bu işlemten önceki haline getirmesi gerekir.

Tasarrufun iptali davası, borçlu/müflisin bu şekilde malvarlığını eksiltici veya alacaklıların takip imkânını kısıtlayıcı işlemlerini konu edinir. Hem küllî hem de cüz'î icra takiplerinde uygulama alanı bulabilen tasarrufun iptali davası, borçlunun malvarlığını alacaklıları lehine koruyucu bir fonksiyon gösterir. Tasarrufun iptali davası borçlunun malvarlığını azaltan veya alacaklının cebri icra imkânını kısıtlayan işlemlerin maddi hukuk bakımından hükümsüzlüğü ile sonuçlanmaz; bu dava neticesinde işlem ile malvarlığını edinen üçüncü kişiye cebri icraya katlanma yükümlülüğü getirilmektedir. Farklı bir ifade ile tasarrufun iptali davası neticesinde, alacaklı, sanki o malvarlığı değeri borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi cebri icra işlemine devam etme imkânı kazanır.

İptal davasında, özel bir dava şartı olarak geçici veya kesin aciz vesikasının yargılama süresi içerisinde ibrazı aranmıştır².

Aciz vesikasının özel bir dava şartı olarak kabul edilmesi, takibin semeresiz kalmasının, tasarrufun iptali davası bakımından fonksiyonunu da daha net ortaya koyar. Kanaatimizce takibin semeresiz kalması kavramı da, aciz vesikasının dava şartı olarak kabulünden çok, işaret ettiği durumla ilgilidir. Alacaklının tasarrufun iptali davası açabilmesi, ancak borçlunun borç ödemediği aciz halinde olduğunun resmi biçimde tespit

² **Umar, Bilge;** Türk İcra İflâs Hukukunda İptal Davası, İstanbul, 1963, s. 38; **Kuru, Baki;** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt IV, 3. Baskı, İstanbul, 1997, s. 3494; **Üstündağ, Saim;** İflâs Hukuku, İstanbul 2009, s. 283; **Pekcanitez, Hakan/Atalay; Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet;** İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2013, s. 871; **Muşul, Timuçin;** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II, 5. Baskı, Ankara, 2013, s. 1515; **Karslı, Abdurrahim;** İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2010. s. 651-652; **Akyazan, Sıtkı;** Takip Hukukunda İptal Davası, AD, Yıl: 54, Mart-Nisan 1963, S. 3-4, s. 236; **Uyar, Talih;** İcra ve İflâs Hukukundaki İptal Davalarında Yargılama, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1986, Cilt 12, Sayı 1-2, s. 139; **Yıldırım, Kamil;** Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, MÜHFD, Özel Sayı, Yıl. 2013, Cilt. 19, Sayı. 2, İstanbul, s. 474.

edilmesi durumunda söz konusu olur ki, bu da ancak aciz vesikası ile mümkündür. Farklı bir ifade ile aciz vesikası, borçlunun aciz halini ve takibin semeresiz kaldığını kesin biçimde ortaya koyan resmi bir belgedir. İşte bu şekilde davada takibin semeresiz kalması; aslen iptale tabi işlemin zarara yol açıp açmadığı değil, borçlunun aczinden alacaklının zarar görüp görmediği noktasında önem kazanır³. Borçlunun alacaklılarının tamamını bütün borçlarını kapsayacak biçimde tatmin edememiş olması şeklinde tanımlanabilecek olan bu durum iptale tabi işlemde doğan zararın tanımını da belirler⁴. Genel kural bu olmakla beraber, İİK m. 279 (İsvİİK m. 287) bakımından borca batıklık halinin de ek bir koşul olarak arandığı unutulmamalıdır.

Hacizdeki iptal davasında durum böyle iken, iflastaki iptal davası bakımından aciz vesikası ibrazı ve borç ödemedi aciz halinin veya borca batıklığın bu şekilde tespiti gerekmez. İİK m. 277/II'de geçici veya kesin aciz vesikasının varlığına bağlanmaksızın, iflas idaresinin iptal davası ikame edebileceği hükme bağlanmıştır.

İptal davası şahsi nitelikte bir davadır⁵. Bu dava sonucu verilecek hükümden sadece davanın tarafları etkilenir. Elinde hacizde verilmiş aciz vesikası⁶ bulunsa dahi davaya taraf olmayanlar bu hükümden etkilenmez⁷.

³ **Tuncer Kazancı, İdil**; Tasarrufun İptali Davalarında İspat, Ankara, 2015, s. 39.

⁴ **Peter, Henry**; Art. 285 LP, §21, Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005; **Peter, Henry**; Restatement des Conditions Générales de la Révocation, Jusletter, 25 Octobre 2004, §16.

⁵ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 858, 878; **Umar**; İptal Davası, s. 19; **Muşul**; C. II, s. 1487; **Akyazan**, s. 237; **Sarısözen**, s. 56; **Kurtoğlu, Serdar**; İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Cilt 47, Sayı 7-8, 1973, s. 779.

⁶ İflâs yolunda ikame edilebilecek olan iptal davası bakımından farklı sonuçlara ulaşılabilir. İflasta ikame edilen iptal davasında, dava neticesinde elde edilen değer masaya dahil edileceğinden, tüm alacaklılar bakımından etki doğuracaktır.

⁷ **Jäger, Charles**; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, Tome I-II-III,

III. Yargıtay Kararının Tasarrufun İptali Davasının Konusu Bakımından Değerlendirilmesi

A. Tasarrufun İptali Davasının Konusu

Tasarrufun iptali davasının tüm türleri bakımından ortak olan üç genel koşul belirlemek mümkündür. Bu koşullar her iptal davasında aranmakla beraber, iptal sebebine bağlı olarak, farklı koşul vakıalarının da somut olayda gerçekleşmiş olması aranabilir. Bu temel koşulları, borçlunun hukuki fiili, takibin semeresiz kalması ile genel olarak zarar ve illiyet bağı olarak belirleyebiliriz.

İİK m. 277 ve devamında borçlunun belirtilen « tasarruflarının » iptalinden bahsedilmiştir. Buna karşın, iptalin konusunu sadece tasarruf işlemleri veya daha genel olarak hukuki işlemler değil, borçlunun hukuki fiilleri oluşturur. Bu kavram, tasarruf işlemi veya hukuki işleme nazaran daha genel nitelikte olup, her iki kavramı da içerisinde barındırır⁸. Hukuki fiiller bizzat borçlu tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, borçlunun vekil aracılığıyla da yapılabilir⁹.

Hukuki fiilin, tasarruf işlemi olabileceği gibi, borç doğuran bir işlem de olabileceği; yani bu fiilin, borçlunun malvarlığının aktif veya pasif kısmına yönelebileceği doktrinde savunulan görüşlerdendir. Bu görüş taraftarlarına göre borç tanınması gibi tanıma işlemleri de, iptal davasının konusunu oluşturabilir¹⁰. İptale konu hukuki fiilin, sağlararası

Lausanne/Geneve, 1920, Art. 291, §2, A, b; CR LP-Peter, Art. 291 LP §14; Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 878.

⁸ Umar; İptal Davası, s. 54-55; Kuru, İcra Cilt IV, s. 3410; Karlı, s. 643; Uyar, Talih; İcra İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, Ankara Barosu Dergisi, 2011/1, s. 212; Uyar, Talih; “Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)” ile “Borçlunun Süresi İçinde Zamaşımı İtirazında Bulunmaması”nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi, İBD, C. 88, 2014/3, s. 282-283; Schüpbach, Henri-Robert; Droit et Actions Révocatoires, Commentaire des Articles 285 à 292 de la Loi sur La Poursuite pour Dettes et La Faillites du 11 Avril 1889 modifié le 16 Décembre 1994, Bâle et Francfort sur-le-Main, 1997; Art. 285, § 80; Sarısözen, s. 53.

⁹ CR LP-Peter, Art. 285 LP §11; Schüpbach; Art. 285, § 74; Umar; İptal Davası, s. 55; Börü, Levent; İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK m. 280), AÜHFD, Yıl 2009, Cilt 58, Sayı 3, s. 487.

¹⁰ CR LP-Peter, Art. 285 LP, §11; Peter; Restatement, §7. Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur, örneğin 15. HD, 21.10.2004, 3131/5291; “...Borçlunun mal

bir işlemle veya ölüme bağlı bir tasarrufla gerçekleştirilmesi mümkündür¹¹. Kanaatimizce borçlunun malvarlığının pasif kısmına yönelik bir işlemin, alacaklının cebri icra imkânını sınırladığı ölçüde, iptale tabi olduğunu kabul etmek gerekir.

İptal davasının konusunu borçlunun malvarlığının aktif veya pasif kısmına ilişkin işlemler oluşturur¹².

İptal davası sadece borçlunun bir malvarlığı değerinin, malvarlığından çıkarılmasını (örneğin satılmasını veya bağışlanmasını) konu edinmez. Tasarrufun iptali davasının, borçlunun alacaklının takip imkânını kısıtlayan veya alacaklının diğer alacaklılar yanında durumunu ağırlaştırıcı fiillerine de yöneldiğini söylemek mümkündür. Borçlunun rehin karşılığında kredi imkânını arttırması ve buna bağlı olarak işlerini geliştirmesinde durum böyledir¹³.

Mahkeme kararı ile yapılan devirler veya cebri icra yoluyla yapılan satışlar, iptal davasının konusunu oluşturamaz. Bu durumda koşulları

varlığını azaltıcı nitelikteki bu işlem borçlunun üçüncü kişi ile yaptığı bir tasarruf muamelesidir. Az yukarda da açıklandığı üzere, İİK.nun 282.maddesi, borçlu tarafından üçüncü şahıslara yapılan ÖDEME'yi bir tasarruf muamelesi saydığı gibi; üçüncü şahıslarla uyularak diğer alacaklıların zararına yapılan bütün borçlandırıcı işlemler de borçlu tasarrufları kapsamındadır...". Aksi görüş için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 859-860; Umar; İptal Davası, s. 56; Börü, s. 489; Karslı; İcra, s. 643; Ansay, Sabri Ş.; İcra ve İflâs Usulleri, Ankara, 1960 (İcra), s. 325. Yargıtay'ın da bu yönde de kararları mevcuttur, örneğin 17. HD, 22.04.2009, 307/2610; "...Tasarrufun iptali davalarında kural olarak, tasarrufun iptal edilebilmesi için borcun doğum tarihinin iptali istenilen tasarruf tarihinden önce olması gerekir. Tapu kaydına şerh verilmeyen satış vaadi sözleşmesinin yapıldığı tarih tasarruf tarihi olarak kabul edilemez. Çünkü gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi kişisel borç doğurucu hukuki bir işlemdir. Borçlandırıcı işlemle mal veya hak borçlunun mal varlığından çıkmış olmaz. İptal davasının konusunu, borçlunun mal varlığından eksilmeye neden olan tasarrufları işlemler oluşturur. Bu nedenle tapudaki satış tarihinin tasarruf tarihi olarak borcun doğumundan sonra gerçekleştiği kabul edilmesi gerekir. ..."

¹¹ CR LP-Peter, Art. 285 LP, §13; Schüpbach; Art. 285, § 82.

¹² CR LP-Peter, Art. 285 LP, §16; Peter; Restatement, §21 ; Peyrot, Aude ; Le Trust de Common Law et L'Exécution Forcée en Suisse, Schulthess, 2011, s. 304.

¹³ JdT 1976 II 109, benzer şekilde Brand, Ernest; L'Action Révocatoire, Tableau de la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, JdT 1943 II, s. 66.

mevcut ise ancak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir¹⁴.

B. Görüşümüz

Tasarrufun iptali davasının konusunu genel olarak borçlunun hukuki fiilleri oluşturur. Bu işlemler sadece borçlunun malvarlığının aktif kısmına değil, pasif kısmına da ilişkin olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, işlemin gerçekleştirilme şeklidir. Borçlunun tasarrufun iptaline konu edilebilecek fiilinin iradi biçimde gerçekleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla bir mahkeme hükmü neticesinde gerçekleşen malvarlığı eksilmelerine karşı tasarrufun iptali davası ikame edilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu görüşümüzden hareketle, Yargıtay'ın mal rejiminin boşanma kararı ile tasfiye edildiğini, dolayısıyla bu intikallerin de bir mahkeme hükmü neticesinde gerçekleştiğini göz ardı ettiği sonucuna ulaşılabilir. Nitekim metinden anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay tarafların iradeleri ile ortaya çıkan hüküm-mahkeme hükmü şeklinde bir ayırım yapmakta; tarafların iradesi ile ortaya çıkan hükmün (sulh) tasarrufun iptali davasına konu edilebileceğini belirtmektedir¹⁵. Bu kabul dahi, malvarlığı değişimlerinin mahkeme kararı ile gerçekleştiği gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle Yargıtay'ın söz konusu malvarlığı eksilmelerine karşı tasarrufun iptali davası açılabilmesi yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

¹⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 860; Muşul; C. II, s. 1490.

¹⁵ “İlke olarak taraflar arasında bir anlaşmazlığı hükme bağlayan ilamlara karşı tasarrufun iptali davası açılmaz. Tarafların iradelerinin uygunluğu ile bir mahkeme hükmünün elde edilmesi halinde, nizalı bir yargıdan bahsedilemez. Bu gibi hallerde tarafların uygun iradesi hükmün oluşmasına yetmektedir... Tarafların mahkemeye anlaşma şeklinde bildirdikleri iradeleri ile mal paylaşımı belirlenmiştir. Bu gibi hallerde borçlunun alacaklısından mal kaçırabilme imkanı vardır. Gerek tasarrufun iptali davalarında, gerekse HUMK.nun 446. maddesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle açılan davaların yasal düzenlemelerinin, aynı amaca yönelik olduğu kuşkusuzdur.”

IV. Yargıtay Kararının Tasarrufun İptali Davasının Tarafı Bakımından Değerlendirilmesi

A. Tasarrufun İptali Davasında Davacı

Tasarrufun iptali davasının tarafları, İİK m. 277’de sayılmıştır. “İptal Davası ve Davacılar” başlığını taşıyan madde uyarınca “(1)Elinde muvakkat yahut kati aciz vesikası bulunan her alacaklı, (2) İflâs idaresi yahut 245 inci maddede ve 255 inci maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hallerde alacaklıların kendileri” iptal davasını açabilir. İkinci fıkrada belirtilen 245. maddede sayılan alacaklılara, iflas içi iptal davasında rastlanır. Buna göre alacaklıların masa tarafından sonuçlandırılmasına gerek görmedikleri bir alacağın takibi, isteyen alacaklıya bırakılabilir. Yine İİK m. 255/III’ de, alacaklılardan birine alacağın takibinin devredilmesinin, iflas tasfiyesinin kapanmasından sonra tasfiyeye katılmamış bir mal bulunması durumunda nasıl gerçekleşeceği düzenlenmiştir.

Elinde geçici veya kesin aciz vesikası bulunan alacaklılar, iflas idaresi, iflas sırasında veya iflasın kapanmasından sonra bir malın ortaya çıkması durumunda alacağın takibi kendisine bırakılmış alacaklı tasarrufun iptali davasının davacısı olabilir (İİK m. 277).

İİK m. 277, iptal davasında aktif taraf (davacı) sıfatını düzenlemektedir. İsvİİK m. 285’in kenar başlığının “Davayı takip yetkisi” olması, doktrinde maddenin içeriğine ilişkin bazı tartışmalara yol açmıştır. Ancak anılan maddede davacı sıfatının düzenlendiği yönünde görüş birliği vardır¹⁶.

Hacizdeki tasarrufun iptali davasında davacı sıfatına, elinde kesin veya geçici aciz vesikası bulunan alacaklılar sahiptir. Davacı sıfatının

¹⁶ CR LP-Peter, Art. 285 LP, §31; Peter; Restatement, §21 ; Stoffel, Walter A./ Chabloz Isabelle; Voies d’Exécution Poursuite pour Dettes, Exécution de Jugements et Faillite en Droit Suisse, Berne, 2010; §7, N. 59-60; Erard-Gillioz, Pauline; La Révocation, FJS, 742, Genève, 1999, s. 3. Bu düzenlemeye ilişkin eski görüşler için bkz. Jäger; Art. 285 LP, §2 ; Favre, Antoine; Droit des Poursuites, 2e Edition, Fribourg, 1967, s. 374 ; Brustlein A./Rambert P. ; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Lausanne, 1892, Art. 285 LP, § 4a.

tespiti, takibin semeresiz kalması ve bunun neticesinde düzenlenecek aciz vesikası ile doğrudan bağlantılıdır¹⁷.

İflasın açılmasından sonra davacı sıfatı, kural olarak iflas masasına aittir (İİK m. 277/II). Her ne kadar kanun metninde “iflas idaresi” tabiri kullanılmışsa da, aslında iflas masası davacı sıfatını haizdir. Zira iflas idaresi, aslen iflas masasına bağlı olup, onun kanuni temsilcisidir¹⁸.

Genel kural iptal davasını, iflas masası adına, iflas idaresinin açabileceği ise de, kanun, bu duruma istisna da getirmiştir. Buna göre, İİK m. 245 uyarınca alacaklıların masa tarafından takip edilmesine gerek görmedikleri bir iddianın takibi, isteyen alacaklıya devredilir. İşte böyle bir devrin gerçekleşmesi durumunda alacaklı tek başına iptal davası ikame edebilir.

B. Tasarrufun İptali Davasında Davalı

Davalı sıfatı bakımından Kanun iflas içi ve iflas dışı iptal davaları bakımından ayırım yapmamıştır. İİK m. 282’ye göre iptal davası “*borçlu ve borçlu ile hukuki muamelede bulunan veya borçlu tarafından kendilerine ödeme yapılan kimseler ile bunların mirasçıları*” ve “*kötü niyet sahibi üçüncü şahıslar*” aleyhine açılır. Kanun ifadesi, aslen ruhuna uygun değildir. Nitekim İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu’nda da, 1994 değişikliği öncesi benzer bir ifadeye yer verilmişse de, anılan değişiklikte bu ifade düzeltilmiştir. Böylece mirasçılar dışındaki halefler aleyhine de iptal davası açmak mümkün hale gelmiştir¹⁹. Zira kanun metni, iptal davasının *borçlu ile hukuki ilişkide bulunan veya menfaat sağlamış kişiler*

¹⁷ CR LP-Peter, Art. 285 LP, §31; Peter; Restatement, §22; Favre, s. 374; Peyrot, s. 301.

¹⁸ CR LP-Peter, Art. 285 LP, §34; Stoffel/Chabloz, §7, N. 57; Schüpbach, Henri-Robert; Acte de Défaut de Bien-Droit et Action Révocatoires, La LP Révisée, CEDIDAC 35, Lausanne, 1997, s. 185; Jäger; Art. 285, §4; Erard-Gillioz, s. 3; Ansay; İcra, s. 331; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder; İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 27. Baskı, Ankara 2013, s. 563; Pekcamtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 624; Kuru; Cilt IV, s. 3517; Umar eserinde böyle bir ayırma gitmeden, dava açma yetkisinin iflas idaresinde olduğunu belirtmiştir, Umar; İptal Davası, s. 44 ve devamı.

¹⁹ CR LP-Peter, Art. 290 LP, §3; Schüpbach; Art. 290, §7; değişiklikten önceki görüşler için bkz. Brustlein/Rambert, Art. 290, § 2; Jäger; Art. 290, §1.

ile bunların mirasçuları veya diğer külli haleflerine ve nihayet kötüniyetli üçüncü kişiler aleyhine ikame edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Davalı sıfatını aslen haiz olanlar, iptale tabi işlemin tarafı olanlar ve onların külli halefleridir. Borçlu ile işlem yapan üçüncü kişiler, iptale tabi işlemde sadece doğrudan değil, dolaylı biçimde de faydalanmış olabilir²⁰. Bu kişilerin davalı sıfatını aslen haiz olmalarının nedeni, iptale tabi işleme doğrudan katılmış olmaları veya katılan kişiye külli hâlef olmalarından kaynaklanmaktadır. Zira bu durumda malvarlığı değeri sadece el değiştirmiş olur. Bu kişilerin iptale tabi fiilden doğrudan ya da dolaylı olarak faydalanmış olmaları mümkündür²¹.

Kanunun “*kötüniyetli üçüncü kişi*” olarak tanımladığı davalı grubu, davalı sıfatını aslen değil, yansıma yoluyla elde eden cüz’i haleflerdir. Bu kişiler, üst başlıkta incelediğimiz, işlemin tarafı olan veya menfaat sağlayan kişilerin cüz’i halefleridir. Bu kişiler, iptale tabi işlem dışında onların cüz’i halefi olmaları sonucunu doğuran bir başka işlem nedeniyle davalıdırlar²². Buradaki durum, iptale tabi işlemin taraflarından yansıyan bir davalı olma durumudur.

C. Anlaşmalı Boşanmada Eşin Alacaklısının Konumu

Anlaşmalı boşanmalarda eşler arasındaki işleme göre alacaklı üçüncü kişi konumunda olup, zararına tasarruf edilendir. Somut olayda da davacı/alacaklı, anlaşmalı boşanan eşleri davalı olarak göstermiştir. Kazandırmanın mahkeme kararı ile gerçekleştirilmediği ve dolayısıyla tasarrufun iptali davası açılabilceği durumlar bakımından taraf teşkili doğrudur. Ancak olayda boşanma kararından etkilenmeyen, karara göre üçüncü kişi durumunda bulunan alacaklının, bu kararla el değiştiren malvarlığı üzerinde ne şekilde cebri icra yürüteceği tartışılmaktadır. Kesin

²⁰ **Umar**; İptal Davası, s. 48-49; **Gilliéron**; Pierre-Robert; Poursuite pour Dettes, Faillite et Concordat, 4e Edition, 2005, § 2944; CR LP-**Peter**, Art. 290 LP, §7; **Jäger**, Art. 290, §1; **Schüpbach**; Art. 290, § 10-12.

²¹ **Umar**; İptal Davası, s. 48-49; CR LP-**Peter**, Art. 290 LP, §6; **Schüpbach**; Art. 290, §10; **Erard-Gillioz**, s. 5.

²² CR LP-**Peter**, Art. 290 LP, §10; **Umar**; İptal Davası, s. 49; **Schüpbach**; Art. 290, §77-81; **Peyrot**, s. 311.

hüküm, etkisini kural olarak sadece taraflar bakımından gösterir (HMK m. 303/I). Bu nedenle üçüncü kişi konumundaki eşin alacaklısının hükümle bağlı olması söz konusu olmamakla beraber, hüküm nedeniyle bir zarara uğradıysa bu zararının giderilmesi için bazı yollara başvurması mümkündür²³.

V. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Eşlerin Alacaklılarının Korunması ve Bu Korumanın Tasarrufun İptali İle Karşılaştırılması

A. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Alacaklıların Mal Rejiminin Tasfiyesinden Korunmaları

Eşler yürürlükte olan mal rejimini evlilik birliği içerisinde değiştirebilirler. Farklı bir ifade ile eşlerin yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminden vazgeçerek, mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimini seçmeleri mümkündür. Bu değişiklik, yeni bir mal rejimi sözleşmesinin noterlikte re'sen veya düzenleme şeklinde yapılmasına bağlıdır (TMK m. 205)²⁴. Bu durum tarafların iradesi sonucu gerçekleşebileceği gibi, eşlerden birinin alacaklılarının mahkemeye başvurması neticesinde de ortaya çıkabilir.

Türk Medenî Kanunu ayrıca eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklıya, borçlusunun mal rejiminin mal ayrılığı olarak değiştirilmesini talep etme hakkı da vermiştir (TMK m. 210). Böylece alacaklı doğrudan mahkeme aracılığıyla borçlu eşin malvarlığının ayrılmasını sağlayarak icra takibi işlemine devam edebilecektir²⁵.

Mal rejiminin değiştirilmesi imkânının eşlerin alacaklıları aleyhine kullanılmasını önlemek amacıyla, icra takibi devam ederken mahkemeden bu şekilde bir talepte bulunmayan alacaklının korunması için, Kanun bir düzenleme daha içermektedir. Zira kimi zaman, eşler mal rejimlerini

²³ Bkz. “VII. Anlaşmalı Boşanma Yolu ile Eşin Alacaklılarından Mal Kaçırma” başlığı altında yapılan açıklamalar.

²⁴ Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 17. Bası, İstanbul, 2015, s. 149.

²⁵ Özügür, Ali İhsan; Mal Rejimleri, 6. Baskı, Ankara 2011, s. 31; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 151.

geçerli biçimde ancak alacaklılar aleyhine değiştirip tasfiye edebilir. Bu işlem sırasında gerçekleşen devirler de tasarrufun iptali davasına konu edilebilecek devirler olabilir. Medenî Kanunumuzun 213. maddesinde, mal rejiminin tasfiyesinin eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışında bırakamayacağı hükme bağlanmıştır (TMK m. 213/I). Kendisine böyle mallar geçmiş olan eş, borçlardan kişisel olarak sorumludur. Eş, ancak malvarlığının borçları karşılamaya yetmediğini ispat edebildiği ölçüde sorumluluktan kurtulabilir (TMK m. 213/II). Mallar kendisine geçen eş, bu miktarla sınırlı olarak sorumludur²⁶.

Eşlerin yeni bir mal rejimi kurmak, varolan mal rejimini değiştirmek veya mal rejimini tasfiye etmek yoluyla eşlerden birinin alacaklılarını zarar sokmasına, bu hüküm ile engel olunabilir. Yani alacaklılar, malları edinen eş, edindiği mallarla sınırlı olarak takip edebilirler. Malların miktarı, eşin sorumluluk sınırını da belirler. Diğer bir anlatımla malları edinen eş, bu malların borcun ne kadarını karşılayabileceğini ispat edebilirse, alacaklılar da ancak o miktarla sınırlı olarak bu eşe yönelebilir²⁷.

Kural olarak mal rejiminin değiştirilmesi, alacaklılara zarar verme amacıyla gerçekleştirilemez. Ancak bu amaçla mal rejiminin değiştirilmesi veya tasfiyesi halinde, alacaklının TMK m. 213'e göre hareket etmesi de mümkündür²⁸. İsviçre Federal mahkemesi bir kararında, İsvMK m. 193(TMK m. 213)'ün İsvİİK m. 285 vd. (İİK m. 278 vd.)'na göre özel hüküm niteliğinde olduğu yönünde doktrinde savunulan görüşleri eleştirmiştir. Buna göre alacaklıya tanınan iki farklı imkân olan iptal davası ve İsvMK m. 193(TMK m. 213) koşulları ve sonuçları bakımından da birbirinden oldukça farklıdır. İsvMK m. 193(TMK m. 213) gereğince devralan eş, devraldığı mallar üzerinde diğer eşin alacaklısına

²⁶ Özüğür, s. 32; Akıntürk, s. 149; Zeytin, Zafer; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2008, §117.

²⁷ Özüğür, s. 32.

²⁸ CR LP-Peter, Art. 285 LP,§17; Gilliéron, §2867, ayrıca bkz. ATF 111 III s. 46 ve JdT 1975 II s. 89.

karşı, ikinci derecede sorumlu²⁹ olur. Bu şekilde devreden eşin alacaklısı, hakkını devredilen mallar üzerinde kullanabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından alacaklılara zarar verme kastının varlığı önem taşımaz. Bununla birlikte İsvMK m. 193(TMK m. 213) işlemin gerçekleştiği an bakımından bir ayırım yapmazken; İsvİİK m. 285 vd. (İİK m. 278 vd.)'na göre iptale karar verilebilmesi için, işlemin belli bir zaman aralığında gerçekleşmiş olması gerekir³⁰.

Evlilik birliği içerisinde gerçekleştirilen mal rejimi değişiklikleri veya tasfiyelerine karşı TMK m. 213 uyarınca devralan eşin sorumluluğunun kabul edilmesi, alacaklı bakımından yeterli koruma sağlar. Zira tasarrufun iptali davası da, borçlunun malvarlığından çıkan bir değer üzerinde cebri icra yetkisi verilmesine ilişkin olup, bu yetki TMK m. 213 uyarınca kanun gereği alacaklıya tanınmıştır. Bu durumda, kanaatimizce, alacaklının evlilik birliği içinde yapılan mal rejimi değişikliği nedeniyle el değiştiren malvarlığı değeri üzerinde cebri icra uygulamak amacıyla tasarrufun iptali davası açmasında hukuki yararı yoktur.

Hakim kararıyla mevcut rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi neticesinde el değiştiren mal varlığı değerleri üzerinde, cebri icra işlemi uygulanabilmesi için tasarrufun iptali davası açılması mümkün değildir. Zira mahkeme kararına dayalı el değiştirmelerin iptali için tasarrufun iptali davası açılmaz. Kanaatimizce bu tür işlemlere karşı TMK m. 210 uyarınca öncelikle mahkemeden mal ayrılığına karar vermesi istenmeli ve cebri icraya devam edilmelidir. İşlemin alacaklılara zarar verme kastı nedeniyle yapıldığına dair kuvvetli emarelerin bulunduğu hallerde ise doğrudan TMK m. 213'e dayanılarak, devre konu malvarlığı üzerinde cebri icra işlemi uygulanabilir. Bu şekilde yürütülen takibe itiraz edilmesi

²⁹ Bu yönde bkz. **Zeytin**, §120.

³⁰ JdT 2001 I s. 220; İİK m. 278 vd ile TMK m. 213'ün aynı amaca yönelmiş olmaları nedeniyle, TMK m. 213'ün İİK m. 285 vd'na göre özel hüküm teşkil etmediği yönünde görüş için bkz. **Piotet, Paul**; La Responsabilité Du Répudiant Ou Renonçant Envers Les Créanciers Successoraux Comparée Aux Solutions Des Art. 193 CC et 285 SS LP, RNRF 74/1993, s. 77.

halinde alacaklı, TMK m. 213'e göre yapılan devrin alacaklılar zararına gerçekleştirildiğinden hareketle, devir konusu malın değeri oranında devralan eşin sorumlu olduğunu iddia ve ispat ederek takibe devam edebilir.

B. Anlaşmalı Boşanma Yolu ile Eşin Alacaklılarından Mal Kaçırma

1. Genel Olarak

Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan anlaşmalı boşanmalarda, eşe geçen malvarlığı değerine diğer eşin alacaklılarının ne şekilde el atabileceği inceleme konumuz olan Yargıtay kararının esasını oluşturmaktadır.

Anlaşmalı boşanma protokolü, yargılama sonunda hakimin uygun bulduğu ölçüde hükme geçirilir. Yargıtay yerleşik içtihatlarında tarafların düzenledikleri protokolün hüküm fıkrasında yer alması gereğine işaret etmekte; aksi uygulamayı bozma sebebi olarak değerlendirmektedir³¹. Bu uygulamaya rağmen, hüküm fıkrasında tarafların düzenlediği protokolün yer almaması, fakat hakimin protokolü tasdik ettiğini hükme geçirmesi ilk bakışta TMK m. 166/III'te sayılan koşulların yerine getirildiği yönünde bir kanı oluştursa da; aslen kanunun ruhu, bu protokolün dosyaya alınması, hakim tarafından incelenmesi, gerektiğinde protokole ilişkin hususların taraflara sorulmasını gerektirir. Farklı bir ifade ile anlaşmalı boşanma davalarında hakimin görevini bir "onay makamı" haline getirmek kanunun ruhuna uygun değildir.

³¹ HGK, 10.12.1997, 2-803/1045 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2014): "...Niteliği itibarıyla bu tür sözleşmeler başkaca bir şekil şartına da bağlı değildir. Yazılı olarak mahkemeye verilebilecekleri gibi, tutanağa geçirilmeleri de mümkündür. Ancak taraflarca mahkemeye yazılı olarak verilmeleri ya da duruşma tutanağına geçirilmeleri aktin oluşması için yeterli değildir. Bunun boşanma kararının hüküm kısmında gösterilmesi, başka bir anlatımla infaz olanağını sağlayacak mahkeme hükmü haline gelmesi gerekir. Böylece hakimin tasvibine iktiran ettiği belgelenmiş olur. Bu nedenle ki, taraflarca sözleşme mahkemeye verilmiş olmasına rağmen, hakimin bu konuyu incelememesi olumlu olumsuz bir karar vermemesi halinde sözleşme hukuki sonuç doğurmaz..." (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2014).

Boşanma protokolü hüküm kısmında yer almasa bile, eşlerden birinin alacaklılarından mal kaçırma amacıyla yapılan boşanmanın yargılamanın iadesine konu edilebilmesi, tarafların temyiz haklarından feragat ederek kararı şekli anlamda da kesinleştirmeleri durumunda ortaya çıkar. Karara göre üçüncü kişi konumunda bulunan eşlerin alacaklılarının, kendilerine zarar veren; el atabilecekleri malvarlığı değerini eksilten bu kararı temyiz etmeleri söz konusu olmadığından, hangi yola başvurmaları gerektiği, bu yolların uygulanma koşullarına göre belirlenmelidir.

2. Anlaşmalı Boşanma Kararına Karşı Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Başvurulması

Alacaklılardan mal kaçırma amacıyla anlaşmalı boşanma ile eş geçen malvarlığı değerine, diğer eşin alacaklılarının tasarrufun iptali davası açarak el atması mümkün değildir. Zira anlaşmalı boşanma protokolü, yargılama sonunda hakimin uygun bulunduğu ölçüde hükme geçirilir. Farklı bir ifade ile karara geçirilen protokol kapsamında gerçekleştirilen devirler, tasarrufun iptali davasına konu edilemez. Burada artık mahkeme kararı neticesinde gerçekleştirilen bir devir söz konusudur³².

Uygulamada, protokole kararda yer verilmeksizin hüküm kurulduğuna da rastlanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre bu şekilde hüküm kurulması isabetli değildir. Anlaşmalı yapılan boşanmalarda hükmün protokolü de içerecek şekilde düzenlenmesi ve icra aşamasında tereddüde yer vermeyecek ölçüde açık olması gerekir³³. TMK

³² Yargıtay'ın hatalı biçimde bu devirlerin dahi tasarrufun iptaline konu edilebileceği yönünde kararlarına rastlanabilir: "...*Borçlu iki daire bir villasını boşandığı eşi Ayşe Zerrin Özalp'e boşanma davasında anlaşmalı şekilde devretmiştir. Boşanma davası 11.03.2005 tarihinde açılmış 21.03.2005 tarihinde anlaşmalı biçimde sonuçlandırılmıştır. Uygulamada tarafların anlaşmalı boşanmaları halinde eşe yapılan mal temliklerinin iptale tabi tasarruf gibi kabul edildiği bilinmektedir. Zira bu tür temliklerde mahkeme genellikle tarafların anlaşmalı biçimindeki iradelerini esas alarak hüküm kurmaktadır. Maddi olayların hukuki tavsifini hakimin yapması gerekir...*" 17. HD, 23.6.2008, 812/3427. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

³³ 2. HD, 26.10.2000, 10748/12926: "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasının 388 /son maddesi; hükmün sonuç kısmında gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin istek sonuçlarından her biri hakkında verilen hükümle taraflara yükletilen borç ve*

m. 166/III, hakime tarafların düzenlediği protokol bakımından bir takdir yetkisi vermektedir. Buna göre hakim, uygun görürse protokole değişiklik veya düzeltme yapabilir. Ancak bu durumda dahi, tasdik edilen protokolün bu halinin hüküm fıkrasına açık biçimde geçirilmesi gerekir.

Anlaşmalı boşanma görünümü altında alacaklılarından mal kaçırmaya çalışan eşin, protokol düzenlemesi ve protokolün de hüküm fıkrasına geçirilmeksizin tasdik edilmesi halinde, alacaklılar hangi yola başvuracaklardır? Acaba hüküm fıkrasında geçirilmese dahi bu protokol kapsamında yapılan devirler, mahkeme kararı ile yapılmış gibi işlem görecektir ve HMK m. 375/I, g (HUMK m. 445/I, 7) bendi gereğinde yargılamanın iadesi yoluna mı başvurulacaktır? Özellikle sorunun, tarafların alacaklıları ve haleflerinin de hile nedeniyle yargılamanın iadesi yoluna başvurabileceklerini düzenleyen HMK m. 376 hükmü de dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Yargılamanın yenilenmesi, mahkemenin verdiği kararın kanunda sayılan belirli ağırlıktaki sebeplerle yine aynı mahkemece karardan dönmek suretiyle kararın kaldırılması, re'fi veya düzeltilmesini sağlamaya yönelik bir kanun yoludur³⁴. Yargılamanın iadesi, kural olarak aleyhine hüküm verilen tarafından istenebilirse de, davanın taraflarından birinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak kendilerine karşı hile yapmaları sebebiyle hükmün iptalini isteyebilirler³⁵.

tanınan hakların, sıra numarası altında birer birer şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Medeni Kanununun 134/3. maddesinde ifadesini bulan anlaşmalı boşanma halinde de eşlerin anlaşmış oldukları her konuda infazda karışıklık yaratmayacak şekilde hüküm kurulmalıdır. Mahkemece, kocanın eşine vermeyi kabul ettiği 4 nolu taşınmazın tapusunun istenilmesi, taşınmazın koca adına olan kaydı iptal edilip kadın adına tapuya tescil edilmesi gerekir. Bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır..."; 2. HD, 26.01.2005, 16025/852 "Hüküm, açık ve infazda tereddüde yer vermeyecek nitelikte olmalıdır. Hüküm fıkrasında protokol hükümlerine hiç yer verilmemesi isabetsizdir...", aynı yönde 2. HD, 29.11.2010, 17648/19842 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 15.10.2013).

³⁴ **Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer**; Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015, s. 864; **Kuru, Baki**; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015, s. 602-603.

³⁵ **Postacıoğlu/Altay**, s. 875; **Yılmaz**, s. 1611; **Kuru**; Usul, s. 612-613.

Değindiğimiz kararda, eşlerin mal kaçırma iradelerinin önüne tasarrufun iptali davası yolu ile geçilip geçilemeyeceği hususu tartışma konusu yapılmıştır. Bir an için boşanma protokolünün usûlüne uygun ve icrada tereddüte yer vermeyecek biçimde karara geçirildiğini düşünülse dahi; bu ilamın tasarrufun iptali davasına dayanak teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılır. Zira mahkeme kararı ile gerçekleşen temliklerin tasarrufun iptaline konu edilmesi mümkün değildir³⁶. Alacaklılardan mal kaçırma iradesinin ürünü bir boşanma protokolü ve bu protokolün mahkeme kararına geçirilmeden onaylanması bakımından da, farklı sonuca ulaşmak için bir neden görememekteyiz. Hüküm kısmındaki bu eksiklik, bu hükümlerle gerçekleştirilen temliklerin, mahkeme kararıyla yapılan temlik olduğu ve tasarrufun iptali davasına konu edilemeyeceği gerçeğini değiştirmez. Yargıtay, bu kararında tasarrufun iptali davası ve yargılamanın iadesini adeta aynı sonuca ulaşmak için başvurulabilecek iki yol gibi değerlendirmiştir. Oysa ki, yargılamanın iadesinin aksine tasarrufun iptali davası, iradi temlikleri veya aynı hak tesislerini konu edinir³⁷. Kanaatimizce somut olay bakımından ancak yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilir. Bu nedenle Yargıtay'ın kararına katılmıyoruz.

³⁶ **Kuru;** İcra, C. IV, s. 3412; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes,** s. 860; **Karslı;** İcra, s. 643. 17. Hukuk Dairesi bir kararında, evlilik birliği devam ederken davalı eş tarafından, diğer eş lehine gerçekleştirilen taşınmazın devri işleminin, malların nasıl paylaşılacağı mahkeme kararı ile belirlenmediğinden tasarrufun iptali davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşmıştır: “...İİK.nun 278/1 maddesinde belirtilen derecede yakın akrabalar arasında yapılan tasarruflar iptale tabi olup 3. kişinin iyi niyetli olup olmaması önem arz etmemektedir. Somut olayda tasarrufla konu edilen 6 nolu bağımsız bölüm aralarındaki evlilik birliğinin devam ettiği 13.11.2002 tarihinde borçlu davalı Y. N. tarafından 8.500.000.000 TL. bedel karşılığında diğer davalı H. N. (D.)'a satılmış olup boşanma kararı ise bu satış işleminden sonra 15.11.2002 tarihinde verilmiştir. Kaldı ki boşanma anlaşmalı olup tarafların mal bölüşümü mahkeme tarafından belirlenmiş değildir. Bu gibi hallerde borçlunun alacaklısından mal kaçırabilme imkanı vardır. Bu nedenle davacının davasının kabulü ile yapılan tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır...”. 11.02.2010, 10940/1042.

³⁷ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes,** s. 860; bir davada davacı ile davalının içlerinden birinin alacaklılarını zarara uğratabilecek bir hüküm elde etmek için davayı danişıklı yürütmeleri durumunda zarar gören davacının yargılamanın iadesi yerine zarar

SONUÇ

Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla anlaşmalı boşanma ile eş geçen malvarlığı değerine, diğer eşin alacaklılarının tasarrufun iptali davası açarak el atması mümkün değildir. Zira anlaşmalı boşanma protokolü, yargılama sonunda hakimin uygun bulduğu ölçüde hükme geçirilir. Farklı bir ifade ile karara geçirilen protokol kapsamında gerçekleştirilen devirler, tasarrufun iptali davasına konu edilemez. Burada artık mahkeme kararı neticesinde gerçekleştirilen bir devir söz konusudur.

Protokol metni ister hükme aynen geçirilmiş olsun, isterse hükme geçirilmeksizin sadece uygun bulunduğu belirtilmiş olsun, yapılan devrin mahkeme kararı neticesinde gerçekleştiğinden şüphe duymamak gerekir. Dolayısıyla Yargıtay'ın uyuşmazlığın çözümü için tasarrufun iptali davası açılabileceği yönündeki görüşüne katılmıyoruz. Kanaatimizce burada üçüncü kişi alacaklı sadece HMK m. 376 uyarınca yargılamanın yenilenmesini talep edebilir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut;** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. II, 11. Bası, İstanbul, 2008.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya;** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, 17. Bası, İstanbul, 2015.
- Akyazan, Sıtkı;** Takip Hukukunda İptal Davası, AD, Yıl: 54, Mart-Nisan 1963, S. 3-4, s. 235-246.
- Ansay, Sabri Ş.;** İcra ve İflâs Usulleri, Ankara, 1960.
- Brand, Ernest;** L'Action Révocatoire, Tableau de la Jurisprudence du Tribunal Fédéral, JdT 1943 II, s. 65-87.

verme kastına dayalı tasarrufun iptali davası açabilecekleri yönünde bkz. **Umar, Bilge;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 1101.

- Börü, Levent;** İcra ve İflâs Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası (İİK m. 280), AÜHFĐ, Yıl 2009, Cilt 58, Sayı 3, s. 482-537.
- Brustlein A./Rambert P.;** Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Lausanne, 1892.
- Erard-Gillioz, Pauline;** La Révocation, FJS, 742, Genève, 1999.
- Eren, Fikret;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2012.
- Gilliéron;** Pierre-Robert; Poursuite pour Dettes, Faillite et Concordat, 4^e Edition, 2005.
- Favre, Antoine;** Droit des Poursuites, 2^e Edition, Fribourg, 1967.
- Jäger, Charles;** Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, Tome I-II-III, Lausanne/Geneve, 1920.
- Karlı, Abdurrahim;** İcra Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2010.
- Kurtoğlu, Serdar;** İcra Hukuku Açısından İptal Davasının Hukuki Niteliği, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Cilt 47, Sayı 7-8, 1973.
- Kuru, Baki;** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt IV, 3. Baskı, İstanbul, 1997.
- Kuru, Baki;** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul, 2015. (Anılış: Usul)
- Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder;** İcra ve İflas Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 27. Baskı, Ankara 2013.
- Muşul, Timuçin;** İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II, 5. Baskı, Ankara, 2013.
- Özüğür, Ali İhsan;** Mal Rejimleri, 6. Baskı, Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay;** Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet; İcra ve İflas Hukuku, 11. Baskı, Ankara, 2013.

- Peter, Henry;** Art. 285 LP §11, Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, Nicholas Jeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005.
- Peter, Henry;** Restatement des Conditions Générales de la Révocation, Jusletter, 25 Octobre 2004. (Anliş: Restatement)
- Peyrot, Aude ;** Le Trust de Common Law et L'Exécution Forcée en Suisse, Schulthess, 2011.
- Piotet, Paul;** La Responsabilité Du Répudiant Ou Renonçant Envers Les Créanciers Successoraux Comparée Aux Solutions Des Art. 193 CC et 285 SS LP, RNRF 74/1993, s. 73-83. (Anliş: Répudiant)
- Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer;** Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015.
- Sarısözen, İsmet;** İcra ve İflâs Hukukuna Göre İptal Davasında Yargılama Usulü, ABD, 1977/1, s. 50-58.
- Schüpbach, Henri-Robert;** Droit et Actions Révocatoires, Commentaire des Articles 285 à 292 de la Loi sur La Poursuite pour Dettes et La Faillites du 11 Avril 1889 modifié le 16 Décembre 1994, Bâle et Francfort sur-le-Main, 1997.
- Schüpbach, Henri-Robert;** Acte de Défaut de Bien-Droit et Action Révocatoires, La LP Révisée, CEDIDAC 35, Lausanne, 1997, s. 145-249. (Anliş: Acte de Défaut de Bien – CEDIDAC).
- Stoffel, Walter A./ Chabloz Isabelle;** Voies d'Exécution Poursuite pour Dettes, Exécution de Jugements et Faillite en Droit Suisse, Berne, 2010.
- Tschumy, Jean-Luc;** L'Action Révocatoire et Ses Conséquences, SJ 2013 II s. 445-463.

- Tuncer Kazancı, İdil;** Tasarrufun İptali Davalarında İspat, Ankara, 2015.
- Umar, Bilge;** Türk İcra İflâs Hukukunda İptal Davası, İstanbul, 1963.
- Umar, Bilge;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- Uyar, Talih;** İcra İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu, ABD, 2011/1, s. 209-230. (Anılış: Konu)
- Uyar, Talih;** “Muvazaalı İcra Takipleri (Borç İkrarları)” ile “Borçlunun Süresi İçinde Zamanaşımı İtirazında Bulunmaması”nın Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi, İBD, C. 88, 2014/3, s.282-295. (Anılış: Muvazaalı İcra Takipleri)
- Uyar, Talih;** İcra ve İflâs Hukukundaki İptal Davalarında Yargılama, YD, Ocak-Nisan 1986, Cilt 12, Sayı 1-2, s. 130- 147. (Anılış: Yargılama)
- Uyar, Talih/Uyar, Alper/ Uyar, Cüneyt;** İcra Ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, 2008.
- Üstündağ, Saim;** İflâs Hukuku, İstanbul 2009.
- Yıldırım, M. Kamil;** İcra ve İflâs Hukukunda İptal Davaları, İstanbul, 1995.
- Yıldırım, Kamil;** Tasarrufun İptali Davasında Ticari İşletme Devri Karinesi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Yıl 2013, Cilt 19, Sayı 2, İstanbul, s. 471-482. (Anılış: Karine)
- Zeytin, Zafer;** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. Baskı, Ankara 2008.

SON YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KADININ SOYADI MESELESİ ÇÖZÜME KAVUŞTURULMUŞ MUDUR?*

Bahar ÖCAL APAYDIN**

ÖZET

Kadının soyadı meselesi gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında gerekse Türk mahkemelerinin içtihatlarında ele alınan en tartışmalı konulardan birisidir. Medeni Kanunumuzun kadının soyadına ilişkin 187. maddesi, özellikle cinsiyet eşitliği bakımından, pek çok kez Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatlarına konu olmuştur. Benzer şekilde mehzaz kanunun kadının soyadına ilişkin 160. maddesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Bu incelemenin ardından, İsviçre yasa koyucusu söz konusu maddeyi çocuğun soyadına ilişkin Medeni Kanunun 270. maddesi ile birlikte, cinsiyet eşitliğinin güvencesi olacak şekilde değiştirmiştir. Çalışmamızda öncelikle İsviçre Hukukundaki gelişmeler ele alınacaktır. Ardından yargı kararları incelenerek, kadının ve çocuğun soyadı meselesinin güncel durumu ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kadının soyadı, çocuğun soyadı, cinsiyet eşitliği, yargı kararları.

THE ISSUE OF WOMEN’S SURNAME HAS BEEN RESOLVED IN THE LIGHT OF RECENT JURISPRUDENCE IN TURKEY?

Abstract

The problem of women’s surname has been one of the most controversial matters in both the European Court of Human Rights jurisprudence and Turkish jurisprudence. In many occasions, Article 187

* Bu çalışma, 24.10.2015 tarihinde gerçekleştirilen “Hukukun Geleceğine Genç Bakış Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuş ve gelen eleştirilen doğrultusunda makale haline getirilmiştir.

** Yrd. Doç. Dr. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

of Turkish Civil Code, related to women's surname was discussed in the decisions of European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court and Turkish Supreme Court particularly in terms of gender equality. Likewise the corresponding Article 160 of Swiss Civil Code, which forms the origin of Turkish Civil Code, was examined by the European Court of Human Rights which prompted the Swiss law makers to amend the foresaid Article together with the Article 270 of the Swiss Civil Code, related to children's surname in order to assure the gender equality. The aim of this article is to examine first the Swiss experience and then the recent jurisprudence in Turkey related to women's and children's surname in order to set forth an analysis of the present judicial approach.

Keywords: Women's surname, children's surname, gender equality, Turkish jurisprudence

I. Giriş

Bir bireyin kimliğinin ayrılmaz bir parçası olan adı ve soyadı, toplumsal hayata katılması bakımından önemli bir işleve sahiptir. Zira kişi toplumsal hayatta “adı ve soyadı” ile tanınmaktadır. O nedenle kişinin adı ve soyadı üzerindeki hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları arasındadır.

Türk hukuk düzeninde, kişi ebeveynlerinin seçtiği adla sosyal hayata adım atar. Soyadı ise, kanunun belirlediği şekilde kazanılır. Çocuk doğduğunda ana ve babası evli ise, babasının soyadını kazanır. Aksi halde çocuk, anasının soyadını alır. Kadın doğumla kazandığı aile soyadını, evlenmek suretiyle, kocasının soyadı ile değiştirmek durumundadır. Burada emredici bir rejim söz konusudur.

Kadının evlenmekle soyadını değiştirmek zorunda olmasının, Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlükleri düzenleyen sözleşmelerle uyuşmadığı defalarca dile getirilmiştir. Bu meyanda konu, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan hakları Mahkemesi önünde davalara konu olmuştur. Evlilik birliği içinde doğmuş çocuğun soyadı da aynı madalyonun diğer yüzünü oluşturmaktadır. Zira kadının soyadının, evlilik birliği içinde doğmuş çocukların soyadının belirlenmesinde hiçbir etkisi yoktur.

Çalışmamızın amacı, güncel yargı kararları ile kadının evlendikten sonra kocasının soyadını alması bakımından gelinen noktayı gözler önüne sermektir. İncelememiz, kadının evlendikten sonra bekârlık soyadını tek başına kullanabilmesi ile sınırlı kalmayıp, çocuğun soyadı meselesini de içermektedir. Bu kapsamda, öncelikle mehaz kanundaki değişiklikler ve bu değişikliklere neden olan süreçler ele alınacaktır. Ardından ülkemizdeki süreç ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. Genel Olarak Soyadı Kavramı

Ülkemizde 1934 yılında çıkarılmış olan 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile hukuken zorunlu hale getirilen soyadı, günümüzde her bireyin kimliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Zira toplumsal hayatta bir kişi adının yanı sıra soyadı ile tanınmaktadır. Ad, bir kimseyi diğer hukuk süljelerinden ayırt etmeye yarayan sözcük veya sözcük grupları olarak ifade edilmektedir¹. Soyadı, anılan işlevinin yanı sıra kişinin birey olarak üyesi olduğu ailenin belirlenmesine de hizmet eder². Bu yaklaşım, 19. ve 20. yy. batı dünyasındaki, ataerkil aile yapısının bir yansımasıdır³.

İsviçre ve Türk Hukuk düzenlerinde kişinin adı ve soyadı, kişiliğin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiğinden, adın korunmasına ilişkin

¹ DESCHENAUX, H./STEINAUER, P.H.: *Personne physiques et tutelle*, Berne 2001, s. 124; N. 403; SANDOZ, S.: *Commentaire Romand* (Edit: PICHONNAZ, P./FOËX, B.), Art.160, N.3; OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.: *Kişiler Hukuku*, İstanbul 2012, s. 105; DURAL M./ÖĞÜZ T.: *Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2013, s. 165; HATEMİ, H.: *Gerçek Kişiler Hukuku*, İstanbul 2005, s. 55; HELVACI, S.: *Gerçek Kişiler*, İstanbul 2010, s. 169; ÖZDEMİR, H.: *Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması*, AÜHFD, 57 (3), 2008, s. 563.

² SANDOZ, Art. 160, N.3; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 106; AYAN, S.: 'Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi', *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XVI, Y. 2012, Sa. 4, s. 20; MOROĞLU, N.: *Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı"*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012/99, s. 247.

³ SCHÖNENBERGER, M.B.: «Le cœur a des raisons que la raison ne connaît point» ou les difficultés de la révision du nom de famille des époux en Suisse, *Une empreinte sur le Code Civil Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, *Swisslex* (erişim tarihi: 08.12.2014), s. 260.; LAMESTA, J./BADDELEY, M.: *Au nom du père et de la mère Étude comparative sur le droit du nom dans la perspective du droit du nom 2013, Le droit civil dans le contexte international- Journée de droit civil 2011, Swisslex* (erişim tarihi 08.12.2014), s. 77.

hükümler, kişiliğin korunması hakkındaki hükümlerden hemen sonra düzenlenmiştir⁴. Soyadı ise, bir aileye aidiyeti gösterdiğinden, soyadına ilişkin düzenlemeler kanunda aile hukukuna ilişkin bölümde yer almaktadır⁵.

Kişinin adı ve soyadı nüfus kayıtlarından tespit edilmektedir. Doğum olayının ardından çocuğun adı, velayet hakkı kapsamında belirlenir⁶. Buna göre çocuk doğduğunda ana baba evli ise, kural olarak ana babanın ortak velayeti altına giren çocuğun adını ana baba birlikte koyar⁷. Ana baba evli değilse, kural olarak ananın velayeti altında olan çocuğun adını anası koyar⁸.

Soyadı ise, farklı görünüm arz etmektedir. Soyadı Kanununa göre bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, iki yıl içinde soyadı seçme işleminin tamamlanacağı ve soyadını aile reisi olan kocanın seçeceği

⁴ PICHONNAZ, P./FOUNTULAKIS, C.: Droit de la famille, procédure et exécution: un panorama des nouveautés, Droit de la famille et nouvelle procédure 6^e Symposium en droit de la famille, 2012, Swisslex (erişim tarihi: 29.02.2016), s. 3; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, p.105; DURAL M./ÖĞÜZ, s. 165; ÖZTAN, B.: Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu, H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 421-422; ÖZEN, B.: Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması, MÜHF-HAD, C. 16, S. 3-4, s. 171.

⁵ PICHONNAZ/FOUNTULAKIS, s. 3.

⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, p.113; DURAL/ÖĞÜZ, s. 168; SEROZAN, R.: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, 480; BAYGIN, C. : Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 280; AKYÜZ, E.: Çocuk Hukuku, Ankara 2013, s. 234; ÖZDEMİR H./RUHİ, A.C.: Çocuk Hukuku, Ankara 2012, s. 757.

⁷ TMK m. 339/son. Ana ve babadan biri ölmüş, gaipliğine karar verilmiş ya da ayırt etme gücünü kaybetmişse, çocuğun adını diğer taraf koyar. Ana babanın her ikisinin de ölmesi ya da ayırt etme gücünü yitirmesi halinde ise, çocuğun adını vasisi koyar (HELVACI, s. 177).

⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, p.114; SEROZAN, s. 480-481; AYAN, M./AYAN, N.: Kişiler Hukuku, Konya 2014, s. 131. Ancak TMK m. 337/II'ye dayanarak, ana babası evli olmayan çocuğun velayeti hâkim kararı ile babaya verilmişse, çocuğun adını babası koyar. Hâkim aynı hükme dayanarak, çocuğa vasi atamışsa, o takdirde çocuğun adını vasisi koyar (DURAL/ÖĞÜZ, s. 168). Ana babası belli olmayan çocuklarla, kendilerine daha önce yetkili kişilerce isim verilmemiş zihinsel engelli kişilerin adı nüfus müdürlüğünce koyulmaktadır (Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 19).

belirtilmiştir⁹. Bu seçimin ardından soyadı, emredici nitelikteki bir rejime tabi olmaktadır¹⁰. Medeni Kanunumuz, soyadının nasıl kazanılacağını ve nasıl değiştirileceğini bu rejim kapsamında belirlemiştir. Buna göre kadın evlenmekle kocasının soyadını alır¹¹. Dolayısıyla evlilik birliğinde, kocanın soyadı “aile soyadı” olmaktadır¹². Evlilik birliği içinde doğan çocuğun soyadı, soybağı kurulmasıyla- yani doğumla- birlikte aile soyadı olan babasının soyadıdır¹³. Ana baba evli değilse çocuk babası ile arasında soybağı kurulmadıkça, anasının soyadını alır¹⁴. Gerek adın gerekse soyadının, evlat edinme¹⁵ yoluyla kazanılması ya da ad değiştirme davası¹⁶ sonucunda değiştirilmesi mümkündür¹⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, soyadını işlevsel yönden ele almaktadır. Buna göre soyadı, mesleki bağlamın yanı sıra, bireylerin özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemli olup, onları dış dünyaya tanıtmaya fonksiyonunu üstlenmektedir¹⁸.

III. İsviçre’de Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi

A. Kadının Soyadı

Türk Medeni Kanunundaki (TMK) kadının soyadına ilişkin düzenleme, İsviçre Medeni Kanununda (İsv.MK) izleri iki yıl öncesinde silinebilmiş baba adı eksensli (*patronyme*¹⁹) bir seçimdir²⁰. Nitekim 1907

⁹ 2525 sayılı Soyadı Kanunu m. 7. Buna göre 02.07.1936 tarihine kadar soyadı seçme işleminin tamamlanması gerekmektedir.

¹⁰ ÖZEN, s. 173.

¹¹ TMK m. 187.

¹² HATEMİ, s. 56; DURAL, M./ÖĞÜZ, T./GÜMÜŞ, M. A.: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 158.

¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 330; HELVACI, s. 172-173.

¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 331; HELVACI, s. 173-174; AYAN/AYAN, s. 134.

¹⁵ TMK m. 314/III.

¹⁶ TMK m. 27.

¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 172 ve 177 vd.; AYAN, p. 22.

¹⁸ AİHM T.22.2.1994 Başvuru no:16213/90 *Burghartz/İsviçre*., T.25.11.1994 Başvuru no:18131/91 *Sijerna/Finlandiya*; T.16.12.1992 Başvuru no:13710/88 *Niemietz/Almanya*; T.09.02.2011, Başvuru No: 664/06 *Losonci Rose & Rose- İsviçre*.

¹⁹ Yunanca kökenli *patronümikos* sözcüğünden türemiştir. Antik Yunanda aynı soydan gelenlerin hepsinin kullandığı ortak isim anlamına gelmektedir ve söz konusu isim ortak soyun kaynaklandığı babanın ismidir. (SCHÖNENBERGER, s. 260, dipnot 5).

tarihinde İsviçre yasa koyucusu, evliliğin aile birliğine dayandığı yaklaşımdan hareketle cinsiyet eşitliğini feda ederek, koca lehine bir düzenleme yapmıştır²¹. İsv. MK m. 160'da düzenlemesini bulan hükmün eski haline göre evlenen kadın kendi soyadını kaybederek, kocasının soyadını taşıyacak ve bu “aile soyadı” çocukların soyadı olacaktır²². 1984 yılında İsviçre yasa koyucusu, söz konusu hükümde cinsiyet eşitliği ve aile birliği arasında uzlaşma sağlayacak şekilde bir değişiklik yapmıştır. Buna göre evli çiftin aile adı kocanın soyadıdır; ancak evlendikten sonra kendi soyadını aile adı önünde kullanmak isteyen kadın, evlendirme memurluğuna bu isteğini beyan etmelidir²³.

1994 yılında İsv. MK'daki evli çiftlerin soyadına ilişkin hükmün eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve ayrımcılığa neden olduğu savıyla, AİHM'ne başvurulmuştur. Başvurucu ve eşi Almanya'da evlenmiş ve Alman hukukuna göre kadının soyadını, “aile soyadı” olarak seçmişlerdir. Başvurucu, karısının soyadının önünde kendi soyadını da kullanmak istemektedir. Ancak başvurucunun bu talebinin, 1984 yılında yapılan değişiklikle yalnızca evli kadınların aile adı (kocasının soyadı) önünde kendi soyadını kullanabileceğine ilişkin İsv. MK m. 160/II'nin evli erkekler bakımından mümkün olmadığı gerekçesiyle, Federal Mahkeme tarafından reddi üzerine konu başvuru tarafından AİHM'e taşınmıştır.

AİHM kararında, İsviçre yasa koyucusunun aile birliğinin ortak isimle yansıtıldığı şeklindeki geleneksel yaklaşımı kasten tercih ettiği ve yeni düzenleme ile bu kuralı yumuşatmak adına evli kadına, kendi soyadını kocasının soyadı önünde kullanma olanağının getirildiği

²⁰ SANDOZ, Art. 160, N. 3; SCHÖNENBERGER, s. 260; LAMESTA/BADDELEY, s. 3, dipnot 8-9.

²¹ SANDOZ, Art. 160, N.5; LAMESTA/BADDELEY, s. 6.

²² SANDOZ, Art. 160, N. 5; LAMESTA/BADDELEY, s. 3. İsviçre Medeni Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin 1976 tarihli Federal Kanun tasarısının gerekçesinde, aile adı aile birliğini temsil eden önemli bir araç olarak kabul edilmektedir (SCHÖNENBERGER, s. 262).

²³ SANDOZ, Art. 160; LAMESTA/BADDELEY, s. 4; OKTAY,S.: İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukukundaki Gelişmeler, Türk Medeni Kanununun Vazgeçilmez Özü Eskiye Sözü, İstanbul Barosu Yayınları 1996, s. 74.

belirtilmiştir. Buna karşılık, kadının soyadını aile adı olarak seçmiş olan evli erkeğin kendi soyadını aile adı önünde kullanma olanağının, İsviçre Medeni Kanununda düzenlenmemiş olduğu ifade edilmiştir. AİHM, cinsiyet eşitliğinin Avrupa Konseyi üyelerinin en önemli amaçlarından biri olduğunu ve o nedenle cinsiyete dayalı farklı muamelenin ciddi gerekçelere dayanması halinde dahi, AİHS ile uyumlu olması gerektiğini vurgulamıştır. AİHM, İsviçre hükümetinin, kadının soyadını aile adı olarak benimsemiş olan erkeğin kendi soyadını aile adı önünde kullanması halinde, Medeni Kanunda benimsenen çözüme göre, aile birliğini ve bütünlüğünü zedeleyeceği şeklindeki savunmasına ikna olmadığını açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM, eşlerden birinin soyadının diğerine tercih edilmesini cinsiyete dayalı bir ayırım olarak kabul etmiş ve cinsiyete dayalı farklı muamele için nesnel ve makul bir gerekçe olmadığından, AİHS m.8 ve m. 14'ü birlikte değerlendirerek, İsviçre aleyhine ihlal kararı vermiştir²⁴.

Bu kararın ardından İsviçre yasa koyucusu, medeni hale ilişkin yönetmelik (Ordonnance sur l'état civil) ile nişanlıların kadının soyadını aile adı olarak seçmesi halinde, kocanın kendi soyadını koruyabileceğine ilişkin bir değişiklik yapmıştır²⁵. Cinsiyet eşitliğini esas alan ve taraflara seçme özgürlüğü veren bir düzenleme ise, ancak on yedi senelik bir yasama çalışmasının sonucu olarak yapılabilmıştır²⁶.

²⁴ AİHM T.22.02. 1994, Başvuru No: 16213/90 *Burghartz- İsviçre*.

²⁵ Medeni Kanundan hiyerarşik olarak alt derecede olan bir düzenleme ile söz konusu değişikliğin yapılması eleştirilere neden olmuştur [PICHONNAZ, P./FOUNTULAKIS, s. 5; SANDOZ, S.: Le nom des epoux et des enfants en droit suisse, <http://ciec1.org/Etudes/ColloqueCIEC/CIEColloqueSandozFr.pdf> (erişim tarihi 08.01.2015), s. 41].

²⁶ AİHM kararının hemen ardından 14 Aralık 1994 tarihinde değişiklik tasarısı sunulmuştur. Ardından 19 Haziran 2003 yılında bir başka tasarı sunulmuş ve 2004 yılında evli kadının soyadı ile ilgili olarak, AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararının da etkisi ile yasa değişikliği tasarısına son hali verilmiştir. 2009 yılında ise, nihayet tasarı komisyona gönderilmiştir (SCHÖNENBERGER, p. 265; LAMESTA/BADDELEY, s. 7-8; KRÄHENBÜHL, D.: La symphonie du nom de famille commandée par la Cour européenne des droits de l'homme-quand le compositeur suisse rechigne à améliorer sa partition, L'égalité de traitement dans l'ordre juridique : fondements et perspectives, 2013, Swisslex (erişim tarihi: 08.12.2014), s. 15).

Evlilik birliği içinde eşlerin soyadına ilişkin İsviçre hukukundaki düzenleme, 2010 yılında tekrar AİHM önüne taşınmıştır. Evlenmeyi arzu eden Macaristan vatandaşı Bay *Losonci* ile Fransız ve İsviçre vatandaşı Bayan *Rose*, 2003 yılında evlenmeden önceki soyadlarını muhafaza ederek, evlendikten sonra her iki eşin de tek başına kendi soyadını kullanmak istediğine ilişkin İsviçre yetkili makamlarına başvuru yapmışlardır²⁷. Bu başvurunun reddi üzerine başvurucuyu yapanlar, evlenmiş ve kadının soyadı, eşler tarafından aile soyadı olarak seçilmiştir²⁸. Ayrıca İsviçre hukuku uyarınca Bay *Losonci*, kendi soyadını aile soyadı önünde kullanmayı tercih etmiştir²⁹. Eşinin soyadı aynı kalmak suretiyle, Macar hukukunun cevaz verdiğini gerekçe göstererek, kendi soyadını tek başına kullanmak isteyen Bay *Losonci Rose*'un bu talebinin Federal Mahkeme tarafından da reddi ile konu AİHM'ne taşınmıştır³⁰. AİHM, kararında, başvurucuların benzer durumdaki kişilere farklı muamelenin mağduru olduklarını ifade etmiştir³¹. Aynı durumda İsviçreli bir erkek ile yabancı bir kadının evlenmesi halinde, İsviçre Hukuku, kadının soyadının kendi ulusal hukukuna tabi olmasına cevaz vermektedir³². Ancak İsviçreli bir kadın ile yabancı bir erkeğin, kadının soyadını aile adı olarak seçmesi halinde İsviçre hukuku erkeğe aynı olanağı sağlamamaktadır³³. AİHM, kararında bir kez daha, cinsiyetler arası farklı muamelenin meşru ve zorlayıcı nedenlerin varlığı halinde AİHS ile uyumlu olacağını vurgulamıştır³⁴. Dolayısıyla AİHM, cinsiyetler arası farklı muamelenin meşru ve zorlayıcı bir nedenden yoksun olduğu gerekçesiyle AİHS m.8 ile m. 14'ü birlikte değerlendirerek, İsviçre aleyhine ihlal kararı vermiştir³⁵.

²⁷ AİHM T.09.02.2011, Başvuru No: 664/06 *Losonci Rose & Rose- İsviçre*.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

³² İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 37/(2) buna olanak vermektedir (KRÄHENBÜHL, s. 14).

³³ AİHM T.09.02.2011, Başvuru No: 664/06 *Losonci Rose & Rose- İsviçre*.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

İsv.MK m. 160'da yapılan ve 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle³⁶, evlendikten sonra her eş evlenmeden önceki soyadını muhafaza eder³⁷. Bununla birlikte nişanlılar, aralarından birinin bekârlık soyadını aile adı olarak kullanmak istediklerini nüfus müdürlüğüne bildirebilirler³⁸. O halde aile adı, erkeğin soyadı olabileceği gibi kadının soyadı da olabilir³⁹. Bu değişikliklerle beraber evlendikten sonra iki soyadı kullanma seçeneği ortadan kalkmıştır⁴⁰. Eğer her biri kendi soyadını muhafaza ediyorsa, nişanlılar kendi bekârlık soyadlarından birini çocuklarının soyadı olarak belirlerler.

Yine aynı değişiklik kapsamında boşanma halinde eşlerin soyadı meselesi, kadın ya da erkek ayrımı yapılmaksızın, evlenirken soyadını değiştiren eşin boşanma sonrasında yeni soyadını muhafaza edeceği ancak her zaman nüfus idaresine başvurarak, bekârlık soyadını yeniden almak istediğini beyan edebileceği şeklinde çözümlenmiştir⁴¹. Devamında evliliğin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesi halinde ise, evlenirken soyadını değiştiren sağ kalan eşin, her zaman nüfus idaresine başvurarak, bekârlık soyadını almak istediğini beyan edebileceği düzenlenmiştir⁴².

B. Çocuğun Soyadı

İsviçre Medeni Kanununda 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikten önce, çocuğun soyadı ana babanın evli olup olmamasına göre farklılık gösteriyordu. Eski düzenlemeye göre kural olarak çocuk, ana baba evli ise doğumla kendiliğinden (*ipso iure*) aile soyadını; ana baba evli değilse annenin soyadını kazanmaktaydı⁴³. Çocuk babası tarafından tanınsa ya da velayet hakkı ana baba tarafından ortak kullanılsa

³⁶ Eşlerin soyadı ve vatandaşlığına ilişkin yasa tasarısı RU 2012 2569; FF 2009 6577 6585.

³⁷ Bu hükümle ismin değişmezliği ilkesine uygun bir çözüm yolu benimsenmiştir (PICHONNAZ, P./FOUNTULAKIS, s. 7).

³⁸ İsv. MK m. 160.

³⁹ PICHONNAZ, P./FOUNTULAKIS, s. 7.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ İsv. MK m. 119.

⁴² İsv. MK m. 30a.

⁴³ SANDOZ, Art. 270, N. 6; LAMESTA/BADDELEY, s. 5; AYAN, s. 32.

bile, evlilik dışında doğan çocuk ananın soyadını almaktaydı⁴⁴. Ancak bunun birinci istisnasını ana babanın sonradan evlenmesi teşkil etmekteydi. Buna göre ana ve baba sonradan evlenirse, çocuk ailenin ortak soyadını almaktaydı⁴⁵. İkinci istisnasını ise ana baba evli olmadığı durumda mahkeme kararı ile soybağı kurulan çocuğun velayetinin de babaya bırakılması hali oluşturmaktaydı. Bu halde çocuğun babasının soyadını alması mümkündür⁴⁶.

1 Ocak 2013’de yürürlüğe giren ve cinsiyet eşitliğini benimseyen yasa değişikliği ile, evlendikten sonra tarafların bekârlık soyadını koruyacağı kuralı benimsenmiş ve yasada taraflara eşlerden birinin soyadını “ortak aile soyadı” olarak belirlemek konusunda, bir seçim hakkı tanınmıştır. Buna paralel olarak çocuğun soyadını düzenleyen İsv. MK m. 270’de de değişiklik yapılmıştır. Buna göre, ana baba evli ise ve farklı soyadlarını taşıyorlarsa çocuk, ana babanın evlilik sırasında ortak çocukları için belirledikleri eşin bekârlık soyadını alır. İlk çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde eşler, çocuğun diğer eşin bekârlık soyadını taşımasını birlikte talep edebilirler. Ancak eşler zaten ortak bir soyadı taşıyorlarsa, çocuk bu soyadını alır. Dolayısıyla bu düzenlemenin amacı, ortak çocukların aynı soyadını taşımasıdır⁴⁷.

Ana babanın evli olmaması halinde ise çocuğun soyadının ne olacağı ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre ana babanın evli olmaması halinde İsv. MK m. 270a gereğince eğer velayet hakkı ana babadan yalnızca birine bırakılmışsa, çocuk velayet hakkının bırakıldığı ebeveynin bekârlık soyadını alır. Fakat velayet hakkı ana babadan hiçbirine bırakılmamışsa, o takdirde çocuk anasının bekârlık soyadını alır⁴⁸. Velayet hakkına ilişkin sonradan yapılacak değişiklikler, çocuğun soyadını

⁴⁴ LAMESTA/BADDELEY, s. 5.

⁴⁵ İsv. MK. m. 259; SANDOZ, Art. 270, N. 22.

⁴⁶ Ancak adın değiştirilmesi için gerekli prosedürün takip edilmesi gerekir (SANDOZ, Art. 270, N. 23).

⁴⁷ PICHONNAZ, P./FOUNTULAKIS, s. 7.

⁴⁸ İsv. MK m. 270a.

etkilemez⁴⁹. On iki yaşını doldurmuş çocuğun soyadı, ancak çocuğun rızası ile değiştirilebilir⁵⁰.

Ana babası evli olmayan çocuğun soyadı meselesi, İsv. MK'da 01.07.2014 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle beraber değerlendirildiğinde anlaşılabılır. Sözü edilen değişiklikle birlikte, velayet hakkına ilişkin hükümlerde değişiklik yapılması suretiyle, ana babası evli olsun ya da olmasın çocuk üzerinde "ortak velayet hakkı"nın söz konusu olacağı kuralı benimsenmiştir⁵¹. Buna göre, ilk çocuğun doğumundan sonra ortak velayet kurulmaktadır⁵². Ortak velayetin kurulmasından sonra bir yıl içinde nüfus müdürlüğüne hangi ebeveynin soyadının çocuğun soyadı olarak kullanılacağı ana ve babası tarafından bildirilmelidir⁵³. Bu bildirim, daha sonra doğacak ortak çocuklar bakımından bağlayıcıdır⁵⁴. Velayet hakkına ilişkin daha sonra bir değişiklik yapılması halinde, çocuğun soyadı bu değişiklikten etkilenmeyecektir⁵⁵.

⁴⁹ İsv. MK m. 270a.

⁵⁰ İsv. MK m. 270b.

⁵¹ SPIRA V.: L'avocat face à l'autorité parentale conjointe, Revue de l'avocat 2015, Swisslex (erişim tarihi: 08.12.2015), s. 2; CHOFFAT, G.: Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale conjointe: une promesse de UE?, La semaine judiciaire-doctrine, Swisslex (erişim tarihi: 08.12.2015), s. 10.

⁵² SPIRA, s. 11. Ana babanın evli olmadığı durumda çocuk üzerindeki ortak velayet, ana babanın, çocuğun yerleşim yerindeki çocuk koruma merciine ortak beyanda bulunmaları ile kurulmaktadır. Söz konusu beyan, tarafların evli olmadığı, çocuğun velayetini ortak kullanmak istedikleri ifadelerini içermelidir (CHOFFAT, s. 9). Ortak velayetin yanı sıra çocuğun tanınması da söz konusu ise, ana ve baba nüfus müdürlüğüne bildirimde bulunmalıdır (BUCHER, A.: Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, La famille dans les relations transfrontalières Actualité an droit suisse et dans les rapports internationaux, 7^e Symposium en droit de la famille, 2013, Swisslex (erişim tarihi: 29.02.2016), s. 10. Ana ve baba ortak velayet hususunda bir bildirimde bulunmadıkça, çocuğun velayeti münhasıran anaya aittir (İsv. MK m. 298a).

⁵³ İsv. MK m. 270a.

⁵⁴ SPIRA, s. 11.

⁵⁵ *Id.*

IV. Ülkemizde Kadının Soyadı ve Çocuğun Soyadı Meselesi

A. Kadının Soyadı

743 sayılı Medeni Kanununun 153. maddesinde kadının kocasının soyadını taşıyacağı hükmü getirilmiş⁵⁶ ve 1997 yılında yapılan değişiklikle evli kadının evlendirme memuruna ya da daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabileceği kabul edilmiştir. Ancak kadın daha önce iki soyadı kullanıyorsa, evlendikten sonra bunlardan birini kocasının soyadı önünde kullanma hakkına sahip olacaktır⁵⁷. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 187’de ise, 1997 yılında değişiklik yapılan hüküm aynen benimsenmiştir⁵⁸. Hükmün emredici niteliği karşısında evlenen kadın kendiliğinden (*ipso iure*) kocasının soyadını almaktadır⁵⁹. O nedenle kadının evlendikten sonra kendi soyadını kullanması konusunda yasada tanınmış bir seçim hakkı yoktur⁶⁰. Yasada tanınmış tek seçim hakkı ya yalnızca kocasının soyadını kullanması ya da kocasının soyadının önünde kendi soyadını kullanması şeklindedir⁶¹.

⁵⁶ Hükmün eleştirisi için bkz. KILIÇOĞLU, A.: Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği, Ankara Barosu Dergisi, 1991/1, s. 12 vd.; OKTAY, S.: Medeni Kanunda Kadın, Kadınların Gündemi, İstanbul 1997, s. 56-57.

⁵⁷ Hükmün eleştirisi için bkz. HAVUTÇU, A.: Türk Medeni Kanununda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları, İzmir Barosu Dergisi, Sa. 1, Ocak 1998, s. 11 vd.

⁵⁸ Hükmün eleştirisi için bkz. SİRMEN, L.: Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 85 vd.

⁵⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, p. 110; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 158. Akıntürk her şeye rağmen hükmün bu haliyle isabetli olduğu kanısındadır (AKINTÜRK, T.: Türk Medeni Kanununda Kadın-Erkek Eşitsizliği ve Giderilmesi, Türk ve Alman Özel Hukukunda Kadın Sempozyumu, Ankara 2002, s. 195). Aynı doğrultuda bkz. HATEMİ, H./KALKAN OĞUZTÜRK, B.: Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 73-74.

⁶⁰ YÜKSEL, S. R.: Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Sa. 2, Y. 2014, s. 184.

⁶¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 158. Kadının evlenmekle kocasının soyadını alması bir zorunluluktur. Zira kadının bu konudaki iradesi önem taşımaz (ERDOĞAN, İ.: Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (1-2), 1998, s. 710; ÖZTAN, s. 438; MOROĞLU, s. 254; ERGENE, s. 129-130; YÜKSEL, s. 183; KILIÇOĞLU YILMAZ, K.: Kadının Bitmeyen Soyadı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 585).

Evliliğin kocanın ölümü nedeniyle son bulması halinde ise kadının, kocasının soyadı ve kendi soyadını kullanması konusunda bir seçim hakkı vardır⁶². Fakat evlenme iptal kararı ya da boşanma kararı ile sona eriyorsa, kadın evlenmeden önceki soyadına dönebilecektir⁶³. Bu soyadı kadının kendi soyadı -yani herhangi bir isim değişikliği ya da evlat edinme kararı olmaksızın doğumla kazandığı soyadı- olabileceği gibi önceki kocasının soyadı da olabilir⁶⁴. 1990 yılında yapılan değişiklikle, kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmesinde menfaati olduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğinin kanıtlanması halinde, hâkimin izni ile kadın kocasının soyadını kullanmaya devam edebilmesi ve koşulların değişmesi halinde kocanın bu iznin kaldırılmasını talep edebilmesi hükümlerine yer verilmiştir⁶⁵. TMK m. 173'te aynı düzenleme benimsenmiştir⁶⁶.

Bu düzenlemeler ışığında, evlat edinme ve ad değiştirme davası sonucunda mahkeme kararı ile soyadının değişmesi istisna olmak üzere, erkeğin doğduğu anda kazandığı soyadının ölüm anına kadar değişmediği ve mutlak biçimde korunduğu; fakat kadının doğumla kazandığı soyadının nispi biçimde korunduğu zira her medeni hal değişikliğinde yasa gereği değiştiği anlaşılmaktadır⁶⁷.

Evli kadının soyadı mücadelesi, İsviçre'ye göre, ülkemizde daha karmaşık bir seyir izlemiştir. Konu ilk olarak 743 sayılı Medeni Kanun m. 153'ün Anayasa m. 10, 12 ve 17'ye aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne somut norm denetimi yoluyla taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi öncelikle, soyadı meselesini Anayasa m. 12 ve 17 kapsamında incelemiş ve fakat kamu yararı ve kamu düzeni gereğince yasa koyucunun aile adı olarak kocanın soyadını tercih ettiği savıyla, aile birliği ve

⁶² ABİK, Y.: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005, s. 207.

⁶³ TMK m. 173/1.

⁶⁴ Hükümün eleştirisi için bkz. ÖZTAN, s. 427 vd.

⁶⁵ Hükümün eleştirisi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 13 vd.

⁶⁶ TMK m. 173/2. Hükümün eleştirisi için bkz. KILIÇOĞLU YILMAZ, s. 590 vd.

⁶⁷ ÖZTAN 430. O nedenle kadının isim hakkı bir statü adı olarak korunmaktadır (ÖZDEMİR, s. 565; GÖZTEPE, E.: Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54 (2), s. 115).

bütünlüğünün sağlanması için kocanın soyadına öncelik verilmesi hususunu anılan maddelere bir aykırılık olarak değerlendirmemiştir⁶⁸. Daha açık bir anlatımla, Anayasa Mahkemesi, evli kadının soyadı bakımından devredilmez ve vazgeçilmez olan soyadı üzerindeki hakkının sınırlanmasını, kamu düzeni ve kamu yararı nedeni ile maruz görmüştür⁶⁹. Ardından Anayasa m. 10 bakımından eşitlik ilkesi kapsamında itiraza konu madde ele alınmıştır. Buna göre anılan madde kapsamında öngörülen eşitlik ilkesi, herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesine göre, aile adı olarak kocanın soyadına yasa koyucu tarafından öncelik verilmesi, haklı nedenlere dayandığından, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır⁷⁰. Bu gerekçelerle, itiraza konu hüküm Anayasaya aykırı görülmeyle, iptal talepleri oyçokluğuyla reddedilmiştir⁷¹.

⁶⁸ “İtiraz konusu “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. “Aile hukuku” öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır. Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.” (AYM T. 29. 09. 1998, E. 1998/61-K. 1998/59 RG.15.11.2002 Sa.: 24937).

⁶⁹ Söz konusu kararın verildiği tarihte yürürlükte olan Anayasa m. 13’de hak ve özgürlüklerin kısıtlanması bakımından genel sınırlama nedenlerini içeren bir düzenleme yer almaktaydı. Ancak 2001 yılında yapılan değişiklikle söz konusu sınırlama nedenlerine son verildi (ÖDEN, M./ESEN, S.: Anayasa Mahkemesi ve Evli Kadının Soyadı, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara 2013, s. 819).

⁷⁰ “Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konularındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.” AYM T. 29. 09. 1998, E. 1998/61-K. 1998/59 RG.15.11.2002 Sa.: 24937 .

⁷¹ *Id.*

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 743 sayılı mülga Medeni Kanun mantığı ve sistematığı ile uyum içerisinde. Zira söz konusu kanunda cinsiyet eşitliğini göz ardı eden - erkeğin aile birliğinin reisi ve evlilik birliğinin temsilcisi olduğu⁷²; ortak konutun seçiminin kocaya bırakıldığı; malların idaresinde kocanın şahsen sorumlu olduğu gibi- pek çok hüküm vardır⁷³. Bu durum 4721 sayılı TMK'nun genel gerekçesinde, “değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmının aile hukuku alanında ve özellikle kadın-erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapıldığı; böylece bütün modern hukuk düzenlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki Kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan “eşitlik ilkesinin” yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş ve bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin hepsinin değiştirilmiş olduğu” şeklinde açıkça ifade edilmiştir⁷⁴. Bu kapsamda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda söz konusu hükümler korunmak yerine cinsiyet eşitliğine dayalı yeni düzenlemeler yapılmıştır⁷⁵. Buna rağmen kadının soyadına ilişkin hüküm, aynen muhafaza edilmiştir⁷⁶. 4721 sayılı TMK madde

⁷² Bkz. KOÇHİSARLIOĞLU, C.: Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği, AÜHFD, 40 (1-4),1998, s. 253 vd.

⁷³ 743 sayılı Medeni Kanun, eski hukuk düzenini tasfiye etmiş ve yeni bir toplum ve hukuk yaratma amacına yönelmiş devrimci karaktere sahip bir kanundur. Özellikle, hiçbir cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin, herkesin kanun önünde eşit olması kuralı benimsenmiştir. Ancak buna rağmen söz konusu kanunda evlilik birliği içinde eşlerin hak ve yükümlülükleri bakımından kadın aleyhine ve eşitlik ilkesine ters düşen düzenlemeler bulunmaktadır (SİRMEN, s. 83).

⁷⁴ NOMER, H.N.: Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı, MHB Yıl 22 2002, s. 421.

⁷⁵ MOROĞLU, s. 254. Örneğin; kocanın aile birliğinin reisi olduğu yaklaşımdan vazgeçilmiş ve 4721 sayılı TMK m. 186'da eşlerin beraberce aile birliğini yönetecekleri esasını getirilmiştir. Benzer şekilde aynı maddede aile konutunun da eşlerin birlikte seçeceği düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. AKINTÜRK, T. : Medeni Kanun Tasarısında Kadın Erkek Eşitliği, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 75 vd.[Kadın-Erkek Eşitliği]; ayrıca bkz. ÖZDAMAR, D.: Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık Yönü ile, Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadının Hukuki Konumuna İlişkin Son Gelişmeler, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14 (2), 2006, s. 30-32.

⁷⁶ **Akıntürk**, bu konunun komisyonunda tartışmalara neden olduğunu; ancak “Evli olduğu halde kadının sadece kendi kızlık soyadı ile kamuoyuna çıkmasının” sakıncalı görüldüğü ve geleneklere aykırı olduğu kadar kimin hangi aileye üye olduğunun tespitinin mümkün olmayacağı kaygıları ile evli kadın ve erkeğin “aynı” soyadını taşımasının gerekliliğinin uygun görüldüğünü ifade etmektedir (AKINTÜRK, Kadın-Erkek Eşitliği, s. 77 vd.).

gerekçeleri incelendiğinde, söz konusu hükmün neden korunduğu anlaşılabilir. Örneğin; eşlerin evlilik birliğini birlikte temsil edeceğine ilişkin m. 188'in gerekçesinde yeni düzenlemenin amacı, mehaz kanundaki düzenleme ile uyum sağlanması olarak ifade edilmiştir. Belirtelim ki, İsviçre Medeni Kanununda aile adına ilişkin hükmün cinsiyet eşitliğini esas alması gerektiğine yönelik mücadele 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hazırlık çalışmaları ve yasalaşması aşamasında henüz devam etmektedir.

Evli kadının soyadı meselesi, 2004 yılında bu kez AİHM önüne taşınmıştır. Mahkeme meseleyi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile birlikte ele almıştır. AİHM, *Burghartz v İsviçre* kararında olduğu gibi, öncelikle kadınlara farklı işlem yapılması noktasında zorlayıcı bir nedenin varlığını araştırmıştır. Buna göre, kadının soyadını düzenleyen madde bakımından Türk hükümetinin “*evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımalarının gerekli olduğu ve hatta evli kadınların bu soyadı önüne kendi soyadlarını ekleyebildikleri*” savunmasına ikna olmamış ve bunu “zorlayıcı bir neden olarak” kabul etmemiştir⁷⁷. Türk hükümetince ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması halinde, evli çiftlerin ve/veya üçüncü tarafların karşılaşılabileceği somut ya da önemli bir sorun gösterilememiş ya da kamu çıkarının zarar gördüğü kanıtlanamamış olduğundan, AİHM tarafından “*aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacı*” cinsiyete dayalı farklı muamele için somut ve nesnel bir gerekçe olarak kabul edilmemiştir⁷⁸. Sonuç olarak AİHM, aile birliğinin ortak isimle yansıtılması ve bu şekilde korunmasını, kamu yararı ve kamu düzeni bakımından cinsiyete dayalı farklı

⁷⁷ AİHM T. 16.11. 2004, Başvuru No: 29865/96 *Ünal Tekeli-Türkiye*.

⁷⁸ Evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanmalarının nüfus kayıtları bakımından birtakım zorluklara neden olacağı savı da alıntılanan gerekçelerle AİHM tarafından yerinde görülmemiştir. “*Geleneksel kocanın soyadına dayalı aile ismi sisteminden, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine ya da özgürce ortak bir aile ismi seçmelerine izin veren başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda yaratacağı sorunların önemi göz ardı edilmemektedir. Ancak bireylerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemek makul olacaktır*” (Id).

muameleyi zorunlu kılan nedenler olarak değerlendirmeyerek, eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁹. Bu kararın ardından konu, üç ayrı başvuruda daha ele alınmış ve her birinde de AİHM tarafından aynı gerekçelerle Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmiştir⁸⁰.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından konu bir kez daha Anayasa Mahkemesinin önüne somut norm denetimi yoluyla taşınmış ve TMK m. 187'nin Anayasa m. 2, 10, 12, 17, 41 ve 90'a aykırı olduğu savıyla iptali talep edilmiştir. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile her ne kadar cinsiyet eşitliğini öngören düzenlemeler kabul edilmişse ve aradan on üç sene geçmişse de, Anayasa Mahkemesi'nin bakış açısı yine değişmemiş ve önceki kararda ifade edilen gerekçelerin tekrar edilmesi suretiyle, bir kez daha iptal başvurusu reddedilmiştir⁸¹. Anayasa Mahkemesi kararında, öncelikle soyadının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu kabul etmiş, bu nedenle Anayasa m. 12 ve 17 bakımından devredilemez ve vazgeçilemez bir hak olduğunu vurgulamıştır⁸². Ancak Anayasa Mahkemesi aile adının belirlenmesinde yasa koyucunun "takdir hakkı" bulunduğundan hareket etmektedir⁸³. Bu takdir hakkının erkeğin soyadının aile adı olarak belirlenmesi şeklinde kullanılması, Anayasa Mahkemesi tarafından "kamu düzeni" ve "kamu yararı" temeline dayandırılmaktadır⁸⁴. Mahkeme bu zorunluluğu aile

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ AİHM T. 28.05.2013, Başvuru No: 7971/07 *Leventoğlu Abdülkadiroğlu-Türkiye*; AİHM T. 03.10.2013, Başvuru No: 26268/08 *Tuncer Güneş-Türkiye*; AİHM T. 10.12.2013, Başvuru No: 38249/09 *Tanbay Tüten-Türkiye*.

⁸¹ AYM, T. 10.03.2011, E.2009/85-K.2011/49, RG.21.11.2011, Sa.: 28091.

⁸² ÖDEN/ESEN, s. 818.

⁸³ "İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır. Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır (AYM, T. 10.03.2011, E.2009/85-K.2011/49, RG.21.11.2011, Sa.: 28091.)"

⁸⁴ Yasal sınıflandırmaların veya ayrımların genel eşitlik ilkesine uygunluk denetimini yaparken, Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı olduğu iddia edilen yasal sınıflandırma veya ayrımla güdülen amacı saptadıktan sonra, bu amaçla sınıflandırma arasında akla uygun bir bağ olup olmadığını araştırır. (ÖDEN, M.: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik

birliği ve bütünlüğünün korunması; aile bağlarının korunması; resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi zorunluluklarla somutlaştırma çabası içine girmiştir⁸⁵. Burada kadının evlenene kadar taşımakta olduğu soyadı üzerindeki hakkından vazgeçmesi, kamu yararı ve kamu düzeni gereğince olağan karşılanmaktadır⁸⁶. Bu yaklaşım, kanun gereğince kadının her medeni hal değişikliğinde soyadını değiştirmek ve bunu kamuya açıklamak zorunluluğuna katlanmasını kamu düzeni ve kamu yararı karşısında mazur görmektedir⁸⁷. Dolayısıyla “devredilemez” ve “vazgeçilemez” nitelikteki soyadı üzerindeki hak, Anayasa Mahkemesine göre “dokunulmaz” değildir⁸⁸. Anayasa m. 10⁸⁹ bakımından ise Anayasa Mahkemesi, on üç yıl önce vermiş olduğu kararda ulaştığı çıkarımı tekrar etmekten öteye

İlkesi, Ankara 2003, s.204 vd.) Anayasa Mahkemesi TMK m. 187’deki hükmün amacını akla uygunluk bakımından en olası amaç olarak belirlemekte ve yasal sınıflandırmanın meşru bir amacı olduğunu ve eşitlik ilkesine aykırı olmadığı ön kabulü ile hareket etmektedir. Anayasa Mahkemesi tarafından, söz konusu sınıflandırma ve amaç ile “kamu düzeni” ve “kamu yararı” arasında ilişki kurulmak suretiyle, sınıflandırma-amaç ilişkisi bakımından Anayasaya uygunluk doğrultusunda çıkarım yapılmaktadır (ÖDEN/ESEN, s.826-828).

⁸⁵ Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. ÇAKIRCA, S.İ.: Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi, İÜHFMC. LXX, S. 2, 2012, s. 150-154.

⁸⁶ ÇAKIRCA, s. 150-151. Burada Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 12, 17 ve 41’i birlikte değerlendirilerek, soyadı üzerindeki kişilik hakkını, “kişinin topluma ve ailesine karşı ödev ve sorumlulukları” gibi soyut bir ölçütle sınırlandırmaya çalışmaktadır. Ancak Anayasa m. 12’de geçen “kişinin topluma ve ailesine karşı ödev ve sorumlulukları”nın bu şekilde yorumlanması, Anayasa m. 13’deki güvencenin uygulamadaki önemini azaltacak niteliktedir. Bu yorumun, Anayasa m. 41’deki ailenin “korunması ödevi”ne dayandırılması halinde dahi, aynı maddenin devamındaki devletin “ailede eşler arasında eşitliği sağlama” ödevi ile çelişki yaratacağı açıktır (ÖDEN/ESEN, s.820-821).

⁸⁷ ÇAKIRCA, s. 151.

⁸⁸ Ancak 2001 yılındaki Anayasa değişikliği ile, Anayasa m. 13’deki sınırlama nedenleri kaldırıldığına göre, Anayasa Mahkemesi’nin kamu düzeni ve kamu yararı nedeniyle soyadı üzerindeki hakkın sınırlanması bakımından yasal bir dayanak göstermediği gözden kaçırılmamalıdır (ÖDEN/ESEN, s. 818). Kaldı ki; Anayasa m. 13 gereğince temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlandırmaların ölçülülük ilkesi bakımından ele alınması gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin kararı “ölçülülük ilkesi” yönünden de teknik eksiklikler içermektedir (ÖDEN/ESEN, s. 830).

⁸⁹ Bu madde özgül ayırım yasaklarının yanı sıra şekli ve maddi eşitlik ilkelerini içeren “genel eşitlik” ilkesinden oluşmaktadır (GÖZTEPE, s. 106).

gitmemiştir⁹⁰. Buna göre eşitlik ilkesinin amacı hukuki durumları aynı olanların kanunlar tarafından aynı muameleye tabi tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir⁹¹. Bu genel değerlendirmenin ardından Anayasa Mahkemesi, kanun önünde eşitliğin, herkesin her yönden aynı kurallara tabi olacağı anlamına gelmediğini vurgulamıştır⁹². Dolayısıyla durum ve konumlarındaki özellikleri nedeniyle kimi kişi ya da topluluklar için değişik kurallar öngörülmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir⁹³.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmediğinden TMK m. 187 halen yürürlüktedir. Kaldı ki; söz konusu hükmün değiştirilmesine ilişkin pek çok yasa tasarısı ve teklifi verilmişse de⁹⁴ henüz TMK m. 187'nin değiştirilmesine ilişkin bir yasa çıkarılamamıştır. Haliyle evlendikten sonra “yalnızca” kendi soyadını kullanmak isteyen kadın, dava yoluna başvurmak durumunda kalmaktadır. Dava aşamasında ise yargıç, konu ile ilgili uluslararası kurallar ve yürürlükteki yasa hükmü ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda Anayasa m.90/V uyarınca usulüne uygun şekilde yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşmaların uygulama alanı bulup bulmayacağı sorunu çözülmelidir.

⁹⁰ ÖDEN/ESEN, s. 825.

⁹¹ AYM, T. 10.03.2011, E.2009/85-K.2011/49, RG.21.11.2011, Sa. 28091.

⁹² Ancak Anayasa Mahkemesi, kadınları birtakım haklarından mahrum bırakan yasal sınıflandırma veya ayımlar bakımından Anayasaya uygunluk denetiminin daha duyarlı bir biçimde yapılması yönünde herhangi açıklama yapmamaktadır (ÖDEN/ESEN, s. 830).

⁹³ AYM, T. 10.03.2011, E.2009/85-K.2011/49, RG.21.11.2011, Sa. 28091. Anayasa Mahkemesinin cinsiyete dayalı kanun hükmünü, Anayasa m. 10'da “herkesin kanun önünde eşit olduğu” şeklinde somutlaşan genel eşitlik ilkesi bakımından kanuni bir sınıflandırma veya ayırım olarak değerlendirmesi, Anayasanın cinsiyet ayırımı yasaklayan ve kadın-erkek eşitliğini öngören hükümleri ile çelişmektedir (ÖDEN/ESEN, s. 826).

⁹⁴ T.09.03.2005 Sa. 288 Kanun Teklifi ile T.14.12.2011 Sa.150 Kanun Teklifi. Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu Çocuklar ve Eşin Soyadına ilişkin tasarı taslağı (bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. AYAN, s. 70 vd.).

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında- daha dar bir yorumla- temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşmelerde açıkça kadının soyadına ilişkin bir hüküm bulunmadığını ifade etme ihtiyacı duymuştur⁹⁵. Buna göre söz konusu sözleşmeler ile TMK m. 187 arasında bir ihtilaf bulunduğu bahsedilemez. Anayasa Mahkemesince iptal edilmedikçe ya da yasa koyucu tarafından değiştirilmedikçe yürürlükteki kanun hükmü olan TMK m. 187 uygulanmalıdır⁹⁶.

Fakat daire, daha sonra bu içtihadından dönmüş ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk kuralları ile TMK m. 187 arasında ihtilaf görerek, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme'ye (CEDAW)⁹⁷ dayanarak, kadının evlendikten sonra yalnız bekârlık

⁹⁵ “Anayasa m. 90’a 5170 sayılı yasa ile ilave edilen, milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağına ilişkin düzenleme «temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi» hali için geçerlidir. Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta İHAS ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının «evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine» ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile «aynı konuda farklı hüküm» söz konusu değildir.”(Yargıtay 2. HD T. 21. 02. 2013, E. 2012/2319-K. 2013/4523).

⁹⁶ “Burada ihlale yol açan, ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünü yorum tarzı değil, yasal düzenlemenin bizatihi kendisidir. Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür. Bu bakımdan, yerel mahkemenin olayda uygulanma olanağı bulunmayan Anayasa m. 90/sondan hareketle ulaştığı sonuç, doğru olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık etkisini de bertaraf edici niteliktedir. Böyle bir yaklaşım «yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi» sonucunu hasil eder. Bu ise TMK'nın benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir” (Yargıtay 2. HD T. 21. 02. 2013, E. 2012/2319-K. 2013/4523).

⁹⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 18.12.1979 tarihinde kabul edilmiş ve 03.09.1981 tarihinde yürürlüğe girmiş olan “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme” Türkiye bakımından 19.01.1986 yılından beri yürürlükte (ÖZDAMAR, D.: CEDAW Sözleşmesi, Ankara 2009, s. 34 [CEDAW]; ARSLAN, G.: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller), İÜHFİM, C. LXII, S. 1-2, 3-43, 2004, s. 5; MOROĞLU, s. 257). CEDAW'a ilişkin hazırlanan İhtiyari Protokol ise 30.07.2002 tarihinde Türkiye tarafından onaylanmış ve 29.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir (ÖZDAMAR, CEDAW, s. 35).

soyadını kullanmasına ilişkin bir mahkeme kararını onamıştır⁹⁸. Onamaya konu kararda davacının “mesleki ve sosyal yaşam ortamı bakımından tanınabilirliği sebebiyle evlendikten sonra da önceki soyadını kullanmakta hukuki yararı” olduğu vurgusunun ardından usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin AİHS, CEDAW ve bu sözleşmelere bağlı protokol ve tavsiye kararları kapsamında kadının evlendikten sonra yalnız bekârlık soyadını kullanma hakkının korunması gerekçe gösterilmiştir⁹⁹.

Evlilik birliğinde kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanması meselesi, bir direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’na (HGK) taşınmıştır. HGK kararında, öncelikle kadının evlendikten sonra bekârlık soyadını taşıması konusunun cinsiyet eşitliği ve ayrımcılık yasağı bakımından ele alındığı Avrupa Birliği ve Birleşmiş Milletler (BM) nezdindeki düzenlemeler incelenmiştir¹⁰⁰. Ardından kararda, AİHM’nin konu ile ilgili içtihatlarına değinilmiş ve AİHS m. 8 ve 14 birlikte değerlendirildiğinde kadının evlendikten sonra -kendi soyadını ekleyebilse dahi -erkeğin soyadını taşımak zorunda bırakılması, cinsiyete dayalı farklı muamele olarak kabul edilmiştir¹⁰¹. HGK, bu kabulün ardından, meseleyi Anayasa m. 90/V bakımından ele almış ve TMK m. 187 ile Türkiye’nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler arasında çatışma görerek, söz konusu uluslararası sözleşmelere üstünlük verilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁰². HGK’nun konu ile ilgili önemli bir diğer değerlendirmesi de, kadının evlendikten sonra bekârlık soyadını yalnız başına kullanması bakımından “haklı bir sebebe” ihtiyacının olmadığı vurgulanmasıdır. Buna göre kadının

⁹⁸ “Davacı evlendikten sonra da kocasının soyadı yerine önceki soyadını kullanmak istemektedir. TMK m.187 davacının bu hakkını kullanmasına engeldir. Oysa AİHS, Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi ve bunlara bağlı ek protokoller kadının soyadını seçme hakkını bir temel hak olarak belirlemiş ve üye devletler kadının bu hakkını kullanmasına olanak sağlamayı taahhüt etmişlerdir” (Yargıtay 2 HD T. 28.04.2015, E. 2014/20471-K. 2015/8704).

⁹⁹ Yargıtay 2 HD T. 28.04.2015, E. 2014/20471-K. 2015/8704.

¹⁰⁰ Yargıtay HGK T. 30.09.2015, E. 2014/2-889-K. 2015/2011.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

evlendikten sonra kendi soyadını kullanması hakkı, AİHS m. 8 ve Anayasa m. 17 kapsamında koruma altındadır¹⁰³. O nedenle evlendikten sonra, cinsiyete dayalı bir ayırım yapılmaksızın, erkek ve kadın bakımından eşitliği sağlayacak şekilde eşler kendi soyadlarını kullanabilmelidir¹⁰⁴. Sonuç olarak HGK, kadının evlendikten sonra “yalnız” kendi bekârlık soyadını kullanmasına ilişkin direnme kararını onamıştır¹⁰⁵.

2010 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra ise evli kadının soyadına ilişkin TMK m. 187 hükmü, Anayasa m. 10, 12, 17 ve 90’a aykırı olduğu gerekçesiyle bu kez bireysel başvurulara konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından, 2013/2187 başvuru numaralı *Sevim Akat Ekşi* kararında soyadı, kişinin kimliğinin belirlenmesinde önemli bir unsur olmasının yanı sıra vazgeçilmez, devredilmez ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilmektedir. Bu kapsamda, evli kadının evlenmeden önceki soyadını kullanmasına olanak verilmemesi, Anayasa m. 17’de yerini bulan “manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi” hakkına yönelik bir müdahale olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶. Anaya m. 17 kapsamında tanınan bir hakkın sınırlandırılması ise Anayasa Mahkemesince, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından ölçütleri koyan, Anayasa m. 13 bakımından ele alınmıştır. Buna göre soyadı üzerindeki hakka müdahaleye yetki veren kanunun hükmünün, hukuki bir temelinin olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 17 kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağlayıp sağlamadığını araştırırken, evli kadının evlendikten sonra, evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmasına cevaz vermeyen TMK m. 187 ile birlikte Anayasa m. 90/V’i birlikte ele almıştır. Bu kapsamda gerek AİHS m. 8 ve 14’ün beraber değerlendirildiği AİHM kararları gerekse Birleşmiş Milletler Uluslararası

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ AYM, T. 19.12.2013, Başvuru No: 2013/2187 *Sevim Akat Ekşi*.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi¹⁰⁷ m. 23/IV¹⁰⁸ ve CEDAW m. 16/1(g)¹⁰⁹ birlikte incelenmek suretiyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu söz konusu sözleşmeler ile TMK m. 187 arasında çatışma olduğu açıkça tespit edilmiştir¹¹⁰. Bu tespitten hareketle evli kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanması bakımından “uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları açısından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri”, esas alınması gereken kurallar olarak belirlenmiştir. Buna rağmen TMK m. 187'nin uygulanması, “manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahale” bakımından kanunilik şartını sağlamadığından ihlal kararı verilmiştir¹¹¹. Anayasa Mahkemesi, evli kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına

¹⁰⁷ BM Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 16.12.1966 tarihli olup, 23.03.1976 tarihinden bu yana yürürlüktedir. Türkiye 15.08.2000 tarihinde bu sözleşmeyi imzalamıştır (Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun Tasarısı Gerekçesi <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0589.pdf>).

¹⁰⁸ “*Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli önlemleri alır*” (<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>).

¹⁰⁹ CEDAW m. 16/I'de taraf devletlerin evlilik ve aile ilişkileri ile ilgili bütün konularda kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için her türlü tedbiri almaları yükümlülüğü öngörülmüştür. Maddenin g bendinde ise özel olarak “aile adı” bakımından kadın ve erkeğe eşit haklar tanınması hususu ifade edilmiştir. Bu bendin anlamı, aile adı bakımından kadın ve erkeğe eşit haklar tanınmaması halinin giderilmesi gereken bir ayrımcılık sayılmasıdır (NOMER, s. 422). Her ne kadar sözleşmeye katılırken Türkiye tarafından aile adına ilişkin hükme çekince koyulmuşsa da bu çekince 20.09.1999 tarihinde kaldırılmıştır (ÖZDAMAR, CEDAW, s.41 ve 44-47).

¹¹⁰ AYM, T. 19.12.2013, Başvuru No: 2013/2187 *Sevim Akat Ekşi*.

¹¹¹ “*Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurusunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır*” (Id).

kullanmasına ilişkin diğer iki bireysel başvuruda da aynı gerekçelerle ihlal kararı vermiştir¹¹².

Anayasa Mahkemesi ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için üç başvuruda da yeniden yargılama yapmak üzere dosyaları ilgili mahkemeye göndermiştir¹¹³. Bu durumda yerel mahkeme ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından “açıkça kanun hükmüne aykırı” karar verme sorumluluğu ile mi karşı karşıya kalacaktır? Zira bireysel başvuru kararları bireysel etkiyi haizdir¹¹⁴. Ortada Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş bir iptal kararı mevcut değildir. O nedenle hâkim emredici nitelikteki TMK m. 187 hükmü ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararı ile baş başa kalacaktır. Ancak ilk olarak, bireysel başvuru kararı sonucunda yeniden yargılama yapan mahkemenin ihlal kararı ile uyumlu bir nihai karara varmasının gerekliliği vurgulanmalıdır¹¹⁵. Aksi takdirde yeniden bireysel başvuru yoluna başvurulması söz konusu olacaktır¹¹⁶. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi kadının soyadı meselesine yönelik ihlal kararlarında, TMK m. 187'nin Anayasaya aykırılığının yanı sıra usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere aykırılığını açıkça tespit etmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi bizzat, Anayasa m. 90/V anlamında usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve

¹¹² Bkz. AYM, T. 06.03.2014, Başvuru No: 2013/4439 *Gülsim Genç*; AYM, T. 16.04.2015, Başvuru No: 2014/5836 *Neşe Aslanbay Akbıyık*.

¹¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanununda değişiklik yapılarak, Anayasa Mahkemesinin temel hak ihlaline ilişkin bireysel başvuru kararlarının, kesinleşmiş AİHM kararlarında olduğu gibi, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesinin gerekliliği ileri sürülmüştür (SUNGURTEKİN M.: Anayasal Şikayet ve Adalete Erişim, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı), 2014, 409-410).

¹¹⁴ KORKMAZ, R.: Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2014, s. 212.

¹¹⁵ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 50/II. Burada Anayasa Mahkemesinin, hukuka aykırılık incelemesi yapmadığı ve fakat temel hak ve hürriyetlere aykırılık bakımından inceleme yaptığı gerçeği unutulmamalıdır (AYDIN, Ö.D.: Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Sa. 4, Y. 2011, s. 163).

¹¹⁶ *Id.*

özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ve ulusal hukuk yani TMK m. 187 arasında bir uyumsuzluk olduğunu tespit etmektedir. O nedenle yerel mahkeme, yeniden yargılama yapmak üzere dosya kendisine gönderildiğinde, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı ışığında ve Anayasa m. 90/V'ten hareketle doğrudan usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin ilgili hükümlerini uygulayarak sorunu çözecek ve kadının evlendikten sonra evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmasına hükmedecektir. Böylece HMK m. 46 gereğince açık kanun hükmüne aykırı karar vermek suretiyle sorumluluğu doğmayacaktır¹¹⁷.

İhlali gidermekle görevli mahkemenin başvurabileceği bir yol da temel hak ve özgürlükleri ihlal eden ve Anayasaya aykırı olan yasa hükmünün, anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi nezdinde iptalini talep etmektir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, kadının soyadını düzenleyen TMK m. 187'nin anayasaya aykırı olduğu savıyla iptalinin talebi üzerine Anayasa Mahkemesi söz konusu maddeyi Anayasaya aykırı görmeyerek, iptal talebini reddetmiştir. İşbu karar 21.10.2011 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu kararının resmi gazetede yayınlanmasının ardından on yıl geçmedikçe, aynı hükmün Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptali talep edilemez¹¹⁸. Bireysel Başvuru mekanizması bakımından ise on yıl yasağının bir etkisi yoktur¹¹⁹.

B. Çocuğun Soyadı

Çocuğun doğum anında ana baba evli ise, çocuk, ana babasıyla soybağı kurulduğu anda- en doğal hali olan doğumla- ana babanın ortak velayeti altına girer. Bu kapsamda çocuğun adını ana ve babası koyar¹²⁰ ve

¹¹⁷ Karşı görüşte bkz. KORKMAZ, s. 214.

¹¹⁸ Anayasa m. 152/son.

¹¹⁹ Bkz. KAYA, E.: Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısına Etkisi: On Yıl Yasağı ve Kadının Soyadı Örneği, s. 20-21 (<http://www.ybu.edu.tr/hukuk/contents/files/Emir%20Kaya%20AYM%20kitap%20b%C3%B6l%C3%BCm%C3%BC%20On%20y%C4%B1l%20yasa%C4%9F%C4%B1.pdf>)

¹²⁰ TMK m. 339/son.

ayrıca çocuk ailenin soyadını alır¹²¹. Aile soyadından kasıt, babanın soyadıdır¹²². Ana babanın evli olması ifadesi, babalık karinesinin uygulandığı halleri de içerir¹²³. Buna göre evlilik esnasında veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuk aile soyadını taşır¹²⁴. Ana baba evli değilse, çocuk babasıyla soy bağı kurulmadıkça, anasının soyadını taşır¹²⁵. Dolayısıyla Medeni Kanunumuzun sistematığına göre, çocuğun soyadı babası ile soybağının kurulmuş olup olmamasına göre belirlenmektedir¹²⁶. Babası ile hukuken soybağı kurulan çocuk, ister evlilik birliği içinde doğmuş ya da evliliğin sona ermesini takip eden 300 gün içinde doğmuş olsun, ister evlilik birliği dışında doğmuş olsun, babasının soyadını almaktadır.

Soyadı Kanunu m. 4/II, boşanma ya da evliliğin iptali hallerinde ortak çocuğun, velayeti anaya verilmiş olsa dahi babasının seçtiği veya seçeceği soyadını alacağı düzenlemesini içermekteydi. Bu kanun hükmü Anayasaya Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararında Anayasa Mahkemesi, Anayasa m. 10 ve 41'e değinmiş ve eşitlik ilkesine ilişkin TMK m. 187'nin iptali istemli davanın reddi kararındaki¹²⁷ yargısını tekrar etmiştir¹²⁸. Ardından anılan kararda, çocuğun soyadını seçme

¹²¹ TMK m. 321.

¹²² DURAL/ ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 330; BAYGIN, s. 98; ABİK, s. 139; ERGENE, s. 139.

¹²³ AYAN, s. 23.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ TMK m. 321'de yer alan ana baba evli değilse çocuğun anasının soyadını taşıyacağına ilişkin ifade Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.2009 tarihli ve E. 2005/114-K. 2009/105 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararı ile hukuki boşluk yaratıldığı, hükmün eski haliyle zaten baba ile soybağı kurulması halinde babanın soyadını taşıyacağına anlaşılması gerektiği hakkında bkz. DURAL/ ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 331.

¹²⁶ AYAN, s. 23 vd.

¹²⁷ AYM T. 29. 09. 1998, E. 1998/61-K. 1998/59 RG.15.11.2002 Sa.: 24937.

¹²⁸ "Eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı

hakkının velayet hakkı kapsamında olduğu ve velayet hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olma özelliği vurgulanmıştır¹²⁹. İptali talep edilen kanun hükmünün 743 sayılı Medeni Kanunun “evlilik birliğinin reisi kocadır” hükmü ile bağlantısı ortaya koyulduktan sonra, Anayasa Mahkemesi tarafından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik önemli değişikliklerin yapıldığı ve bu kapsamda artık iptali istenen kanun hükmünün de bağlantılı olduğu hükmün yerini “eşlerin evlilik birliğini birlikte yürütecekleri hükmünün aldığı belirtilmektedir¹³⁰. Aynı doğrultuda cinsiyet eşitliğini sağlamayı esas alan CEDAW, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi ve AİHS'nin ilgili maddeleri ele alınmıştır¹³¹. Anayasa Mahkemesi tüm bu değerlendirmelerden sonra tekrar eşitlik ilkesine eğilmiş ve eşitlik ilkesinin, “*aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını*” gerektirdiğini tespit etmiştir. Dolayısıyla “*kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesinin*” bu ilkeye aykırı düşeceğini ifade etmiştir¹³². Diğer bir anlatımla Anayasa Mahkemesi kararında, cinsiyete dayalı farklı muamelenin açıkça eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu tespit etmiştir. Bu kapsamda evliliğin devamı süresince eşlerin hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuki konumda bulunduğu ve erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamış olmasının cinsiyet ayrımcılığı yarattığı gerekçesiyle iptali talep edilen kanun hükmünün Anayasa m.10 ve m. 41'e aykırı olduğu kararı verilmiştir¹³³.

tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaz” (AYM T. 8.12.2011, E.2010/119- K.2011/165, RG.14.02.2012, Sa. 28204).

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.*

¹³³ *Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir (Id). Anayasa*

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından, evlilik birliği içinde doğmuş ve boşanma sonucu velayeti anaya bırakılmış olan çocuğun ananın soyadını taşıyıp taşıyamayacağı meselesi, davada direnme kararı verilmesi üzerine Yargıtay HGK'nca ele alınmıştır. HGK, öncelikle iptal edilen Soyadı Kanunu m. 4/II hükmünün ilk defa soyadı alınması ile ilgili olduğu ve TMK m. 321 karşısında bazı istisnai durumlarda uygulama alanı bulduğunu ifade etmiştir¹³⁴. Ardından velayet hakkının kullanılmasında kadın ve erkeğin eşit oldukları ilkesine vurgu yapan HGK, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi ile AİHM içtihatlarında zorlayıcı ve meşru bir neden olmaksızın cinsiyete dayalı farklı muamelenin AİHS m. 14 anlamında ayrımcılık oluşturduğunu belirtmiştir. HGK tüm bu değerlendirmelerine rağmen, TMK m. 321 bakımından daha önceki içtihadını¹³⁵ yinelemekten öteye gitmemiş ve çocuğun soyadının doğum tarihinde ana ve babasının evli olup olmamasına göre belirleneceği, çocuğun söz konusu tarihte ana ve babası evli ise babasının soyadı olan "aile soyadını" alacağı ve çocuğun soyadını velayet hakkına ve sair nedenlere dayanarak değiştirmenin TMK m. 321 hükmü karşısında mümkün olmadığı gerekçesiyle, velayeti kendisine bırakılmış çocuğa kadının kendi soyadını vermesini kabul eden direnme kararını bozmuştur¹³⁶. Ancak HGK kararında, Anayasa m. 90/son hiç değerlendirilmeye alınmadığı gibi, bu hüküm gereğince AİHM kararlarının yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu AİHS, CEDAW, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin evlilik ve aile ilişkileri konusunda eşlerin eşit hak ve yükümlülükler sahip olması ve kadınlara karşı yapılan ayrımların ortadan kaldırılması hakkındaki hükümleri ile TMK m. 321 arasında bir çatışma olup olmadığı hususu da ihmal edilmiştir.

Mahkemesi kararının gerekçesinde cinsiyetler arası eşitlik ilkesinden hareket edilmiş; ancak çocuk ve çocuğun menfaati ilkesi ihmal edilmiştir (USTA, S. : Çocuk Hakları ve Velayet, İstanbul 2012, s.110).

¹³⁴ Yargıtay HGK T. 13.03.2015, E. 2013/18-1755-K. 2015/1039.

¹³⁵ Yargıtay HGK T. 25.12.2013, E. 2013/18- K.2013-464.

¹³⁶ Yargıtay HGK T. 13.03.2015, E. 2013/18-1755-K. 2015/1039.

Annenin velayeti kendisine bırakılan ve boşandığı eşinin soyadını taşıyan çocuğuna kendi soyadını verip verememesi meselesi, bir kez de Anayasa Mahkemesi önüne bireysel başvuru yoluyla taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında, öncelikle Anayasa m.17 ve AİHS m. 8 kapsamında konuyu ele almış ve velayeti kendisine bırakılan çocuğa kadının kendi soyadını vermesi yönündeki talebini velayet hakkı kapsamında değerlendirerek, Anayasa m. 20 ile ilgisini kurmuştur¹³⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre çocuğun soyadını belirleme hakkı, velayet hakkı kapsamında korunan hukuki bir değerdir. O nedenle soyadını belirleme hakkı, “*velayet hakkının ifası ve bu bağlamda aile bağlarının sürdürülmesi noktasındaki fonksiyonu nedeniyle aile hayatına saygı hakkının güvence kapsamında yer almaktadır*”¹³⁸. Kararın devamında, evliliğin feshi veya boşanma halinde çocuğun velayeti anaya bırakılsa dahi babasının soyadını taşıyacağına ilişkin Soyadı Kanunu m. 4/II hükmünün Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal kararının gerekçesinde yer alan söz konusu hükmün dayanağının, 743 Sayılı Türk Medeni Kanununda “evin reisi kocadır” düzenlemesi olduğu çıkarımı yinelenmiştir¹³⁹. Ardından 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile eşler arasında eşitsizliğe yol açan söz konusu hükmün kaldırıldığı ve eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu anlayışının benimsendiği vurgulanmıştır¹⁴⁰. Anayasa Mahkemesi, “*velayeti kendisine tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinin reddine ilişkin yargısal kararın, başvuruçunun aile hayatına saygı hakkına bir müdahale*” oluşturduğuna ilişkin kabulün ardından, Anayasa m. 13, AİHS m. 8 ve AİHM içtihatları doğrultusunda, bu müdahalenin kanunilik ölçütünü araştırmaya ihtiyaç duymuştur. Bu kapsamda TMK m. 321 hükmü ele alınmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, gerek Medeni Kanunumuzda gerekse özel kanunlarda evlilik birliğinin sona ermesinin ardından çocuğun soyadının tespiti ve

¹³⁷ AYM, T. 25.06.2015, Başvuru No: 2013/3434 *Hayriye Başdemir*.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*

düzenlenmesi hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Evliliğin feshi ve/veya boşanma halinde çocuğun soyadının belirlenmesi bakımından soyadının ilk defa kazanılması kapsamında ele alındığı Soyadı Kanunu 4/II ise Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. O nedenle Anayasa Mahkemesi söz konusu bireysel başvuru kararında müdahalenin kanunilik unsurundan yoksun olduğu çıkarımından hareketle, Anayasa m. 20 hükmünce güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁴¹.

Öğretide genel eğilim çocuğun soyadının, soybağının velayet hakkına bağlı olmayan hükümleri arasında kabul edilmesidir¹⁴². Zira çocuğun soyadına ilişkin TMK m. 321 hükmü, TMK’da “Soybağının Hükümleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi, *Hayriye Başdemir* kararında, çocuğun soyadını velayet hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Yukarıda ele alınan ana babanın evli olmaması halinde çocuğun soyadını düzenleyen İsv. MK’da yer alan hükümlerdeki anlayış da velayet hakkı ekseninde şekillenmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu anlayışa yakınlığından söz edilebilirse de İsv. MK’da ana babası evli olmayan çocuğun soyadı bir kez belirlendikten sonra, velayet hakkına ilişkin değişikliklerin çocuğun soyadını etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin dayanağını ismin değişmezliği ilkesi oluşturmaktadır¹⁴³. Anayasa Mahkemesi tarafından bu ilke göz ardı edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, velayet hakkını aile hayatına saygı hakkı kapsamında Anayasa m. 20 kapsamında değerlendirdikten sonra, bu hakka müdahalenin kanunilik unsurunu araştırmış ve bu kapsamda TMK 321 hükmünü “evlenmenin sona ermesi halinde çocuğun soyadına ilişkin açık bir düzenleme içermediği gerekçesiyle” dikkate almamıştır. Oysa TMK m. 321 evlilik birliği içinde doğan çocuğun soyadının, aile soyadı olan

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 330; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 393; BAYGIN, s. 97; AYAN, s. 23.

¹⁴³ Türk hukuk düzeninde de kural olarak adın değişmezliği ilkesi benimsenmiştir. Buna göre nüfus kütüğüne kaydolmuş adı ve soyadını kişi, dilediği zaman serbestçe değiştiremez. TMK m. 27 uyarınca, haklı sebeplere dayanarak, adın ve soyadının değiştirilmesi hâkimden talep edilebilir (HELVACI, s. 178).

babanın soyadı olduğuna ilişkin emredici bir hükümdür. Buna göre evlilik birliği sona erse bile çocuğun soyadı değişmez. Burada kanunilik unsuru araştırılırken, TMK m. 321'in göz ardı edilmesi yerine, *Sevim Akat Ekşi* kararında olduğu gibi Anayasa m. 90/son kapsamında bir değerlendirilme yapıp, Türkiye'nin taraf olduğu aile ve evlilik hayatına ilişkin kadın erkek arasında eşitlik ilkesinin gözetilmesi ve ayrımcılık yapılmaması hükümlerini içeren uluslararası sözleşmelerin yanı sıra çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelerde özellikle vurgulanan çocuğun üstün yararı ilkesi temelinde TMK m. 321 ile söz konusu uluslararası sözleşmeler arasında bir çatışma olup olmadığının belirlenmesi daha isabetli olurdu.

V. SONUÇ

Soyadının kadının birey olarak kimliğinin bir parçası olduğu inkâr edilemez. Ancak kadının her medeni hal değişikliği kimliğinin parçası olan soyadının da değişmesine neden olmaktadır. Kadının evlenmesi halinde evlendiği tarihe kadar kimliğinin bir parçası olan soyadı değişmekte ve kocasının soyadı artık kimliğinin bir parçası olmaktadır. Evliliğin boşanma ya da evlenmenin iptali kararlarıyla son bulması halinde kadın, bu kez kocasının soyadını bırakarak eski soyadına dönmektedir. Alternatif olarak evlenen kadının kocasının soyadı önünde kendi soyadını kullanması ya da boşanma halinde eşinin soyadını taşımakta menfaati olduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispat etmesi halinde hâkim izniyle kocasının soyadını kullanabilmesi olanakları getirilmiştir.

Sevindiricidir ki; cinsiyetler arasında eşitlik ilkesi temelinde ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler doğrultusunda, yargı kararları ile bu dar çerçeve genişletilmektedir. Birinci önemli gelişme, yargı kararları ile evlilik birliğinde kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmesidir. İkinci önemli gelişme boşanan kadının velayeti kendisine bırakılan çocuğa kendi soyadını verebilmesidir. Bu durumda menfaati olduğu ve boşandığı kocasına zarar vermeyeceğini kanıtlamak suretiyle evliyken kullandığı soyadını kullanma ihtiyacı ortadan kalkmış olmaktadır. Boşanan kadın ve velayeti kendisine bırakılan çocuk aynı soyadını, bu kez ananın evlenmeden önceki soyadını taşıyabilme olanağına kavuşmaktadır.

Yargıtay'ın yeni içtihatları ve özellikle Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında sergilediği tutum, kadının evlendikten sonra yalnızca kendi soyadını kullanmasının mahkeme hükmüyle mümkün olabildiğini göstermektedir. Bu gelişmenin, Türkiye'de "kadının soyadı" konusunda cinsiyet eşitliğinin sağlanması için sürdürülmekte olan mücadele bakımından bir adım olduğu inkâr edilemez. Ancak başlı başına bir zafer olarak da nitelendirilemez.

Kaldı ki; meselenin yalnızca “evli kadının soyadı” sorunu şeklinde ele alınması da oldukça yüzeyseldir. Zira mesele yalnızca evli kadının bekârlık soyadını taşımasına indirgenmemelidir. Özellikle kadının evlenirken evlilik birliği içinde kullanacağı soyadını seçme hakkı olmadığı gibi evlilik birliği içinde doğan çocukların soyadını belirleme konusunda da bir seçme hakkı yoktur. Her ne kadar evlendikten sonra mahkeme kararı ile bekârlık soyadını tek başına kullanabilirse de, evliliğinin devamı süresince kadının çocuklarına kendi soyadını vermesi mümkün değildir. Diğer bir anlatımla evlilik devam ettiği sürece kadına tanınan tek seçim hakkı ya kocasının soyadını kullanmak ya da yalnızca kendi soyadını taşımak yönünde mahkemeye başvurmak şeklindedir. TMK m. 312’in emredici hükmü karşısında, mahkeme kararı ile kendi soyadını taşıması kararı verilmiş olsa bile bu kararın çocukların soyadı bakımından bir etkisi yoktur.

Yasa koyucunun bu gelişmeler sayesinde harekete geçmesi beklenirken, hareketsizliğini sürdürdüğü gözlemlenmektedir. Hâlihazırda komisyonlarda kadının ve çocuğun soyadı meselesine özgü yasa teklif ve tasarıları beklemektedir. Yargı kararları ile gelinen bu aşamada, evlendikten sonra kadının yalnızca kendi soyadını taşıyabilmesi ya da boşandıktan sonra velayeti kendisine bırakılan çocuğuna kendi soyadını verebilmesi mahkeme kararı ile mümkün hale gelmiştir. Ancak bu yeni durum dahi, Türkiye’nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Siyasi Haklar Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden doğan yükümlülüklerinin tam anlamıyla yerine getirilmiş olduğu anlamına gelmez.

Yasa koyucunun, daha demokratik ve cinsiyet eşitliğini gözeten ve gerek mehz kanunla gerekse temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ve yargı kararları ile uyumlu yeni bir düzenleme yapması maalesef hala bir temenniden ibarettir.

HALKA AÇIK ŞİRKETLERDE ÖNEMLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLER*

Veliye YANLI**

ÖZET

Halka açık anonim şirketlerin yaptığı bazı işlemler önemli işlem olarak nitelendirilmiş ve bu işlemler özel düzenlemelere bağlanmıştır. Bu işlemler Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun Tebliği'nde yer almaktadır. Bu işlemlere ilişkin özel düzenlemeler başlıca şunlardır: Önemli nitelikteki işlemin kamuya açıklanması; önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararın kural olarak genel kurulda alınması; özel yetersayılarının aranması; önemli nitelikteki işlemlere ilişkin karara muhalif kalan hissedara ayrılma hakkının tanınmış olması; ayrılma hakkının kullanılması sonucunda şirket tarafından geri alınacak payların oranına ilişkin bir sınırın uygulanmaması; zorunlu pay alım teklifinde bulunulması; önemli nitelikteki işlemde vazgeçilmesinin mümkün olması ve tüm bu düzenlemelere aykırılık halinde Sermaye Piyasası Kurulu tarafından bazı yaptırımların uygulanabilmesidir.

Anahtar Kelimeler: Halka açık şirket, Önemli nitelikte işlem, Ayrılma hakkı, Zorunlu pay alım teklifi, Karar yeter sayısı,

SIGNIFICANT TRANSACTIONS IN PUBLICLY HELD CORPORATIONS

ABSTRACT

Some transactions of publicly held corporations are deemed as significant transactions and these transactions are subject to some specific regulations. These transactions are regulated both in Turkish Capital

* Bu çalışma 19.06. 2014 yılında Kayseri'de düzenlenen, Türk-Alman Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukuku'nda Güncel Gelişmeler Uluslararası Sempozyumu'nda tebliğ olarak sunulmuştur

** Prof. Dr. İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

Markets Law and in related Communiqué of Turkish Capital Markets Board. The essential specific regulations are as follows: Disclosure of the significant transactions; beside exemptions the necessity of approval the significant transactions by the general assembly; specific quorums; the appraisal right of dissenting shareholders; no limitation for the buying the shares of dissenting shareholders by the corporation; mandatory take-over bid due to significant transactions; the possibility of relinquishment of the significant transactions, and imposing some sanctions by Turkish Capital Markets Board for violation of these regulations.

Keywords: Publicly held corporations, Significant transactions, Appraisal right, Mandatory take-over bid, Quorum.

GİRİŞ

Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'nun¹ (“SerPK”) 23. maddesinde, halka açık anonim şirketlerin (ortaklıkların) yapacağı bazı işlemlerden örnekler verilerek, bu işlemlerin bu Kanun'un uygulanması açısından “önemli nitelikte işlem” sayılacağı belirtilmiş ve Sermaye Piyasası Kurulu (“SPK” veya “Kurul”), bu nitelikteki işlemlerde bulunulabilmesi veya kararların alınabilmesi için uyulması zorunlu usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır. Aynı hükmün 2. fıkrasında da, SPK tarafından düzenlenen zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemler nedeniyle gerektiğinde idari para cezası verilebileceği ve bu işlemlerin iptali için dava açılabilceği ifade edilmiştir.

SPK, yukarıda anılan düzenlemeyi II-23.1 sayılı “Önemli Nitelikte İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği”² (“Tebliğ”) ile yapmıştır. Bu Tebliğ ile ayrıca, işlemlerin “önemlilik” ölçüsü yanında, önemli nitelikte işlemlere ilişkin “ayrılma hakkı” ve “zorunlu pay alım teklifi” ile ilgili usul ve esaslar da düzenlenmiştir.

¹ RG Tarih: 30.12.2012 ve Sayı: 28513

² RG Tarih: 24.12.2013 ve Sayı: 28861

SerPK m.23 ve Tebliğ'in kapsamına giren şirketler halka açık anonim şirketlerdir. SerPK m.3 (e) bendinde "Halka açık anonim ortaklık" kavramı ile, payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıkların (şirketlerin) ifade edildiği belirtilmiştir. Bu durumda, bir anonim şirketin halka açık bir anonim şirket olduğundan söz edilebilmesi için, ya bu şirketin paylarının halka arz edilmesi gerekmektedir ya da bu şirket Kanun tarafından, payları halka arz edilmiş sayılan bir şirket olmalıdır. SerPK m.16 f.1'e göre, payları borsada işlem gören şirketler ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim şirketlerin payları halka arz olunmuş sayılır ve bu şirketler halka açık şirket hükümlerine de tabi olurlar.

A. ÖNEMLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMLER

Tebliğ'de, bazı işlemler doğrudan önemli nitelikte işlem sayılırken, bazılarının önemli nitelikte işlem sayılması "önemlilik" kriterine bağlanmış ve Tebliğ'in 6. maddesinde önemlilik kriteri belirlenmiştir.

1. Doğrudan önemli nitelikte sayılan işlemler

Doğrudan önemli nitelikte sayılan işlemler; halka açık şirketlerin, (1) birleşme³, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirmesi ve sona erme kararı alması⁴ (2) imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi⁵ (3) Borsa kotundan çıkma kararı alması (4) yapmayı planladıkları bedelli sermaye artırımlarında, sermaye artırımından elde edilecek fonun şirketin mevcut sermayesini aşması ve Kurul'un ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflara olan ve şirkete nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçların kısmen veya tamamen ödenmesinde kullanılacak olmasıdır.

³ Bölünen şirketin ortaklık yapısının korunduğu yeni şirket kurulması suretiyle bölünme işlemleri, kolaylaştırılmış usulde birleşme ve bölünme ile birleşme amaçlı şirketin taraf olduğu birleşme işlemlerinde Teb. m.12'e göre, ayrılma hakkı doğmaz (Teb. m.12 (e) ve (i) bendi). "Birleşme amaçlı şirket" SerPK m.4'de tanımlanmıştır.

⁴ Birleşme amaçlı şirketin sona erme işlemlerinde, ayrılma hakkı doğmaz (Teb. m.12 (i) bendi).

⁵ Şirketlerin mevcut paylarına tanınmış imtiyazların tüm pay sahipleri için bedelsiz olarak tamamen kaldırılması, konu ve kapsam bakımından daraltılması işlemlerinde, ayrılma hakkı doğmaz (Teb. m.12 (c) bendi).

2. Önemlilik kriterine bağlanmış işlemler

Önemli nitelikte işlem sayılması “önemlilik” kriterine bağlanmış olan işlemler ise; şirketlerin, (1) mal varlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devretmesi⁶ veya kiraya vermesi veya mal varlığının tümü veya önemli bir bölümü üzerinde aynı hak tesis etmesi^{7,8}(2) faaliyet konusunu tümüyle veya önemli ölçüde değiştirmesi (3) ilişkili taraflarından önemli ölçüde mal varlığı edinmesi veya kiralaması işlemleridir⁹.

Her ne kadar yukarıda sayılan işlemlerin önemli nitelikte işlem sayılabilmesi ve buna ilişkin sonuçların uygulanabilmesi için, Tebliğ’in 6. maddesinde kriter olarak gösterilen sınırların aşılması şartı aranmaktaysa da, bu sınırların altında kalsa dahi *malvarlığı* ile ilgili her işlemde¹⁰ yönetim kurulunun, işleme konu olan malvarlığının şirketin faaliyetleri açısından taşıdığı önemi dikkate alarak bir değerlendirme yapması gerekmektedir (Teb. m.6 f.3); aksi takdirde yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olabilir (Teb. m.14).

⁶ SPK tarafından uygun görülmesi şartıyla, SPK düzenlemeleri çerçevesinde hazırlanmış finansal tablolarına göre, sermayesinin en az yarısı karşılıksız kalan şirketlerin mal varlığı içinde yer alan, ancak ekonomik bir değeri bulunmayan mal varlıklarının devrinin, şirketlerin söz konusu sermaye kaybını sona erdireceği özel amaçlı bağımsız denetim raporu ile tespit edilmesi halinde, Teb. m.12’e göre, ayrılma hakkı doğmaz (Teb. m.12 (i) bendi).

⁷ Gayrimenkul yatırım ortaklıklarının portföylerinde yer alan önemli ölçüdeki varlıkların kiraya verilmesi veya bu varlıklar üzerinde, III-48.1 sayılı Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği hükümleri çerçevesinde aynı hak tesis edilmesi halinde, bunlar önemli nitelikte bir işlem kabul edilmekle birlikte, Teb. m.12’e göre, ayrılma hakkı doğmaz (Teb. m.12 (g) ve (ğ) bendi).

⁸ Şirketlerin kendi tüzel kişilikleri adına veya finansal tablolarında tam konsolidasyona dahil ettikleri şirketler lehine mal varlığı üzerinde aynı hak tesis etmesi halinde, bunlar önemli nitelikte bir işlem kabul edilmekle birlikte, Teb. m.12’e göre ayrılma hakkı doğmaz (Teb. m.12 (h) bendi).

⁹ Tebliğ’de belirtilen oranlara ilişkin sınırların altında kalmak amacıyla, işlemlerin birkaç seferde yapılması veya muhasebe politikalarının değiştirilmesi gibi işlemlere izin verilmemiştir (Teb. m.13 f.2).

¹⁰ Bunlar, mal varlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devretmesi veya kiraya vermesi veya mal varlığının tümü veya önemli bir bölümü üzerinde aynı hak tesis etmesi ve ilişkili taraflarından önemli ölçüde mal varlığı edinmesi veya kiralaması işlemleridir.

Ayrıca, Tebliğ’de gösterilmemekle birlikte, SPK, bazı işlemleri önemli nitelikte işlem olarak değerlendirebilir. Bu tür işlemler, şirketlerin halka açılma öncesindeki vaat, taahhüt veya esaslı durumlarından *önemli oranda* farklılaşan veya somut bir konuda daha önceden bir vaat veya taahhütte bulunulmamış olsa dahi, bütüncül olarak ele alındığında şirketin faaliyetleri ve/veya ticari hayatında *önemli ölçüde* değişiklik meydana getirebilecek işlemlerdir (Teb. m.5 f.2).

B. ÖZEL DURUM AÇIKLAMASI

Önemli nitelikte işlem olarak değerlendirilebilecek işlemlerde, anılan kriterlerin sağlanıp sağlanmadığına ve önemli nitelikte işlem olarak değerlendirilip değerlendirilmediğine ilişkin bir yönetim kurulu kararı alınır ve bu karar Sermaye Piyasası Kurulu’nun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri uyarınca ilan edilir. Bu açıklamada ayrıca, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin oyu, oran hesaplamaları ve ayrılma hakkı kullanım fiyatı¹¹ hususunda bilgi verilir (Teb. m.5 f.2 ve m.6 f.5).

C. GENEL KURUL TARAFINDAN KARAR VERİLMESİ GEREĞİ VE İSTİSNA OLUŞTURAN İŞLEMLER

1. Kural

Önemli nitelikteki işlemlerin genel kurul tarafından onaylanması gerekmektedir.

2. İstisna oluşturan haller: Ayrılma hakkının doğmadığı haller

Önemli nitelikte işlemlere ilişkin Tebliğ’in 12. maddesinde, bu Tebliğ çerçevesinde ayrılma hakkının doğmadığı haller gösterilmiştir¹². Bu hallerde, ilgili önemli nitelikteki işlemin genel kurulda karara bağlanması gerekli değildir, bu konular hakkında sadece yönetim kurulunda da karar alınabilir. Ancak, ayrılma hakkı doğsun doğmasın, diğer ilgili bir düzenlemede, örneğin Türk Ticaret Kanunu’nda, Sermaye

¹¹ Payları borsada işlem görmeyen şirketler için, ayrılma hakkı kullanım fiyatının açıklanması bu aşamada gerekli değildir.

¹² Ayrılma hakkının doğmadığı hallere ilişkin olarak yukarıdaki dipnotlarına bakınız.

Piyasası Kanunu ve Tebliğ uyarınca önemli nitelikte işlem sayılan bir hususun genel kurulda karara bağlanması öngörülmüş olabilir¹³. O takdirde bu konu hakkında şirket genel kurulunun bir karar alması gerekmektedir. Bununla birlikte, toplantı gündemine ayrılma hakkı doğmadığına ilişkin bir yönetim kurulu kararı eklenmelidir.

İster genel kurulda isterse yönetim kurulunda karar alınsın, ayrılma hakkının doğmadığı bir önemli nitelikteki işlemde, bu konuya ilişkin gerekçeli bir yönetim kurulu kararının, SPK'nın özel durumlar ile ilgili düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanması da gerekmektedir.

3. Yetersayı

a. Genel kurul kararları açısından

SerPK m.29 f.6'da, bu fıkarda gösterilen konularda alınacak genel kurul kararları açısından, yine aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen yetersayılardan daha ağır yetersayıların uygulanacağı öngörülmüştür. Aynı düzenleme Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır.

Önemli nitelikte işlemlere ilişkin olarak alınacak genel kurul kararları için aranan yetersayılar şöyledir: Eğer, genel kurula katılan hissedarların ya da temsilcilerinin elinde bulunan oy hakkını haiz paylar şirket sermayesinin en az yarısını oluşturuyorsa, o takdirde anılan işlemlere ilişkin kararın alınabilmesi için, toplantıda bulunan payların olumlu oylarının çoğunluğu yeterlidir. Ancak, genel kurula katılan hissedarların ya da temsilcilerinin elinde bulunan oy hakkını haiz payların şirket sermayesinin yarısının altında kalması halinde, asgari bir toplantı yetersayısı aranmamakta, genel kurula katılan hissedarların ya da temsilcilerinin elinde bulunan oy hakkını haiz payların şirket sermayesine oranı ne olursa olsun, önemli nitelikteki bir işleme karar verilebilmesi

¹³ Örneğin, şirketlerin mevcut paylarına tanınmış imtiyazların tüm pay sahipleri için bedelsiz olarak tamamen kaldırılması veya konu ve kapsam bakımından daraltılması işlemlerinde, ayrılma hakkı doğmasa da (Teb. m.12 (c) bendi), TTK m.421 ve 478 uyarınca, böyle bir işleme genel kurul karar vermelidir. Zira, böyle bir işlem, esas sözleşme değişikliğini gerektiren bir işlemdir.

için, genel kurula katılan paylara ait oylarının en az üçte ikisinin olumlu yönde kullanılması gerekmektedir.

Bununla birlikte, şirketin esas sözleşmesinde daha ağır toplantı ve/veya karar yetersayıları öngörülmüş olabilir¹⁴. Bu durumda, esas sözleşmede belirtilen yetersayılar dikkate alınacaktır.

b. Yönetim kurulu kararları açısından

Şirket esas sözleşmesinde daha ağır bir yetersayı öngörülmediği takdirde, TTK m.390 f.1'deki yetersayılar göre karar alınmalıdır. Ancak, bazı önemli nitelikteki işlemlere ilişkin yönetim kurulu kararlarında, bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranmaktadır. Örneğin, Tebliğ m.12 (h) bendi uyarınca, halka açık şirketlerin kendi tüzel kişilikleri adına ve finansal tablolarında tam konsolidasyona dahil ettikleri şirketler lehine tüm veya önemli miktarda mal varlığı üzerinde aynı hak tesis etmesi işleminde ayrılma hakkı doğmaz. Bu nedenle, böyle bir kararın genel kurulda alınmasına gerek yoktur. Yönetim kurulu yeterlidir. Ancak, yönetim kurulunun kararında, bağımsız üyelerin çoğunluğunun oyları da bulunmalıdır, aksi takdirde GK kararı gerekir {Kurumsal Yönetim Tebliği, m. 9 f. 3 ve ilkeler 1.3.9. (b)}.

4. Oydan yoksunluk ve istisna oluşturan haller

SerPK m.29 f.6'da, önemli nitelikteki işlemlerin onaylandığı genel kurul kararlarında, bu işlemlere TTK m.436 f.1'e göre taraf olan hissedarların oy hakkını kullanamayacakları belirtilmiştir.

TTK m.436, anonim şirketlerin genel kurullarında hissedarların oydan yoksun oldukları halleri düzenleyen bir hükümdür. Bu hükmün 1. fıkrasına göre, pay sahibi, kendisi, eşi, alt ve üst soyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki *kişisel nitelikte* bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz.

¹⁴ SerPK m.29 f.6'da ve Teb. m.7'de belirtilen yetersayıları hafifleten esas sözleşme hükümleri geçersizdir.

Ancak, Tebliğ'in 7. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında SerPK m.29 f.6'dan biraz farklı bir düzenleme yapılmıştır. İkinci fıkrada, önemli nitelikte işlemlerin onaylanacağı genel kurul toplantılarında, bu işlemlere taraf olan her kişinin değil, sadece taraf olan nihai kontrol eden ortak statüsündeki gerçek kişiler veya bunların yönetim kontrolüne sahip oldukları şirketlerin, bu işlemlerin gerçek kişilerin kendileri için doğrudan kişisel nitelikte sonuç doğurması halinde oy kullanamayacakları belirtilmiş ve ayrıca üçüncü fıkrada da, kişisel nitelikte sonuç doğurmadığı kabul edilen işlemler gösterilmiştir.

Kişisel nitelikte sonuç doğurmadığı kabul edilen işlemler şunlardır: Birleşme, bölünme işlemlerine taraf olma, tür değiştirme, sona erme, faaliyet konusunu tümüyle veya önemli ölçüde değiştirme ve borsa kotundan çıkma kararlarının alınması.

Böylece Tebliğ'deki düzenlemeyle, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 29. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen bu oydan yoksunluk haline ilişkin olarak Tebliğ'in 7. maddesinin hem 2. fıkrasında, oy hakkını kullanamayacak olan kişiler sınırlandırılmış; hem de 3. fıkrasında önemli nitelikte işlemlerden bazılarının *kişisel nitelikte* sonuç doğurmadığının kabul edileceği vurgulanmıştır. Böylece, hem oy kullanılamayacak işlemlerin hem de oy kullanamayacak pay sahiplerinin çevresi daraltılmıştır¹⁵.

D. AYRILMA HAKKI

1. Ayrılma hakkının doğması

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararın alındığı genel kurul toplantılarına katılan ve olumsuz oy kullanarak, muhalefet şerhini tutanağa işleyen hissedarlar veya temsilcileri, paylarını şirkete satarak şirketten ayrılma hakkına sahiptir (SerPK m.24 f.1; Teb. m. 9)¹⁶.

¹⁵ Ayrılma hakkının doğduğu önemli işlemlere ilişkin genel kurul kararı alınmış olması halinde, bu işlemde vazgeçme konusundaki genel kurul kararında her hissedar oy kullanabilir. Oydan yoksunluğa ilişkin düzenleme bu halde uygulanmaz (Teb. m.9 f.5).

¹⁶ Pay sahibinin veya temsilcisinin önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantısına katılmasına haksız bir biçimde engel olunması, genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun bir biçimde ilan

2. Şirketin kendi paylarını satın almasına ilişkin düzenleme

Ayrılma hakkının kullanılması sonucunda şirket tarafından geri alınan paylar, şirketin kendi paylarını satın almasına ilişkin SPK düzenlemelerine tabidir. Ancak, ilgili düzenlemedeki geri alınacak payların oranına ilişkin sınır, ayrılma hakkının kullanılması halinde uygulanmaz.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından, halka açık şirketlerin kendi paylarını satın alması veya rehin olarak kabul etmesine, geri alınan payların elden çıkarılması veya itfasına, bu hususların kamuya açıklanmasına ve geri alınan payların bilgi suistimali veya piyasa dolandırıcılığı sayılmayacağı hallere ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla II-22.1 sayılı “Geri Alınan Paylar Tebliği” çıkarılmıştır¹⁷.

Geri Alınan Paylar Tebliği'nin 5. maddesine göre, bu Tebliğ hükümleri uyarınca şirketlerin paylarını geri alabilmesi için, *kural olarak* genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi gerekmektedir. Yönetim kuruluna bu yetki, onun tarafından hazırlanan geri alım programının genel kurul toplantısında onaylanması suretiyle verilir. Bu toplantılarda, şirketin esas sözleşmesinde daha ağır yetersayılar öngörülmediği takdirde, TTK m. 418'de düzenlenen yetersayılar uygulanır. Buna göre, birinci toplantı yetersayısı sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin mevcudiyetidir. Anılan yetersayının toplantı süresince korunması gerekmektedir. Birinci toplantıda bu yetersayıya ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantı yapılır. İkinci toplantı için özel bir yetersayı öngörülmemiştir. İkinci toplantıda kaç tane payın sahibi veya temsilcisi hazır bulunursa bulunsun, her halükarda genel kurul toplantısı yapılır. Gerek birinci gerekse ikinci toplantı açısından karar yetersayısı, toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğudur.

edilmemesi hallerinde, ayrılma hakkının kullanılmasında genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa işletme şartı aranmaz (SerPK m.24 f.2; Teb. m.9 f.2).

¹⁷ RG Tarih: 03.01.2014, Sayı: 28871

Geri Alınan Paylar Tebliği'nin 16. maddesinde, genel kurul tarafından yönetim kurulunun yetkilendirilmesine ilişkin esaslara uyulmasına gerek olmadan, şirket paylarının geri alınabileceği hallerde yer verilmiştir¹⁸. Bu hallerden bir tanesi de, SPK'nın ilgili düzenlemeleri uyarınca, ayrılma hakkının kullandırılmasıdır.

Aynı hükümdede, geri alınabilecek payların tutarına ilişkin olan ve Teb. m.9'da yer verilen sınırlamaların da uygulanmayacağı tekrar edilmiştir. Geri Alınan Paylar Tebliği'nin 9. maddesinde, çeşitli açılardan sınırlamalar öngörülmüştür: Bunlardan bir tanesi, geri alınan payların toplam nominal değerine ilişkindir. Buna göre, geri alınan payların nominal değeri, daha önceki alımlar da dahil, şirketin ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin %10'unu aşamaz. Geri alınan paylardan, program süresince elden çıkarılanlar bu oranın hesaplanmasında indirim kaleme olarak dikkate alınmaz. Diğer bir sınırlama, payları borsada işlem gören şirketler ile ilgilidir. Bu şirketlerin geri alınan payları borsada işlem gören nitelikte olmalı ve geri alım işlemleri sadece borsanın şirket paylarının işlem gördüğü pazarında gerçekleşmelidir. Bir başka sınırlama da, geri alınan paylara ödenecek bedelin sınırına ilişkindir. Buna göre, geri alınan payların toplam bedeli, SPK düzenlemeleri çerçevesinde kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynakların toplam tutarını aşamaz.

Ayrılma hakkının kullanılması dolayısıyla şirket tarafından satın alınan paylar, şirketin genel kurul toplantılarında yetersayının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Şirket, sahip olduğu kendi paylarından kaynaklanan bazı hakları kullanabilir. Bu haklar, bedelsiz pay alma,

¹⁸ Ayrıca, Tebliğ'de, genel kurulun yönetim kurulunu önceden yetkilendirmesine gerek olmadan, doğrudan yönetim kurulu kararıyla şirketin paylarını geri alabileceği bir hal düzenlenmiştir. Bu durum açısından, payları borsada işlem gören şirketler ve payları borsada işlem görmeyen şirketler arasında bir ayırımı gidilmiş ve sadece payları borsada işlem gören şirketlerde genel kurul kararı olmaksızın yönetim kurulunun kararıyla payların geri alınabilmesine imkan tanınmıştır. Buna göre, payları borsada işlem gören şirketlerde yönetim kurulu, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak amacıyla, genel kurulun kendisini yetkilendirmesini beklemeksizin, kamuyu aydınlatmaya ilişkin yükümlülükleri yerine getirmek şartıyla, ilgili şirketin paylarını geri alabilir. Ancak, yönetim kurulunun almış olduğu böyle bir karar, yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar geçerli olur (Teb. m.5 ve 6).

rüçhan ve kâr payı haklarıdır. Diğer pay sahipliği hakları ise, paylar şirketin elinde bulunduğu sürece donar. Bu payların devri ile birlikte, donan haklar kendiliğinden canlanır (Teb. m.18).

Ayrılma hakkının kullanılması dolayısıyla şirketin satın aldığı kendi paylarının, şirketin ödenmiş veya çıkarılmış sermayesinin % 10'nunu aşan kısmı, herhangi bir kayba sebebiyet vermeden devirleri mümkün olur olmaz ve her halükarda en geç üç yıl içinde elden çıkarılmalıdır. Bu süre içinde elden çıkarılamayan payların sermaye azatımı yoluyla derhal itfa edilmesi gerekmektedir(Teb. m.19 f.3).

Geri alınan payların bedeli kadar bir yedek akçe ayrılır ve şirketin öz kaynakları altında, kısıtlanmış yedek olarak sınıflandırılır. Geri alınan paylar şirket tarafından satıldıkları veya itfa edildikleri takdirde, anılan yedekler payların geri alım değerlerini karşılayan tutarda serbest bırakılır (Teb. m.20 f.2).

3. Ayrılma hakkının doğmadığı haller

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bazı önemli nitelikteki işlemlerde ayrılma hakkı doğmaz. Bu işlemler Tebliğ'in 12. maddesinde gösterilmiştir.

E. ZORUNLU PAY ALIM TEKLİFİ

Bazı önemli nitelikte işlemlerin mevcudiyeti halinde, bu işlemlerden yararlanacak olan gerçek veya tüzel kişiler için, şirketteki diğer pay sahiplerine onların paylarını satın almak üzere teklifte bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Pay alım teklifi yapılmasının zorunlu olduğu bu işlemlerde, mevcut pay sahipleri açısından ayrılma hakkı doğmaz (Teb. m.12 f.1 (d) bendi).

Pay alım teklifinde bulunulması zorunlu olan bu işlemler, (1) şirkette imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazların kapsam ya da konusunun değiştirilmesi, (2) borsa kotundan çıkma kararı alınması ve (3) devrolunan ve payları borsada işlem gören bir şirketin, payları borsada

işlem görmeyen ve birleşmeye esas olan finansal tabloları itibariyle aktif toplamı daha büyük olan bir şirket ile birleşmesidir¹⁹.

Bu düzenleme uyarınca yapılacak pay alım teklifi fiyatı, anılan Tebliğ'in ayrılma hakkının kullanım fiyatına ilişkin 10. maddesindeki esaslara göre belirlenir ve pay alım teklifi sürecine de, bu Tebliğ'de hüküm bulunmayan hallerde, SPK'nın pay alım teklifi ile ilgili düzenlemeleri uygulanır (Teb. m.11 f.8)²⁰.

Bu arada, zorunlu pay alım teklifi sonucu, hâkim duruma gelen pay sahibi için diğer hissedarları şirketten çıkarma hakkı doğabilir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 27. maddesinde, halka açık anonim şirketlerde hâkim pay sahibinin diğer pay sahiplerini şirketten çıkarma hakkı ve diğer pay sahiplerinin de paylarını hâkim pay sahibine satma hakkı düzenlenmiş ve bu konulara ilişkin usul ve esaslar bir Tebliğ ile düzenlenmiştir²¹. Bu düzenleme uyarınca hâkim pay sahibi/sahipleri, birlikte veya tek başına şirketin *oy haklarının* en az %98'ine sahip olan gerçek veya tüzel kişilerdir. Hâkim hissedarın, anılan paylara ne şekilde sahip olduğunun bir önemi yoktur. Söz konusu orana ulaşan oy haklarını sağlayan payların²², pay alım teklifi sonucu edinilmesi ile başka herhangi bir şekilde edinilmesi arasında bir fark gözetilmemiştir. Oy haklarının bu orana ulaşım ulaşmadığının tespitinde, tek başına veya birlikte hareket eden kişilerin²³,

¹⁹ Bu durumda, devralan şirkette birleşme işlemi öncesi hâkim ortak konumunda olanlar ile bunlarla birlikte hareket edenler tarafından pay alım teklifinde bulunulması zorunludur.

²⁰ SPK'nın bu konudaki düzenlemesi, II-26.1 sayılı "Pay Alım Teklifi" Tebliği ile yapılmıştır. Bu Tebliğ 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Aslında bu Tebliğ'in 2. maddesinde, bu Tebliğ'in, aksi ilgili düzenlemede belirtilmedikçe, yönetim kontrolü değişiminden bağımsız olarak, önemli nitelikteki işlemler nedeniyle zorunlu pay alım teklifi yapılmasına uygulanmayacağı ifade edilmekle beraber, önemli nitelikteki işlemler sonucunda gerçekleşecek pay alım sürecinde, Pay Alım Teklifi Tebliği'nin hükümlerine uyulacağı öngörülmüştür.

²¹ II-27.2 sayılı "Ortaklıktan Çıkarma ve Satma Hakları Tebliği", RG Tarih: 12.11.2014 Sayı: 29173.

²² Oy haklarının %98'ine sahipken ek pay edinimi halinde de, diğer hissedarları şirketten çıkarma hakkı doğar.

²³ Tebliğ anlamında, "birlikte hareket eden kişiler", şirketin yönetim kontrolüne sahip olmak amacıyla açık ya da zımni, sözlü ya da yazılı bir anlaşmaya dayanarak işbirliği yapan gerçek ya da tüzel kişilerdir (Teb. m.3 (a) bendi).

doğrudan payları yanında dolaylı payları da dikkate alınır. Bu şekilde belirlenen oy haklarının anılan orana ulaşması durumunda, hâkim hissedar açısından, diğer hissedarların tümünü şirketten çıkarma hakkı doğar. Şirketten çıkarılacak diğer hissedarların sahip oldukları payların imtiyazlı olup olmadıklarının bir önemi bulunmamaktadır. Şirketten çıkarma hakkının doğduğu tarihten itibaren üç aylık süre içerisinde, hâkim pay sahibi dışındaki diğer hissedarların ise, sahip oldukları payları hâkim hissedar (ve birlikte hareket eden kişilere) satma hakkı doğar (SerPK m.27 f.2 ve Teb. m.5).

F. ÖNEMLİ NİTELİKTEKİ İŞLEMDEN VAZGEÇİLMESİ

Önemli nitelikteki işlem den vazgeçilmesi mümkündür. Bunun da kamuya duyurulması gerekmektedir (Teb. m.10 f.5).

Yönetim kurulu, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, genel kurul kararı alınmış olmasına rağmen önemli nitelikte işlemin gerçekleşmeyeceğini kararlaştırabilir. Bu konudaki nihai kararı genel kurul verir. Bunun için, önemli nitelikte işlemin karara bağlanacağı genel kurul gündeminde, yine gündemde açıklanmış olan şartların gerçekleşmesi halinde, bir önceki gündem maddesi olarak görüşülmüş ve karara bağlanmış işlem den vazgeçilebileceği belirtilmelidir. Diğer bir ifadeyle, yönetim kurulu, önemli nitelikte işlemin görüşüleceği genel kurul toplantısına ilişkin gündemin ilanından önce, aşağıdaki hallerden birinin mevcudiyetinde, önemli nitelikte işlemin karara bağlandığı aynı genel kurulda, yine bir genel kurul kararı ile bu işlem den vazgeçilebileceğine ilişkin bir maddeyi genel kurul gündemine alabilir²⁴. Önemli nitelikteki işlem den vazgeçilebilecek hallerden bir tanesi; ayrılma haklarının kullanılması sonucu, şirketin katlanmak zorunda kalabileceği toplam maliyetin belirli bir tutarı aşmasıdır. Diğer bir hal ise; belirlenen

²⁴ Bir önceki gündem maddesine göre genel kurul tarafından karara bağlanan önemli nitelikteki işlem den vazgeçilmesine ilişkin olarak yapılan oylamada, oydan yoksunluk hali söz konusu olmaksızın, toplantıya katılan tüm pay sahipleri veya temsilcileri oy kullanılabilir.

orandan fazla paya sahip veya belirlenen nitelikteki hissedarın olumsuz oy kullanmasıdır.

G. AYKIRILIK HALİNDE SONUÇLAR

Sermaye Piyasası Kurulu, yukarıda belirtilen düzenlemelerle getirilen zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin kaldırılmasına yönelik bir karar alır. Eğer bu kararın ilgili şirkete tebliğinden itibaren 30 gün içinde işlem öncesi durum aynen sağlanmaz ise, o takdirde aşağıdaki sonuçlar gündeme gelebilir (SerPK m.23 f.2).

1. İdari para cezası verilmesi

SerPK m.103 uyarınca, Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve SPK tarafından alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket eden kişilere, Kurulca idari para cezası verilebilir. Hükümde, anılan aykırılık dolayısıyla menfaat temin edilmiş olması hâlinde verilecek idari para cezasının miktarının bu menfaatin iki katından az olamayacağı ifade edilmiştir.

Önemli nitelikteki bir işlem ile ilgili olarak, anılan düzenlemelere aykırılık halinde, bizzat halka açık şirket için idari para cezası verilebileceği gibi, onun adına hareket eden organ olarak, işlemi genel kurul onayına sunmayan ya da sadece yönetim kurulu kararının yeterli olduğu hallerde, usulüne uygun bir şekilde karar alınmasını sağlamayan yönetim kurulu üyeleri hakkında da verilebilir (SerPK m.103 f.2). Ancak, hükümde, söz konusu aykırılığın halka açık şirketin zararına bir sonuç doğurması durumunda, şirkete bir cezanın uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

2. İptal davası açılması

Sermaye Piyasası Kurulu, Türk Ticaret Kanunu'nun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin 445 vd. maddeleri uyarınca, ilgili düzenlemelere aykırı olarak yapılan işlemlerin iptali için dava açabilir. Eğer, somut olayda, düzenlemelerdeki zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen önemli nitelikteki işlem, aynı zamanda halka açık şirketin sermayesinin ya da malvarlığının bir kayba uğramasına yol açmışsa, o takdirde SerPK m.92'nin de uygulanması söz konusu olabilir.