

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ  
DERGİSİ**



**Cilt: 14**

**Sayı: 2**

**Yıl : 2006**



# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN: 1306-8075

## **Sahibi**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına  
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Dekan)

## **Editör (Editor)**

Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM: ryildirim@selcuk.edu.tr  
Arş. Gör. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
Arş. Gör. Mustafa ARIKAN  
Arş. Gör. Ali Tarık GÜMÜŞ

## **Yayın Kurulu (Editorial Board)**

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAN	Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

## **Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)**

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

## **Haberleşme Adresi (Communication Address)**

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA  
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05  
<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır. Dergimiz yılda iki sayı halinde yayımlanmaktadır. Dergimizde yayınlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları dergimizin son sayfasında yer almaktadır.

## SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ AKADEMİK HAKEM HEYETİ LİSTESİ\*

### ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

#### Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Prof. Dr. Şahin Akıncı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gökhan Antalya	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fahrettin Aral	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ayan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fikret Eren	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kudret Güven	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çiğdem Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilge Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ünal	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Doğan	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kürşat Turanboy	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Süleyman Yalman	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

#### Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Sabih Arkan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy	(Osmangazi Üniv. İİBF, Eskişehir)
Prof. Dr. Rıza Ayhan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yedigâr İzmirli	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sami Karahan	(İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İsmail Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fırat Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Asuman Turanboy	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

#### Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Vahit Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cemal Şanlı	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turgut Turhan	(Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

#### Roma Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Özcan Çelebican	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Arzu Oğuz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nadi Günal	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

\* Hakemler, soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

### **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı**

Prof. Dr. Ramazan Arslan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Atalay	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süha Tanrıver	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal Tercan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ulukapı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ejder Yılmaz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

### **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı**

Prof. Dr. Kadir Arıcı	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adnan Tuğ	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Fatih Uşan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## **KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ**

### **Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı**

Prof. Dr. Enver Bozkurt	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi))
Doç. Dr. Akif Kütükçü	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

### **Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı**

Doç. Dr. İlyas Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Yıldız	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

### **Anayasa Hukuku Anabilim Dalı**

Prof. Dr. Yavuz Atar	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan	(Hacettepe Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Hayati Hazır	(Gazi Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Erdal Onar	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Atilla Özer	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan Tunç	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

### **İdare Hukuku Anabilim Dalı**

Prof. Dr. Tayfun Akgüner	(İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Atay	(Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla	(İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turan Yıldırım	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aydın Gülan	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Halil Kalabalık	(Sakarya Üniversitesi İİBF.)
Doç. Dr. Cemil Kaya	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ramazan Yıldırım	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

### **Türk Hukuk Tarihi**

Prof. Dr. S. Gül Akyılmaz	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
---------------------------	-------------------------------------

Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Halil Cin (Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Ahmet Mumcu (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Mustafa Avcı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı**

Prof. Dr. Kayıhan İçel (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Bahri Öztürk (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Durmuş Tezcan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Hakan Hakeri (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı**

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Niyazi Öktem (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ali Şafak Balı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Vergi Hukuku Anabilim Dalı**

Doç. Dr. Mustafa Akkaya (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**EKONOMİ – MALİYE BÖLÜMÜ**

Prof. Dr. Serdar Altınok (Selçuk Üniversitesi İİBF.)  
Prof. Dr. F. Rifat Ortaç (Gazi Üniversitesi İİBF)  
Prof. Dr. Selahattin Sarı (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Hilmi Zengin (Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF.)



## İÇİNDEKİLER

### MAKALELER

#### ÖZEL HUKUK

POZİTİF (OLUMLU) AYRIMCILIK YÖNÜ İLE, AVRUPA BİRLİĞİ'NDE VE TÜRKİYE'DE KADININ HUKUKİ KONUMUNA İLİŞKİN SON GELİŞMELER ..... 11

Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR

ROMA HUKUKUNDA HAYVANLARIN YOLAÇTIKLARI ZARARLARDAN DOĞAN SORUMLULUK ..... 69

Yrd. Doç. Dr. Gökçe TÜRKÖĞLU-ÖZDEMİR

ANONİM ORTAKLIĞIN SAHİP OLDUĞU MALVARLIĞININ YÖNETİM KURULU TARAFINDAN TOPLUCA DEVREDİLMESİ. 99

Dr. Mehmet ÖZDAMAR

TİCARET UNVANININ KORUNMASI..... 119

Dr. Hayrettin ÇAĞLAR / Dr. Mehmet ÖZDAMAR

#### KAMU HUKUKU

İHALE HUKUKUNDA ÇALIŞMA HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI: İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLANMA..... 153

Doç. Dr. Cemil KAYA

AB BÜTÜNLEŞMESİNİN BİÇİMİ ÜZERİNE FARKLI  
YAKLAŞIMLAR: FEDERAL YAKLAŞIM (I) ..... 185

Yrd. Doç. Dr. Reyhan SUNAY

AB BÜTÜNLEŞMESİNİN BİÇİMİ ÜZERİNE FARKLI  
YAKLAŞIMLAR: KONFEDERAL YAKLAŞIM VE BUGÜNKÜ  
YAPILANMA (II)..... 223

Yrd. Doç. Dr. Reyhan SUNAY

YENİ CEZA KANUNU'NDA İRTİKAP SUÇU (M. 250)..... 273

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YARGILAMA  
YETKİSİ ve "ERMENİ SOYKIRIMINI" İNKARI SUÇ SAYAN  
DÜZENLEME ..... 299

Yrd. Doç. Faruk BİLİR

## **EKONOMİ - MALİYE**

SİYASİ YOZLAŞMA KAVRAMI VE KAMU EKONOMİSİ ..... 347

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Okan TAŞAR

## **ÇEVİRİLER**

FAKS YOLUYLA YAPILAN İSTİNAF BAŞVURUSUNUN NE  
ZAMAN YAPILDIĞI KONUSU İLE İLGİLİ BİR ALMAN  
FEDERAL MAHKEME KARARININ TERCÜMESİ..... 373

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN

İNTERNETTE HAKARET SUÇU ..... 379

Arş. Gör. Mustafa ÖZEN



**Makaleler**

---

---

**Özel Hukuk**



## POZİTİF (OLUMLU) AYRIMCILIK YÖNÜ İLE, AVRUPA BİRLİĞİ'NDE VE TÜRKİYE'DE KADININ HUKUKİ KONUMUNA İLİŞKİN SON GELİŞMELER

Doç. Dr. Demet ÖZDAMAR\*

### ÖZET

Avrupa Birliği'ne giriş sürecinin yanı sıra; dünyadaki çeşitli alanlardaki gelişmeler ve toplumsal ihtiyaçların karşılanması amacıyla, Türkiye'de çok hızlı bir değişim yaşanmaktadır. Bütün bunların sonucunda; Türk Hukuku'nda, birçok alanda (Türk Ceza Kanunu, Türk Medenî Kanunu, İş Kanunu, Dernekler Kanunu gibi) köklü yenilikler yapılmıştır ve halen de hukuk alanındaki bu değişiklik ve yenileştirme çalışmaları (Ticaret Kanunu Tasarısı, Vakıflar Kanunu Tasarısı gibi konularda) devam etmektedir.

Özellikle; Türkiye'nin "aday ülke" statüsünün tanınması ile başlayan Avrupa Birliği'ne adaylık süreci; karar alma mekanizmalarında, kadınlar lehine çeşitli hukukî düzenlemelerin yapılmasında etkili olmuştur. Bu bağlamda; sadece Türk Hukuku'nda değil, Avrupa Birliği mevzuatında da karşımıza çıkan, "pozitif (olumlu) ayrımcılık" kavramı; *kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla*, kadınlar lehine toplumda bazı ayrıcalıklar (kota, öncelik, avantaj vs.) tanınmasını ifade etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Pozitif (Olumlu) Ayrımcılık, Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de Kadın Hukuku.

### ZUSAMMENFASSUNG

Entwicklungen in den verschiedenen Ebenen der Welt, Bedürfnisse der Gesellschaft und der Eintrittsprozess der Türkei in die EU haben zusammen eine grosse Veraenderung veranlasst. In diesem Zusammenhang wurden viele Gesetze wie Strafgesetz, Zivilgesetz, Arbeitsgesetz und Vereinsgesetz schon reformiert. Der Reformierungsprozess in den verschiedenen Rechtsgebieten wie Handelsrecht und Stiftungsrecht dauert noch an.

Die Anerkennung der Türkei als Kandidat zur EU hat es dazu veranlasst, dass verschiedene Rechtsvorschriften in den Beschlussorganen zugunsten der Frauen geregelt werden. Sowohl im türkischen Recht, als auch im EU-Recht bedeutet "positive Diskriminierung", dass verschiedene Vorteile, wie Quotenregelung und Privilege, zugunsten der Frauen geschafft werden, um Gleichberechtigung zwischen Maenner und Frauen zu verwirklichen.

---

\* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail: demet.ozdamar@deu.edu.tr

**Schlüsselwörter:** positive Diskriminierung, Frauenrecht in EU und in der Türkei.

## GİRİŞ

Avrupa Birliği'nin 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde yapılan Helsinki Zirvesi'nde, Türkiye'nin aday ülke statüsünün tescil edilmesi ile "*Avrupa Birliği'ne uyum süreci*" dediğimiz süreç başlamıştır. Bu süreç çerçevesinde<sup>1</sup>; 2001 ve 2003 yıllarında<sup>2</sup>, "*Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programları*" kabul edilmiştir.

2001'de kabul edilen "*Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı*"nda; Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde, kısa ve orta vadede<sup>3</sup> yerine getirmesi gereken çalışmalar gösterilmiştir. Ayrıca; 24 Temmuz 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan "*Ulusal Program*"da ise, "*Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesi*" de, belli sürelerle bağlı olarak öngörülmektedir. *2003 tarihli Ulusal Program çerçevesinde, Türkiye'nin taahhüt ettiği yükümlülükler* arasında, "*kadın-erkek eşitliğinin sağlanması*" da

---

<sup>1</sup> 2001 tarihli Ulusal Program: Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar (06.04.2001 gün ve 24365 sayılı Resmî Gazete'de düzeltilmesi vardır) (Bakanlar Kurulu Karar No: 2001/2129, RG.24.03.2001, S.24352, Mükerrer).

<sup>2</sup> 2003 tarihli Ulusal Program: Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Programın Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar (Bakanlar Kurulu Karar No: 2003/5930, RG.24.07.2003, S.25178, Mükerrer); ayrıca, "Ulusal Programlar" ile ilgili olarak bkz.: [www.abgs.gov.tr/indextr.html](http://www.abgs.gov.tr/indextr.html) (erişim t. 25.8.2006).

<sup>3</sup> 2000/22 sayılı Başbakanlık Genelgesiyle belirlenen takvime göre kısa vade 31 Aralık 2001 tarihine, orta vade ise 31 Aralık 2003 tarihine kadar olan zaman dilimini içermektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: MOROĞLU, Nazan: "Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde 'Kadın Erkek Eşitliği'", (*Kadın Erkek Eşitliği*) [www.euturkey.org.tr](http://www.euturkey.org.tr) (erişim t. 3.3.2005); MOROĞLU, Nazan: "T.C. Anayasası'nda Kadın Erkek Eşitliği", [www.istanbulbarosu.org.tr](http://www.istanbulbarosu.org.tr) (erişim t.19.12.2004); (aynı yazı: [www.turkhukuksitesi.com/archive/index.php/f-19.html](http://www.turkhukuksitesi.com/archive/index.php/f-19.html) (e.t.25.8.2006); aynı yazı: "Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde T.C. Anayasası ve Kadın Erkek Eşitliği" adlı Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü-KSSGM yayınında yer almaktadır); MOROĞLU, Nazan: "Anayasa Değişikliğinde Göstermelik Eşitlik", [www.turkhukuksitesi.com](http://www.turkhukuksitesi.com) (e.t.22.7.2003); aynı yazı: 20 Ekim 2001 tarihli Dünya Gazetesi'nde ve 22.10.2001 tarihli Bizim Gazete'de yayınlanmıştır.

bulunmaktadır<sup>4</sup>. Bunun sonucu olarak; başta Anayasa olmak üzere, Türk Medeni Kanunu, Türk Ceza Kanunu, İş Kanunu, gibi bazı hukuk dallarında, kadın politikalarına yönelik önemli reformlar yapılmış; *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) Ek İhtiyari Protokol*'ü de onaylanmıştır<sup>5</sup>.

Çalışmamızda; öncelikle, genel olarak kadının *Türkiye'deki* ailevi ve toplumsal konumu, özellikle Yeni Türk Medenî Kanunu'ndaki değişiklikler karşısında, teorik ve uygulama açısından ele alınacak; daha sonra da, *Avrupa Birliği'nde* kadının hukukî durumuna değinilecektir. Konunun, "*pozitif (olumlu) ayrımcılık*" ve taraf olduğumuz "*uluslararası sözleşmeler*" boyutu açısından incelenmesi de bu çalışmanın kapsamında yer alacaktır.

<sup>4</sup> 2003 tarihli "Ulusal Program"ın, İkinci Bölümü'nde, "*Siyasi Kriterler*" kısmında; "*Düşünce ve İfade Özgürlüğü*", "*Dernek Kurma Özgürlüğü, Barışçı Toplantı Hakkı ve Sivil Toplum*" gibi konular yanında, (7) no'lu başlık altında; "*Tüm Bireylerin, Ayırım Yapılmaksızın Tüm Temel Hak ve Özgürlüklerden Tam Olarak Yararlandırılması*" konusu da düzenlenmiştir. "*Tüm Bireylerin, Ayırım Yapılmaksızın Tüm Temel Hak ve Özgürlüklerden Tam Olarak Yararlandırılması*" konusu bağlamında; tüm bireylerin herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm insan hakları, temel özgürlükler ve kültürel haklardan tam ve eşit olarak yararlanmalarını güvence altına almanın hükümetin temel görevi olduğu bu çerçevede, Türkiye'nin taraf olduğu tüm uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyi sürdüreceği; *kadın-erkek eşitliğinin özellikle uygulamada sağlanmasını bir öncelik alanı olacağı* belirtilmiştir. Ayrıca, 13. Bölümde de (Sosyal Politika ve İstihdam Kısmında da) kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak Türkiye'nin taahhütleri bulunmaktadır (www.kssgm.gov.tr – e.t. 25.08.2006).

<sup>5</sup> Ayrıca; Topluluk Programları Çerçeve Anlaşması da, Türkiye tarafından onaylanmıştır: "Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Topluluğu Arasında" Türkiye Cumhuriyeti'nin Topluluk Programlarına Katılmasının Genel İlkeleri Hakkında Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 4763 Sayılı Kanun, 28 Haziran 2002 tarihli ve 24799 sayılı Resmi Gazetede yayımlandı. Türkiye'nin diğer aday ülkeler için de uygulandığı şekilde, "Katılım Öncesi Stratejisi"nden yararlanarak, (eğitim ve gençlik, enerji, çevre, bilim ve teknoloji, adalet ve içişleri, nükleer enerji, ayrımcılığın önlenmesi, *kadın-erkek eşitliği* gibi) çeşitli alanlardaki, Topluluk programlarına katılım imkanı bulunmaktadır: Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: MOROĞLU, (Kadın Erkek Eşitliği), www.euturkey.org.tr (erişim t. 3.3.2005).

## I – GENEL OLARAK TÜRKİYE'DE KADININ HUKUKİ KONUMU VE “POZİTİF (OLUMLU) AYRIMCILIK”

Avrupa Birliği sürecinde, Türk Medeni Kanunu'nda, kadının hukukî durumuna ilişkin yapılan değişiklikleri aşağıda ayrı bir bölümde ayrıntılı olarak ele alacağımız için; öncelikle, Türk Medeni Kanunu dışındaki, (Anayasa, Yeni Ceza Kanunu, Yeni İş Kanunu gibi) diğer alanlarda, kadının durumuna ilişkin son değişiklikleri ve yenilikleri, “pozitif (olumlu) ayrımcılık”<sup>6</sup> konusunu da gözönünde tutularak, ana hatlarıyla ele alıp inceleyeceğiz. Konumuz bağlamında “pozitif (olumlu) ayrımcılık”; *kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla*, kadınlar lehine toplumda bazı ayrıcalıklar (kota, öncelik, avantaj vs.) tanımak anlamını taşımaktadır. Yoksa; kadınları, diğer grup ve cinsler karşısında üstün duruma getirme kastedilmemektedir.

### A) ANAYASA AÇISINDAN KADININ HUKUKİ KONUMU

Anayasamızın çeşitli maddelerinde (m.10, 12, 17, 41, 42, 49,50, 55, 60, 70 gibi) kadın-erkek eşitliğini sağlama amacına yönelik hükümler

<sup>6</sup> “Pozitif (olumlu) ayrımcılık” ile; kadınların gerçekten, hak ve fırsat eşitliğine sahip olabilmesi için, toplumda bugüne değin yapılmış olan haksızlıkların telafisi amacıyla; belirli makam ve iş yerlerinde kadınlar lehine, “kota veya öncelik” tanınacaktır. Ancak, Anayasa'nın (2004 tarihli değişik) 10.maddesi hükmü ile de, kadınlar lehine, gerçek anlamda “olumlu (pozitif) ayrımcılığın” sağlanmadığı eleştirileri, sivil toplum örgütleri ve kadın kuruluşları tarafından sık sık gündeme getirilmektedir: Radikal Gazetesi, 4 Mayıs 2004, s.4-6, aynı Gazete 6 Mayıs 2004, s.6; www.hurriyetim.com.tr.; Ayrıca; Avrupa Sosyal Şartı'nın 6.maddesinde de belirtildiği üzere; olumlu –pozitif- ayrımcılık; kadınlar lehine alınacak önlemleri ifade eder ve bu önlemler, imtiyaz ya da ayrımcılık olarak nitelendirilemez: (MOROĞLU, s.1); Kadınların, karar alma mekanizmalarında eşit oranda temsil edilebilmelerini sağlamak için, birtakım özel tedbirlerin ve “pozitif (olumlu) ayrımların uygulanması zorunludur. Bunun için de, kadınlara bazı “kotalar ve avantajlar” sağlanmalıdır: (DURSUN, Davut: Yeni Şafak, 09.03.2006 (www.turkhukuksitesi.com/archive/index.php/f-19.html - e.t. 25.8.2006)); aynı şekilde; *Avrupa Temel Haklar Şartı'nın* (kadın-erkek eşitliği ile ilgili) 23. maddesinde temsil edilen cinse yönelik, “özellikle yarar önlemlerinin” alınması ve bu önlemlerin sürdürülmesi, kadın-erkek eşitliğine aykırı sayılmamaktadır: (ODER, B. Emrah: “Avrupa Birliğinde Kadın Erkek Eşitliğinin Hukuksal Temelleri”, **Güncel Hukuk Dergisi**, S.1, Ocak 2004, s.34); pozitif ayrımcılık ile ilgili olarak bkz: www.bianet.org/2006/03/09/dosya\_pozitif.htm; www.turkhukuksitesi.com/archive/ (e.t.25.8.2006).

bulunmaktadır. Bu hükümlerden özellikle, **Anayasa'nın 41.maddesi**; aileyi ve eşler arasındaki eşitliği korumaya yöneliktir<sup>7</sup>.

Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde, kadın-erkek eşitliğine yönelik olarak, Anayasa'da, başlıca şu değişiklikler yapılmıştır:

Daha önce de, Anayasa'da eşitlik ilkesi (10.maddede) yer almakla birlikte, 17.5.2004 tarihinde **Anayasanın 10. maddesine** yapılan bir ekle; **"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür"** cümlesi eklenerek, bu eşitlik daha açık bir şekilde vurgulanmış ve devlete bu konuda gerekli tedbirleri alma görevi verilmiştir. Ancak, Anayasa'daki bu değişikliğe karşın, sivil toplum kadın kuruluşlarınca sık sık dile getirilen, "pozitif (olumlu) ayrımcılık" konusu Anayasamızda açıkça belirtilmemiştir<sup>8</sup>.

17.5.2004 tarihinde, **Anayasa'nın 90.maddesine** eklenen; **"Usulüne göre, yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır"** hükmü ile, başta kadını ilgilendiren CEDAW Sözleşmesi de dahil olmak üzere,

<sup>7</sup> Anayasa'nın 41.maddesine göre; (Ek : 03.10.2001 4709/17 md.) **"Ailenin Korunması: Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."**; Anayasamızın 61.maddesinde ise, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için devletin her türlü tedbiri alacağı düzenlenmiştir. Anayasadaki bu hükümler yanında; gerek diğer ulusal mevzuatımızda (Türk Medenî Kanunu, Ailenin Korunmasına Dair Kanun; Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, Ceza Kanunu, Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun gibi), gerekse uluslar arası belgelerde (İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi) birçok yasal düzenleme ile kadın ve aile korunmuştur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: BALO, Yusuf SOLMAZ: **Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması**, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2005, s.47-53.

<sup>8</sup> Buna karşın, 5251 Sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile devlete, pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir (m.3 vd) (Kabul t. 27.10.2004, R.G. 6.11.2004, S.25635); ayrıca bkz. 5256 Sayılı Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (Kabul t.10.11.2004, R.G. 13.11.2004, S.25642).

temel hak ve özgürlükleri hedef alan uluslararası belgeler, normlar hiyerarşisinde, ayrıcalıklı bir konuma getirilmiştir<sup>9</sup>.

Burada belirtilmesi gereken bir husus da; CEDAW'ın doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler içermediğidir. Ancak; yasaların CEDAW ışığında yorumlanması, Anayasanın bir gereğidir. CEDAW'ın uygulanmaması ve ihlal edilmesi durumunda ise; *Ek Protokole* dayanarak; "*Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi*"ne başvuruda bulunulabilir. Ancak, Ek Protokolün hukuki yaptırımı ve bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte; Birleşmiş Milletler'in "*kadının insan hakları*" kavramından yola çıkarak, CEDAW'ın (yani kadının insan haklarının) ihlali halinde, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*'ne başvurulabileceğini söyleyebiliriz. Çünkü, gerek Viyana Deklarasyonu, gerekse diğer uluslararası belgelerde de belirtildiği üzere, insan hakları kavramı bir bütündür; "kadının insan hakları" da, "insan hakları" kavramı içinde yer alır<sup>10</sup>.

#### B) YENİ TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN KADININ HUKUKİ KONUMU

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda<sup>11</sup> da yine, kadınlar lehine önemli değişiklikler getirilmiştir. Avrupa Birliği'ne uyum yasaları çerçevesinde yapılan bu değişikliklerin<sup>12</sup> en önemlilerini şu şekilde sıralayabiliriz<sup>13</sup>:

<sup>9</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: EREN, Abdurrahman: "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S.3-4, Y.2004, Aralık 2004 – Erzincan, s.47-77.

<sup>10</sup> "*Kadının insan hakları*" konusunda bkz.: BM Dördüncü Kadın Konferansı: "Pekin Deklarasyonu" ve "Eylem Planı" bölümüne; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZDAMAR, Demet: *Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu*, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2002, s.132 vd; s.204 vd.

<sup>11</sup> Kabul t. 26.9.2004, 1.6.2005 yürürlük t.li 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (RG.12.10.2004, S.25611).

<sup>12</sup> Kadın örgütleri; Türk Ceza Kanunu'nun henüz yasalaşmadığı, Tasarı döneminde kadın hakları ile ilgili olarak; bekaret kontrollerinin tamamen yasaklanmasını, (YTCK.m.287); 15-18 yaş arası gençlerin rızaya dayalı cinsel ilişkilerine getirilen yaptırımların kaldırılmasını; "müstehcenlik" maddesindeki ifade hürriyetini kısıtlayıcı ifadelerin çıkartılmasını; "ayrımcılık" maddesine, "cinsel yönelim" ifadesinin tekrar eklenmesini ve "nitelikli insan öldürme" maddesine alınan "töre saiki" ifadesinin, töre cinayetleri, ülkemizde işlenen bütün namus cinayetlerini kapsamadığı için, "namus saiki" olarak değiştirilmesini talep etmişlerdir.



Öncelikle; Yeni Türk Ceza Kanunu ile, “ölüm cezası” kaldırılmıştır. Ayrıca, kadınları çok ilgilendiren “*namus cinayetleri*” ile ilgili olarak ceza indirimi getiren 462.madde uluslararası sözleşmeler de dikkate alınarak kaldırılmış ve yasada (evlilik içi tecavüz, işyerinde cinsel taciz gibi), bir çok yeni konu ve kavrama yer verilmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nda, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*’nde olduğu gibi “*birey*” ön plana alınarak kadın-kız-erkek ayrımı ortadan kaldırılmıştır. Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 3.maddesinde; “*eşitlik ilkesi*” vurgulanarak cinsiyet ayrımı yapılamayacağını açıkça belirtilmiştir<sup>14</sup>. Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 77.maddesi, “*insanlığa karşı suçlar*”<sup>15</sup> başlığı altında, “ayırımcılıkla toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda suç işlenmesi insanlığı karşı suçtur”, “cinsel saldırıda bulunma, zorla hamile bırakma ve zorla fuhuşa sevk etme insanlığa karşı suçtur” şeklinde düzenlenmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun, 80.maddesinde; “*kadın, çocuk ve insan ticareti*” ile ilgili suçlara yer verilmiştir.Yeni Türk Ceza Kanunu’nun, 82.maddesinde ‘*kan gütme*’ ve ‘*töre saikiyle*’<sup>16</sup> cinayet işlenmesine

www.turkhukuk sitesi.com.showthread.php?t=2740 (26.08.2004 t.li “Kadın Örgütlerinden Başbakana Açık Mektup: AB Üyeliği ve Kadınlar” başlıklı haberdan) (e.t.25.08.2006).

<sup>13</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: TUSKAN, Aydeniz Alisbah: “Kadın Bakış Açısı İle Yeni Türk Ceza Kanunu” www.istanbulbarosu.org.tr. (e.t.3.3.2005); ayrıca bkz.: www.kazete.com.tr/httpdocs/arsiv/2004/; www.turkhukuk sitesi.com.showthread.php?t=2740(e.t.25.08.2006); www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/ (e.t.25.8.2006); 765 sayılı TCK’da bulunmamakla beraber, Yeni TCK’da suç haline getirilen fiiller için bkz: ÖZBEK, V.Özer: **Yeni Ceza Kanunu’nun Anlamı**, C.I, Ankara 2006, s.36 vd.

<sup>14</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: YURTCAN, Erdener: **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, (Kazancı), İstanbul 2004, s.34 vd.

<sup>15</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M.Ruhan/ÖNOK, Murat: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, (Seçkin), Ankara 2006, s.56 vd.

<sup>16</sup> Özellikle; kadınların, erkek akrabaları (koca, babaları, erkek kardeşleri vs.) tarafından, namus sebebiyle öldürülmeleri, “töre cinayeti” olarak adlandırılmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz.: “Töre ve Namus Cinayetleri İle Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Bir Meclis Araştırması Komisyonu Kurulmasına İlişkin Karar” (RG.26 Mayıs 2005, S.25826) yayınlanmış ve 18 Ekim 2005’de bu Komisyon çalışmalarına başlamıştır; http://www.kssgm.gov.tr (e.t.25.08.2006). Ayrıca; “Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle

ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası getirmiştir. Ayrıca; 87.maddede, *gebe kadına* karşı işlenmişse, çocuk erken doğmuşsa veya çocuk düşmüşse kasten yaralamanın ağırlaştırıcı sebeplerinin olduğu düzenlenmiştir. 89.madde ise, taksirle yaralama gebe kadına karşı işlenmişse cezanın bir kat arttırılacağı belirtilmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun, 94.maddesinde; işkence fiili *cinsel taciz* şeklinde gerçekleştirilirse, hapis cezası daha ağırlaştırılacağı; 95. maddede ise, gebe bir kadına işlenmesi halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence sayılacağı hususu düzenlenmiştir. Eziyetle ilgili 96.maddenin 2.fikrasının b bendine göre; bu fiil, *eşe karşı* işlenmesi halinde hapis cezası ağırlaştırılmıştır. *Çocuk düşürme ve kısırlaştırma*<sup>17</sup> ise; 99,100 ve 101.maddede düzenlenmiştir. Buradaki *kürtaj sınırlaması 10 hafta* olarak belirtilmiştir.10 haftadan fazla hamile bir kadının çocuğunu düşürten kişi ve düşüren kadına karşı hapis cezası bulunmaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun, 102.maddesinde; "*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*" düzenlenmiştir. 102.maddeye göre; 'cinsel saldırıyı kamu görevlileri ve nüfusun kötüye kullanılarak' işlenmesi halinde verilen cezalar yarı oranında arttırılır.103.madde *çocukların cinsel istismarını*, 104.madde reşit olmayan çocukla cinsel ilişkiyi, 105.madde ise *cinsel tacizi* düzenlemiştir. Hizmet ve hiyerarşi ilişkisinde bu suç işlenmişse, ceza yarı oranında arttırılır. Bu konuyla ilgili ayrıca İş Kanununda da düzenleme bulunmaktadır.

109.maddedeki "*kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma*" suçu, cinsel amaçla işlenmişse ceza yarı oranında arttırılacaktır. "*Konut dokunulmazlığının ihlali*" ile ilgili 116.maddeye göre; bir kimsenin konutuna rızaya aykırı olarak giren veya rızayla girip çıkmayan hakkında ceza söz konusu olup, evlilik birliğinde ortak kullanımında birinin rızası varsa, konuyla ilgili uygulama olmaz. Ancak rıza meşru bir amaca yönelik olmalıdır.

*Genel ahlaka karşı suçlar*<sup>18</sup>; *Hayasızca hareketler, Müstehcenlik ve Fuhuş* başlıklarında (225-226-227 maddelerde) ve '*Aile Düzenine Karşı Suçlar*'; 230.maddede '*birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören*' başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; evlenmenin dinsel törenini önce yaptırılanlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu görmeden dini töreni yapanlar cezalandırılır. Türk Ceza Kanunu'nun 232.maddesinde, *aile efradına*

---

Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler İle İlgili 2006/17 No'lu Başbakanlık Genelgesi de yayınlanmıştır (RG. 4 Temmuz 2006, S.26218).

<sup>17</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.193 vd.

<sup>18</sup> YURTCAN, s.379 vd.

*karşı kötü muamele* suçu düzenlenmiştir. Kötü muamelede bulunan ve disiplin yetkisini kullanan kişiye hapis cezası verilir. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 233.maddesine göre; *aile hukukundan doğan bakım eğitim ve destek olma yükümlülüğünü* yerine getirmeyen kişinin, şikayetle bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu madde, özellikle, *kız çocuklarının temel eğitime gönderilmemesi* konusunda önem taşımaktadır<sup>19</sup>. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 234.maddesi “*velâyet*” ile ilgilidir. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, velâyet yetkisi olmayan anne baba tarafından gerçekleştirildiği takdirde bu eylemin hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Kamuoyundaki tepki ve eleştiriler dikkate alınarak, *zina* suç olarak düzenlenmemiştir<sup>20</sup>. Ayrıca; Ceza Hukuku kapsamında, “*kadına karşı şiddet*” de önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>21</sup>. Şiddete uğrayan kadınlara verilen hizmetlerde Devletin etkinliğini arttırmak amacıyla, yeni yürürlüğe giren **Belediye Kanunu** ile şiddete uğrayan kadınlara hizmet vermek üzere Belediyeler de yetkili kılınmış ve Büyükşehir Belediyeleri ile nüfusu 50.000'ni geçen belediyelere kadınlar ve çocuklar için “*koruma evleri*” açmak yükümlülüğü getirilmiştir.

### C) YENİ İŞ KANUNU AÇISINDAN KADININ HUKUKİ KONUMU

Çalışma hayatında kadının durumuna bakıldığında; ülkemizde çalışma hayatını düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu'nda,<sup>22</sup> 2003 yılında yapılan

<sup>19</sup> TUSKAN, (Kadın Bakış Açısı İle Yeni Türk Ceza Kanunu) [www.istanbulbarosu.org.tr](http://www.istanbulbarosu.org.tr). (e.t.3.3.2005).

<sup>20</sup> Basın Bülteni: [www.istanbulbarosu.org.tr](http://www.istanbulbarosu.org.tr) (e.t.3.3.20005): “*Zina Suç kapsamından çıkarılmalıdır: Medeni Kanunun hükümlerine göre eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar. Zina mutlak boşanma nedeni olarak Medeni Kanunda düzenlenmiş olup, boşanma yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat talebinde bulunabilmektedir. Medeni Kanundaki bu düzenlemelerin dışında, evlilik birliğinde zina nedeniyle ceza yargılaması yapılması ve hürriyeti kısıtlayıcı cezalar verilmesi, devletin kişilerin vücut bütünlüğüne ve özel hayatın dokunulmazlığına yönelik müdahalesine yol açacaktır*”; Ayrıca bu konuda bkz.: MOROĞLU, Nazan.: [www.milliyet.com.tr](http://www.milliyet.com.tr) (e.t.3.3.2005).

<sup>21</sup> 25 Kasım "Kadına Karşı Şiddeti Önleme Günü" ve kadına karşı şiddet konusu ile ilgili olarak bkz: [www.kssgm.gov.tr](http://www.kssgm.gov.tr) (e.25.08.2006); [www.turkhukuk sitesi.com/arkive/index.php/f-19.html](http://www.turkhukuk sitesi.com/arkive/index.php/f-19.html) (e.t.25.08.2006); UÇAR, M.Ali: **Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası**, (Yetkin), Ankara 2003, s.95.

<sup>22</sup> 22.05.2003 kabul, 10.06.2003 yürürlük tarihli, 4857 Sayılı İş Kanunu (RG.10.6.2003, S.25134); TAŞKENT, Savaş: **Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler**, (Legal), İstanbul 2005, s.23 vd.; ÖZMEN, Remzi: **İş**

düzenlemeler ile kadın-erkek eşitliğine yönelik önemli adımlar atılmış ve “*eşit davranma ilkesi*” (m.5) kabul edilmiştir.

İş Kanununun getirdiği en önemli yenilik; işveren-işçi ilişkisinde cinsiyet dahil hiçbir nedenle, temel insan hakları<sup>23</sup> bakımından ayırım yapılamayacağıdır. Bu bağlamda; iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı, cinsiyet nedeniyle eşit değerde iş için, daha düşük ücret verilemeyeceği; cinsiyet, medeni hal ve aile yükümlülükleri, hamilelik ve doğumun iş akdinin feshi için geçerli sebep oluşturamayacağı Kanunda yer almıştır.

Ayrıca yeni İş Kanununda, işyerinde cinsel tacize ilişkin hükümler de ilk kez yer almıştır. Ayrıca kadın çalışanlara verilen *ücretli doğum izin süreleri de arttırılmıştır*. Böylece; İş Kanunu'nun 5. maddesinde “*eşit davranma ilkesi*” yanında; “*doğum izni*”, “*iş yerinde cinsel tacizin iş aktinin feshinde haklı neden sayılması*” gibi kurallarla Avrupa Birliği Yönergelerine uyum sağlanmıştır. *Eşit işe eşit ücret ilkesi* Türk Hukukunda yerleşik bir ilke olup, 100 sayılı ILO Sözleşmesini de onaylamış olan ülkemizde, “eşit işe eşit ücret” kuralı AB Yönergesine uyumludur. İş Kanununun 5. maddesinin 4. fıkrasında açık bir ifadeyle “*aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük bir ücret kararlaştırılamaz*” hükmüne ve 5.fıkrasında da “*İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz*” hükmü yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin II/b bendinde “*İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa*” işçinin *haklı nedenle derhal fesih hakkı* doğduğu kabul edilmiştir. 25. maddede de “*işverinin*” aynı durumda derhal fesih hakkı olduğu kabul edilmiştir. Söz konusu 24. ve 25. maddeler ile 23 Eylül 2002 tarih ve 2002/73/EC sayılı Yönergeye uyum sağlamıştır<sup>24</sup>.

İş Kanunu'nun “*Analık halinde çalışma ve süt izni*” başlığını taşıyan 74. maddesinde : “*Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam onaltı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki*

---

**Kanunu ve İlgili Mevzuat**, (Seçkin), Ankara 2004, s.29 vd.; GÜLMEZ, Mesut: **Sendikal Haklarda Uluslar arası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorumu**, (Belediye-İş Yayınları), Ankara 2005, s.V vd.

<sup>23</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ERTÜRK, Şükran: **İş İlişkisinde Temel Haklar**, Ankara 2002.

<sup>24</sup> MOROĞLU, (Kadın Erkek Eşitliği), www.euturkey.org.tr (e.t.3.3.2005).

*hafta süre eklenir*” denilmek ve 74. maddenin 6. fıkrasına göre “..günde toplam bir buçuk saat süt izninin hangi saatler arasında kaçta bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler” hükmüne yer verilmek suretiyle 19 Ekim 1992 tarih ve 92/85/EEC sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ile uyum sağlanmıştır<sup>25</sup>.

Böylece, yeni İş Kanunu ile, kadınların daha önce sahip oldukları 12 haftalık doğum izni, doğumdan önce 8 hafta, doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere 16 haftaya çıkarılmıştır. Ayrıca, kadın işçiye doğumdan sonra 8 haftadan sonra, isteği halinde 6 aya kadar ücretsiz izin verileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, yeni iş Kanunu’nda, ebeveyn iznine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta; sadece, doğum yapan anneye ilişkin izin bulunmaktadır.

Buna karşın olumlu bir adım olarak; 14 Temmuz 2004 tarihinde, Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın çıkardığı, “*Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik*”, Resmi Gazete’de yayınlarak yürürlüğe girmiştir<sup>26</sup>.

Avrupa Birliği Katılım Ortaklığı Belgesinde, Topluluk Müktesebatına ulusal mevzuatın uyumunun yeterli olmadığı, yasaların kabulü yanında etkin bir uygulamanın da zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Çıkarılan uyum yasalarına rağmen, uygulamada cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığı gözlemlenmektedir<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> MOROĞLU, (Kadın Erkek Eşitliği), www.euturkey.org.tr (e.t.3.3.2005).

<sup>26</sup> (RG. 14 Temmuz 2004, S.25522); bu konuda ayrıca bkz.: www.kssgm.gov.tr (e.t.25.08.2006).

<sup>27</sup> Örneğin, Aralık 2003’de ÖSYM web sayfasında ve basında yapılan “kamu sektörüne sınavla eleman alınacağına” ilişkin duyuruda başvuruda bulunacaklarda aranılan koşullardan biri “*cinsiyeti erkek olmak*” şeklindedir. Doğrudan ayrımcılık unsurunu içeren bu duyuru, aslında hem Türkiye’nin taraf olduğu Kadınlara Karşı her türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi 11. maddesine, hem İş Kanunu 5. maddesine (eşit davranma ilkesine), hem de AB’nin bu konudaki Yönergesine aykırıdır. İstanbul Barosu Kadın Hakları Komisyonu, bu duyuruda “erkek olma” koşulu olduğu halde, eşitliğe aykırı olması nedeniyle kadın mühendislerin, muhasebecilerin de başvurularını, başvuruları reddedildiğinde hukuki sürecin başlatılması ve devamında destek vereceklerini ilan etmişlerdir, Cumhuriyet Dergisi, 14.12.2003. Kadın Kuruluşlarının baskıları üzerine “erkek olma” koşulu kaldırılmış ve başvuru süresi de uzatılmıştır. MOROĞLU, (Kadın Erkek Eşitliği), www.euturkey.org.tr (e.t.3.3.2005); Daha sonra; Ocak 2004’de ise; personel alımlarında cinsiyet ayrımcılığı yapılmamasına ilişkin “Personel Temininde Eşitlik İlkesine Uygun Hareket Edilmesi” başlıklı 2004/7 sayılı Başbakanlık Genelgesi de, Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir: www.kssgm.gov.tr (e.t.25.08.2006), (RG. 22 Ocak 2004, S.25354); ayrıca bu konuda bkz: GÜRSEL, Meltem Kutlu: “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği

Avrupa Birliği'ne uyum amacıyla yapılmış olan; İş Kanunu değişikliği sırasında, "ispat yükü" konusundaki Yönerge göz önüne alınmamıştır. 24 Temmuz 2003 tarihli Ulusal Programda, söz konusu Yönergenin 31.12.2004 tarihine kadar kabul edileceği planlanmıştır. Yönerge'de yer alan, "cinsiyete dayalı ayrımcılık yapıldığına dair karinelerin mevcudiyeti halinde, ispat yükünün karşı tarafa (davalıya) geçeceği"ne dair hüküm, ayrımcılığın kaldırılması açısından olumlu bir adım olacaktır<sup>28</sup>.

#### **D) DEVLET MEMURLARI KANUNU AÇISINDAN KADININ HUKUKİ KONUMU**

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da kadını ve özellikle doğum yapan kadını koruyan hükümler bulunmaktadır<sup>29</sup>. 21 Temmuz 2004 Doğum İzinlerinin artırılmasına ilişkin düzenlemeler yapan 657 Sayılı "Devlet Memurları Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 5223 Sayılı Kanun" yürürlüğe girmiştir<sup>30</sup>.

Böylece; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (2004 tarihli) değişik 104 üncü maddesinin değişik (A) bendi'ne göre; "Memura doğum yapmasından önce 8 hafta ve doğum yaptığı tarihten itibaren 8 hafta olmak üzere toplam 16 hafta süre ile aylıklı izin verilir. Çoğul gebelik halinde, doğumdan önceki 8 haftalık süreye 2 hafta süre eklenir. Ancak sağlık durumu uygun olduğu takdirde, tabibin onayı ile memur isterse doğumdan önceki 3 haftaya kadar işyerinde çalışabilir. Bu durumda, memurun çalıştığı süreler, doğum sonrası sürelerle eklenir. Yukarıda öngörülen süreler memurun sağlık durumuna göre tabip raporunda belirlenecek miktarda uzatılabilir. Memurlara, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Süt izninin kullanımında annenin saat seçimi hakkı vardır." Ayrıca; değişik 108. maddesinin III. fıkrasına göre; "Doğum yapan memurlara istekleri halinde 104 üncü maddenin (A) bendinde belirtilen sürelerin bitiminden itibaren 12 aya kadar aylıksız izin verilir."

"Doğum izni" konusunda, İş Kanununda tanınan doğum öncesi sekiz ve doğum sonrası sekiz hafta olmak üzere onaltı haftalık doğum izni 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda değişiklik yapılarak kamu sektöründe çalışan kadınlara da tanınmış ve aynı zamanda İş Kanununun 74. maddesiyle uyumlu hale getirilmiştir. Doğum izninden sonra, en az altı ay süreli anneye veya babaya

---

Konusunda Bir Değerlendirme", **Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.2, İzmir 2002, s.27 vd.

<sup>28</sup> MOROĞLU, (Kadın Erkek Eşitliği), www.euturkey.org.tr (e.t.3.3.2005).

<sup>29</sup> ÖZDAMAR, s.95 vd.

<sup>30</sup> RG. 21 Temmuz 2004, S.25529.

“ebeveyn izni” verilmesi konusunda yeni bir düzenleme yapılması<sup>31</sup> yolundaki doktrindeki ve Tasarıdaki<sup>32</sup> beklenti, sadece, doğum yapan anne açısından gerçekleşmiştir.

Böylece, doğum izinleri konusunda farklı sosyal güvenlik kuruluşlarına bağlı olarak çalışanlar arasında eşitliği sağlamak ve izin sürelerini AB standartlarına uyumlu hale getirmek amacıyla yönelik olarak, 4857 ve 657 sayılı Kanunlara tabi olarak çalışanlar, doğum öncesi 8 hafta, doğum sonrası 8 hafta ücretli izin kullanabileceklerdir. Süt izinleri ize, ücretli izni takiben 1 yıl süre ile günde 1.5 saat olarak belirlenmiştir. Doğum sonrası ücretli izni takiben 12 ay ücretsiz çocuk bakımı iznini, sadece doğum yapan anne kullanabilecek; buna karşın, AB ülkelerinden farklı olarak, anne ve baba arasında paylaşılabilmesi ve evlâtlık edinme durumunda söz konusu izin haklarından her iki ebeveynin yararlanması hususu ise kabul edilmemiştir.

<sup>31</sup> Kadın ile erkek arasındaki biyolojik farklılık nedeniyle doğum öncesi ve sonrası izin hakkı açısından eşit davranma ilkesine istisna getirilmesi doğal olarak “ayrımcılık” şeklinde nitelendirilemez. Bu konuda, yine Almanya'dan bir örnek verecek olursak; 1985 tarihli bir yasa ile "zorunlu doğum iznini sadece annenin alabileceği, ancak doğum izni sonrası, annenin veya babanın -bakım izni-Erziehungsurlaub- alabileceği kuralına yer verilmiştir. Söz konusu kanuna göre, bu izin çocuğun 24. ayını doldurmasına kadar devam eder: MOROĞLU, (Kadın Erkek Eşitliği), www.euturkey.org.tr (e.t.3.3.2005).

<sup>32</sup> Bu tasarıda; ücretli izinler doğumdan önce 6 ve doğumdan sonra 12 hafta olmak üzere, 18 hafta olarak düzenlenmiştir. Ücretsiz izinler, 6 ay ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca bu izni doğum yapan kadın veya eşinin alabileceği şeklinde yapılan düzenleme ile de ücretsiz izinler ebeveyn iznine dönüştürülmüştür: (Cumhuriyetimizin 75. Yılında Türkiye’de Kadının Durumu, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara, Kasım 1998, s.78); ayrıca: *Memur ve İşçilere Evlatlık Almaları Halinde de Doğum İzni Verilmesini Öngören Kanun Tasarısı da, TBMM Sağlık ve Çalışma Komisyonu’nda Kabul Edilmiştir*: “Tasarıya göre en fazla üç yaşında bir çocuğun evlatlık alınması halinde de ebeveynler doğum izninden yararlanabilecek. Memur-işçi arasındaki eşitsizliği gidermeyi amaçlayan tasarı, 16 hafta ücretli, bir yıl ücretsiz doğum izni öngörüyor. Bu izin işçiler için ise, ücretsiz sağlık sigortasından en fazla altı ay yararlanıldığı gerekçesiyle, ana-baba için ayrı ayrı altışar ay olarak belirlendi. Tasarıya göre evlatlık edinen çalışan, sadece “ücretsiz izin” kullanabilecek”: Hürriyet Gazetesi, 4 Mart 2005, Cuma, s.7 (“Evlatlık alana doğum izni” başlıklı haber).

## E) VATANDAŞLIK HUKUKU AÇISINDAN KADININ HUKUKİ KONUMU

Vatandaşlık hukuku açısından, kadının hukukî konumuna bakıldığında şu durum karşımıza çıkmaktadır: Kadın, Türk vatandaşlığını, ya “*aslen*”, ya da “*sonradan (evlenme yolu ile)*” kazanmaktadır<sup>33</sup>. Türk vatandaşlığını “*aslen*” kazanma, doğum anında ve doğum dolayısıyla kazanılmaktadır. Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan ya da türk anadan doğan çocuklar, doğumlarından başlayarak Türk vatandaşlarıdır (TVK.m.1). Çocuk, evlilik dışında doğmuşsa, çocuk ile ana arasında soybağı (TMK.m.282/I), kanun hükmü ile kurulmasına karşın; baba ile çocuk arasında soybağının (tanıma, sonradan evlenme, evlât edinme veya hakim hükmü ile) ayrıca kurulması gerekir (TMK.m.281/I, m.295, m.301 vd.).

Kadının “evlenme (kanun) yolu ile, sonradan” Türk vatandaşlığını kazanabilmesi<sup>34</sup> için gereken şartlar, 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (4.6.2003 tarih ve 4866 Sayılı Kanunla değişik) 5.maddesinde<sup>35</sup> düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Bu maddeye göre; “*Bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülki idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar...*”. Özellikle, üç yıldan beri

<sup>33</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: DOĞAN, Vahit: **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 4.B., (Seçkin), Ankara 2004, s.41 vd.

<sup>34</sup> DOĞAN, s.59 vd.

<sup>35</sup> RG. 12 Haziran 2003, S.25136.

<sup>36</sup> Ayrıca, Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun, (4.6.2003 tarih ve 4866 Sayılı Kanunla değişik) 8. maddesine göre; “bu Kanuna göre Türk vatandaşlığını kaybetmiş olanlardan; 19 uncu madde uyarınca yabancı erkekle evlenmek ve kocasının uyrukluğunu seçmek suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden ve 13 üncü maddede öngörülen süreyi geçiren kadınlar ile 20 nci madde uyarınca izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanlar İçişleri Bakanlığınca, 25 inci madde uyarınca Bakanlar Kurulunca Türk vatandaşlığını kaybettiklerine karar verilenler ise Bakanlar Kurulu kararıyla, ikamet şartı aranmaksızın, yeniden vatandaşlığa alınabilir”.



evli olma şartı ile, “*muvaazalı (sadece vatandaşlık kazanma amacına yönelik) evlenmeler*”<sup>37</sup> de önlenmeye çalışılmıştır.

## II- ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER, ÖZELLİKLE CEDAW (ve Ek İhtiyari Protokol) KARŞISINDA KADININ HUKUKİ KONUMU

Ülkemizin kadınlar ile ilgili olarak taraf olduğu bir çok hukukî düzenleme bulunmaktadır<sup>38</sup>. Bu konudaki uluslararası sözleşmeler içinde en başta gelen iki sözleşme üzerinde durmak istiyoruz: **Birincisi; “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (Cedaw)”** ve bu sözleşmeye ilişkin **“Ek İhtiyari Protokol”** (Cedaw Sözleşmesi İhtiyari Protokolü); **diğeri de; “Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme”**dir.

1986 yılında taraf olduğumuz **CEDAW Sözleşmesine** Türkiye, 1926 tarihli eski Türk Medeni Kanun’un evlilik ve aile ilişkileri ile ilgili hükümlerine ters düştüğü için, 15. maddenin 2. ve 4. fıkraları ile 16. maddenin 1. fıkrasının c, d, f, g bentlerine koymuduğu çekinceleri, Eylül 1999’da kaldırmıştır.

18 Aralık 1979’da kabul edilen, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nde taraf devletlerin, taahhütlerini yerine getirip getirmediklerini denetleyecek ve bir ülkede ayrımcılıktan zarar gören kadınların sözleşme çerçevesinde haklarını aramak üzere, doğrudan doğruya başvuruda bulunabilecekleri bir denetim mekanizmasına yer verilmemiştir. Taraf ülkelerde kadınlara karşı ayrımcılığın kaldırılmasının ve sözleşmenin yaşama geçirilmesinin etkin denetimini sağlamak gereksinimi, çeşitli uluslararası faaliyetlerde gündeme getirilmiş ve böylece, Cedaw Sözleşmesi’ne **“Ek İhtiyari Protokol”**, 6 Ekim 1999 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na onaylanarak, sözleşmeye taraf devletlerin, imza, onay ve katılımına açılmıştır.

Ek İhtiyari Protokol, *iki prosedürü* içermektedir: *Birincisi*, kadınların *bireysel* olarak veya *grup* halinde, “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi”ne, haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle başvuruda bulunmasına olanak veren *iletişim prosedürü* (communication procedure); *ikincisi*, komiteye tehlikeli ya da sistematik kadın hakları ihlalleri hakkında yapılan başvurularla

<sup>37</sup> AKINTÜRK, Turgut: **Aile Hukuku**, C.II, 9.B. (Beta), İstanbul 2004, s.204 vd.; Alman Hukuku’nda, muvaazalı evlenmeleri önlemek amacıyla; bir Alman ile evlenen yabancı vatandaşı kabul edilebilmesi için; bu yabancı, namuslu bir yaşam tarzı sürdürmesi, kendi ikametgâhının (konutunun) olması ve kendisi ile ailesinin geçimini sağlayabilecek durumda olması aranmıştır (86, 89 RuStAG); HENRICH, Dieter: **Familienrecht**, 3.B., (Walter de Gruyter-Berlin-New York), 1980, s.33; BEITZKE, G./LÜDERITZ, A.: **Familienrecht**, (Verlag C.H.Beck), München 1992, s.99 vd.

<sup>38</sup> Bu konudaki başlıca hukukî düzenlemeler için ayrıca bkz: www.ksssgm.gov.tr (e.t.25.8.2006).

ilgili araştırma, soruşturma ve gerektiğinde ayrımcılığın kaldırılması konusunda taraf devlete öneride bulunma yetkisi veren “*araştırma prosedürü*”dür (inquiry procedure).

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne ilişkin olarak hazırlanan *İhtiyari Protokolü Türkiye, 30 Temmuz 2002 tarihinde onaylamış olup, 29 Ocak 2003 tarihinden itibaren, protokol yürürlüğe girmiştir.*

Ancak, bu Ek Protokolün hukuki yaptırımı ve bağlayıcılığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği gerçek bir hukukî yaptırım ve himayeden (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığından) *yoksundur.* Bu nedenle, CEDAW'ın uygulanmaması nedeniyle, hukuki yaptırım sağlayacak, doğrudan bir başvuru yeri yoktur. Bununla birlikte, BM'in “*kadının insan hakları*”<sup>39</sup> kavramından yola çıkılarak, CEDAW'ın (yani kadının insan haklarının) ihlali halinde, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*'ne başvurulabileceğini söyleyebiliriz<sup>40</sup>. Ayrıca; Anayasamızın yeni 10.maddesi ile birlikte, yasaların CEDAW ışığında yorumlanması, Anayasanın bir gereği haline gelmiştir.

Kadınların siyasal haklarına ilişkin olarak üzerinde önemle durulması gereken bir başka uluslararası sözleşme de, “**Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme**”<sup>41</sup> dir. Türkiye'nin de taraf olduğu<sup>42</sup>, **Kadınların Siyasal**

---

<sup>39</sup> ARSLAN, Gülay: “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, İstanbul 2004, C.LXII, S.1-2, s.3-43; MOROĞLU, Nazan: “Kadınların İnsan Hakları Bildirgesi ve Ek İhtiyari Protokol”, **Erdoğan Moroğlu'na Armağan**, İstanbul 1999, s.881 vd.

<sup>40</sup> ÖZDAMAR, s.190 vd.

<sup>41</sup> Türkiye Sözleşmeye 12 Ocak 1954 tarihinde katılmış ve 25 Mayıs 1959 tarihinde onaylamıştır (7288 Sayılı Onay Kanunu 2 Haziran 1959 gün ve 10220 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır) .

<sup>42</sup> Siyasal haklara ilişkin bir başka sözleşme de; “Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”dir. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, 16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler'de kabul edilmiş ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye, sözleşmeyi 15.Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ve ancak, 4.6.2003 tarihinde onaylamış ve ayrıca ek ihtiyari protokolü de, üç beyan ve bir çekince ile imzalamıştır (RG.21.Temmuz 2003, S.25175). Bu sözleşmede; “ayrımcılık yasağı, hakları uygulama ödevi”, “kadın ve erkek eşitliği”, “evlenme ve aile kurma hakkı”, “çocuk hakları”, “siyasal haklar”, “yasa önünde eşitlik” gibi konular düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz:

**Haklarına İlişkin** Uluslararası Sözleşme'nin; **1.maddesine göre**; “Kadınlar, hiçbir ayırım gözetilmeksizin erkeklerle eşit koşullar altında bütün seçimlerde oy kullanmaya sahip olacaklardır.”**2.maddesine göre**; “Kadınlar hiçbir ayırım gözetilmeksizin erkeklerle eşit koşullar altında ulusal yasalarca kurulmuş ve halk tarafından seçilen tüm kamu organlarına seçilme hakkına sahiptirler”. **3.maddesine göre**; “Kadınların, hiçbir ayırım gözetilmeksizin, erkeklerle eşit koşullar altında ulusal yasalar uyarınca kurulmuş bütün, kamu görevlerinde yer alma ve kamu görevlerini yerine getirme hakları vardır”.

“Yaşamı eşit olarak yaşamak için, eşit olarak da katılmak gerekir.” Ancak; Türkiye’de kadınların karar alma mekanizmaları ve siyasete katılım oranları, erkeklere göre çok düşük seviyede bulunmaktadır. Türkiye’de 1934 yılında, kadınlar seçme ve seçilme hakkını elde etmiş ve böylece, ilk defa karar alma mekanizmalarında yer almışlardır. 1935 yılında yapılan ara seçimleri sonucunda, Parlamentoda kadınlar, yüzde 4,6 ile temsil edilmişlerdir. Oysa, 3 Kasım 2002’de yapılan son Genel Seçimler sonucunda, Parlamentodaki kadın oranı yaklaşık % 4.4’dür<sup>43</sup>

Kadınların karar mekanizmalarına daha fazla katılmasını sağlayacak çözüm yolları<sup>44</sup> içinde etkili olanlarından birisi de; kadınların kontenjan, merkez yoklaması gibi yöntemler kullanılarak genel merkezlerce aday gösterilmeleridir.

KORKUSUZ, Refik. “Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Göre Kurulan İnsan Hakları Komitesine Kişisel Başvuru Hakkının Esasları”, **Hukuk Dünyası**, Y.16, S.2006/2, Nisan-Haziran 2006, s.73-101.

<sup>43</sup> Uluslararası istatistiklerde Türkiye, kadınların oy verme hariç, aktif siyasete katılmalarının en düşük olduğu ülkelerden biridir: KALAYCIOĞLU, Ersin/TOPRAK, Binnaz: “Türkiye’de Kadınların Siyaset, Üst Yönetim ve İş Yaşamına Katılması”, [www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=2740](http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=2740) (e.t.25.08.2006); Türkiye’de 1935 seçimlerinde, “örtülü bir kota” sistemi uygulanarak, %4.6 oranında kadının (395 milletvekili içinde 18 kadının) parlamentoda yer alması sağlanmıştır. 3 Kasım 2002 tarihli seçimlerde ise, 550 milletvekilinin 24’ü (%4.4.) kadındır: [www.kssgm.gov.tr](http://www.kssgm.gov.tr) (e.t.25.8.2006); ayrıca bkz.: [www.Milliyet.com.tr](http://www.Milliyet.com.tr). (e.t.3.3.2005) (MOROĞLU): Türkiye TBMM’de yüzde 4 oranındaki kadın milletvekiliyle çok geri bir durumda bulunmaktadır. Anayasa’nın 10. maddesine “olumlu ayrımcılık ilkesi” girseydi, Siyasi Partiler ve Seçim yasalarına da yüzde 30 oranında “cinsiyet kotası” konulmak üzere kadınların Meclis’te etkin şekilde temsili sağlanabilirdi.

<sup>44</sup> Bazı kadın örgütleri; siyasete katılımı kadın-erkek eşitliği için; Siyasî Partiler ve Seçim yasalarında değişiklik paketi hazırlayarak, seçimlerde her bir cins için, %30 oranında bir “kota”, dolayısıyla “pozitif (olumlu) bir ayrımcılık” yapılması önerisinde bulunmuşlardır: [www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html](http://www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html) (e.t.25.08.2006).

Kadınların, uzmanlık gerektiren mesleklerde ve bürokrasi içerisinde üst düzey karar verici konumlarda yer alması da, erkeklere oranla aynı şekilde çok düşüktür<sup>45</sup>.

### III- YENİ TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN, KADININ AİLE VE ÖZEL YAŞAMINA İLİŞKİN OLARAK GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE UYGULAMADAKİ DURUM

22.11.2001'de kabul edilen ve 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren Yeni Türk Medenî Kanunu; özellikle, "*Aile Hukuku*"nda, "*Evlilik Hukuku*" kısmında (büyük ölçüde evli kadınlar açısından), önemli ve köklü değişiklikler getirmiştir<sup>46</sup>. Bu nedenle, "evli kadın ile ilgili yenilik ve değişiklikler", ağırlıklı olarak ele alınması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yeni Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile, özellikle aile hukukundan doğan davaların bu alanda ihtisaslaşmış mahkemelerde görülmesi amacıyla, Aile Mahkemelerinin Kurulmasına Dair Kanun<sup>47</sup> da kabul edilerek, 18.1.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bahsedilen alandaki değişiklikler, modern hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinde temel ilke olarak kabul edilen, "kadın-erkek eşitliği" ilkesinin gerçekleşmesi amacıyla dayanan düzenlemelerdir. Yeni Medenî Kanun'daki değişikliklerin esası genel olarak; kaynak İsviçre Medenî Kanunu, Alman Medenî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu ve kısmen de İtalyan Medenî Kanunu'na dayanmaktadır. Ayrıca; gerek İsviçre, gerekse Türk doktrin ve yargı içtihatlarında ileri sürülen görüşler ile sayılan ülkelerdeki gelişmeler de olanak bulunduğu ölçüde maddelere yansıtılmıştır.

Ayrıca; uluslararası sözleşmeler ve bu arada insan hakları ile ilgili sözleşmelerin de, Yeni Medenî Kanun'daki değişiklikleri büyük ölçüde etkilediği hususu bir gerçektir. Bu bağlamda; "insan hakları kavramı"nın, "kadınların insan hakları"nın da kapsadığı unutulmamalıdır. Evli olsun olmasın, tüm kadınların hukukî statüsünü etkileyen uluslararası sözleşmelerin başında, Türkiye'nin de taraf olduğu "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi

---

<sup>45</sup> Üniversitelerde öğretim elemanı kadın oranı % 36 olup, toplam profesörler içinde kadın oranı % 25'tir. Türkiye'deki toplam hakim ve Cumhuriyet savcısı sayısı içindeki kadın oranı % 18'dir. Mimarların % 31'i, doktor ve operatörlerin % 29'u, avukatların ise % 26'sı kadındır. Bu konuda bkz.: www.kssgm.gov.tr (e.t.25.8.2006).

<sup>46</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet: **Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, 2.B., (Turhan K.), Ankara 2004, s.1 vd. (*Yenilikler*).

<sup>47</sup> 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (09.01.2003 kabul, RG.18.01.2003, s.24997).

Sözleşmesi” (CEDAW) (ve Ek İhtiyarî Protokol) gelmektedir. Uluslararası sözleşmeler; sözleşmeyi imzalayan devleti, tüm taahhütlere uyma ve bu arada, iç hukukunda gerekli uyum yasalarını çıkarma yükümü altına sokarlar. Ayrıca, insan hakları konulu uluslararası sözleşmelerin (somut hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanma gibi) özel ve üstün bir konumu da söz konusudur.

Yeni Türk Medenî Kanun’da aile hukuku alanında ve özellikle, kadının; evlenmeden önce, evlendikten sonra (evliliği devam ederken) ve evliliğinin (boşanma, ölüm vs. gibi bir sebeple) bitmesinden sonraki aşamalara ilişkin olarak getirilen yenilik ve değişikliklerin başlıcaları şu alanlarda olmuştur:

#### **A) EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ AŞAMADA KADININ HUKUKİ KONUMU**

Yeni Türk Medenî Kanunu’nda; evlilik birliğinin kurulmasından önceki aşamada, “*evlenme ehliyeti*”ne (evlenme yaşına) ilişkin olarak<sup>48</sup> değişiklik yapılarak, evlenme yaşı yükseltilmiştir. Önceki Medenî Kanun’da, kadın için (kız çocuğu demek daha doğru) 14 , erkek için 15 yaş olan, asgari (*olağanüstü*) evlenme yaşı, her iki cins için de, 16 yaşın doldurulması şeklinde yükseltilmiştir (*olağanüstü evlenme yaşı*) (EMK.m.88; YMK.m.124). Ayrıca, eski Medenî Kanun’a göre, 15 yaşını dolduran kadın ile 17 yaşını dolduran erkek, yasal temsilcisinin izni ile evlenebilirken, yeni Medenî Kanun’da bu yaş sınırı, hem kadın, hem de erkek için 17 yaşın doldurulması şeklinde arttırılmıştır (*olağan evlenme yaşı*).

“*Evlenme engelleri*” açısından konuya baktığımızda; eski Medenî Kanun’da (m.89/II), hertürlü “*akıl hastalığı*” kesin bir evlenme engeli idi. Yani, eşlerden birinin veya ikisinin akıl hastalığına rağmen, evlenme akdi yapılmışsa, bu evlilik mutlak butlan ile sakat bir evlilik idi ve iptal edilebiliyordu. Yeni Medenî Kanun’da ise, artık her türlü akıl hastalığında değil, ancak evlenmelerinde tıbbî sakınca bulunan akıl hastalarında bu engel bulunmaktadır (YMK.m.133).

Eski Medenî Kanun’da, kesin evlenme engeli olmayan, *evlâtlık* ile evlât edinenin evlenmesi de, yeni Medenî Kanun ile kesin evlenme engeli haline getirilmiştir. Böylece, evlâtlık ile evlât edinen evlenemeyecek; nasılsa böyle bir evlenme gerçekleşmiş ise, bu evlilik mutlak butlan ile sakat olup, iptal edilebilecektir.

Ayrıca; yeni Medenî Kanun ile getirilen ve eski Medenî Kanun’da yer almayan bir hükme göre; yasal temsilcinin, haklı sebep olmaksızın velâyeti veya vesayeti altındaki küçüğe *evlenme izni* vermemesi halinde; halinde, hakim bu izni verebilecektir (YMK.m.128; EMK:--).

<sup>48</sup> KILIÇOĞLU, (*Yenilikler*), s.5 vd.; ÖZTAN, Bilge: **Aile Hukuku**, 4.B., Ankara 2004, s.101 vd.

Yeni Medenî Kanun'a göre; *evlenme başvurusu*, kadın veya erkekten birisinin "yerleşim yeri"(ikametgâhı)<sup>49</sup> evlendirme memurluğuna başvuru şeklinde yapılacaktır (YMK.m.134); eski Medeni Kanun'da ise, erkeğin yerleşim yerine başvuru şeklinde düzenlenmiş idi (EMK.m.98).

### **B) EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASINDAN SONRA (EVLİLİĞİN DEVAMI SÜRESİNDE) KADININ "KİŞİSEL İLİŞKİLERİ" İLE İLGİLİ HUKUKİ KONUMU**

Evlilik birliğinin kurulmasından sonra, kadının "kişisel ilişkileri" başlığı altında öncelikle şu noktalar ele alınabilir:

**1-** Eşlerin Ortak Hak ve Yükümlülükleri (YMK.m.185-187, m.193-194, m.199, m.223/II vd).

**2-** Eşlerin Bir Meslek ve İşle Uğraşması (YMK.m.192) ve Evlilik Birliğinin Temsili (YMK.m.188-191).

**3-** Kadının Soyadı (YMK.m.187).

**4-** Eşlerin Hukukî İşlemlerinde Serbestliği (Sözleşme Özgürlüğü) İlkesi (YMK.m.193 vd.) ve İstisnaları

**a)** Aile Konutu İle İlgili İşlemler (YMK.m.194, m.240, m.254, m.279, m.652).

**b)** Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması (YMK.m.199).

**c)** Paylı Mülkiyette Payın Devri İşlemi (YMK.m.223/II, 222/I, II)

**5-** Evlilik Birliğinin Korunması ve Hakimin Müdahalesi (YMK.m.195-201 ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun)

#### **1- Eşlerin Ortak Hak ve Yükümlülükleri**

Önceki Medeni Kanunumuz, aile reisliğini kocaya vermiş, evin geçiminden birinci plânda da, kocayı sorumlu tutmuştur (EMK.m.152/II). Bunun sonucu olarak da, eski Medenî Kanunumuzda, eşlerin hak ve sorumlulukları, kadın ve erkek yönünden farklı düzenlenmiş idi. Oysa, yeni Medeni Kanunumuz, eşlerin (kadın ve erkeğin) eşitliği ilkesi temeline dayandığı için, kadın ve erkek, her iki eş için de, eşit ve ortak hak ve yükümlülükler getirmiş; evlilik birliğinin temsilde ve evin yönetilmesinde eşit haklar tanımıştır (YMK.m.185 vd).

<sup>49</sup> "Yerleşim yeri" ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz: OĞUZMAN, M.Kemal / SELİÇİ, Özer /OKTAY, Saibe: **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul 2002, s.102 vd; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku**, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002, s.178 vd.

Eski Medenî Kanunda, kocanın aile reisi olması ve eşler arasındaki bazı konulardaki anlaşmazlıklarda (örneğin; çocuğun adının konulmasında, hangi okula gideceğinin belirlenmesinde, ortak aile konutunun seçilmesinde, giderlere katılmada vs.), kocanın oyuna üstünlük tanınmasının sonucu olarak, bu gibi durumlarda kadının hakime başvurma imkânı yok idi. Fakat, yeni Medenî Kanunumuzun, her iki eş için de ortak ve eşit hak ve yükümlülükler getirmesinin sonucu olarak, yukarıda örneksene yöntemi ile verilen uyuşmazlıklarda, artık hakime başvurulabilecektir.

Eşlerin ortak hak ve yükümlülüklerine örnek verecek olursak. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz (m.185 vd.): Eşler; ortak konutu (aile konutunu) beraber seçecekler, birlikte yaşama ve evlilik birliğini beraberce yönetme, velâyeti birlikte kullanma<sup>50</sup> haklarına sahip olacaklardır.

Aynı şekilde; eşler, evlilik birliğinin *yükümlülüklerine* de beraberce katlanacaklardır. Bu ortak yükümlülükler; birliğin mutluluğunu sağlama, sadakat gösterme, birlikte yaşama (aynı zamanda bir haktır), birbirlerine danışma ve yardımcı olma, çocuklara bakma ve yetiştirme, evin giderlerine katılma, meslek ve iş seçiminde özen gösterme şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

## 2- Eşlerin Bir Meslek ve İşle Uğraşması ve Evlilik Birliğinin Temsili

“Eşlerin bir meslek ve işle uğraşması” eski Medenî Kanun’un “*Karının meslek ve san’atı*” kenar başlığını taşıyan 159.maddesi, eşitlik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından 29.11.1990 tarih ve 30/31 sayılı kararla<sup>51</sup> iptal edilmiştir. Yeni Medeni Kanun’da ise bu madde kadın-erkek eşitliğine uygun şekilde yeniden kaleme alınarak, “*eşlerin meslek ve işi*” başlığı altında; eşlerden herbirinin meslek veya iş seçiminde diğerinin iznine bağlı olmadığı, dilediği meslek ve işi seçmekte ve yürütmekte tamamiyle özgür olduğu; ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde, evlilik birliğinin huzur ve yararının gözönünde tutulacağı belirtilmiştir.

“*Evlilik birliğinin temsili*”ne gelince<sup>52</sup>; eşlerin, evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak için, kendisiyle beraber, diğer eşin de hukuk alanında

<sup>50</sup> Eski Medenî Kanun’da ise; velâyet hakkını kullanan, ana ve babanın anlaşamaması durumunda, babanın oyuna üstünlük tanınmakta idi: “*Evlilik mevcut iken, ana ve baba, velâyeti beraberce icra ederler. Anlaşamazlarsa, babanın reyi muteberdir*” (EMK.m.263). Bu maddeyi karşılayan yeni hüküm ise şöyledir: “*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar...*” (YMK.m.336/I).

<sup>51</sup> RG. 2.7.1992, s.21272.

<sup>52</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: HAVUTÇU, Ayşe: **Evlilik Birliğinin Temsili**, (Seçkin), Ankara 2006, s.21 vd.; ÖZTAN, s.182 vd.; DURAL,

etkili olmak üzere, üçüncü kişilerle, hukukî işlemler yapmaları anlamını taşır. Eğer eşler, ailenin “sürekli” (yani, olağan, günlük) ihtiyaçları için, üçüncü kişiler ile hukukî işlemlere girişiyorlar ise, bu borçlardan dolayı (diğer eşin haberi ve rızası olmasa bile), diğer eşi de sorumluluk altına sokar, her ikisi de “müteselsilen” sorumlu olurlar (m.189).

Ailenin sürekli olmayan, “diğer ihtiyaçları” (önemli ihtiyaçları) için, kural olarak her iki eşin de rızası gereklidir. Aksi takdirde, (örneğin, eşinden habersiz bir araba satın alan) eş, sadece kendisi sorumlu olacak; diğer eş bundan sorumlu olmayacaktır. Ancak, aşağıda belirtilen istisnai durumlarda (YKM.m.188/II), diğer eşin rızası gerekmeksizin, her iki eş de, müteselsilen sorumlu olacaktır:

a) Diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmışsa ya da

b) Birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa.

Eşlerden birisi, temsil yetkisini sürekli aşar veya bu yetkiyi kullanmakta yetersiz kalırsa, diğeri “*temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması*”nı hakimden isteyebilir (m190/I). Şartların değişmesi durumunda, hakim talep üzerine bu yetkiyi geri verebilir (m.191).

### 3- Kadının Soyadı

“*Bekâr kadın soyadı*”nı, haklı sebeplerin varlığı halinde, adın değiştirilmesi ile ilgili hükümlere göre (YMK.m.27) değiştirebilir.

“*Evli kadının soyadı*”na gelince; eski Medeni Kanunumuza göre; evlenme aktinin yapılmasıyla, kadın kocasının soyadını alır (EMK.m.153). Ancak, eski Medenî Kanun’un, 14.5.1997 tarih ve 4298 sayılı Kanunla değişik 153.maddesi ile, evlenen kadına seçimlik bir hak tanınmıştır: “*Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile, kocasının soyadı önünde, kendisinin önceki soyadını da kullanabilir. Daha evvel iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.*”

Kadının soyadı konusunda eski Medenî Kanun’un 153.maddesinde, 1997 tarihinde yapılan ve kadının kocasının soyadının önünde, “*önceki*” soyadını da taşımasına imkân sağlayan değişiklik, yeni Medenî Kanun’un 187.maddesinde de aynen korunmuştur. Yeni Medenî Kanunumuzda; evliliğin sona ermesi durumunda, kadının soyadının ne olacağı konusu, evliliğin sona erme sebeplerine göre (ölüm, boşanma, butlan vs...) eski Medenî



Kanunumuzdan (ayrıntılarda) kısmen farklı olarak düzenlenmiştir (YMK.m.40, m.158/II, m.173).

Yeni Medeni Kanunumuzun 173.maddesine göre; evliliğin “boşanma” ile sona ermesi durumunda, eski Medenî Kanun’dan (EMK.m.141’den) farklı olarak, boşanan kadının “evlenmeden önceki soyadını yeniden alabilmesi”ne imkân verecek şekilde düzenlenmiştir. Oysa, eski Medenî Kanun’un 141.maddesinde öngörülen, “*bekârlık soyadını yeniden alması*” hükmü çoğu kez, boşanan kadının menfaatine ters düşmektedir.

Bugün Avrupa Birliği ülkelerinin tamamında, kadının soyadı evlenmekle değişmemektedir<sup>53</sup>. Eşler, dilerse, birisinin (kadın veya erkeğin) soyadını “*aile adı*” olarak seçebilmektedir. Çocuk da, ya bu aile soyadını, ya da babanın soyadını taşımaktadır.

Doktrinde<sup>54</sup>, Medenî Kanun’da yer alan kadın soyadı kuralı; Anayasa’nın 10., 12., 17. ve 41.maddelerine ve ülkemizin onayladığı bütün uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu görüşü ileri sürülmüştür<sup>55</sup>. Bu nedenle,

<sup>53</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: NOMER, Haluk: “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, **Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan**, MHB Özel Sayı, (İ.Ü. Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi), İstanbul 2002, s.421-450; ABİK, Yıldız: **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, (Seçkin), Ankara 2005, s.144 vd.; HENRICH, s.33 vd.

<sup>54</sup> MOROĞLU, Nazan: **Kadının Soyadı** (Beta yayın), İstanbul, 2000. <http://www.istanbulbarosu.ogr.tr/komisyonlar/hkkom/haber/kadinkom0304.doc> (e.t.25.08.2006); [www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html](http://www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html) (e.t.25.8.2006).

<sup>55</sup> Buna karşın; Anayasa Mahkemesi, (29 Ekim 1998 tarihli, E.1997/61, K.1998/59 sayılı kararında), Anyasa’nın 10., 12.ve 17.maddelerine aykırılık sebebiyle açılan bir iptal davasında; eşlerden birisinin soyadını, aile adı olarak taşımaya ilişkin bir talebin kabul edilemeyeceğini belirterek iptal istemini reddetmiştir. Gerek Anayasa Mahkemesi Kararında, gerekse doktrinde bu görüşte olanlar gerekçe olarak; aile hukuku alanında eşlerin düzenleme serbestisinin bulunmaması, kamu yararı, gelenekler, kadının kendi soyadını da kullanabilme imkânı, kocasının soyadını taşıması, kadın için hem hak, hem de yükümlülüktür, çocukların soyadı konusunda karmaşa olacaktır gibi gerekçeleri ileri sürülmektedirler (RG. 15.11.2002, S.24937); AKINTÜRK, s.110 vd.; bu konuda ayrıca bkz: “kişinin toplum içinde bilinip tanındığı ismini kayden de taşımasının haklı neden teşkil edeceği”ne ilişkin olarak (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 99/966 E., 99/1010 K., 01.12.1999 t.): [www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html](http://www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html) (e.t.25.8.2006).

eşler taşıyacakları "aile adı" nı anlaşarak seçebilmelidirler. Eğer böyle bir seçim yoksa, her iki eşin soyadı da, "aile adı" olarak kullanılabilir<sup>56</sup>.

Evli kadının, "sadece kendi soyadını" da taşıyabileceğine ilişkin olarak, Türkiye'den yapılan bir başvuruya da, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* olumlu yanıt vermiştir.<sup>57</sup>

#### **4- Eşlerin Hukukî İşlemlerinde Serbestliği (Sözleşme Özgürlüğü) İlkesi ve İstisnaları**

##### **a) Genel Olarak**

Yeni Medenî Kanunumuza göre; *kural olarak*<sup>58</sup> eşlerin, gerek kendi aralarında, gerekse üçüncü kişilerle yaptıkları hukukî işlemler için, birbirlerinin

<sup>56</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ÖZDAMAR, s.262-272.

<sup>57</sup> "Başvurucu; evlenmeden öncek soyadını taşımasına izin verilmesi isteminn reddedilmesinin, özel hayatın korunması hakkına haksız bir müdahale olduğundan söz ederek, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ayrıca, erkeklerin evlendikten sonra aile soyadlarını sürdürüyor olmalarının kendisine karşı uygulanan bir ayrımcılık olduğundan da yakınmıştır. Bu bağlamda başvuru, Sözleşmenin 8.maddesiyle birlikte 14.maddesiyle de bağlantı kurmuştur."

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de şu yönde karar vermiştir: "...Avrupa Konseyine üye Sözleşmeciler Devletler arasında, eşlerin ale adını eşit bir durumda seçmeleri lehinde bir konsensüs de doğmuştur. Çift başka türlü karar vermiş olsa bile, kocanın soyadının çiftin soyadı olarak alınmasının yasal zorunluluk ve böylece kadının evlenmekle otomatik olarak kendi soyadını yitirdiği tek Üye Devletin Türkiye olduğu görülmektedir.....Türk Hükümetinin, aileye kocanın soyadının verilmesinin, aile birliğinin ifade edilmesi için düzenlenmiş bir gelenekten doğduğuna ilişkin argümanına /gerekçesine/ gelince, Mahkeme, aynı ada sahip olmanın kesin bir faktör olmadığı düşüncesindedir. Aile birliği, kadının kendi soyadını ya da evli çiftin ortaklaşa bir adı seçmesinden ortaya çıkan bir sonuçtur. Ayrıca, Avrupa'daki diğer yasal sistemler tarafından benimsenen çözümlerle de onaylandığı gibi, evli bir çiftin ortak bir aile adını taşımayı seçmediği yerde de aile birliği korunabilir ve sağlanabilir.... Sonuç olarak, Mahkeme, farklı muamele konusunda, 8.maddeyle bağlantılı olarak, 14.maddenin ihlal edildiğine ve sonuç dikkate alınarak 8.maddenin ayrıca tek başına ihlaline karar verilmesine gerek olmadığına karar vermiştir."

Bu davanın, 13 Ocak 2004 tarihinde duruşması yapılmıştır: (Çev. Av. Nilgün TORTOP); İzmir Barosu Bülteni, Y.14, S.152, Ekim /Kasım 2004, s.25; ayrıca: ÜNAL TEKELİ/TÜRKİYE DAVASI (29865/96), Strazburg, 16 Kasım 2004 (Kazancı Hukuk Otomasyon); www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html (e.t.25.8.2006).

ya da başkasının rızasını almalarına gerek yoktur (eşlerin serbestliği ilkesi; sözleşme özgürlüğü ilkesi) (m.193).

Bu kuralın (serbestliğin), *istisnaları* (m.194, 199, 223/II) şunlardır:

#### **b) Aile Konutu İle İlgili İşlemler**

Yeni Medenî Kanun'daki önemli bir değişiklik; 194.maddedir. bu maddeye göre, aile konutuyla<sup>59</sup> ilgili hukukî işlemler söz konusu olduğunda, eşlerden her biri, konutun mülkiyeti birisine ait olsa dahi, diğeri eşin açık rızasına muhtaç olacaktır. Ayrıca; aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eşe, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli “*şerh*”in verilmesini isteme hakkı da tanınmaktadır.

Benzer şekilde, “*aile konutu ve ev eşyası*” ile ilgili olarak, yeni Medenî Kanun'un çeşitli maddelerinde, (örneğin; m.240, 254, 279; sağ kalan eşin korunması amacıyla 652.m.) ekonomik ve sosyal açıdan eşi koruyan başka hükümler de getirilmiştir.

#### **c) Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması**

Yeni Medenî Kanun'un 199 uncu maddesiyle; İsviçre Medenî Kanununun 178. maddesine uygun olarak, özel bir önlem mahiyetinde olmak üzere, hâkime “*eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanması*”na karar verme yetkisini tanımaktadır. Bu hükümle, boşanmaya kararlı olan kocanın, sırf kadına nafaka veya tazminat ödememek için, mevcut mallarını başkalarına devretme imkânı önlenmekte ve bu yolla kadın korunmuş olmaktadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında; hâkimin, eşlerden birinin taşınmazlarıyla ilgili olarak tasarruf yetkisinin kaldırılması hâlinde, tasarruf yetkisinin kaldırılmasına ilişkin önlemin tapuya “*şerh*” edilmesine re'sen karar vermesi imkânı getirilmekte ve böylece eşlerin, birbirlerinden mal kaçırmaları yolu da kapatılmış olmaktadır.

#### **d) Paylı Mülkiyette Payın Devri İşlemi**

Eski Medenî Kanun'da; yasal mal rejimi olarak, “*mal ayrılığı*” rejimi düzenlenmiş idi. Yeni Medenî Kanun'da ise, yasal mal rejimi, “*edinilmiş mallara katılma rejimi*”dir. Bu mal rejiminde, eşler edindikleri mallar üzerinde kural olarak, yarı yarıya hak sahibi olurlar. Ancak, bu hak kural olarak, mülkiyet üzerinde olmayan eşe bir “*aynî*” hak değil, sadece bir “*alacak*” hakkı sağlar (YMK.m.239). İstisnaen de; edinilmemiş mallara katılma rejiminin, *ölüm* nedenine dayanan tasfiyesinde, alacak hakkı yerine belirli koşullarda, hak sahibi

<sup>58</sup> ŞIPKA, Şükran: **Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutuyla İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, (TMK.m.194), (BetaB), İstanbul 2002, s.26 vd.

<sup>59</sup> ŞIPKA, s.112 vd.

olan eşin konut ve konut eşyasında kendisine aynı hak (intifa, oturma ya da koşulları varsa mülkiyet hakkı) verilmesini isteme hakkı tanınmıştır<sup>60</sup>.

“Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi”nde üç tür mal grubu vardır:

**aa.** Edinilmiş mallar,

**bb.** Kişisel mallar ve

**cc.** Paylı mallar (müşterek mülkiyet konusu mallar): Müşterek mülkiyetten farklı olarak, burada (aksine anlaşma olmadıkça), eşlerden biri, diğerinin rızası olmadan payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (YKM.m.223/II).

#### **5- Evlilik Birliğinin Korunması ve Hakimin Müdahalesi**

Evlilik birliğinin korunması amacıyla; gerek *Türk Medenî Kanunu*'na (YMK.m.195-201), gerekse *Ailenin Korunmasına Dair Kanunu*'na göre, hâkimin müdahalesi istenebilir. Ancak; *Ailenin Korunmasına Dair Kanunu*'na göre<sup>61</sup> hakim alacağı tedbirler ile *Türk Medenî Kanun*'daki tedbirler arasında çeşitli yönlerden ile farklılıklar<sup>62</sup> vardır.

---

<sup>60</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, 2.B., (Turhan K.), Ankara 2002, s.23vd.

<sup>61</sup> 4320 sayılı Ailenin Korunması Kanunu'na ilişkin Yargıtay Kararları için bkz: [www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html](http://www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html) (e.t.25.8.2006).

<sup>62</sup> Bu farklılıkların başlıcaları şunlardır: 1) TMK'daki tedbirler, genel anlamda ve geçerli bir evlenme sözleşmesine dayanan birlikteliklere uygulanır. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ise, en geniş anlamda aileyi (imam nikahlı ilişkileri de) kapsar ve aile içi şiddeti önlemekte ve şiddete uğrayan aile bireylerini korumaktadır. 2) TMK'daki tedbirler, eşin talebi ile, diğerinde ise, eş yanında Cumhuriyet Savcılığının talebi üzerine kararlaştırılabilir. 3) TMK'daki tedbirler, nedenin ortadan kalkması halinde, eşlerden birinin talebi ile kaldırılır. Diğerinde ise, tedbirlerin kaldırılması için, eşin talebi gerekmediği gibi; bu talep ceza (kamu) davasının açılmasını da engellemez. 4) TMK'daki tedbirler, sadece eşlerin korunmasına; diğerinde ise, aynı çatı altında yaşayan tüm aile bireylerinin korunmasına yöneliktir. 5) TMK'daki tedbirler için açılacak dava, harca tâbi iken; diğerinde harca tâbi değildir. 6) TMK'daki tedbirler için, eşin kusuru aranmaz; diğerinde ise, eşin kusurlu olması gerekir. 7) TMK'daki tedbirler, kanunda sınırlı sayılmıştır; diğerinde ise, örnekseme yoluyla düzenlenmiştir. 8) TMK'daki tedbirler, hakim in ihtarının sonuçsuz kalması halinde alınır. Diğerinde ise, ihtara gerek yoktur. 9) TMK'daki tedbirlere uyulmamasının doğrudan bir yaptırımı yoktur; ancak, ileride boşanma davasında göz önüne alınabilir. Diğerinde ise, tedbirler cezai yaptırıma bağlanmıştır: (UÇAR, s.154 vd.; AYAN, Serkan: *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004,

Evlilik birliğinin korunması amacıyla hakimin müdahalesini isteyebilmek için de; evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi (YMK.m.195) gereklidir. Gerek Türk Medenî Kanunu'na, gerekse Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre alınacak tedbirlerde; "görevli" mahkeme, *Aile Mahkemesi*'dir (Aile Mahk.K.m.4). Aile Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde, bu davaya Asliye Hukuk mahkemesinde bakılır (Aile Mah.K.m.2/II). "Yetkili" mahkeme ise; "eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir" (YMK.m.201; EMK.'da bu hükmün karşılığı bulunmamaktadır)<sup>63</sup>.

*Yeni Medenî Kanun'a göre, evlilik birliğinin (eşlerin ve çocukların) korunması için, hakimin alacağı başlıca önlemler şunlardır: (m.195/II, 196, 198)*

- Uyarıda bulunma, uzlaştırmaya çalışma.
- Birlikte yaşamaya ara verilmesi.
- Parasal katkının belirlenmesi.
- Borçlulara emir verme.
- Tasarruf yetkisinin sınırlanması.

Bu önlemler, geçici niteliktedir, durumun değişmesi halinde kaldırılabilir veya değiştirilebilir (m.200-201).

Aile içindeki şiddetin önlenmesi amacıyla 1998 yılında çıkarılan Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile bu konuya ilişkin özel bir yasal düzenlemeye gidilmiştir. Böylece; aile içi şiddetin vuku bulduğu durumlarda mağdurun şikayeti olmaksızın (üçüncü şahısların bildirimle) polis ve adalet mekanizmasının harekete geçmesi sağlanmıştır<sup>64</sup>. Avrupa Birliği ülkelerinin birçoğunda bulunmayan bir düzenleme olan Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile; aile konutundan uzaklaştırma, silahları yetkililere teslim etme, tedbir nafakası, aile bireylerini iletişim vasıtalarıyla rahatsız etmemesi, eşyalara zarar

s.302 vd.; TUTUMLU, Mehmet Akif: **Teorik ve Pratik Boşanma Yargulaması Hukuku**, C.II, (Seçkin), Ankara 2005, s.1148 vd.).

<sup>63</sup> AKINTÜRK, C.II, s.125 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.239 vd.

<sup>64</sup> İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, 2005 yılı başvuru istatistiklerine göre: 2005 yılında toplam 2827 kadın Merkez'e başvurmuştur. Bunlar sırasıyla; (%59,9) boşanma davası, (%12,8) nafakanın icrası; (%9,7) 4320 sayılı *Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a* muhalefet suçu; (%2,3) de diğer (müessir fiil, tehdit, tecavüz vs...) suçlardan oluşmuştur:[http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/pages/nevs-full-asp?id=98&r\(e.t.25.8.2006\).](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/pages/nevs-full-asp?id=98&r(e.t.25.8.2006).)

vermemesi gibi özel tedbirler öngörülmektedir. Bu tedbirlere uyulmaması halinde, 3 aydan 6 aya kadar hapis cezası öngörülmektedir. Ayrıca; Aile Mahkemelerinin kurulması ile de, aile hukuku ile (ve aile içi şiddet de dahil olmak üzere) ilgili konularda, özel bir yargı mercii oluşturulmuş bulunmaktadır<sup>65</sup>.

Ayrıca, Medenî Hukuk ile ilgili yasal düzenlemeler yanında; 13 Temmuz 2005'de, Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyelerin kadınlar ve çocuklar için "koruma evleri" açmalarının, belediyelerin görev ve sorumlulukları arasında olduğuna ilişkin (m.14/a) düzenlemenin bulunduğu 5393 sayılı *Belediye Kanunu* yürürlüğe girmiştir<sup>66</sup>.

### C) EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASINDAN SONRA (EVLİLİĞİN DEVAMI SÜRESİNDE) KADININ "MALİ İLİŞKİLERİ" İLE İLGİLİ HUKUKİ KONUMU: MAL REJİMLERİ

#### 1- Genel Olarak (Yasal ve Seçimlik) Mal Rejimleri

Yeni Medenî Kanun'un getirdiği değişiklikler içinde, evli kadını en çok etkileyen ya da etkileyebilecek olan hükümler, kuşkusuz "mal rejimleri" alanında yapılmıştır (YMK.m.202 vd). Eski Medenî Kanun'da, yasal mal rejimi, "mal ayrılığı"<sup>67</sup> iken, yeni Medenî Kanun'da yasal mal rejimi olarak "edinilmiş mallara katılma" rejimi kabul edilmiştir (YMK.m.218 vd.).

Bundan başka, akdî (sözleşmesel; seçimlik) mal rejimleri olarak eski Medenî Kanun'da; "mal birliği" ve "mal ortaklığı" yer alırken; yeni Medenî Kanun'da, akdî mal rejimleri olarak; "mal ayrılığı", "paylaşmalı mal ayrılığı"<sup>68</sup> ve "mal ortaklığı" rejimleri benimsenmiştir.

<sup>65</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: BAKTIR, Selma: **Aile Mahkemeleri**, (Yetkin), Ankara 2003, s.35 vd.; KARAGÜLMEZ, Ali/URAL, S.Sezai: **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, 2.B. (Seçkin), Ankara 2003, s.24 vd.; KÖSEOĞLU, Bilal: **Aile Mahkemelerinin İşleyişi**, (Seçkin), Ankara 2005, s.245 vd.

<sup>66</sup> (RG. 13 Temmuz 2005, S.25874); ayrıca bu konuda bkz: www.kssgm.gov.tr (e.t.25.8.2006)

<sup>67</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: ACABEY, Beşir: **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi**, İzmir 1998, s.50 vd.

<sup>68</sup> "Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi" sözleşmesinin kurulmasından sonra eşlerden biri tarafından edinilen ve ortak kullanıma tahsis edilen mallar, yatırımlar ve ikame değerler, "eşit" olarak paylaşıma tâbi olacaktır (YMK.m.250/I). Ayrıca; paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde, boşanma halinde, aile konutunda oturma hakkına ve ev eşyalarının kullanılmasına ilişkin düzenleme yapıldığından (TMK.m.254) ve geçmişe (eski evliliklere) de uygulanması halinde, evli

Ayrıca, yeni Medenî Kanun'a göre; *mal rejimi sözleşmesi*, noterde "düzenleme" veya "onaylama" şeklinde yapılabilir (YKM.m.205/I). Eski Medenî Kanun'da ise (EMK.m.173), sözleşmenin "düzenleme" şeklinde yapılması gerekmekte idi. Böylelikle, artık eşler aralarında yaptıkları bir sözleşmeyi, notere götürüp onaylatma ile de yetinebileceklerdir. Ayrıca, taraflar *evlenme başvurusu sırasında*, evlendirme memuruna, hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler. Evlendirme memurunun görev ve yetkisi, sadece, "mal rejimi seçimine ilişkin" yazılı başvuruyu kabul edip, resmî kayda geçirmekle sınırlıdır<sup>69</sup>.

## 2- Yasal Mal Rejimi: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Yürürlük Tarihi

Yeni Medenî Kanunumuza göre, yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir<sup>70</sup>. Bu rejimin yürürlük tarihi, kanunun kabulü tarihinden farklı olarak, geriye de yürütülebilmektedir.

4722 Sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un<sup>71</sup> (TMKUK) 10. maddesindeki hüküm; geçiş dönemindeki evlilik sırasındaki ve evliliğin (boşanma veya iptal davası ile) sona ermesi halindeki mal rejimleri açısından önem taşımaktadır.

TMKUK'nun 10 /III'deki geçiş hükmü nedeniyle; Türk Medenî Kanunu'nun (yeni Medenî Kanunun) yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002'den önce evlenmiş olan kadınlar, "edinilmiş mallara katılma rejimi"nin, evliliğin başından itibaren geçerli olmasını istiyorlarsa, bir yıl içinde (1 Ocak 2002 ile 31 Aralık 2002 tarihleri arasında), eşleri ile birlikte yapacakları mal rejimi sözleşmesi ile, yasal mal rejimini (edinilmiş mallara katılma rejimini) seçmiş olmaları

---

kadınlar için yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi daha uygun olacaktır: MOROĞLU, Nazan: **Medenî Kanunda Mal Rejimleri**, (BetaB), İstanbul 2002, s.130 vd.

<sup>69</sup> KILIÇOĞLU, (Mal Rejimi), s.18 vd.; DURAL/OĞUZ/GÜMÜŞ, s.304; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: **Mal Rejimleri**, 3.B., (Seçkin), Ankara 2006, s.24 vd.; ZEYTİN, Zafer: **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, s.36 vd.; HAYRAN, Burhan: **4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu, Mal Rejimleri Şerhi**, (Adil Yayınevi), Ankara 2004, s.9 vd.

<sup>70</sup> KILIÇOĞLU, (Mal Rejimi), s.22 vd.; AKINTÜRK, s.147 vd.; ÖZTAN, s.249 vd.; DURAL/OĞUZ/GÜMÜŞ, s.320 vd.; ÖZÜĞÜR, s.39 vd.; KÖSEOĞLU, s.232 vd.; ZEYTİN, s.73 vd.

<sup>71</sup> 3.12.2001 kabul, 01.Ocak.2002 yürürlük tarihli 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (RG.8 Aralık 2001, S.24607).

gerekmektedir. Ancak, bu bir yıllık süre içinde notere gidebilip de, bu şekilde anlaşma yapanların sayısı çok azdır.

Eğer, eşler, yukarıda belirtilen tarihler arasında böyle bir seçimi yapmadıkları ya da (eşleri istemediği için vs...) yapamadıkları takdirde, edinilmiş mallara katılma rejimi geçmişe (evliliğin başlangıç anına) etkili olamamakta, (yasal mal rejimi dışında, başka bir mal rejimi seçilmemişse) sadece, 1 Ocak 2002'den itibaren etkili olabilmektedir.

Eskiden evlenmiş olan bu eşler, evlendikleri tarihten, 1 Ocak 2002'ye kadar (eğer, eski Medenî Kanuna göre başka bir akdî mal rejimini seçmemişlerse), eski Meden Kanun'daki yasal mal rejimi olan, "mal ayrılığı" rejimine tâbi olmaktadır<sup>72</sup>. Bu durumda ise, 10 Ocak 2002'den önce eskiden evlenmiş olan bir çok kadın mağdur olmakta ya da mağdur olma riski ile karşı karşıya kalmaktadırlar<sup>73</sup>. Bu nedenle, edinilmiş mallara katılma rejiminin,

<sup>72</sup> Yürürlük yasasının, mal rejimi ile ilgili 10.maddesinde yapılan bu değişikliğin tek gerekçesi olarak, "kanunların geriye yürümezliği ilkesi" ileri sürülmektedir. Oysa ki; 1) Bu ilke, kazanılmış haklar içindir, doğmamış haklar için düşünülemez. 2) Kamu düzenine ilişkin konularda yeni yasa uygulanır. 3) 1926 tarihli MK'nun, mal rejimleri ile ilgili hükmü de varolan evlilikleri, evlilik tarihinden itibaren etkilemiştir. 4) Edinilmiş mallara katılma rejiminin aynen iktibas edildiği, kaynak İsviçre'de (ve benzer sistemin uygulandığı diğer ülkelerde de), değişiklik evlilik tarihinden itibaren uygulanmıştır (Aile Hukuku Reformunun Yürürlük maddeleri 9/b ve 9/d). Hatta; İsviçre'de, "ölüm" vukubulsa dahi, malların tasfiyesine henüz geçilmemişse, yeni rejim (e.m.k.r.) uygulanmıştır. Sonuç olarak, yeni mal rejiminin, mevcut evliliklere sadece yasanın yürürlük tarihinden sonraki dönem için uygulanması hukuka aykırı, eski-yeni evlilikler açısından eşitsizlik kaynağı ve ayrımcılık yaratacak bir düzenlemedir: Saibe Oktay ÖZDEMİR ve Şükran ŞİPKA'nın Adalet Bakanlığı'na iletmiş olduğu hukuksal görüşten (<http://groups.yahoo.com/group/hukuk/message2887> (13.12.2001 t.)).

<sup>73</sup> İzmir 3. Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimliği tarafından, Uygulama Kanunu'nun 10.maddesinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle açılan iptal davası, 28 Mayıs 2002 tarihinde, özet olarak şu gerekçe ile reddedilmiştir: "*....bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yönteminde açılmış bulunan ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır. İtiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu dava,.....maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulmuştur. Bu istemle ilgili...tarihinde harç ödemesi yapılmış ise de, bu istemin manevi tazminat*



kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nda olduğu gibi, 1 Ocak 2002'den önce aktedilen evliliklere de uygulanması, gerek iç hukukumuz, gerekse taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler açısından yerinde olacaktır<sup>74</sup>.

“Edinilmiş mallara katılma rejimi”nin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Medenî Kanunu'nun 196-220.maddeleri hükümlerinden geniş ölçüde yararlanılmış, hatta bir kaç istisna dışında bu hükümler tamamen adı geçen Kanundan alınmıştır.

“Edinilmiş mallara katılma rejimi”nde, esas olarak iki tür mal grubu vardır: “**edinilmiş mallar**” (edinilen değerler), “**eşlerin kişisel malları**”<sup>75</sup>. Bu mal grupları yanında, bir de eşlerin “**paylı malları**” söz konusu olabilir. Paylı (müşterek mülkiyet konusu) mallardır; müşterek mülkiyetten farklı olarak,

*davasını “katılma alacağı” davasına dönüştürmeyeceği açıktır. Açıklanan nedenlerle, manevi tazminat isteminin karara bağlanmasında, 4722 sayılı Yasanın itiraz konusu 10.maddesinin olumlu veya olumsuz uygulanma olanağı bulunmadığından istemin başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.Sonuç olarak, 3.12.2001 günlü, 4722 sayılı “Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Yasanın” 10.maddesi, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin davada uygulayacağı kural olmadığından, bu maddeye ilişkin itiraz başvurusunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 28 Mayıs 2002 gününde oybirliğiyle karar verildi.” (E.2002/95, K.2002/49, Karar t. 28.5.2002, Kazancı Hukuk Otomasyon); aynı karar için ayrıca bkz: İzmir Barosu Bülteni, Temmuz/Ağustos 2002, s.19; www.turkhukuk sitesi.com/archive/index.php/f-19.html (e.t.25.8.2006).*

<sup>74</sup> Türkiye'nin de 15.8.2000 tarihinde imzaladığı ve ancak 4.6.2003 tarihinde onayladığı Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23.maddesinin 4.bendine göre;

*“bu Sözleşmeye Taraf Devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olması için gerekli tedbirleri alacaklardır. Evlilik sona erdiğinde, çocuklar için gerekli olan koruyucu hükümler öngörülmesi sağlanacaktır.”* Bu sözleşmede tanınan haklara taraf devletlerin saygı gösterip göstermediğini denetlemek ve bu alanlarda sağlanan gelişmeleri izlemek amacıyla “İnsan Hakları Komitesi” kurulmuştur. Komite denetim görevini, “rapor”, “bireysel başvuru” ve “devletlerarası şikayet” yöntemleri ile yerine getirmektedir. Komitenin hazırlamış olduğu raporların bağlayıcılığı olmasa da, komite görüşlerinin takipçisi olarak, özellikle sözleşmecî devletlerde, sözleşmenin bir birlik ve uyum içerisinde uygulanması yönünde hizmet görmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.. KORKUSUZ, s.85 vd.

<sup>75</sup> KILIÇOĞLU, (Mal Rejimi) s.42 vd.; ÖZTAN, s.250 vd.; ZEYTİN, s.79, s.89 vd.; KÖSEOĞLU, S.233 vd.

(aksine anlaşma olmadıkça), eşlerden biri, diğerinin rızası olmadan payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (YKM.m.223/II).

**“Edinilen değerler”**, eşlerden herbirinin mal rejiminin devamı boyunca, ivazlı olarak (karşılığı ödenerek) elde ettiği değerlerdir (YKM.m.219/I). Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır (YKM.m.219/II):

- a) Her bir eşin, çalışmasının karşılığı olan edinimleri,
- b) Sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumlarının, sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler,
- c) Çalışma gücünü kaybetmesi sebebiyle kendisine ödenen tazminatlar,
- d) Kişisel mallarının gelirleri,
- e) Edinilmiş malların yerine geçen değerler, bir eşin edinilmiş malı sayılacaktır.

**“Kişisel mallar”**a gelince; bunlar ya “kanuna göre” (YKM.m.220), ya da “sözleşmeye göre” (mal rejimi sözleşmesi) (YKM.m.221) kişisel mal olarak kabul edilmiştir. “Kanuna” göre kişisel mal olarak kabul edilen değerler şunlardır (YKM.m.220):

- a) Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşyalar,
- b) Mal rejimi yürürlüğe girmeden sahip olunan eşyalar,
- c) Mal rejimi yürürlükte iken ivazsız olarak elde edilen veya
- d) miras olarak kalan eşyalar,
- e) Manevî tazminat alacakları,
- f) Kişisel mallar yerine geçen değerler.

Bu mallar kanundan ötürü kişisel mal sayılır. Ayrıca, eşler, mal rejimi sözleşmesiyle bazı malları, kişisel mal sayabilirler. “Sözleşmeye göre”, kişisel mal sayılabilecek değerler (YKM.m.221):

- a) Bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan ve edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerleri,
- b) Kişisel malların gelirleri, mal rejimi sözleşmesi ile, edinilmiş mallara dahil olmayacağı kararlaştırılabilir.

**Mülkiyet Durumuna gelince;** edinilmiş mallara katılma rejiminde, şu mal kategorileri vardır (YKM.m.219vd.):

- a) Kadının kişisel malları,
- b) Kadının kazanılmış malları,
- c) Kocanın kişisel malları,
- d) Kocanın kazanılmış malları ve

e) Eşlerin “müşterek mülkiyeti” altındaki malları /Paylı mallar/ (YKM.m.222/II).

“Edinilmiş mallara katılma rejimi”; eşlerin mallarının evlilik süresince ayrı olması ve sona erdiğinde, evlendikten sonra edinilen malların paylaşılması esasına dayanmaktadır. Yani; “mal ayrılığı rejimi”nde olduğu gibi, bu rejimde de; “evlilik süresince”, eşlerden her biri evlenmeden önce ve sonra sahip olduğu tüm (kişisel ve edinilmiş)<sup>76</sup> malların maliki olarak kalmaya devam eder (YKM.m.222, m.223/I). Müşterek mallar (YKM.m.222/II) üzerinde ise, müşterek (paylı) mülkiyet vardır. Ancak, müşterek mülkiyetten farklı olarak, burada (aksine anlaşma olmadıkça), eşlerden biri diğerinin rızası olmadan payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (YKM.m.223/II).

“Mal rejimi sona erdiğinde” ise, her bir eşin “kişisel malları” ve “evlendikten sonra edindiği değerleri” ayrılır (YKM.m.228).

“**Malların yönetimi, yararlanma ve tasarruf hakkı**” ile ilgili olarak şunları söyleyebiliriz:

Kural olarak bir eş, diğerinin onayı olmadan, “kişisel ve edinilmiş malları” üzerinde tasarruf etmeye ve mallarını tek başına yönetmeye yetkilidir (YKM.m.223). Ancak, aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan “paylı (müşterek) mülkiyet” konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (YKM.m.223/II).

Yeni Medenî Kanun’daki (ve İsviçre Medenî Kanunu’ndaki) “edinilmiş mallara katılma rejimi”nde; Alman Hukukundaki yasal mal rejiminden farklı olarak, eşlerden birinin, malların tümü veya ev eşyası üzerinde, diğer eşin onayı olmaksızın tasarruf edemeyeceğine ilişkin sınırlama bulunmamaktadır. Fakat, Yeni Medenî Kanun’da (ve İsviçre Hukuku’nda, “*evlenmenin genel hükümleri*” içinde), aile konutu ile ilgili olarak bazı sınırlamalar bulunmaktadır (YKM.m.194; ZGB, yeni m.169).

“**Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ve malların tasfiyesi**”<sup>77</sup> ne gelince; bu mal rejimi, eşlerden birinin “ölümü”, “başka bir mal rejiminin kabulü”, mahkemece evliliğin “iptal” veya “boşanma” sebebiyle sona erdirilmesine veya “mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi” hâllerinde *sona erer* (YMK.m.225). Ölüm veya başka mal rejiminin kabulü anı, sona ermede esas alınırken; mahkemece evliliğin “iptal” veya “boşanma” sebebiyle sona

<sup>76</sup> Benzer yönde, İsviçre Hukuku için (ZGB.m.201 vd.): ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA: **Medeni Hukuk**, (Seçkin), Ankara 2000, s.816; ÖZUĞUR, s.39 vd.; ZEYTİN, s.79 vd.; HAYRAN, s.84 vd.

<sup>77</sup> KILIÇOĞLU, (Mal Rejimi) s.50 vd.; ÖZTAN, s.293 vd.; ZEYTİN, s.181 vd.; ÖZUĞUR, s.47 vd.; KÖSEOĞLU, s.235 vd.

erdirilmesine veya “mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi“ hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer.

Mal rejiminin *tasfiyesinde*, her bir eşin kişisel malları, edinilen mallarından ayrıldıktan sonra, edinilen mallara ait olan borçlar, bu değerden düşülür (YMK.m.226 vd.). Geriye kalan miktar, “*Artık Değer*”i oluşturur (YMK.m.231) ve bu artık değer *kural olarak, eşler arasında yarı yarıya paylaşılır* (YMK.m.236/I). Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir paylaşım oranını da kabul edebilirler (YMK.m.237/I).

*Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma* hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir (YKM.m.236/II). Ancak, bu fıkra hükmü çeşitli yönlerden eleştirilebilir. Çünkü, zina veya hayata kast halinde, bunun gerek hukukî yönden, gerekse cezaî yönden sonuçları; Medenî Kanun’un (boşanma), Borçlar Kanunu’nun (tazminat) ve Ceza Kanunu’nun (cezaî) yaptırıma bağlayan hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

#### **D) KADIN İLE ÇOCUK ARASINDAKİ SOYBAĞI (NESEP) DURUMU VE EVLÂT EDİNME**

Yeni Medeni Kanun’da, sahih ve gayri sahih nesep ayrımı kaldırılarak, “soybağı” kavramı getirilmiştir. Çocuk ile ana arasında soybağı; “doğum” ile kanunen (TMK.m.282/I) veya “evlât edinme” yolu (hakim hükmü) ile kurulur (TMK.m.282/II). Çocuk, evlilik içi doğmuşsa, ailenin (yani, babanın) soyadını taşır<sup>78</sup>. Evlilik dışı doğmuşsa; ananın soyadını taşımakta idi (TMK.m.321). Ancak, bu hüküm; Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun, 28. ve geçici 5.maddesi ile 29.04.2006 tarihinde değiştirilmiştir<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Alman Medeni Kanunu’nun 1616.maddesinde (Famliennamenrechtsgesetz – FamNamRG-, yani Aile Adına Dair Kanun ile) 1994’de yapılan değişiklikte; “çocuğa annenin veya babanın soyadı seçilerek verilecek ve seçilen bu soyadı daha sonra doğan çocuklar için de geçerli olacaktır. Bir ay içinde böyle bir seçim yapılmadığı takdirde, vesayet mahkemesi soyadı seçme yetkisini anaya veya babaya verecektir”. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: MOROĞLU, (Kadının Soyadı) ve [www.turkhukusitesi.com/archive/index.php/f-19.html](http://www.turkhukusitesi.com/archive/index.php/f-19.html) (e.t.25.8.2006)

<sup>79</sup> 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (RG. 29.04.2006, S.26153).

NHK. “Tanıma işlemi” m.28/4: “*Taninan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir*”.

Geçici Madde 5’e göre; “*Bu Kanun yürürlüğe girinceye kadar tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana hanesine tescil edilen çocukların baba*

Kadın evli değilse ve otuz yaşını doldurmuşsa, tek başına evlât edinebilir (TMK.m.307/I). Evli kadın ise; kural olarak eşi ile birlikte evlât edinmek zorundadır (TMK.m.306/I). Ancak, bu kuralın istisnaları da vardır (TMK.m.307/II). Aynı şekilde, evli eş, evlât edinilir ise, eşinin de rızası gerekir (TMK.m.313/II).

## E) EVLİLİK BİRLİĞİNİN (BOŞANMA, İPTAL, ÖLÜM VS. SEBEBİYLE) SONA ERMESİ HALİNDE KADININ HUKUKİ KONUMU

### 1- Genel Olarak

Evlilik birliğinin başlıca sona erme sebepleri; ölüm, ölüm karinesi, gaiplik, evliliğin (mutlak veya nispî butlan sebebiyle) iptali ve boşanmadır. Bunlardan bir kısmı evliliği, kendiliğinden (ölüm gibi), diğer bir kısmı ise (boşanma, gaiplik gibi), ancak mahkeme kararı (hakim hükmü) ile sona erdirir. Aşağıda, evlilik birliğinin sona erme sebeplerinden, boşanma konusu ayrıntılı hukukî sonuçları nedeniyle ayrıca, ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

### 2- Evlilik Birliğinin “Boşanma” İle Sona Ermesi Halinde Kadının Hukukî Konumu (Boşanma Davasında Taraflar, Yetki, Kadının Soyadı, Nafaka, Tazminat, Çocukların Velâyeti ve Vesayet Hakkı, Bekleme Süresi, Mal Rejiminin Tasfiyesi vs.)

Yeni Medenî Kanun’da; “Boşanma” başlığını taşıyan ikinci bölümde boşanma sebepleri<sup>80</sup> ve boşanmanın sonuçlarıyla ilgili bazı değişiklikler yapılmıştır (EMK.m.129-134; YMK.m.161-166)<sup>81</sup>. Örnek olarak; Yeni Medenî Kanun’un 164.maddesinde düzenlenen “*terk*” sebebiyle boşanmada Eski Medenî Kanun’un öngördüğü *üç aylık* terk süresi *altı aya* çıkarılmıştır. Sürenin uzatılmasının dayandığı düşünce, eşlerin barışma ve bir araya gelme ihtimalinin daha uzunca bir sürede gerçekleşebileceğidir. Terkeden eşe, dördüncü ayın sonunda ihtarda bulunulacak ve eş, iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği hususunda uyarılacaktır. Ayrıca, Yeni Medenî Kanun’da “Birlikte yaşamaya ara verilmesi” kenar başlığını taşıyan 197 nci maddesi, ortak yaşam nedeniyle eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru tehlikeye düştüğü sürece, o eşe ayrı yaşama hakkı da tanımaktadır.

*hanelerine nakline ana ve babanın birinin, çocuk ergin ise kendisinin müracaatı aranır*”. Ancak; yeni Nüfus Hizmetleri Kanunu’nda, “babalık davası” ile babaya soybağı ile bağlananların baba hanesine tescili, bu Kanun’un yürürlük tarihine (20.04.2006) dek öngörülmüştür. Bu tarihten sonraki “babalık davası (hükmü)” ile soybağı kurulanlar açısından, yasada bir hüküm öngörülmediğinden, yasada bir boşluk oluşmuştur.

<sup>80</sup> ÖZDEMİR, Nevzat: **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşılmalı Boşanma**, (Beta), İstanbul 2003, s.99 vd.

<sup>81</sup> Tasarı ve Yeni Medenî Kanun, Genel Gereğe.

“Boşanma ile Ayrılık Dâvalarında Taraflar, Tarafların Ehliyeti ve Muhakeme Usûlü”ne<sup>82</sup> gelince; Eski Medenî Kanun'da olduğu gibi, Yeni Medenî Kanun'a göre de, boşanmayı ve ayrılığı talep hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, üçüncü şahıslar dava açamazlar. Fakat EMK'dan farklı olarak; boşanma davası açıldıktan sonra, *dâvacı biri ölürse, mirasçılarının davaya devam etme yetkileri bulunmaktadır (YMK.m.181/II)*. Ancak, artık burada dâva, boşanmaya yönelik olmayacak (çünkü, ölümlü evlilik zaten sona ermiştir), dâvalının kusurunun ispatlanmasına yönelik olacaktır. Eğer dâvalının kusuru ispatlanırsa, ölen dâvacının mirasından yararlanamayacaktır (YMK.m.181/I,II).

*Yeni Medenî Kanun'da, boşanma davalarında yetki* konusunu düzenleyen 168.madde yeniden kaleme alınmış ve yetkili mahkemenin, *eşlerden birinin yerleşim yeri veya eşlerin davadan önce, son defa altı aydan beri oturdukları yer* mahkemesi olması uygun görülmüştür.

Aynı şekilde, yürürlükte mevcut olmayan bir hüküm de Yeni Medenî Kanun'un 77.maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre; *boşanmadan “sonra”* açılacak davalarda (maddî ve manevî tazminat ile yoksulluk nafakasında) *yetkili mahkemenin, nafaka alacaklısının yerleşim yeri* mahkemesi olduğu hükme bağlanmıştır.

Yeni Medenî Kanun ile yeni getirilen 178.madde, *boşanma* sebebiyle açılacak davaların boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden *bir yılın geçmesiyle zamanaşımına* uğrayacağını hükme bağlamıştır. Burada kastedilen davalar, boşanma veya ayrılık dâvası değil; boşanmadan “sonra” açılacak, maddî ve manevî tazminat ile yoksulluk nafakası davalarıdır.

“Boşanma ile Ayrılık Dâvalarında İhtiyatî Tedbirler”<sup>83</sup> konusuna gelince; boşanma veya ayrılık dâvasına bakan hâkim, gereken durumlarda **re'sen**, dâva süresi boyunca, eşler için tedbir nafakası ödenmesine (YMK.m.169; EMK.m.162/III), müşterek konutun kime bırakılacağına, yasal mal rejimine (edinilmiş mallara katılma rejimine) geçilmesine (YMK.m.169, EMK.m.137) ve çocuklar (YMK.m.169, EMK.137) için iştirak nafakası verilmesine karar verecektir. Bu tedbirler, karar kesinleşinceye kadar devam eder.

Yeni Medenî Kanun'un 182.maddesine, eski Medenî Kanun'unda (EMK.m.148) olmayan bir fıkra da eklenmiştir. Bu yeni eklenen fıkraya göre; hâkim, istem hâlinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen iştirak nafakası giderlerinin, *gelecek yıllarda* tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne

<sup>82</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: TUTUMLU, Mehmet Akif: **Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C.I ve C.II**, (Seçkin), Ankara 2005.

<sup>83</sup> TUTUMLU, C.II, s.1109 vd.

miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir (YMK.m.182/III). Böylece, bazı durumlarda tarafların, yeniden dava açmalarına gerek kalmadan hâkim bazı değişiklikleri önceden belirleyebilecektir.

Ayrıca eski Medenî Kanun'da bulunmayan bir hüküm de Yeni Medenî Kanun'un 194.maddesinde bulunmaktadır. "*Aile konutu*" ile ilgili işlemlerde, hâkim, evlilik birliği devam ederken (boşanma dâvası sırasında da evlilik birliği devam ettiği için) gereken tedbirleri alacaktır. Örneğin; eşlerden birinin maliki olduğu aile konutu üzerinde, malik olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili "*tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına*" (örneğin; kira sözleşmesinin diğer eşten habersiz feshedilemeyeceğine veya devir yasağına) ilişkin kararın "*şerh*"<sup>84</sup> edilmesini isteyebilecektir (YMK.m.194; ayrıca YMK.m.199). Böylece eşlerin birbirlerinden mal kaçırmaları yolu da kapatılmış olmaktadır.

"*Boşanmanın Eşler ve Çocuklar Açısından Hukukî Sonuçları (Maddî ve Manevî Tazminat ile Yoksulluk Nafakası Davası)*" Boşanma, taraflar için mâlî ve şahsî bazı sonuçlar doğurur. Bu sonuçların bir kısmı kendiliğinden (ipso jure), bir kısmı ise hâkimin kararı ile ortaya çıkar. Hâkimin kararına bağlı olanların bir kısmı ise; ya doğrudan doğruya hâkimin re'sen karar vermesi ile ya da tarafların taleplerine ilişkin olarak ortaya çıkar.

Boşanmanın kanundan doğan yan sonuçları; eşler açısından (kadının soyadı, tâbiyeti, boşanma halinde sıhrî hısımlığın devam etmesi, kanunî bekleme süresi (iddet), karı koca arasındaki mâlî sonuçların çözümlenmesi vs...) ve çocuklar açısından (boşanmadan sonra doğan çocuğun nesebi, velâyetin tevdi, iştirak nafakası vs... gibi konular) olmak üzere iki grupta toplanabilir.

Boşanan kadının kişisel durumuyla ilgili olarak Eski Medenî Kanun'dan (EMK.m.141'den) farklı olarak, Yeni Medenî Kanun'un 173.maddesi, *boşanan kadının* "evlenmeden önceki *soyadını* yeniden alabilmesi"ne imkân verecek şekilde düzenlenmiştir. Oysa, Eski Medenî Kanun'un 141.maddesinde öngörülen, "bekârlık soyadını yeniden alması" hükmü çoğu kez, boşanan kadının menfaatine ters düşmektedir.

Yeni Medenî Kanun'da "*bekleme süresi*" (*iddet*) ile ilgili olarak, EMK'dan daha açık ve net bir düzenleme getirilmiştir. Kadın, boşanma kararının kesinleşmesinden (evliliğin sona ermesinden) itibaren, 300 gün içinde evlenemez (YMK.m.132; EMK.m.95). Ancak, bu süre, kesin bir evlenme engeli değildir. Bu yasağa rağmen yapılan evlenmeler geçerlidir.

Boşanma sonucu; eşlerin *miras hakları ve mal rejiminin tasfiyesi* ile ilgili olarak bazı konular da önem taşır. Yeni Medenî Kanun ile yeni getirilen 181.maddenin II. fıkrası, boşanma davası devam ederken davacı eşin ölümü halinde diğer eşin mirasçı olup olamayacağının şartını düzenlemektedir. Buna

<sup>84</sup> ŞİPKA, s.148 vd.

göre, mirasçılardan herhangi birinin davayı devam ettirmesi ve davalı eşin kusurlu olduğunun sabit olması halinde, davalı eş ölmüş olan davacı eşe mirasçı olamayacaktır. Bu durumda, artık dava boşanmaya, değil kusurun saptanmasına yönelik olacaktır. Evlilik birliği boşanma ile sona erince, eşler arasındaki *mal rejimi* de (yasal ya da akdî mal rejimi) boşanma davası tarihinden geçerli olmak üzere sona erer (YMK.m.225/II; YMK.m.247/II; YMK.m.271/II; YMK.m.179). Mal rejiminin tasfiyesinde, eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler (YMK.m. 202-281) uygulanır.

Yeni Medenî Kanun'da; boşanmanın çocuklar yönünden başlıca iki sonucu olan, boşanmadan sonra doğan çocukların *nesebi ve velâyet hakkı*, Eski Medenî Kanun'dan daha ayrıntılı hükümler içinde incelenmiştir. Yeni Medenî Kanun'a göre, boşanma kesinleştikten sonraki 300 gün içinde doğan çocukların babası kocadır (YKM.m.285). Eski Medenî Kanun'daki (EMK.m.241) sahih ve gayrisahih nesep ayırımı, Yeni Medenî Kanun'da bulunmamakta; sadece "*soybağı*"ndan bahsedilmektedir.

Velâyet hakkına gelince; Eski Medenî Kanun'da olduğu gibi, Yeni Medenî Kanun'da da boşanma sonucu velâyet hakkı; ya ana babadan sadece birisine verilir, ya da ana babanın her ikisinden de alınıp, çocuğa bir başkası vasi olarak tayin edilir. Hâkim, velâyet hakkının kullanılması ve şahsî ilişkiler konusunda (örneğin, ziyaret hakkı) çocuğun yararını gözeterek, gereken tedbirleri (iştirak nafakası vs.) alacaktır (YMK.m.182; EMK.m.148).

Boşanma durumunda, hâkim şartları varsa, talep üzerine; (maddî ve manevî) *tazminat ve yoksulluk nafakasına*<sup>85</sup> hükmeder. Eski Medenî Kanun'un 143.maddesine göre; boşanan eşlerden kusursuz olan tarafın, kusurlu olan diğer eşten, uygun bir (maddî) tazminat talebine hakkı olduğu hükme bağlanmıştır. Doktrin ve uygulamada, "*kusursuz*" kavramı, "*daha az kusurlu olan*" eşi de kapsar biçimde anlaşılmaktadır<sup>86</sup>. İşte, bu konuda Yeni Medenî Kanun'a bir açıklık getirilerek; boşanmada *maddî tazminatı* düzenleyen 174.madde Eski Medenî Kanun'dan farklı olarak, *daha az kusurlu tarafın da* dava açabilmesini açıkça hükme bağlamıştır.

Yeni Medenî Kanun'daki bir başka değişiklik de; hâkimin talep halinde, önceden, *gelecek yıllara ilişkin olarak irat miktarını* düzenleyebilmesi yetkisidir (YMK.m.176/V).

---

<sup>85</sup> ÖZTAN, s.478 vd.; RUHİ, Ahmet Cemal: **Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili**, (Seçkin), Ankara 2003, s.69 vd.

<sup>86</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.145, dn.303.



Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan taraftan “*manevî tazminat*” talebinde de bulunabilir (YMK.m.174/II).

Hakim, maddî tazminattan farklı olarak, manevî tazminata “*irat*” şeklinde hükmedemez (YMK.m.176/II; EMK.m.145/II); “*nakden*” hükmetmesi gerekir.

Yeni Medenî Kanun’un “*yoksulluk nafakası*” ile ilgili 175.maddesinde, Eski Medenî Kanun’un 144.maddesinden farklı olarak sadece; “...erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hâli refahta bulunması gerekir” şeklindeki hükmü kaldırılmıştır. Böylece; artık, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının refah halinde bulunması şart olmayacaktır. Ancak, kadının da erkek ile aynı koşullar altında yoksulluk nafakası ödemesini eleştirenler de olmuştur<sup>87</sup>.

Yeni Medenî Kanun ile yeni getirilen 178.madde, boşanma sebebiyle açılacak davaların boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden “*bir yılın*” geçmesiyle *zamanaşımına* uğrayacağını hükme bağlamıştır. Böylece, boşanma sebebiyle açılacak, maddî ve manevî tazminat talepleri yanında, yoksulluk nafakası için de, boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıllık bir süre öngörülmüştür.

### 3- Evlilik Birliğinin “Ölüm” İle Sona Ermesi Halinde Kadının Hukukî Konumu ve Miras Hakkı

Yeni Medenî Kanun’un 499.maddesine göre; sağ kalan eşin alacağı “*yasal (kanunî) miras payı*”, eski Medenî Kanun’da olduğu gibi (EMK.m.444/b.1 ve2); birinci zümre ile birleştiğinde mirasın dörtte birini, ikinci zümre ile birleştiğinde mirasın yarısını, üçüncü zümre ile birleştiğinde, mirasın dörtte üçünü almaktadır.

Ancak eski Medenî Kanun’da; sağ kalan eş, üçüncü zümre ile birleştiğinde, sadece kökbaşları (yani, büyük ana ve büyük babalar) sağ ise, mirasın dörtte üçünü almakta, bunlar sağ değilse büyük ana ve büyük babaların çocukları miras almamakta, sağ kalan eş, mirasın tamamını almakta idi (EMK.m.444/b 3 vd.). Oysa, yeni Medenî Kanun’da, sağ kalan eş üçüncü zümre ile birleştiğinde, artık büyük ana ve büyük babalar sağ değilse, onların çocukları (mürisin; amca, dayı, hala ve teyzesi) ile birlikte mirasçı olacak (YMK.m.497/III); eskiden olduğu gibi yine, mirasın dörtte üçünü alacaktır

<sup>87</sup> “Çalışmayan, dolayısıyla evin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kocaya karşı, yıllarca eve ve çocuklara bakarken ev dışında da çalışarak evin giderlerini karşılamaya çalışan kadın, boşandıktan sonra da görevini yerine getirmeyen eski eşine nafaka ödemek zorunda kalacaktır...”: ÇELİKEL, 15 Mart 2001 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.

(ancak, sonuçta kendisine, eskiden olduğundan daha az miras payı düşecektir). Büyük ana ve babaların çocukları da yoksa, ancak bu durumda mirasın tamamı sağ kalan eşin olacaktır (YMK.m.499/b.3).

*Buna karşın, Yeni Medenî Kanun'a göre (EMK'dan farklı olarak), sağ kalan eşin mirastaki saklı payı (mahfuz hissesi) arttırılmıştır (YMK.m.506; EMK.m.453).*

Eşin miras hakkı ile ilgili bir başka değişiklik de; yeni Medenî Kanun ile getirilen 181.maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm ile karşımıza çıkmaktadır. *Boşanma davası devam ederken davacı eşin ölümü halinde, mirasçılardan herhangi birinin davayı devam ettirmesi ve davalı eşin kusurlu olduğunun sabit olması halinde, davalı eş ölmüş olan davacı eşe mirasçı olamayacaktır.*

652.maddedeki yeni hüküm ise, *sağ kalan eşin* korunması amacıyla getirilmiştir. Eşler arasındaki mal rejimiyle ilgili 240.maddeyle aynı yöndedir. Burada, sağ kalan eşe *konut ve ev eşyasıyla* ilgili olarak *mülkiyet ya da* haklı sebeplerin varlığı halinde talep üzerine, *intifa veya oturma (sükna) hakkının* tanınması olanağı getirilmektedir.

“Tarımsal işletmelerin (ziraî malların) tahsisinde; *birden çok* mirasçının talepte bulunması, bunların hepsinin de *işletmeğe muktedir* (ehil) ve işletme hususunu *bizzat üzerine almak* istemesi halinde, *erkek fûruun, kız fûrua tercih edileceğini* düzenleyen ve kadın-erkek eşitliğine aykırı olan, eski Medenî Kanun'un 598.maddesinin II.fıkrası yeni Medenî Kanun'da değiştirilmiş; (YMK.m.661) kadın-erkek mirasçı arasındaki fark kaldırılmıştır.

Hayatta kalan eş, mirastan doğan haklarından başka, aralarındaki akdî mal rejiminin (paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığının) özelliğine göre, diğer bazı haklara da sahip olabilir. Bu sebeple, karı ve koca arasında akdî mal rejimlerinden biri varsa, bu rejimin mirasın taksiminden evvel tasfiye edilmesi gerekir. Çünkü, ancak bu işlemten sonra, mirasbırakanın terekesi tesbit edilecek ve bunun üzerinden hayatta kalan eşin miras hakkını hesaplamak mümkün olacaktır<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> 2.HD. 27.10.1986, İKİD, 1997, s.5141; İNAN/ERTAŞ, s.69; ACAR, Faruk: **4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Bağlamında Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi**, (Seçkin), Ankara 2004, s.41.

**IV- AVRUPA BİRLİĞİ'NDE KADININ HUKUKİ KONUMU VE “POZİTİF (OLUMLU) AYRIMCILIK” (Avrupa Birliği Antlaşmalarında, Yönergelerinde ve Avrupa Komisyonu Tavsiye Kararlarında Kadın-Erkek Eşitliği ile İlgili Durum)**

**A) GENEL OLARAK AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATINDA KADININ HUKUKİ KONUMU VE “POZİTİF (OLUMLU) AYRIMCILIK”**

Avrupa'da, 1950 yılında, ekonomik bütünleşme amacıyla başlayan hareket, bugün “Avrupa Birliği” (AB) adı ile karşımıza çıkmıştır. Avrupa Birliği'ni bugüne taşıyan hukukî düzenlemelerin temelinde yer alan, ve Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu (AET'yi) kuran, 25 Mart 1957 tarihli *Roma Antlaşması*'nın imzalandığı tarihten beri bu ekonomik birlik, çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğini ortak bir politika<sup>89</sup> olarak benimsemiş ve geliştirmiştir<sup>90</sup>. Kadın-erkek eşitliği ile ilgili olarak; AET (Roma) Antlaşmasının<sup>91</sup> 119. (yeni –*Amsterdam Antlaşması*- 141.) maddesiyle "eşit işe eşit ücret" ilkesi ile başlayan ilk kıvılcımlar, 1992 tarihli *Maastricht* (ile bu anlaşmaya ekli *Sosyal Şart*'ta)<sup>92</sup> ve 1999 (yürürlük) tarihli Amsterdam

<sup>89</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: MOROĞLU, Nazan: "Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde T.C. Anayasası ve Kadın Erkek Eşitliği" isimli Panelden [www.turkhukuksitesi.com](http://www.turkhukuksitesi.com) (e.t.3.3.2005); [www.turkhukuksitesi.com](http://www.turkhukuksitesi.com) (e.t.25.08.2006); ayrıca bkz.: FORSMAN, Kıvılcım Zeynep: “Türkiye'nin Avrupa Birliği Üyeliğinin Ön Koşulu Olarak Kadın Hakları”, **Türkiye'de ve Avrupa Birliğinde Kadının Konumu: Kazanımlar, Sorunlar, Umutlar**, İstanbul Ağustos 2004, s.156; TERZİ, Özlem: “Avrupa Birliğinde Toplumal Cinsiyet Politikaları”, Türkiye'de ve Avrupa Birliğinde Kadının Konumu: Kazanımlar, Sorunlar, Umutlar, İstanbul Ağustos 2004, s.123; **Avrupa Birliği Komisyonu Türkiye Temsilciliği, Avrupa Birliği ve Eşitlik**, Ankara 2002; AYDIN, Senem: **Avrupa Birliğinde Kadın Hakları ve Türkiye**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları:175, İstanbul 2003, s.22 vd.

<sup>90</sup> 2004 yılında Türk Parlamenterler Birliği bünyesinde de, “Kadın Erkek Eşitliği Danışma Komisyonu” kurulmuş ve ilk kez Parlamento dışından, sivil toplumun lider kişileri bu komisyonun bünyesine alınmıştır: <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=2740> (e.t.25.08.2006).

<sup>91</sup> Ayrıca, Roma Antlaşmasının 2. ve 3. maddelerinde, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik hükümler bulunmaktadır.

<sup>92</sup> Sosyal Şart'ın 2. maddesinde : Avrupa Topluluğunun kadın erkek eşitliği alanında üye devletlerde alınan önlemleri destekleyeceği ve geliştireceği belirtilmiştir.

6. maddede ise; kadınların işe girmede ve ilerlemede karşılaşacakları engellerin kaldırılması için önlem alınması gerektiği, bu gibi düzenlemelerin imtiyaz ya da

Antlaşmalarında da aynı şekilde devam etmiştir. Böylece; ilerleyen zaman içinde, AB demokratikleşmeyi de temel amaç edinerek, bütün aday ülkelerin, "Kopenhag Kriterleri"ne<sup>93</sup> uyum sağlamasını ön koşul olarak kabul etmiş ve kadın erkek eşitliği politikasının, Amsterdam Antlaşması'nın 3.maddesinin II.fıkrası gereğince, yaşamın her alanında yerleştirilmesine önem vermiştir.

Avrupa Birliği "Antlaşmaları"ndaki kadın erkek eşitliğine ilişkin hükümler yanında; "her iki cinse eşit davranma" ve "fırsat eşitliği" ilkeleri, doğrultusunda, kadının çalışma koşullarının iyileştirilmesi amacıyla "Yönergeler (direktifler)" çıkarılmıştır. Ayrıca, "Avrupa Konseyi'nin Tavsiye Kararları"nda<sup>94</sup> da bu konu ele alınmıştır. Bunun yanında, "Birliğin Adalet Divanı" da, eşitlik konusunda, uyulması zorunlu çeşitli kararlar vermiştir. Çıkarılan çok sayıda Yönerge ve diğer hukuki düzenlemeler, Avrupa Birliği'nde kadın-erkek eşitliğini sağlamada önemli aşamalar kaydedilmesini sağlamıştır. Her ne kadar, Avrupa Birliği'nde bu konuda gelinen nokta, Türkiye ile kıyaslanamasa da; yine de Avrupa Birliği'nde, bunların uygulamada hayata geçirilmesi ve çalışma yaşamı dışındaki alanlarda yeterli ilerleme kaydedilmesi

---

ayrımcılık sayılmayacağı hükme bağlanmıştır: MOROĞLU, www.turkhukuk sitesi.com (e.t.3.3.2005). Böylece, kavram olarak yer verilmese de, sonuç itibarıyla, "pozitif (olumlu) ayrımcılık" öngörülmüştür.

<sup>93</sup> 22 Haziran 1993 tarihinde yapılan Kopenhag Zirvesi'nde; Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği'nin genişlemesinin, Merkezî ve Doğu Avrupa ülkelerini kapsayacağını kabul etmiş ve adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaması gereken; "siyasî, ekonomik ve topluluk mevzuatının (AB müktesebatının) benimsenmesi" şeklindeki üç grup kriteri belirtmiştir. Bunlardan siyasî kriterler; demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları ve azınlıklara saygı gösterilmesini ve korunmasını garanti eden kurumların varlığını ve bu kriterlerin kesintisiz uygulanmasını gerektirmektedir: ÖZDAMAR, Demet: "Avrupa Birliği'ne Uyum Çerçevesinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 130.131. ve132. Maddelerinde (Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşları İle İlgili Olarak) Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar", **TBMM Anayasa Hukuku, I. Uluslar arası Sempozyumu**, 22-24 Nisan 2003 Ankara, s.375 vd.; Türk Hukuk Enstitüsü Araştırma Grubu: "Türkiyenin AB'ye Üyelik Sürecinde Kopenhag Kriterleri", **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, Ocak2003, S.71, s.25-29.

<sup>94</sup> *Avrupa Komisyonu'nun birçok kararında da*, kadın ve erkek için fırsat eşitliğinin Avrupa Birliği politikaları içinde önemli bir gündem maddesi oluşturduğu, eşit fırsatların yaşamın her alanına ve karar mekanizmalarına entegre edilmesinin (mainstreaming) çok yönlü olumlu etkisi olacağı belirtilmiştir: MOROĞLU, www.turkhukuk sitesi.com (e.t.3.3.2005).

henüz mümkün olmamıştır<sup>95</sup>. Bu nedenle de, 1999 yılı Mart ayında Avrupa Birliği Kadın Hukukçular Derneği, Birliğe üye veya aday ülkelerde kadınların haklarını öğrenebilmeleri ve hayata geçirebilmeleri amacıyla, Avrupa Komisyonu'nun maddi katkısıyla kurulmuştur.

Böylece; Avrupa Birliği'nde, sadece çalışma yaşamında, “*fırsat eşitliği*”<sup>96</sup> (eşit işe eşit ücret ve çalışma yaşamında eşitlik) olarak başlayan, eşitlik politikası, “*olumlu eylem ve olumlu (pozitif) ayrımcılık*” kavramlarını da beraberinde getirmiş<sup>97</sup>; daha sonraları ise (1996'dan itibaren), “fırsat eşitliğini,

<sup>95</sup> [www.deltur.cec.eu-eu-int/abeşitlik-rtf/](http://www.deltur.cec.eu-eu-int/abeşitlik-rtf/) (e.t. 22.01.2005); <http://europa.eu.int/comm/>; [www.ktto.net](http://www.ktto.net) (e.t.3.3.2005):

01 Nisan 2002 Ticaret Odasında "European Union and Gender Issue" Konulu Seminer ile ilgili haberden: (Konuşmacı: Cardiff Üniversitesi öğretim üyelerinden Profesör Ms. Teresa Rees):

“Profesör Rees, Avrupa Birliğinde Kadın Erkek eşitliği ve AB ülkelerinde bu eşitliği sağlayabilmek için uygulanan yöntemleri anlattı. Avrupa Ekonomik Topluluğunu oluşturan ve 1957 yılında imzalanan Roma antlaşmasında kadın ve erkeğin eşit olarak kabul edildiğini ancak, *iş ortamı ve maaş konularında eşitlik için hiçbirşeyin yapılmadığını* anlatan Prof. Rees, hatta 2. dünya savaşından sonra, eşitliğin sağlanabilmesi için kadınların erkek gibi davranmaya zorlandıklarını dile getirdi. Kadın ve erkeklerin farklı olduklarının kabul edilerek bir dengenin sağlanması gerektiğinin üzerinde duran Prof. Rees, bunun için çalışma ortamının eşitlenmesi, kadınlara doğum ve çocuk bakım izin haklarının mutlaka sağlanması üzerinde durdu.

Prof. Rees, cinsler arasındaki eşitliğin sağlanabilmesi için sistem içerisinde ezilen kadınlara verilecek “*pozitif ayrımcılık olarak nitelendirilen hakların yeterli olmayacağını, gerçek eşitlik sağlanabilmesi için, insanların kadın ve ekreklere bakış açısının değişmesi gerektiğini kaydetti....*”

<sup>96</sup> Avrupa Komisyonunun bir açıklamasına göre; “*fırsat eşitliği kavramı, kadınların katkılarında da erkeklerinki kadar değer veren ve de mesleki ve ailevi görevler arasındaki dengeyi gözetken bir toplumsal yeniden yapılanmanın anahtarıdır. Fırsat eşitliği, kadınların ve erkeklerin insanlık onuruna saygılı ve her iki cinsin de yönetimde ve karar mekanizmalarında aynı derecede temsil edildiği bir kültürü teşvik etmektedir*”: (MOROĞLU, [www.turkhukuksitesi.com](http://www.turkhukuksitesi.com) (e.t.3.3.2005)); ayrıca bkz: ÜLGER, Seher: **Avrupa Birliği Ülkeleri ile Türkiye’de Kadına ve Kadın Sağlığına Genel Bir Bakış**, (Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi, Temel Eğitim, 28. Dönem), Ankara 2001, s.4 vd.

<sup>97</sup> Nitekim, Roma Antlaşmasının 3.maddesinde (f.II), Topluluğun tüm politikaları ve faaliyetlerinde, eşitsizlikleri gidermeleri ve kadın erkek eşitliğini ilerletmeyi amaç edinmeleri gereği belirtilmektedir.

ana politikalara ve faaliyetlere” de yayma politikası Avrupa Birliği'nde ön plana çıkmaya başlamıştır. Avrupa Birliği'nin kurumları, cinsiyet ayrımcılığının önlenmesi ve kadın-erkek arasındaki sosyal farkların azaltılması için özellikle şu alanda çalışmalar yapmaktadır<sup>98</sup>:

- a) Karar alma mekanizmalarında cinsler arası dengenin sağlanması,
- b) İş ve ev hayatının beraber yürüyebilmesinin kolaylaştırılması,
- c) Kadınların bilim dünyasına katılımının desteklenmesi,
- d) Kadınların şiddet ve cinsel tacize karşı etkin korunması,
- e) Kadınlara yönelik genel eğitim ve mesleki eğitim olanaklarının artırılması,
- f) Eşit işe, eşit ücret prensibinin yaygınlaştırılması,
- g) Kadınların iş gücüne katılımının artırılması.

Böylece; kadınların sosyal, ekonomik ve siyasi hayata katılımlarının geliştirilmesi ve kadın-erkek arasında sosyal güvenlik açısından eşitlik sağlanması, Avrupa Birliği'nin temel hedeflerinden biridir. Ayrıca; Avrupa Birliği'nin oluşturduğu danışma kurullarının ve uzman kadrolarının en az %40'nın kadınlardan oluşması zorunluluğu vardır<sup>99</sup>. Görüldüğü üzere, burada “pozitif (olumlu) ayrımcılığa” yönelik bir uygulama ile karşılaşmaktayız.

Genel olarak Avrupa Birliği mevzuatında kadın haklarına ilişkin hükümler, özellikle sosyal güvenlik alanında kadınlarla erkekler arasında eşitliğin sağlanması ve kadın haklarının iş yaşamında korunmasına ilişkin alanlarda toplanmıştır<sup>100</sup>. Kadın ve erkeklere eşit fırsatların sağlanmasına

---

<sup>98</sup> <http://www.istanbul.gov.tr/Default.aspx?pid=330&hid=1065> (e.t.25.08.2006); [www.deltur.cec.eu.int/AB\\_kadin-erkek.html](http://www.deltur.cec.eu.int/AB_kadin-erkek.html) (e.t.25.08.2006)

<sup>99</sup> [www.deltur.cec.eu.int/AB\\_kadin-erkek.html](http://www.deltur.cec.eu.int/AB_kadin-erkek.html) (e.t.25.08.2006).

<sup>100</sup> [http://www.deltur.cec.eu.int/AB\\_kadin-erkek.html](http://www.deltur.cec.eu.int/AB_kadin-erkek.html) (e.t.25.8.2006): 1) Hiçbir işveren cinsiyete dayalı ayrımcılık yapamaz. Ayrıca, ayrıca medeni duruma ve kişinin aile içindeki konumuna bağlı olarak ayrımcılık yapılamaz. 2) Ayrımcılık yapmadığına dair ispat yükümlülüğü davalıya (yani işverene) aittir. Ayrıca, ayrımcılığa uğradığını iddia eden tarafın mücadele süresince iş güvencesi yasalarla koruma altındadır. 3) Eşit ve eşdeğerdeki iş için, kadın ve erkek eşit ücret almalıdır. 4) Kadın çalışanlar da işe giriş, mesleki eğitim, terfi ve çalışma şartlarında erkek çalışanlarla aynı haklara sahiptir. 5) İş ilanlarında cinsiyet tercihi yapılamaz. 6) Hamile kadınlar doğum öncesi ve/veya doğum sonrası en az 14 hafta kesintisiz ücretli izin kullanabilirler. 7) Hamile veya yeni doğum yapmış kadınlar sağlık ve güvenliklerini tehlikeye atacak işlerde çalışamazlar. 8) Hamilelik sırasında ve doğumu izleyen belli bir süre içerisinde kadınlar gece vardiyalarında çalışmazlar. Eğer gündüz vardiyalarına yönlendirilmeleri

yönelik birliğin stratejisi bağlamında toplumsal cinsiyet eşitliği politikalarının ana plan ve programlara yerleştirilmesi -(Gender Mainstreaming) – konusunda; Avrupa Birliği Komisyonu Amsterdam Anlaşmasının sağladığı yasal temele dayanarak 2001-2005 yıllarını kapsayan dönem için Birliğin Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Çerçeve Stratejisi hazırlanmıştır. “Çerçeve Strateji” belgesinde; demokrasinin AB’ye üye ülkeler ve aday ülkeler için temel bir değer olduğu ve Birliğin kalkınma politikalarında anahtar rol oynadığı belirtilerek, AB’nin bu demokrasi anlayışının tam anlamıyla gerçekleşebilmesinin tüm vatandaşların, kadınların ve erkeklerin ekonomide, karar alma mekanizmalarında, sosyal, siyasal ve kültürel hayatın her alanında eşit olarak temsil edilebilmelerinden geçtiği vurgulanmıştır. Belgede ayrıca, sürmekte olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılması için ise, “kadınların lehine özel önlemler”/yani, olumlu ayrımcılık tedbiri/ alınması gerektiği dikkate alınmıştır<sup>101</sup>.

### **B) AVRUPA BİRLİĞİ YÖNERGELERİNDE (DİREKTİFLERİNDE) KADININ HUKUKİ KONUMU**

1970’li yıllarda AB Komisyonu, 1974 yılındaki Sosyal Politika faaliyet Programını ve 1975 yılındaki çalışma hayatında kadın ve erkeklere muamele eşitliği memorandumunu (muhtıra) temel alarak ve yukarıda sayılan Anlaşmalara dayanarak hazırladığı kadın erkek fırsat eşitliğine yönelik çok sayıdaki direktif taslağını Avrupa Birliği Konseyine sunmuştur.

Aşağıdaki taslaklar konsey tarafından kabul edilmiş, üye devletlerden ve aday ülkelerden bu alanlarda ulusal yasalarını söz konusu direktiflere uygun olarak düzenlemeleri istenmiştir. Ancak toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak çıkarılmış direktifler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan şikayetler dikkate alınarak değiştirilmektedir. Örneğin Annelik izni ve ebeveyn iznini düzenleyen direktifler ile ilgili olarak yeni düzenlemeler yapılmaktadır.

mümkün değilse, izinli sayılırlar. 9) Hamile, yeni doğum yapmış ve bebek emziren kadınların işyerinde güvenliklerinin sağlanması ve sağlıklarının korunması için işyerleri belirlenmiş standartlara uymak zorundadır. 10) Çalışan anne ve babalar, yeni doğan veya evlat edinilen çocuğa bakmak için, çocuk 8 yaşına gelene kadar, üçer ay süreyle izin alma hakkına sahiptir. 11) Kadınların iş ve ev hayatlarını beraber yürütebilmelerini kolaylaştırmak için kısmi zamanlı çalışma koşulları da düzenlemelere tabiidir. 12) Yetkili kurumlar, iş kurmak isteyen kadınlara erkeklerle aynı şartlarda muamale yapmak zorundadır. 13) Avrupa Birliği kuralları aynı mesleki vasıflara sahip erkek ve kadın çalışanlar arasında kadınların lehine ayrımcılığa izin verir.

<sup>101</sup> Bu konuda bkz: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/cha/c10932.htm>;  
<http://www.kssgm.gov.tr> (e.t. 25.08.2006).

Ayrıca Avrupa Birliği mevzuatını hayata geçirebilmek için, Konsey direktiflerini takip etmenin yanı sıra, Konsey'in ve Komisyon'un konuyla ilgili olarak çıkarmış olduğu kararları ve tavsiye kararlarını, Konsey'in ilke kararlarını ve sonuç belgelerini ve Komisyon tebliğlerini takip etmek de gerekmektedir<sup>102</sup>.

Avrupa Birliği Yönergeleri, içeriği ve sonuçları bakımından yöneldiği üye devletleri hukuken bağlayıcı düzenlemelerdir, ancak prensip olarak doğrudan uygulanmazlar<sup>103</sup>. Avrupa Birliğine üye devletlerin, yönergeleri kabul edip etmeme, ya da uygulamaya koyup koymama bakımından bir takdir yetkileri yoktur. Üye ülkeler, yönergelerde belirtilen süre içinde söz konusu yönergede belirlenen ilkeleri kendi iç hukukuna geçirmekle yükümlüdürler. Ulusal

<sup>102</sup> <http://www.kssgm.gov.tr> (e.t. 25.08.2006).

<sup>103</sup> Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) 249/II uyarınca, topluluk tüzükleri genel kapsamlıdır, bütün unsurları ile bağlayıcıdır ve üye devletlerde doğrudan uygulanma niteliğine haizdir; Yönergeler ise, doğrudan uygulanamaz, üye devletler tarafından iç hukuka alınması gerekir: (TEKİNALP, G./TEKİNAL, Ü./ATAMER, Y./ODER, B.E./ODER, B./OKUTAN, G.: **Avrupa Birliği Hukuku**, 2.B., İstanbul 2000, s.71 vd.); Ancak, Adalet Divanı, bu görüşü benimsemeyerek, istisnai durumlarda üye devletin söz konusu Yönergeyi iç hukukuna adapte etmeden uygulanması için verilen süre dolduktan sonra, bir yönergenin doğrudan uygulanabilir olabileceğine bir çok dava karar vererek bu alanda içtihat hukukunu geliştirmiştir: (BOZKURT, E./ÖZCAN, M./KÖKTAŞ, A.: **Avrupa Birliği Hukuku**, 2.B., Ankara 2004, s.148 vd.); Direktiflerin "dikey" etkisi vardır; yani bireyler, vakti dolmuş olmasına rağmen, devlet tarafından iç hukuka adapte edilmemiş direktifleri mahkeme önünde *kamu kurumlarına* karşı ileri sürebilirler. Buna karşın; Adalet Divanı, direktiflerin "yatay" etkisinin olmayacağını (Marshal İctihadı ile) belirlemiştir. Buna göre; *bireylerin birbirlerine* karşı, iç hukuk mevzuatına dönüştürülmemiş direktifleri ileri sürmeleri kabul edilmemiş; ancak, ulusal hakime, önce veya sonra tarihli olsun, ulusal hukuk düzenlemelerini, mümkün olduğu ölçüde, topluluk direktiflerinin amacına ve ruhuna uygun yorumlama yükümlülüğü getirilmiştir: (ÇELENK, Sevdanur: "Avrupa Birliği Düşüncesi ve Tarihi", **Hukuk Dünyası**, Y.16, S.2006/1, Ocak-Mart 2006, s.81 vd.); AB'inde, kadını ilgilendirmesi bakımından; (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku yanında) "Aile Hukuku" na ilişkin olarak, temel ve doğrudan uygulanabilir nitelikteki 2003/2201 sayılı Konsey Tüzüğü de oldukça büyük önem taşımaktadır. Bu Tüzük; ebeveyn sorumlulukları, boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali konularında, bir üye devlette verilen mahkeme kararının, diğer bir üye devlette, herhangi bir prosedüre gerek kalmaksızın tanınması ve uygulanmasını sağlamaya yönelik (yetki vs. açısından) usul hükümlerini içermektedir. Bu konuda bkz.: ATRG (Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi) L 338/I, 23.12.2003.



organlar, yönergede belirtilen hedeflere ulaşabilmek için, iç hukuk düzenlemelerinin türünü belirlemede özgür kılınmışlardır. Eğer Yönergelerde belirtilen konu bir yasa ile düzenlenmesi gerekiyorsa, yasa çıkartılması veya yeterli ise, Bakanlar Kurulu kararı ile ya da sair şekilde yapılabilir. Yönergeler, prensip olarak doğrudan uygulanmamakla beraber, belirlenen süre içinde iç hukuka geçirilmemişse, Adalet Divanı kararlarında da belirtildiği gibi bazı durumlarda doğrudan uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>104</sup>.

*Kadın- Erkek Eşitliğinin Sağlanmasına yönelik AB Yönergeleri (tarih sırasıyla)<sup>105</sup>:*

1- 1975 yılında çıkarılan kadın ve erkek çalışanlara eşit ücret ilkesinin uygulanması hakkındaki (75/117/EEC) sayılı direktif.

2- 1976 yılında çıkarılan işe başvurma, mesleki eğitim, terfi, çalışma şartlarında kadın ve erkekler arasında eşit muamele sağlanması hakkındaki (76/207/EEC) sayılı direktif.

3-1978 yılında çıkarılan sosyal güvenlik alanında kadın ve erkeğe muamele eşitliği hakkındaki (79/7/EEC) sayılı direktif.

4- 1986 yılında çıkarılan sosyal güvenlik sistemlerinde kadın ve erkeğe muamele eşitliği prensibinin uygulanması hakkındaki (86/378/EEC) sayılı direktif.

5- 1986 yılında çıkarılan Tarım da dahil bağımsız çalışan kadınların hamilelik ve analık dönemlerinde korunması ve tarım da dahil bağımsız çalışan kadın ve erkeğe eşit muamele prensibinin uygulanmasına ilişkin (86/613/EEC) sayılı direktif.

6- 1992 yılında çıkarılan doğum iznini düzenleyen (92/85/EEC) sayılı direktif.

7- 1996 yılında çıkarılan ebeveyn iznini düzenleyen (96/34/EC) sayılı direktif.

8- 1986'da çıkarılan sosyal güvenlik sistemlerinde kadın ve erkeğe muamele eşitliği prensibinin uygulanmasını sağlayan direktifi değiştiren (96/97/EC) sayılı direktif.

<sup>104</sup> Örneğin, Divan'ın Defrenne davasında verdiği 8.4.1976 tarihli kararında, Roma antlaşmasınının 119. maddesinin eşit işe eşit ücret ilkesini düzenleyen 1. fıkrası doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Divan'ın bir başka kararında da "bireylerin ulusal mahkemeler önünde görülen davalarda yönerge hükümlerini ileri sürebileceklerine" hükmedilmiştir: (MOROĞLU, www.turkhukusitesi.com (e.t.3.3.2005)).

<sup>105</sup> MOROĞLU, (Kadın Erkek Eşitliği), www.euturkey.org.tr (e.t.3.3.2005); ayrıca bkz. www.kssgm.gov.tr (e.t.25.08.2006); TEKİNALP/TEKİNALP, s.646 vd.

**9-** 1997 yılında çıkarılan cinsiyete dayalı ayrımcılık durumları konusunda kanıt yükümlülüğü hakkındaki (97/80/EC) sayılı direktif.

**10-** (2000/78) Sayılı İşyerinde ve meslekte eşit muamele direktifi.

**11-** İstihdamda, mesleki eğitimde, meslekte yükselmede ve çalışma koşullarında kadın ve erkeğe eşit muamele ilkesinin uygulanmasına ilişkin (76/207/EEC) sayılı konsey direktifini değiştiren 23 Eylül 2002 tarih ve (2002/73/EC) sayılı avrupa parlamentosu ve avrupa konseyi direktifi<sup>106</sup>.

**12-** 13 Aralık 2004 yılında çıkarılan Mal ve hizmetlere erişimde kadınlar ve erkeklere eşit muamele edilmesi prensibinin uygulanması (2004/113/EC) sayılı konsey direktifi.

"Ayrımcılık"; belirli bir gruba ya da grup içinde belirli bir kişiye, diğerleri ile arasında, adil olmayan bir şekilde farklılık yaratmaktır. Ayrımcılık; sosyal, siyasal, cinsiyet, fiziksel vs. gibi nedenlerle yapılabilir.

13 Aralık 2004 tarihli (2004/113/EC sayılı) "Mal Ve Hizmetlere Erişimde Kadınlar Ve Erkeklere Eşit Muamele Edilmesi Prensibinin Uygulanması" ile ilgili Konsey Direktifi'nin (Yönergesi'nin), "Tanımlar" başlıklı, 2.maddesine göre; "**direkt /yani, doğrudan/ ayrımcılık**"; "bir kişi diğerine kıyasla cinsiyetinden dolayı benzer bir durumdakine göre daha az olumlu muamele görmüşse" (m.2/a);

"**dolaylı ayrımcılık**"; "açıkça nötr koşul, kriter veya uygulama bir cinsiyete dahil kişileri diğer cinsiyete dahil kişilere göre, o koşul, kriter veya uygulamanın meşru bir amaçla objektif olarak mazur göstermesi ve o amaca ulaşım araçlarının uygun ve gerekli olması dışında, belirli bir dezavantaj sağlıyorsa" (m.2/b);

<sup>106</sup> Avrupa Birliği'nde çıkarılan 2002 tarihli bu Yönerge'de, Avrupa Birliği Hukuku çerçevesinde ilk kez "cinsel taciz" kavramına yer verilerek "iş yerinde cinsel tacizin bir ayrımcılık yasağı ihlali olduğu kabul edilmektedir. Üye ülkeleri bağlayıcı nitelikte olan Yönerge, 23 Eylül 2002 tarihinde kabul edilerek 5 Ekim 2002'de AB Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır. Söz konusu Yönergede: "İşyerinde cinsel tacizin 'erkek ve kadına eşit davranma ilkesine' aykırı düştüğü ve bu nedenle önlenmesi gerektiği ve bu gibi ayrımcılığın engellenmesi için özellikle işe alınma ve hizmet içi eğitim aşamalarında özen gösterilmesi gerektiği" kabul edilmiştir. Yeni Yönerge'de yer alan kuralların üye ülkelerce en geç 5 Ekim 2005 tarihine kadar iç hukuklarına yansıtılması, bu yolda düzenleme yapılması gerekmektedir. Ayrıca, ülkelerin bu konuda idari önlemleri de alması gerektiği belirtilmiştir. (Official Journal L 269, 5/10/2002; No.73; P. 0015-0020); MOROĞLU, Nazan: Avrupa Birliği'ne Giriş Sürecinde 'Kadın Erkek Eşitliği', www.euturkey.org.tr (e.t.3.3.2005); www.kssgm.gov.tr (e.t.25.8.2006).

**“taciz”;** “bir kişinin cinsiyetine ilişkin istenmeyen bir davranış kişinin onurunu kırıcı ve korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı veya incitici çevre yaratma amacı ve etkisi ile olursa” (m.2/c);

**“cinsel taciz”;** “bir kişinin onurunu kırma amaç ve etkisi ile, özellikle korkutucu, düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı veya incitici bir çevre yarattığında, herhangi bir tür istenmeyen fiziki, sözel, sözel olmayan veya fiziksel cinsellikle ilgili bir davranış olduğunda” (m.2/d) şeklinde tanımlanmıştır.

2004 tarihli bu direktifin **“Pozitif Eylem”** başlığını taşıyan; 6.maddesinde ise; “Kadınlarla erkekler arasında uygulamada tam eşitliği sağlamak amacıyla, eşit muamele prensibi, üye devletlerin, cinsiyete bağlı dezavantajları telafi etmek için ya da önlemek için spesifik tedbirler almalarını ya da aldıkları bu tedbirleri devam ettirmelerini önlemeyecektir” hükmüne yer verilmiştir.

### C) AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI'NDA KADININ HUKUKİ KONUMU

Avrupa Topluluklarının kuruluş yıllarından (1950) itibaren, Topluluk kurumlarının, sahip oldukları geniş yetkileri kullanırken, bireyin temel haklarını ihlal edebilecekleri endişesi ile, Temel Haklar Şartı'nın gereği ortaya konulmuş ve nihayet 7 Aralık 2000 tarihinde, Nice'de “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı” imzalanmıştır.

Temel Haklar Şartı; Avrupa Birliği Anayasası'nın temelini oluşturan, hukuki bir “*bildirge*” olarak ortaya çıkmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hak ve özgürlüklere, kişisel verilerin korunması ve insan kopyalanması gibi yeni kuşak bazı hakların da eklenmesi ile Birliğin ihtiyaç duyduğu temel haklar kataloğu oluşturulmuştur. Bu belge ile düzenlenen haklar, hukuki yönden bağlayıcı değildir; bildiriye ve bildiride sayılan hakları tanıyan devletler için herhangi bir yükümlülük getirmez. Ancak, Avrupa Birliği'nin en üst düzeyinde kabul edilip, ilan edilen bir belge olarak, Avrupa Birliği politikasının, insan hakları yönünü ve temelini oluşturması açısından çok önemli bir belgedir<sup>107</sup>.

Ayrıca; Avrupa Birliği Anayasası'nın II. Bölümü Temel Haklar Şartı<sup>108</sup> başlığını taşımaktadır. Anayasa için öngörülen geçiş sürecinin tamamlanması

<sup>107</sup> Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesi'nin C serisinin 364. sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır (OJ C 364, 18.12.2000); <http://www.jura.uni.sb.de/turkish/RDag.html> (e.t. 04.10.2004); ayrıca bkz.: Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi (Şartı) (Kazancı Hukuk Otomasyon).

<sup>108</sup> AB Anayasası'nın THŞ başlıklı bölümü için bkz: [www.europa.eu.int/constitution/download/](http://www.europa.eu.int/constitution/download/) (e.t.11.12.2004).

ile, Temel Haklar Şartı ve dolayısıyla ayrımcılık yasağı da, sadece bildiri niteliği taşımaktan öte, üye devletler için bağlayıcı duruma gelecektir<sup>109</sup>. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın çeşitli maddelerinde kadını ve aileyi korumaya yönelik çeşitli hükümler getirilmiştir<sup>110</sup>.

#### D) AVRUPA ANAYASASI'NDA KADININ HUKUKİ KONUMU

29 Ekim 2004'de Roma'da imzalanan Avrupa (AB) Anayasası, Avrupa Birliği'nin hukukî temelini oluşturmaktadır. AB Anayasası ile, kültürel değerler ve eşitlik ilkesi garanti altına alınmaktadır. Bir hukukî metin olarak, AB Anayasası da bir uluslar arası antlaşmadan ibarettir<sup>111</sup>. Türkiye de, AB Anayasası'nı içeren "Nihaî Sened"i, 29 Ekim 2004'de imzalamıştır<sup>112</sup>.

Kadın-erkek eşitliği ile ilgili olarak, AB Anayasası'nın, birçok kısmında (gerek I., gerekse II.Bölümde), ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir. Bunların başlıcaları şunlardır: "Birliğin değerleri" başlığını taşıyan, m.I-2'de; ayrımcılık yasağı yanında, kadın-erkek eşitliği de düzenlenmiş ve bu değerlerin, üye devletler için ortak olduğu belirtilmiştir. "Temel özgürlükler ve ayırım gözetmeme" başlığını taşıyan, m.I-4'de, ayrımcılık yasağına yer verilmiştir. Avrupa Anayasası'nın, I-3.maddesinde; "birliğin amaçları" arasında; "kadın-erkek eşitliği" de sayılmıştır.

Aralık 2000 Nice Zirvesi'nde yayımlanan Temel Haklar Şartı, Avrupa Anayasası'na Bölüm II olarak dahil edilmiştir. Avrupa Anayasası'nın bu II. bölümünde de, kadın-erkek eşitliği (m.II-83) yanında; çocuk hakları (m.II-84), ayrımcılık yasağı (m.II-81), özürü ve yaşlıların hakları da (m.II-85,86) düzenlenmiştir. "*Kadın-erkek eşitliği*" başlıklı m.II-83'e göre; "*istihdam,*

<sup>109</sup> Ancak, Hollanda (15.06.2006 t.li haber) ve Fransa'da (8.06.2006 t.li haber), Avrupa Anayasası oylaması, "hayır"la sonuçlanmıştır: [www.wsws.org/tr/2005/jun2005/holl-j15.shtml](http://www.wsws.org/tr/2005/jun2005/holl-j15.shtml) (e.t. 12.09.2006); Buna karşın, Lüksembur, AB Anayasasına onay veren 13.ülke olmuştur (10.07.2005 t.li haber): [www.voanews.com/turkish/archive/2005-07](http://www.voanews.com/turkish/archive/2005-07) (e.t.12.09.2006).

<sup>110</sup> Bunların başlıcaları: Özel hayata ve aile hayatına saygı (m.7), Evlenme ve aile kurma hakkı (m.9), Meslek serbestisi ve çalışma hakkı (m.15), Ayrımcılık yapmama (m.21), Kadın ve erkek arasında eşitlik (m.23), Çocuk hakları (m.24), Aile ve iş hayatı (m.33), Sosyal güvenlik ve sosyal yardım (m.34).

<sup>111</sup> ŞENTOP, Mustafa: "Avrupa Birliği Anayasası", **Hukuk Dünyası**, Y.15, S.1, Ocak-Şubat-Mart, 2005, s.40 vd.; ATAR, Yavuz/GÜMÜŞ, Ali Tarık: "AB Anayasası Ne Getirmektedir", **Hukuk Dünyası**, Y.15, S.1, Ocak-Şubat-Mart, 2005, s.9 vd.

<sup>112</sup> Avrupa Anayasası ve Nihai Senet için bkz.: [www.sabah.com.tr/ozel/avrupa247/dosya\\_247.html](http://www.sabah.com.tr/ozel/avrupa247/dosya_247.html) (e.t.12.09.2006); [www.abmerkez.org.tr/belgeler/nihai%20senet.doc](http://www.abmerkez.org.tr/belgeler/nihai%20senet.doc) (e.t.12.09.2006).

*çalışma ve ücret dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında ücret dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanır. Eşitlik ilkesi, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine bazı avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesini veya kabul edilmesini engellemeyecektir*". Görüldüğü üzere, burada da, "pozitif (olumlu) ayrımcılığa" yer verilmiştir.

Avrupa Anayasası'nın, III. Bölümünde ise; m.III-116'da; "Birlik, bu bölümde belirtilen tüm faaliyetlerde, eşitsizlikleri ortadan kaldırma ve kadın-erkek eşitliğini teşvik etme amacını güder" denmiştir. Ayrıca; m.III-117 ve m.III-123'de ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.

### SONUÇ

1996 yılından başlayarak hazırlanan, "Avrupa Birliği Kadın-Erkek Eşitliği Yıllık Raporları"nın "Genişleme" başlıklı bölümlerinde, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Komisyonu tarafından formüle edildiği şekilde, "kadın-erkek arasında fırsat eşitliği sağlanmadan tam üyelik olamaz" ibaresi açıkça yer almaktadır. 10 Aralık 1999'da Helsinki Zirvesinde "aday ülke" olarak ilân edildiğimiz tarihten itibaren hazırlanan "Katılım Ortaklığı Belgeleri", "İkinci Ulusal Rapor" ve Komisyon'un hazırladığı "İkinci İlerleme Raporu"nda da, kadın politikaları konusundaki yükümlülüklerimiz ve taahhütlerimiz belirtilmiştir<sup>113</sup>.

Özellikle; Türkiye'nin aday ülke statüsünün tanınması ile başlayan Avrupa Birliği'ne adaylık süreci; karar alma mekanizmalarında, kadınlar lehine kararlar alınmasına ve bu yolda kadınlar lehine düzenlemelerin yapılmasında etkili olmuştur ve olmaya da devam etmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere; "pozitif (olumlu) ayrımcılık" ile; kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla, kadınlar lehine toplumda bazı ayrıcalıklar (kota, öncelik, avantaj vs.) tanınması olayı kastedilmektedir. Bu bağlamda; Türkiye'de ve özellikle Avrupa Birliği'nde, pozitif ayrımcılık ile ilgili hukukî düzenlemelere gittikçe daha fazla yer verildiğini gözlemlemekteyiz.

Her alanda olduğu gibi, kadın-erkek eşitliğine yönelik olarak "zihinsel dönüşüm projesi", "zihniyet değişimi"ne ilişkin yürütülen çalışmalar da sürdürülmektedir. Bu amaçla; sivil toplum kuruluşları-hükümet işbirliği, kamu bilincinin artırılmasına yönelik önlemler, kadın istihdamının artırılmasına ve istihdam koşullarının iyileştirilmesine ilişkin önlemler ve eğitime vs.ye yönelik girişimler hızla devam etmektedir. Avrupa Birliği'ne uyum çalışmaları kapsamında, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik olarak; başta Anayasa'da olmak üzere, Türk Medeni Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu'nda, İş Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve bu konu ile ilgili uluslararası sözleşmelerin

<sup>113</sup> <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=2740> (e.t.25.08.2006).

onaylanması, olumlu gelişmeler olarak nitelendirilebilir<sup>114</sup>. Ancak; yapılan yasal değişikliklerin yaşama ve uygulamaya geçirilmesi için, Türkiye'nin, kadın hakları alanında yakaladığı bu olumlu havayı iyi kullanması gerekmektedir.

Şunu da önemle belirtmek isterim ki; bütün bu gayret ve emeklerimiz, sadece kadınlarımız ve onların 8 Mart'ın "*Dünya Kadınlar Günü*"<sup>115</sup> için değil, onlarla yaşamı bir ömür boyu paylaşan tüm insanlarımız içindir. İnsanlarımızın en güzel şekilde yaşaması, dileği ile...

#### KAYNAKÇA

**ABİK, Yıldız:** Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, (Seçkin), Ankara 2005.

**ACABEY, Beşir:** Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998.

**ACAR, Faruk:** 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Bağlamında Eşin Yasal Miras Payının Belirlenmesi, (Seçkin), Ankara 2004.

**AKINTÜRK, Turgut:** Aile Hukuku, C.II, 9.B. (Beta), İstanbul 2004.

**ARSLAN, Gülay:** "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve

---

<sup>114</sup> Kadının seçme ve seçilme hakkına kavuştuğu tarih, İngiltere'de 1928, Türkiye'de 1934, Fransa'da 1946 ve İsviçre'de 1972'dir. Ancak, 80 yıldan fazla bir süreç içinde Türk kadını kendisinden çok sonra haklara sahip olmuş ülke kadınlarının (AB ülkelerinin) gerisinde kalmıştır: <http://www.istanbul.gov.tr/Default.aspx?pid=330&hid=1065> (e.t.25.08.2006), (03.03.2005 tarihli, "AB'ye Uyum Sürecinde Kadın Erkek Eşitliği Paneli").

<sup>115</sup> 8 Mart 1857'de New York'ta, kırkbin dokuma işçisi, 14 saatlik çalışma süresinin kısaltılması ve insanca yaşamaya yetecek ücret için greve gittiler. Bu grev sırasında çıkan çatışma ve yangında kadın ve çocuk 129 işçi can verdi. Birleşmiş Milletler, 1977 yılında bu günün anısına 8 Mart'ın "*Dünya Kadınlar Günü*" olarak kutlanmasına karar verdi. 8 Mart Dünya Kadınlar Günü; eşitsizliğe ve ayrımcılığa karşı, kadınların toplumsal ve ekonomik sorunlarını dile getirdiği, çözüm için birleşmenin zorunluluğunu vurguladığı bir gündür. <http://www.istanbul.gov.tr/Default.aspx?pid=330&hid=1065> (e.t.25.08.2006).

Öngörülen Usuller)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2004, C.LXII, S.1-2, s.3-43.

**ATAR, Yavuz/GÜMÜŞ, Ali Tarık:** "AB Anayasası Ne Getirmektedir", Hukuk Dünyası, Y.15, S.1, Ocak-Şubat-Mart, 2005, s.9 vd.

**AYAN, Serkan:** Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

**AYDIN, Senem:** Avrupa Birliğinde Kadın Hakları ve Türkiye, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları:175, İstanbul 2003.

**BAKTIR, Selma:** Aile Mahkemeleri, (Yetkin), Ankara 2003.

**BALO, Yusuf SOLMAZ:** Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2005, s.47-53.

**BEITZKE, G./LÜDERITZ, A.:** Familienrecht, (Verlag C.H.Beck), München 1992.

**BOZKURT, E./ÖZCAN, M./KÖKTAŞ, A.:** Avrupa Birliği Hukuku, 2.B., Ankara 2004.

**ÇELENK, Sevdanur:** "Avrupa Birliği Düşüncesi ve Tarihi", Hukuk Dünyası, Y.16, S.2006/1, Ocak-Mart 2006, s.81 vd.

**DOĞAN, Vahit:** Türk Vatandaşlık Hukuku, 4.B., (Seçkin), Ankara 2004.

**DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan:** Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

**DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper:** Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, (Filiz), İstanbul 2005.

**DURUN, Davut:** Yeni Şafak, 09.03.2006 (www.turkhukuk sitesi.com/arhive/index.php/f-19.html - e.t. 25.8.2006)

**EREN, Abdurrahman:** "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliği'nin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yeri Etkisi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.3-4, Y.2004, Aralık 2004 – Erzincan, s.47-77.

**ERTÜRK, Şükran:** İş İlişkinde Temel Haklar, Ankara 2002.

**FORSMAN, Kıvılcım Zeynep:** "Türkiye'nin Avrupa Birliği Üyeliğinin Ön Koşulu Olarak Kadın Hakları", Türkiye'de ve Avrupa Birliğinde Kadının Konumu: Kazanımlar, Sorunlar, Umutlar, İstanbul Ağustos 2004.

**HAVUTÇU, Ayşe:** Evlilik Birliğinin Temsili, (Seçkin), Ankara 2006.

**HENRICH, Dieter:** Familienrecht, 3.B., (Walter de Gruyter-Berlin-New York), 1980.

**GÜLMEZ, Mesut:** Sendikal Haklarda Uluslar arası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorumu, (Belediye-İş Yayınları), Ankara 2005.

**GÜRSEL, Meltem Kutlu:** “Kamu Görevine Girişte Kadın-Erkek Eşitliği Konusunda Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, İzmir 2002.

**HAYRAN, Burhan:** 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu, Mal Rejimleri Şerhi, (Adil Yayınevi), Ankara 2004.

**KALAYCIOĞLU, Ersin/ TOPRAK, Binnaz:** “Türkiye’de Kadınların Siyaset, Üst Yönetim ve İş Yaşamına Katılması”, www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=2740 (e.t.25.08.2006).

**KARAGÜLMEZ, Ali/URAL, S.Sezai:** Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2.B. (Seçkin), Ankara 2003.

**KILIÇOĞLU, Ahmet:** Medenî Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2.B., (Turhan K.), Ankara 2004, (*Yenilikler*)

**KILIÇOĞLU, Ahmet:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, 2.B., (Turhan K.), Ankara 2002.

**KORKUSUZ, Refik:** “Uluslar arası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Bu Sözleşmeye Göre Kurulan İnsan Hakları Komitesine Kişisel Başvuru Hakkının Esasları”, Hukuk Dünyası, Y.16, S.2006/2, Nisan-Haziran 2006, s.73-101.

**KÖSEOĞLU, Bilal:** Aile Mahkemelerinin İşleyişi, (Seçkin), Ankara 2005.

**MOROĞLU, Nazan:** “T.C. Anayasası’nda Kadın Erkek Eşitliği”, www.istanbulbarosu.org.tr (erişim t.19.12.2004); (aynı yazı: www.turkhukuksitesi.com/archive/index.php/f-19.html (e.t.25.8.2006); aynı yazı: “Avrupa Birliğine Giriş Sürecinde T.C. Anayasası ve Kadın Erkek Eşitliği” adlı Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü-KSSGM yayınında yer almaktadır).

**MOROĞLU, Nazan:** “Anayasa Değişikliğinde Göstermelik Eşitlik”, www.turkhukuksitesi.com (e.t.22.7.2003); aynı yazı: 20 Ekim 2001 tarihli Dünya Gazetesi’nde ve 22.10.2001 tarihli Bizim Gazete’de yayınlanmıştır.

**MOROĞLU, Nazan:** “Kadınların İnsan Hakları Bildirgesi ve Ek İhtiyari Protokol”, Erdoğan Moroğlu’na Armağan, İstanbul 1999, s.881 vd.

**MOROĞLU, Nazan:** Kadının Soyadı (Beta yayını), İstanbul, 2000.

**MOROĞLU, Nazan:** Medenî Kanunda Mal Rejimleri, (BetaB), İstanbul 2002.

**MOROĞLU, Nazan:** “Avrupa Birliği’ne Giriş Sürecinde ‘Kadın Erkek Eşitliği’”, (*Kadın Erkek Eşitliği*) www.euturkey.org.tr (erişim t. 3.3.2005).



**NOMER, Haluk:** “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, Prof. Dr. Ergin NOMER’e Armağan, MHB Özel Sayı, (İ.Ü. Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi), İstanbul 2002, s.421-450.

**ODER, B. Emrah:** “Avrupa Birliğinde Kadın Erkek Eşitliğinin Hukuksal Temelleri”, Güncel Hukuk Dergisi, S.1, Ocak 2004, s.34

**OĞUZMAN, M.Kemal / SELİÇİ, Özer /OKTAY, Saibe:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2002.

**ÖZBEK, V.Özer:** Yeni Ceza Kanunu’nun Anlamı, C.I, Ankara 2006.

**ÖZDAMAR, Demet:** Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medenî Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukukî Durumu, (Seçkin Yayınevi), Ankara 2002, s.132 vd; s.204 vd.

**ÖZDAMAR, Demet:** “Avrupa Birliği’ne Uyum Çerçevesinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 130.131. ve132. Maddelerinde (Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kuruluşları İle İlgili Olarak) Gerçekleştirilmesi Planlanan Reformlar”, TBMM Anayasa Hukuku, I. Uluslar arası Sempozyumu, 22-24 Nisan 2003 Ankara, s.375 vd.

**ÖZDEMİR, Nevzat:** Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, (Beta), İstanbul 2003.

**ÖZMEN, Remzi:** İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, (Seçkin), Ankara 2004.

**ÖZTAN, Bilge:** Aile Hukuku, 4.B., Ankara 2004.

**ÖZUĞUR, Ali İhsan:** Mal Rejimleri, 3.B., (Seçkin), Ankara 2006.

**RUHİ, Ahmet Cemal:** Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, (Seçkin), Ankara 2003.

**ŞENTOP, Mustafa:** “Avrupa Birliği Anayasası”, Hukuk Dünyası, Y.15, S.1, Ocak-Şubat-Mart, 2005, s.40 vd.

**ŞIPKA, Şükran:** Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutuyla İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, (TMK.m.194), (BetaB), İstanbul 2002.

**TAŞKENT, Savaş:** Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu ve İlgili Yönetmelikler, (Legal), İstanbul 2005.

**TEKİNALP, G./TEKİNAL, Ü./ATAMER, Y./ODER, B.E./ODER, B./OKUTAN, G.:** Avrupa Birliği Hukuku, 2.B., İstanbul 2000.

**TERZİ, Özlem:** “Avrupa Birliğinde Toplumsal Cinsiyet Politikaları”, Türkiye’de ve Avrupa Birliğinde Kadının Konumu: Kazanımlar, Sorunlar, Umutlar, İstanbul Ağustos 2004.

**TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M.Ruhan/ÖNOK, Murat:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (Seçkin), Ankara 2006

**TUSKAN, Aydeniz Alisbah:** "Kadın Bakış Açısı İle Yeni Türk Ceza Kanunu" www.istanbulbarosu.org.tr. (e.t.3.3.2005).

**TUTUMLU, Mehmet Akif:** Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C.II, (Seçkin), Ankara 2005.

**Türk Hukuk Enstitüsü Araştırma Grubu:** "Türkiyenin AB'ye Üyelik Sürecinde Kopenhag Kriterleri", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Ocak2003, S.71, s.25-29.

**UÇAR, M.Ali:** Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, (Yetkin), Ankara 2003.

**ÜLGER, Seher:** Avrupa Birliği Ülkeleri ile Türkiye'de Kadına ve Kadın Sağlığına Genel Bir Bakış, (Ankara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Araştırma ve Uygulama Merkezi, Temel Eğitim, 28. Dönem), Ankara 2001.

**ÜNAL TEKELİ/TÜRKİYE DAVASI** (29865/96), Strazburg, 16 Kasım 2004 (**Kazancı Hukuk Otomasyon**); ayrıca: (**Çev. Av. Nilgün TORTOP**), **İzmir Barosu Bülteni**, Y.14, S.152, Ekim /Kasım 2004, s.25.

**ZEYTİN, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, (Seçkin), Ankara 2005.

**ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA:** Medeni Hukuk, (Seçkin), Ankara 2000.

**İNAN, A.Naim/ERTAŞ, Şeref:** Miras Hukuku, 3.B., Ankara 1995.

**İNAN, A.Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan:** Miras Hukuku, 5.B., Ankara 2004.

**YURTCAN, Erdener:** Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, (Kazancı), İstanbul 2004.

**BAŞLICA İNTERNET ADRESLERİ**

[www.abgs.gov.tr/indextr.html](http://www.abgs.gov.tr/indextr.html) (erişim t. 25.8.2006).

<http://www.kssgm.gov.tr> (e.t.25.08.2006)

[www.bianet.org/2006/03/09/dosya\\_pozitif.htm](http://www.bianet.org/2006/03/09/dosya_pozitif.htm) (e.t.25.8.2006).

[www.turkhukusitesi.com/archive/index.php/](http://www.turkhukusitesi.com/archive/index.php/) (e.t.25.8.2006).

[www.turkhukusitesi.com.showthread.php?t=2740](http://www.turkhukusitesi.com.showthread.php?t=2740) (e.t.25.08.2006).

[www.kazete.com.tr/httpdocs/arsiv/2004/](http://www.kazete.com.tr/httpdocs/arsiv/2004/) (e.t.25.8.2006).

<http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/pages/nevs-full-asp?id=98&r> (e.t.25.8.2006).

- <http://www.istanbulbarosu.ogr.tr/komisyonlar/hkkom/haber/>  
(e.t.25.08.2006).
- [www.deltur.cec.eu-eu-int/abeşitlik-rtf/](http://www.deltur.cec.eu-eu-int/abeşitlik-rtf/) (e.t. 22.01.2005).
- <http://europa.eu.int/comm/> (e.t.3.3.2005).
- <http://www.istanbul.gov.tr/Default.aspx?pid=330&hid=1065>  
(e.t.25.08.2006);
- [www.deltur.cec.eu.int/AB\\_kadin-erkek.html](http://www.deltur.cec.eu.int/AB_kadin-erkek.html) (e.t.25.08.2006)
- [www.deltur.cec.eu.int/AB\\_kadin-erkek.html](http://www.deltur.cec.eu.int/AB_kadin-erkek.html) (e.t.25.08.2006).
- <http://europa.eu.int/scadplus/leg/en/cha/c10932.htm> (e.t. 25.08.2006).
- <http://www.jura.uni.sb.de/turkish/RDag.html> (e.t. 04.10.2004).
- [www.europa.eu.int/constitution/download/](http://www.europa.eu.int/constitution/download/) (e.t.11.12.2004).
- [www.wsws.org/tr/2005/jun2005/holl-j15.shtml](http://www.wsws.org/tr/2005/jun2005/holl-j15.shtml) (e.t. 12.09.2006).
- [www.voanews.com/turkish/archive/2005-07](http://www.voanews.com/turkish/archive/2005-07) (e.t.12.09.2006).
- [www.sabah.com.tr/ozel/avrupa247/dosya\\_247.html](http://www.sabah.com.tr/ozel/avrupa247/dosya_247.html) (e.t.12.09.2006);
- [www.abmerkez.org.tr/belgeler/nihai%20senet.doc](http://www.abmerkez.org.tr/belgeler/nihai%20senet.doc) (e.t.12.09.2006).
- <http://www.istanbul.gov.tr/Default.aspx?pid=330&hid=1065>  
(e.t.25.08.2006).
- <http://groups.yahoo.com/group/hukuk/message2887> (13.12.2001 t.).
- [www.ktto.net](http://www.ktto.net) (e.t.3.3.2005).
- [www.Milliyet.com.tr](http://www.Milliyet.com.tr). (e.t.3.3.2005).
- [www.hurriyetim.com.tr](http://www.hurriyetim.com.tr). (e.t.25.8.2006)
- 15 Mart 2001 tarihli Cumhuriyet Gazetesi.
- Radikal Gazetesi, 4 Mayıs 2004, s.4-6, aynı Gazete 6 Mayıs 2004, s.6.



## ROMA HUKUKUNDA HAYVANLARIN YOLAÇTIKLARI ZARARLARDAN DOĞAN SORUMLULUK

Yrd. Doç. Dr. Gökçe TÜRKÖĞLU-ÖZDEMİR\*

### ÖZET

Hayvanların vermiş oldukları zararlardan dolayı hayvan sahiplerinin sorumlu tutulması gerektiği, Roma hukukunca kabul edilmiş bir ilkedir ve Roma hukukunda konu ile ilgili olarak yapılmış olan düzenlemeler, Borçlar Kanunumuzun 56. maddesindeki kusursuz sorumluluk halinin temelini oluşturmuştur. Hayvan yüzünden zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararlarının tazmin edilmesi, ya da kusursuz olmalarından dolayı hayvandan yararlanan kimselerin sorumlu tutulmamaları aslında hukuk sistemlerinin yapmaları gereken bir tercihtir. Borçlar Kanunumuzda hayvandan zarar görenlerin çıkarları tercih edilerek, bu durum “kusursuz sorumluluk” başlığı altında düzenlenmiştir. Roma hukukunda da, kural olarak, hayvanın vermiş olduğu zararlardan dolayı sahibinin *noxal* sorumluluğunun bulunduğu kabul edilerek, benzer bir çözüm benimsenmiştir.

Anahtar Kelimeler; Kusursuz sorumluluk, Contra naturam, Actio de pauperie, Edictum de feris, Actio de pastu.

### LIABILITY IN ROMAN LAW FOR DAMAGES CAUSED BY ANIMALS

#### ABSTRACT

The necessity of holding the owner of the animal liable from the damages caused by the animal is an accepted principle in Roman law and the regularities done by Roman law in this field constitute the basis of the sort of strict liability in the Code of Obligations article 56. Compensation for the damages of the third parties caused by the animals or not holding the people who in are charge of the animals liable because of their faultlessness, is a preference that has to be done by the law systems. In our Code of Obligations, the interests of the third parties that are damaged by the animal are preferred and this case is arranged under the title of “strict liability”. In Roman law, generally a similar solution is accepted. Hence, the owner of the animal has a *noxal* liability in Roman law.

Keywords; Strict liability, Contra naturam, Actio de pauperie, Edictum de feris, Actio de pastu.

## GİRİŞ

Hayvanların, insanlara büyük yardımları bulunmakla birlikte, her zaman için, ister evcil ister yabani hayvan olsun, bir şekilde onlara zarar verme riski de söz konusudur. Hukuk sistemleri, genellikle hayvanlar yüzünden zarara uğrayan kişilerin, bu zararlarından dolayı, hayvan sahiplerini sorumlu tutabilecekleri şeklinde bir çözüm tarzı benimsemişlerdir. Hayvanların sağladığı yararları elde eden kişinin, onun vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulması, doğru bir yaklaşımdır. Hayvandan sağlanan yararlar ile hayvanı tutmanın çevreye verebileceği zararlar arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır<sup>1</sup>.

Bir kimseye, haksız olarak hukuka aykırı bir fiil ile (*iniuria*) zarar (*damnum*) verilmesi, zarar görenin hak ve çıkarlarının haksız olarak ihlal edilmesi durumunda ortada haksız fiil vardır<sup>2</sup>. Haksız fiilin söz konusu olması için, hukuka aykırı fiil ile, zarar arasında illiyet bağı bulunması ve haksız fiil işleyeninin bu fiilden sorumlu tutulması gerekir<sup>3</sup>. Sorumluluk ilkeleri, objektif sorumluluk ilkesi ve sübjektif sorumluluk ilkesi olmak üzere ikiye ayrılır. Objektif sorumluluk ilkesi (sonuç- sebep sorumluluğu), bir kişinin haksız fiilden ötürü sorumlu tutulması için, yalnızca sonucun meydana gelip gelmediğini gözönünde tutar. Oysa sübjektif sorumluluk ilkesi (kusur sorumluluğu), sonucun meydana gelip gelmeme durumunun yanısıra, bu sonuca yol açan sübjektif sebepleri yani haksız fiili işleyen kimse kusurlu mu değil mi sorularının yanıtlarını araştırır<sup>4</sup>. Objektif sorumluluk ilkesinin uygulanışı kolay olmasından dolayı, tüm eski hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Roma hukukunun ilk dönemlerinde kabul edilmiş olan sorumluluk ilkesi, objektif sorumluluk idi. Sübjektif sorumluluk ilkesi ise, haksız fiili işleyen kimsenin özel durumunu dikkate alması ve daha hakkaniyete uygun çözümler getirmiş olmasından dolayı, hukuk anlayışının gelişmesiyle Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde ve esas olarak günümüz hukukunda uygulanan sorumluluk ilkesidir<sup>5</sup>. Özetle Iustinianus döneminde ve kural olarak günümüz hukukunda sübjektif sorumluluk uygulanırken, Roma hukukunun ilk dönemlerinde objektif sorumluluk kabul edilmiştir. Ancak, günümüz hukukunda sübjektif sorumluluk ilkesinin istisnaları

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. I, Üzerinde çalışılmış ve geliştirilmiş Altıncı Bası, İstanbul, 1976, s. 576.

<sup>2</sup> RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2001, s. 183.

<sup>3</sup> TAHİROĞLU Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2000, s. 235-6.

<sup>4</sup> Rado (2001) s. 36 vd.; ERDOĞMUŞ Bülent, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2005, s. 24 vd.

<sup>5</sup> Tahiroğlu (2000) s. 38.

da bulunmaktadır. Zaman içinde, hukuk sistemleri, özen ve gözetim ödevinin objektif olarak yerine getirilmesine büyük önem vererek, çeşitli durumlarda yine objektif sorumluluk ilkesinin uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Bu özel durumlarda, “kusursuz sorumluluk halleri” denilmektedir. İşte, hayvanların verdikleri zararlardan kaynaklanan sorumluluk da, Borçlar hukukumuzda bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir<sup>6</sup>.

Borçlar Kanunumuzun 56. maddesinde, hayvan tutucusunun sorumluluğu şu şekilde düzenlenmiştir; “Bir hayvan tarafından yapılan zararı, o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hâl ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinaı yaptığını yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur.

Bu surette eğer hayvan diğer bir şahıs yahut diğer bir şahsa ait olan hayvan tarafından ürkütülmüş olur ise, bu kimse onlara rücu edebilir”.

#### ***1. Hayvanların Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumluluğun Kaynağı***

Roma hukuku, hayvanlar tarafından verilen zararlardan kaynaklanan sorumluluğa ilişkin olarak önemli düzenlemeler getirmiş bir hukuk sistemidir. Hatta bu düzenlemelerin pek çoğu, günümüz hukukuna da temel oluşturmaktadır. Roma’da tüm hayvanlar vahşi ve evcil hayvan olmalarına göre bir sınıflandırmaya tabi tutulmuşlardır<sup>7</sup>.

Roma hukukunda, hayvanların verdiği zararlardan doğan sorumluluğunun kaynağında esas olarak *actio de pauperie*<sup>8</sup> denilen dava yer almaktadır<sup>9</sup>. Bu davaya ilişkin düzenlemeler ilk olarak Oniki Levha Kanununda ortaya konmuştur. O halde hayvanların verdikleri zararlardan dolayı, sahibinin sorumlu tutulması gerektiği kuralı, bu hukuk sisteminin ilk zamanlarından itibaren bilinmekteydi<sup>10</sup>. *Pauperies* ifadesi, *pauper* kelimesinden türemiştir ve

<sup>6</sup> EREN Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Tıpkı 7. Bası, Ankara, 2001, s. 576 vd.

<sup>7</sup> Ashton-Cross D. I. C., “Liability in Roman Law for Damage Caused by Animals”, **Cambridge Law Journal**, V. 11, 1953, s. 395; Vahşi hayvanların doğuştan, vahşi olma özelliklerine sahip olmaları aranır (D. 9, 1, 1, 10; Inst. 4, 9, pr.). Evcil hayvanların ise, çoğunlukla sahipli hayvanlar oldukları düşünölmekteydi.

<sup>8</sup> UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lügati**, İstanbul, 1975, s. 5; Hayvanların verdikleri zararlara ilişkin davaya *actio de pauperie* denilmektedir.

<sup>9</sup> ZIMMERMAN Reinhard, **The Law of Obligation, Roman Foundations of the Civil Tradition**, Cape Town, 1990, s. 1096; VINOGRADOFF Paul, **Outlines of Historical Jurisprudence**, Oxford, 1922, s. 194.

<sup>10</sup> D. 9, 1, 1 pr. Ulp. 18 ad ed. ”*Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id*

yoksulluk anlamına gelmektedir<sup>11</sup>. Ancak doğal olarak, çoğu hukuk kurum ve kuralında da olduğu gibi, bu dava ve dolayısıyla hayvan sahibinin sorumluluğunun esası Klâsik hukuk döneminde ortaya konmuştur<sup>12</sup>. Daha

*est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerre*” Dört ayaklı bir hayvanın *pauperies* yaptığı iddia edildiği durumlarda, Oniki Levha Kanunundan kaynaklanan bir dava hakkı tanınır. Buna göre hayvan sahibinin ya zarara yol açan hayvanı, zarara uğramış kişiye teslim edilmesi ya da onun zararlarını para ödeyerek, tazmin etmesi gerekmektedir. Iust. Inst. 4, 9 pr. “*Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est (quae animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est): puta si equus calcitrosus calce percusserit aut bos cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in his, quae contra naturam moventur, locum habet: ceterum si genitalis si feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino et sic noubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuriam fecisse dici, quod sensu caret. Haec quod ad noxalem actionem pertinet*”. Akıldan mahrum olan hayvanlar hususunda, azgınlıkları, kızgınlıkları veya vahşilikleri ile bir zarar verdikleri durumlarda, Oniki Levha Kanunu bir *actio noxalis* tanımıştır (Oniki Levha Kanununda yazılı olduğuna göre, hayvanlar *nox*a olarak verilerek, davalının kurtarılması sağlanmaktadır): Örneğin azgın bir at çifte atarsa, veya boynuzları ile tos vurmağa alışık bir öküz tos vurursa. Ancak dava, gayri tabii olarak hareket eden hayvanlar söz konusu ise tanınır; Doğaları gereği vahşi olan hayvanların verdikleri zararlar için, bu davanın açılması mümkün olmaz. Buna göre, bir ayı malikinden kaçarak başkasına bir zarar verirse, malikine karşı dava açılmaz. Çünkü vahşi hayvanın kaçması ile artık o kişi, malik olmaktan çıkmıştır. Zarar verme niyeti var olmadan verilen zarar, *pauperies*'dir: Bir hayvanın *iniuria* işlediği söylenemez, çünkü akıldan yoksundur. İşte *actio noxalis* için söylenecek olan budur.

<sup>11</sup> Watson Alan, “The Original Meaning of Pauperies”, **Revue Internationale des Droit de l'Antiquité**, V. 17, 1970, s. 361 vd.; Oniki Levha Kanununda diğer zararlar da kullanılan terimler yerine niçin bu ifadenin kullanıldığı tam olarak bilinmemektedir. Zarara uğrayan tarafın durumunda bir kötüleşme olduğu, maddi kayıba uğradığı için *pauperie* ifadesinin kullanıldığı düşünülmektedir. Bu şekilde bir hayvan yüzünden zarara uğrayan kişi, zarara uğramadan önceki durumuna göre daha kötüleştiği için, fakirleştiği yoksullaştığı kabul edilebilir. Zaten Oniki Levha Kanunda da, bu konuya ilişkin olarak verilen örneklerde çoğunlukla, dört ayaklı hayvanların başkalarının durumunu kötüleştirdiği durumlar açıklanmıştır. Karşı görüş için bkz. Wylie Kerr John, “Actio de Pauperie, Dig. Lib. IX, Tit. 1”, **Studi in Honore di Salvotore Riccobone**, V. IV, 1936, s. 466 vd.

<sup>12</sup> Zimmerman (1990) s. 1097.



sonraki dönemlerde, *actio de pauperie*'ye ilişkin düzenlemelerin *interpolatio*'ya uğradığını kolaylıkla söyleyebiliriz. Roma hukukunda *actio de pauperie* dışında, hayvanların verdikleri zararlardan dolayı sorumluluk hakkındaki diğer düzenlemeler ise, hakkında elimize çok az bilgi ulaşan, başta köpekler olmak üzere, vahşi hayvanların verdikleri zararlara ilişkin olan, *edictum de feris*<sup>13</sup>, köpekler hakkındaki *lex Pesolania*<sup>14</sup> ve Iustinianus döneminde ortadan kaldırılmış olan *actio de pastu pecoris*<sup>15</sup> idi. Ayrıca, hayvanların vermiş oldukları zararların tazmini için, bu özel düzenlemelerin yanısıra, başta kusur şartı olmak üzere, diğer şartlarının gerçekleşmesi durumunda, zarar gören *actio legis Aquiliae*'den de yararlanabilirdi<sup>16</sup>.

“Hayvanların *pauperies* işlemesi” şeklindeki ifade kural olarak doğru değildir. Çünkü hayvanların yaptıkları hareketlerin sonuçlarını idrak edebilme kapasiteleri olmadığından, kusurlu şekilde hukuka aykırı bir davranış işledikleri düşünülemez<sup>17</sup>. Bu sonuç, Roma hukukunca saptanmış olduğundan, hayvanların verdiği zararlardan doğan sorumluluk ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Söz

<sup>13</sup> Iust. Inst. 4, 9, 1.

<sup>14</sup> Jackson Bernard S., “Liability for Animals in Roman Law: A Historical Sketch”, **Cambridge Law Journal**, V. 37, 1978, s. 128; Böyle bir kanunun gerçekten varolduğu da şüphelidir. Ayrıca, varolduğu kabul edilse bile, isminin farklı olabileceği konusunda da şüpheler bulunmaktadır. Paul. Sent. 1, 15, 1’de *lex Pesolania* şeklinde belirtilmiş olsa bile, bu kanunun esas adının *lex Pesolania de cane* olması da mümkündür.

<sup>15</sup> Umur (1975) s. 5; Hayvanlarını, otlatmak üzere başkasının arazisi üzerine, bile bile sevk eden malike karşı, İmparatorluğun ilk asırına kadar açıldığı görülen ceza davasınai *actio de pastu pecoris* ya da kısaca *actio de pastu* denilmektedir (XII lev. 8, 7).

<sup>16</sup> DI MARZO Salvatore, **Roma Hukuku**, 5. tab’ından Çeviren UMUR Ziya, İstanbul, 1954, s. 427; Erdoğan (2005) s. 126 vd.; Roma hukukunda başkalarının mallarına haksız olarak zarar verene (*damnum iniuria datum*) karşı *actio legis Aquilia* açılmaktaydı. M. Ö. ikinci yüzyılın ortasında varolduğu düşünülen *lex Aquilia* gereğince, kasıt hatta hafif ihmal ile başkasına ait bir köleyi veya sürüdeki hayvanı öldüren kimseye karşı *actio legis Aquiliae* açılarak, ölen köle ya da hayvanın o sene içinde eriştiği en yüksek değeri, köle ya da hayvanın sahibine ödemesi zorlanmaktaydı (D. 9, 2, 2). Ayrıca, başkasının malını yakmış, kırmış veya çatlaşmış (*usta,rupta, fracta*) olan kimseye karşı da yine *actio legis Aquiliae* açılarak, mal sahibine malın söz konusu zarar olayından önceki otuz gün içinde eriştiği değeri tazmin etmesi sağlanmaktaydı.

<sup>17</sup> D. 9, 1, 1, 3 Ulp. 18 ad ed. “*Ait praetor “pauperiem fecisse”. pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*”.

konusu bakış açısı, Roma hukukunun getirdiği önemli bir yeniliktir ve Roma hukukçularının ne kadar büyük hukukçular olduklarını bir kez daha vurgulamaktadır<sup>18</sup>. Örneğin eski Yunan hukukunda hayvanlara kişilik verilmekte, tıpkı insanlarda olduğu gibi, bazı durumlarda ödüllendirilmekte, bazen de cezalandırılmaktaydılar<sup>19</sup>. Oysa, Romalı hukukçular böyle bir yanılığa düşmeyerek, hayvanın cezalandırılması yerine, hayvanın verdiği zararın hayvan sahibi tarafından tazmin edilmesi esasını kabul etmişlerdir. Ancak elimize ulaşan bilgilerin yetersizliğinden dolayı, zarar veren hayvanların bu davranışlarından dolayı “kötü” olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayı bilinmemektedir. Davranışları sonucunda birine zarar veren hayvanın sahibi yoksa, zarar gören, oç alma ihtiyacını hayvan üzerinde kullanabilirdi. Roma hukukunun ilk dönemlerinde sahipsiz hayvanlar için kabul edilen bu çözüm, aslında o dönemde kişilerin birbirlerine verdikleri zararlarda uygulanan kurallarla da uyumlu idi<sup>20</sup>. İhkakı hakkın geçerli olduğu bu dönemde zarara uğrayan kimse, kendi uğradığı zararın aynısına kısas gereğince karşı tarafın da uğramasını sağlamaktaydı<sup>21</sup>. Ancak zarar veren hayvanın bir sahibi varsa, zarar görenin intikam ihtiyacı ile, hayvan sahibinin hayvan üzerindeki mülkiyet hakkı birbirleriyle çakışmaktaydı. Çünkü, zarar görenin intikam almak amacıyla hayvanı öldürmesi, hayvan sahibinin mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi anlamına gelmektedir. Roma hukuku, bunlardan hangisine diğerinden daha fazla önem verileceği sorusunu, *noxal* sorumluluk esaslarının hayvan sahibinin sorumluluğu açısından da kabul edilmesi ile çözümlenmiştir<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> LAWSON Frederick H., **Negligence in the Civil Law**, Oxford, 1950, s. 27 vd.; SCHULZ Fritz, **History of Roman Legal Science**, Oxford, 1946, s. 27 vd.; Roma’da Klâsik-sonrası hukuk döneminde hayvan sahibinin sorumluluğunda tabii hukuk anlayışının etkili olduğu görülmektedir. Hayvan, bir başkasına zarar verdiğinde, bu hayvan sahibinin, tüm insanların birbirlerine iyi davranmaları ve zarar vermemeleri gerekliliği doğrultusunda, sorumluluğu altındaki hayvanın vermiş olduğu zararı da tazmin etmesi şarttı. Ortaçağda ise, hristiyanlığın etkisinin artması ile hayvanların cezalandırılması tekrar gündeme gelmişti. Bu dönemde hayvanların içinde iyilik ve kötülük olabileceği düşünüldüğünden kötü hayvanların cezalandırılması haklı görülürdü. Bu uygulama 18. yüzyıl ve hatta 19. yüzyılın ortalarına kadar devam etmiştir.

<sup>19</sup> Innes Rose James, “The Roman Law Relating to the Damage Done by Animals”, **South African Law Journal**, V. 290, 1905, s. 23; Zimmerman (1990) s. 1098.

<sup>20</sup> Zimmerman (1990) s. 1098.

<sup>21</sup> UMUR Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, 1999, s. 389.

<sup>22</sup> BERGER Adolf, **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, Philadelphia, 1953, s. 600-1; *Noxal* sorumluluk, kölenin ya da aile evladının işlemiş olduğu

Buna göre, hayvanın sahibi hayvan üzerindeki mülkiyet hakkından dilerse kendi isteğiyle vazgeçerek, hayvanı zarar görene teslim edebilir, dilerse de, mülkiyet hakkından vazgeçmeyerek, zarar görenin zararını tazmin edebilirdi (*noxae deditio*). Hayvan sahibinin sorumluluğunda, *noxal* sorumluluk kurallarının uygulanmasına, Roma hukukunun her döneminde rastlanmaktadır<sup>23</sup>.

## II. Roma Hukukunda Actio de Pauperie

Roma hukukunda *actio de pauperie*<sup>24</sup>, bir hayvanın özgür kişilere veya aile evlatlarına ya da başkasına ait mallara zarar vermesi durumlarında açılabilirdi<sup>25</sup>. Kural olarak *actio de pauperie*, *noxal* sorumluluk

---

haksız olduğu haksız fiilden dolayı, efendinin veya aile babasının sorumlu tutulması anlamına gelmektedir. Ayrıca bu çeşit sorumluluk, hayvanın vermiş olduğu zararlardan dolayı, hayvan sahibi için de geçerli olmaktadır. Iustinianus döneminde, artık hukuka aykırı bir fiile başkasına zarar vermiş olan aile evladının, aile babası tarafından zarara uğrayan kişiye teslim edilmesi yasaklanmıştır. Bu dönemde köleler ile aile evlatlarının hukukî statüleri farklılaşmıştır. Aile evlatlarına malvarlığı edinebilme olanağının tanınması ile, doğrudan onlara dava açmak mümkün hale gelmiştir.

<sup>23</sup> BIONDI Biondo, **Actiones Noxales**, Palermo, 1925, s. 15.

D. 9, 1, 1 pr. Ulp. 18 ad ed. “ *Si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre*”. D. 9, 1, 1, 1 Ulp. 18 ad ed. “*Noxia autem est ipsum delictum*” Zarar suçu oluşturur.

<sup>24</sup> Watson (1970) s. 365; Wylie Kerr (1936) s. 510; Jackson (1978) s. 123.

D. 9, 1, 3 Gai. 7 ad ed. provinc. “*Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus*”.

<sup>25</sup> Jackson (1978) s. 124; Mala verilen zarar, başkasının kölesine ya da hayvanına zarar verilmesi durumları kapsamaktaydı. Şartları gerçekleşmişse, bu durumlarda *actio legis Aquiliae* de açılabilirdi. Ayrıca, hayvan tarafından bir başkasının arazine verilen zararların da, *actio de pauperie*'nin kapsamına girmediği kabul edilmektedir. Bu durum, *actio de pastu* denilen ve hayvanların özellikle de sığırların, bir başkasının arazisinde otlatılmasından kaynaklanan zararlara, yani kısaca başkasının arazisine verilen zararlara ilişkin davanın konusunu oluşturmaktadır. Digesta'da *actio de pauperie* hakkındaki metinlerde, kural olarak hayvanlar tarafından diğer kişilere ya da diğer hayvanlara verilen zararlar, örnek olarak açıklanmıştır (D. 9, 1, 1, 1; D. 9, 1, 1, 4; D. 9, 1, 1, 5; D. 9, 1, 1, 9; D. 9, 2, 52, 2; D. 9, 1, 2 pr.; D. 9, 1, 1, 11; D. 9, 2, 57). Klâsik hukuk dönemi hukukçularından Alfenus, hayvanın başkasına ait köleyi yaralaması ya

doğurmaktaydı. Davayı, hayvan yüzünden fiziksel olarak zarara uğramış kişi, hayvan bir kişiye değil de, mala zarar vermiş ise, malın sahibi açmaktaydı. Ancak malı malik olmadan elinde bulunduran kimsenin mal üzerinde *custodia* sorumluluğu<sup>26</sup> bulunuyorsa, bu kişilere de *actio de pauperie*'yi açabilme olanağı tanınmıştı<sup>27</sup>.

#### A. *Actio de Pauperie*'nin Kapsamı

Oniki Levha Kanununa göre, zararın dört ayaklı bir hayvan tarafından verilmesi gerekmekteydi (*quadrupedemve pecudem*)<sup>28</sup>. Kanun bu konuda oldukça açık ve kesin bir dille düzenleme getirmiştir (XII Lev. 8, 6)<sup>29</sup>. *Actio de pauperie* ile, verdiği zararlardan dolayı sahibinin sorumlu tutulacağı hayvanlar,

---

da öldürmesi durumlarına ilişkin örnekler vermiştir; D. 9, 2, 52, 2 Alfenus 2 dig. "puerem cuiusdam"; D. 9, 2, 52, 3 Alfenus 2 dig. "emptoris servus"; D. 9, 1, 5 Alfenus 2 dig. "agasso". Yine bir diğer Roma hukukçusu Quintus Mucius'a ait D. 9, 1, 1, 11'de yer alan metinde bir hayvanın başkasına ait hayvana saldırmasından söz edilmektedir.

<sup>26</sup> Di Marzo (1954) s. 325 vd.; Umur (1975) s. 53; Borçlunun elinde bulunan başkasına ait bir malın telef olmasına ya da zarar göstermesine engel olmak için, borçlunun sarf etmesi gereken ve en titiz kimselerden istenen, normalin üstünde özene *custodia* denilmektedir. Bazı durumlarda *custodia*, kusursuz sorumluluk halini gösterir.

<sup>27</sup> D. 9, 1, 2 Paul. 22 ad ed. "Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videntur pati". Bu davayı yalnızca hayvan tarafından zarar verilmiş malın sahibi değil, ayrıca zarara uğramış mal üzerinde çıkarları olan örneğin malı ödünç almış kişiler de açılabilir.

<sup>28</sup> D. 9, 1, 1, 2 Ulp. 18 ad ed. "Quae actio ad omnes quadrupedes pertinet". Bu dava tüm dört ayaklı hayvanlara uygulanır.

<sup>29</sup> D. 9, 1, 4 Paul. 22 ad ed. "Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit". Atların, öküzlerin, katırların verdikleri zararlardan sahipleri sorumlu tutulur. Gaius da, D. 9, 2, 2 pr.'de, *lex Aquilia*'ya hakkında bilgiler verirken, *quadrupedes* denilen dört ayaklı hayvanları özellikle sığırlar sınıfı olarak belirtmiştir. D. 9, 2, 2 pr. Gai. 7 ad ed. provinc. "Lege aquilia capite primo cavetur: " ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto".

Aslında bu kanunla sahiplerinin sorumluluğunun düzenlendiği hayvanlar, büyükbaş hayvanlardı.

koyunlar<sup>30</sup>, keçiler, öküzler, atlar, katırlar ve eşeklerdir<sup>31</sup>. Ancak, Roma hukukunun ilerleyen zamanlarında hayvan sahibinin sorumluluğunun

---

<sup>30</sup> D. 9, 2, 29, 6 Ulp. 18 ad ed. “*Haec actione ex hoc legis capite de omnibus animalibus laesis, quae pecudes non sunt, agendum est, ut puta de cane: sed et de apro et leone ceterisque feris et avibus idem erit dicendum*”.

<sup>31</sup> Jackson (1978) s. 125; Domuzların ve köpeklerin durumu tam olarak belli değildi. Bazen *actio de pauperie*'nin kapsamına alındıkları görülse de, bazen dışında tutulmuşlardı (D. 9, 3, 29, 6). Ayrıca, *bestiae* yani ayılar, aslanlar, panterler, çitalar, leoparlar gibi hayvanlar da *actio de pauperie*'nin kapsamında değildiler. Filler ve develer, doğaları gereği vahşi hayvan sayılmalarına rağmen, yük hayvanı olarak kullanıldıklarından (*quasi mixti sunt*), *actio de pauperie*'nin kapsamına dahildiler ve buna göre, fillerin ve develerin sahipleri, hayvanlarının üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumlu tutulurdu. (D. 9, 2, 2, 2 Gai. 7 ad ed. provinc. “*Ut igitur apparet, servis nostris exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur, veluti oves caprae boves equi muli asini. sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte labeoni placet contineri. sed canis inter pecudes non est. longe magis bestiae in numero non sunt, veluti ursi leones pantherae. elefanti autem et cameli quasi mixti sunt (nam et iumentorum operam praestant et natura eorum fera est) et ideo primo capite contineri eas oportet*”. ...Domuzların durumu tam olarak ortaya konmamıştır. Labeo'ya göre, domuzlar da koyunlar, keçiler, katırlar, öküzler, eşekler ve atlarla aynı kategoriye girmektedir. Köpekler bu sınıfa girmezler. Aynı şekilde ayılar, aslanlar, panterler gibi vahşi hayvanlar da, tamamen farklı olarak düşünülmüşlerdir. Filler ve develer ise, her iki grubun özelliklerini taşıyalar da, yük hayvanı olarak kullanılmalarından ötürü, ilk gruba dahil edilmelidirler). Aslında yapılan bu sınıflandırma ile *res mancipi- res nec mancipi* ayrımı arasında bir uyum bulunmaktadır. Filler ve develerin esasen *res mancipi* sayılmamalarına rağmen, *actio de pauperie*'nin kapsamına dahil edilmelerinin nedeni, bunların *res mancipi- res nec mancipi* ayrımının yapıldığı zamanlarda, Roma'ya özgü hayvanlar olarak kabul edilmemeleriydi.

Roma hukukunda köpeklerin verdikleri zararlardan dolayı sahiplerinin sorumlu tutulmalarına ilişkin farklı düzenlemeler bulunmakta ve bunlar hakkında da değişik görüşler bulunmaktadır. Genellikle, M.S'dan 36'dan itibaren, köpek yüzünden zarara uğramış olanın, köpeğin sahibini *noxal* sorumlu tutabileceği kabul edilmektedir.

Köpeklerin verdikleri zararların *actio de pauperie*'nin kapsamında olup olmadığına ilişkin olarak, şunlar söylenebilir: Digesta'da köpeklerin verdikleri zararlara karşılık, köpeğin sahibine karşı *actio de pauperie*'nin açılabilmesine ilişkin ilk metin, Paulus'a aittir. D. 9, 1, 2, 1 Paul 22 ad ed. “*Si quis aliquem evitans, magistratum forte, in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine quidam putant: at si solutus*

kapsamının genişletilmesi gerektiği inancı ortaya çıkmıştır. Klâsik hukuk döneminin hukukçuları, zarara tavuk, ördek, kaz gibi iki ayaklı hayvanların yol açması durumunda da, zarara uğrayanlara *actio utilis*<sup>32</sup> şeklinde dava hakkı tanıyarak, bu hayvanların sahiplerinin de sorumlu tutulmalarını sağlamaya çalışmışlardır<sup>33</sup>. *Actio de pauperie*'nin kapsamına vahşi hayvanların verdikleri zararlar da dahil edilebilir mi sorusu, Roma hukukunda olumsuz olarak yanıtlanmıştır<sup>34</sup>. Buna göre, bir hayvanın verdiği zararlardan dolayı sahibini sorumlu tutabilmek için, bu hayvanın evcil hayvan olması gerekmektedir<sup>35</sup>. Yani, Roma hukukunda vahşi hayvanlar için daha farklı esaslar geçerli idi<sup>36</sup>.

Roma hukukunca ortaya konmuş olan, hayvanın verdiği zarardan sahibinin sorumlu tutulacağı kuralı, hayvan sahibinin kim olduğu sorusunun cevaplandırılmasını gerektirir. Hayvanın verdiği zarardan sorumlu tutulacak kişi, *actio pauperie*'nin *litis contestatio*'sunun<sup>37</sup> saptandığı anda hayvana sahip

---

*fuisset, contra*". Bir kimseden örneğin *magistra*'dan kaçarken, hızla bir tapınağa ya da dükkana girip, orada duran köpek tarafından ısırılan adamın, köpeğin sahibine karşı *actio de pauperie*'yi açması mümkün değildir. Oysa, köpek kaçmışsa, bu davanın açılabilmesi kabul edilmektedir.

<sup>32</sup> Umur (1975) s. 16; Var olan bir *ius civile* davasının ve bazen de bir *praetor* davasının uygulama alanını genişletmek için, genellikle dava *formula*'sının *intentio* kısmına bir *fictio* (faraziye) eklenmesi yoluyla, *praetor* tarafından yaratılan davalara *actiones utiles* denilmektedir.

<sup>33</sup> D. 9, 1, 4 Paul. 22 ad ed. "*Haec actio utilis competit et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit*".

<sup>34</sup> Nicholas Barry, "Liability for Animals in Roman Law", *Acta Juridica*, 1958, s.187 vd.; Ashton-Cross (1953) s. 397.

<sup>35</sup> D. 9, 1, 1, 10 Ulp. 18 ad ed. "*In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo et si eum occidi, meum corpus est.*" *Actio de pauperie* hakkındaki düzenlemeler, vahşi hayvanlar için uygulanmaz. Örneğin bir ayı tutulduğu yerden kaçıp, çevreye zarar verirse, ayının eski sahibine karşı dava açılmaz. Çünkü vahşi hayvanın kaçması ile, onun hayvan üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermiş olur. Buna göre, bir üçüncü kişi ayıyı öldürürse, cesedi ona ait olur. Iust. Inst. 4, 9 pr.

<sup>36</sup> D. 9, 2, 2, 2.

<sup>37</sup> WENGER Leopold, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, Transl. by FISK Henry O, New York, 1949, s. 175; THOMAS Joseph A. C., *Textbook of Roman Law*, Amsterdam, 1976, s. 317; Özel mahkemeler sisteminde davalar iki aşamalı olarak görülmekteydi. Davanın ilk aşaması olan *magistra* önündeki (*in iure*) aşamasının tamamlanmasından sonra, *apud iudicem* denilen hakim önündeki aşamaya geçilmeden önce, *litis contestatio*'nun yani uyuşmazlığın

olan kişidir. O halde, hayvanın zararı verdiği anda sahibi olan kimse, bir başkası olsa bile, yani hayvan zararın verilmesinden sonra el değiştirmişse, zarar anındaki sahibi sorumlu tutulmaz (*noxam caput sequitur*)<sup>38</sup>. Başkasına zarar vermiş olan hayvan *actio pauperie*'nin *litis contestatio*'su yapılmadan önce ölürse, zarara uğrayanın dava hakkı sona erer<sup>39</sup>. Böyle bir yaklaşım, hayvanın vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğun temelinde *noxal* sorumluluğun yatmasından kaynaklanmaktadır<sup>40</sup>. Bu da, *actio de pauperie* ile *actio legis*

---

belirlenmesinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde davanın ikinci aşamasına geçilmesi mümkün olmazdı.

<sup>38</sup> DE ZULUETA Francis, **The Institutes of Gaius**, Part II, Oxford, 1953, s. 274.

D. 9, 1, 1, 12 Ulp. 18 ad ed. “*Et cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cuius fuerit quadrupes, cum noceret, sed cuius nunc est*”. Bu dava ancak, hayvana fiziksel olarak sahip olana karşı açılabilir. Bu yüzden *litis contestatio*'nun yapıldığı an ile hayvanın zararı verdiği anda hayvana sahip olan kişiler farklı ise, sorumlu tutulacak olan, dava açıldığı anda hayvana sahip olandır.

<sup>39</sup> D. 9, 1, 1, 13 Ulp. 18 ad ed. “*Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio*”. Ancak, başkasına zarar veren hayvan, üçüncü kişiler tarafından öldürülürse, hayvan sahibinin *actio de pauperie*'den kaynaklanan sorumluluğu sona ermiş kabul edilmez. Sorumluluk, hayvan sahibinin hayvanı öldüren üçüncü kişiye karşı açtığı *lex Aquilia*'ya ilişkin davadan elde edeceği para üzerinde devam eder. D. 9, 2, 37, 1 Iavol. 14 ex cass. “*Si quadrupes, cuius nomine actio esset cum domino, quod pauperiem fecisset, ab alio occisa est et cum eo lege aquilia agitur, aestimatio non ad corpus quadrupedis, sed ad causam eius (in quo de pauperie actio est) referri debet et tanti damnandus est is qui occidit iudicio legis aquiliae, quanti actoris interest noxae potius deditioe defungi quam litis aestimatione*”; D. 9, 1, 1, 16 Ulp. 18 ad ed. “*Si pos litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino legis aquiliae actio competit, ratio in iudicio habebitur legis aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit: ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum qui occidit*”.

<sup>40</sup> BUCKLAND William W, **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge, 1932, s. 603; Roma hukukunun her döneminde, *actio de pauperie*'nin kapsamına giren hayvanın verdiği zararlardan doğan sorumluluk için, *noxal* sorumluluk kuralları kabul edilmişti. Buna göre, hayvan sahibi kusurlu olmasa bile, hayvanının üçüncü kişiye vermiş olduğu zararlara tazmin etmek zorunda kalırdı. Hayvan sahibinin, hayvanı iyi şekilde gözetmek ve onun başkalarına zarar verecek şekilde davranmasını engellemek yükümlülüğü bulunmaktaydı.

*Aquliae* arasında kapsam ve uygulama alanı bakımından farklılık yaratmıştır<sup>41</sup>. *Noxal* sorumluluk gereğince, hayvan bir kimseye zarar vermişse, *actio de pauperie*'nin davalısı olan hayvan sahibi, ya davacının zararını tazmin ederek (para cezası- *litis aestimatio*) ya da hayvanı davacıya teslim ederek (*noxae dedere*) sorumluluktan kurtulabilirdi<sup>42</sup>. Zaman içinde, *actio de pauperie*'nin sonucunda hep, mahkum edilen hayvan sahipleri tarafından, hayvan yüzünden zarara uğrayan davalılara, hayvanın tesliminin tercih edilmesi, hayvan sahibinin sorumluluğunun kapsamının, zarar veren hayvanın zarara uğrayana teslim edilmesi şeklinde anlaşılmasına yol açmıştır<sup>43</sup>. Roma hukukunda *res mancipi-res nec mancipi* ayrımının geçerli olduğu dönemlerde, hayvanın zarar görene devri, hayvanın *res mancipi* ya da *res nec mancipi* oluşuna göre, *mancipatio* veya *tradito* ile yapılırdı<sup>44</sup>.

### B. *Contra Naturam* (Doğasına Aykırılık) İlkesi

Hayvanın çeşitli hareketleri sonucunda bir başkası zarara uğramışsa, Roma hukukunca hayvan sahibi sorumlu tutulmuştur. Bu sorumluluk çok katı

<sup>41</sup> Watson (1970) s. 353 vd.; Cumhuriyet Döneminin sonlarından itibaren, Roma hukukunda *actio legis Aquiliae*'nin açılabilmesi, başkasının malına haksız yere zarar veren kişinin kusurlu olması şartına bağlı kılınmıştır (D. 9, 2, 52, 2; D. 9, 1, 1, 4; D. 9, 1, 1, 7; D. 9, 2, 9, 13).

<sup>42</sup> D. 9, 1, 1, 11 Ulp. 18 ad ed. "*Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, quintus mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere*". İki koç ya da iki boğa birbirleri ile kavga ederken, biri diğerini öldürürse, Quintus Mucius ölenin hangi hayvan olduğuna göre farklı çözümler getirmiştir. Ölen, saldıran hayvansa, sahibinin dava açması mümkün olmazdı. Oysa ölen, kavgayı başlatmayan hayvansa, onun sahibi diğer hayvanın sahibine karşı dava açıp, ya zararının tazmin edilmesini ya da onun hayvanının ölümüne neden olan hayvanın, kendisine teslim edilmesini isteyebilirdi.; D. 9, 1, 1 pr.

<sup>43</sup> KOSCHAKER Paul/ AYİTER Kudret, **Modern Özel Roma Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, 1983, s. 261-2.

D. 9, 4, 1 Gai. 2 ad ed. provinc. "*Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur: quarum actionum vis et potestas haec est, ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem*". *Noxal* davalar, bize taraf olduğumuz sözleşmeler nedeniyle değil de, kölemizin verdiği zarar veya işlediği kusur nedeniyle yöneltilirler. Bu çeşit davaların gücü ve etkileri zararı veren kölenin davacıya teslim edilmesiyle ortadan kaldırılabılır. Iust. Inst. 4, 9 pr.

<sup>44</sup> Rado (2001) s. 214.



nitelikte olmakla birlikte, yine de belli bir çerçeve içinde sınırlandırılmıştır. Roma hukukçuları, her alanda olduğu gibi burada da genel kurallar koymak yerine, karşılarına çıkan her somut olay için farklı düzenlemeler yapmayı tercih etmişlerdir<sup>45</sup>. Ancak, Roma hukukunda hayvan sahibinin *actio de pauperie* ile sorumlu tutulabilmesi için, başkasına zarar veren hayvan davranışının spontane olması gerekir, şeklinde bir saptama yapmak mümkündür<sup>46</sup>. Örneğin bir at ayağına diken batması ya da birinin ona vurması yüzünden acı çekerken zarara yol açmışsa<sup>47</sup>, bir öküz başkasına zarar vermesi için kışkırtılmışsa<sup>48</sup> veya bir katır, taşıdığı yükün aşırı ağır olması ya da yolun dik engebeleri veya katırı süren kişinin kusuru yüzünden, yükü başkasının üzerine devirmişse<sup>49</sup>, bunlardan

<sup>45</sup> D. 9, 1, 1, 4 Ulp. 18 ad ed. “*Itaque, ut servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur*”. Bu durum dört ayaklı bir hayvanın vahşi duygularının tekrar ortaya çıkarak, başkalarına zarar vermesi ile söz konusu olur. Örneğin bir at başkasına çifte atarsa, öküz birini boynuzlayarak yaralarsa ya da katır benzeri şekilde birine zarar verirse, sahibi sorumlu tutulur. Oysa hayvan yükünü, yolun eğimi ya da hayvanı sürenin dikkatsizliği veya taşıdığı yüklerin aşırı ağır olması nedeniyle başkasının üzerine devirirse, hayvanın sahibine karşı dava açılması mümkün olmaz.

<sup>46</sup> Buckland (1932) s. 608.

<sup>47</sup> D. 9, 1, 1, 7 Ulp. 18 ad ed. “*Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. at si, cum equum permulsisset quis vel palpatus esset, calce eum percusserit, erit actioni locus*”. *Actio de pauperie* için aranan genel kural, hayvanın kendi doğasında bulunmayacak şekilde vahşi şekilde hareket ederek birine zarar vermesidir. Yaralanması nedeniyle acı çeken bir atın, birisini tekmelemesi durumunda sahibi sorumlu tutulmaz. Ancak ata vurarak ya da başkaca bir şekilde atı yaralayan kişi bu yüzden *lex Aquilia* kapsamında sorumlu tutulabilir.

<sup>48</sup> D. 9, 1, 1, 11.

<sup>49</sup> Wylie Kerr (1936) s. 511. D. 9, 1, 1, 4; D. 9, 2, 52, 2 Alf. 2 dig. “*In clivo capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret*”.

dolayı hayvan sahibi aleyhine *actio de pauperie*'nin açılması mümkün olmaz. Oysa bazı özel durumlarda, hayvanın hareketinin spontane olduğunu söylemek neredeyse imkansız olsa bile, sahibi sorumlu tutulur ve ona karşı *actio de pauperie* açılabilir. Örneğin atı ile bir katırın yanına yaklaşan damadın ayağı, atın rahatsız ettiği katır tarafından kırılmışsa, damadın, katırın sahibine karşı *actio de pauperie* açabilmesi mümkündür<sup>50</sup>. Roma hukukunda aynı yaklaşım,

*respondi in causa ius esse positum: nam "eam" si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mularum plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, lege aquilia agi posse: nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinuisset, aequae si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum iniuria daret. sed si mularum, quia aliquid reformidassent et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. quod si neque mularum neque homines in causa essent, sed mularum retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent".* Katırların Capitoline tepesinden yukarı çektikleri birbirini takip eden yük dolu iki tane arabadan, önde gideni geri geri giderek, arkadan gelen arabanın bir köle çocuğu ezmesine neden olmuştur. Bu durumda kölenin sahibinin kime karşı dava açacağı sorusu ortaya çıkmıştır. Bu soru, farklı olasılıkların gözönünde bulundurulması ile cevaplanabilir. Örneğin eğer öndeki araba kendiliğinden yoldan çıkmışsa ve katırlar yükün ağırlığından dolayı arabayı kontrol edemeyip, geri geri gitmek zorunda kalmışlarsa, hayvanların sahibine karşı, *actio de pauperie*'nin açılmasına olanak yoktur. Bu durumda arabanın sürücülerine karşı *lex Aquilia*'dan kaynaklanan davanın açılması ise mümkündür. Fakat, katırlar korkmuşlar ve arabanın sürücülerini de panik içindeki hayvanların kontrolü kaybederek arabanın geri gitmesine yol açmışlarsa, artık sürücülerin herhangi bir sorumluluğu bulunmaz. Böyle bir durumda, katırların sahibine karşı *actio de pauperie* açılabilir. Eğer bu kazaya ne katırlar ne de arabanın sürücülerini yol açmamışlarsa, yani örneğin kaza katırların yükü taşıyamamalarından dolayı arabanın geri kayması ya da çabalarken arabanın düşmesi ve diğer arabanın geri gitmesi yüzünden gerçekleşmişse, hem hayvan sahibinin hem de arabanın sürücülerinin herhangi bir sorumluluğu olmaz.

<sup>50</sup> D. 9, 1, 5 Alf. 2 dig. "Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem reiecit et crus agasoni fregit: consulebatur, possetne cum domino mularum agi, quod ea pauperiem fecisset. respondi posse". Damat bir

yani hayvan sahibinin sorumlu tutulması gerektiği, bir kimsenin ata hafifçe vurduğu, okşadığı ve atın ona zarar verdiği durumlarda da kabul edilmiştir<sup>51</sup>.

Hayvan sahibinin sorumluluğunu ortaya koyan Ulpianus'a ait bir metin şu şekildedir; "...*Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit...*"<sup>52</sup>. Hayvan sahibinin, hayvanın üçüncü kişilere verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, genel kural hayvanın doğası dışında davranarak (*contra naturam*), *pauperies* gerçekleştirmesidir<sup>53</sup>. Ancak, görüldüğü üzere hayvanın doğasına aykırılık oldukça soyut bir kavramdır. İçeriğinin ne olduğunun saptanması oldukça güçtür<sup>54</sup>. Atların çifte atmaları ya da öküzlerin boynuzla vurmaları, onların doğalarından kaynaklanan davranışlar olmakla birlikte, çifte atarak ya da boynuz vurarak, birisinin yaralanmasına yol açan hayvanın sahibi, bu zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır<sup>55</sup>. Roma hukukçuları, bu kavramın içeriğini, hayvan yüzünden zarara uğrayan ile hayvan sahibinin çıkarlarını dengede tutarak, her olay için ayrı ayrı belirlemeyi tercih etmişlerdir<sup>56</sup>. Evcil hayvanların uysal

---

hanın avlusuna doğru atıyla ilerlerken, at orada bulunan katıra yaklaşmış, onu koklamış, katır da tekme atıp, damadın ayağının kırılmasına yol açmıştır. Böyle bir durumda, Alfenus'a göre, katırın sahibini sorumlu tutularak, *actio de pauperie* ile, ondan damadın zararlarını tazmin etmesi istenebilir.

<sup>51</sup> D. 9, 1, 1, 7.

<sup>52</sup> D. 9, 1, 1, 7.

<sup>53</sup> Ashton-Cross (1953) s. 399; Roma hukukunda *contra naturam* ilkesi ortaya konarken, Yunan hukukunun etkisi altında kalındığı düşünülmektedir.

<sup>54</sup> TANDOĞAN Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981, s. 131; Eren (2001) s. 621; Borçlar Kanunu madde 56 kapsamında düzenlenen hayvan tutucusunun sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için de, hayvanın vermiş olduğu zararın hayvanın içgüdüsel, kendine özgü, ani ve bağımsız bir hareketinden doğmuş olması gerekmektedir. Bu hareketi müspet bir fiil olabileceği gib, bir başkasına verilen tepki şeklinde de olabilir (tekme atma, gagalama, ısırma, tos vurma, tırmalama, üste atlama...). Hayvan, üçüncü kişi tarafından ürkütülmüş, tahrik edilmişse, hayvan tutucusu hayvanın verdiği zarardan sorumlu tutulsa bile, hayvanı tahrik eden üçüncü kişiye rücu etme hakkına sahiptir. Ancak, hayvan tutucusu hayvanın içgüdüsel olmayan hareketlerinden dolayı sorumlu tutulamaz.

<sup>55</sup> D. 9, 1, 1, 4.

<sup>56</sup> Wylie Kerr (1936) s. 461 vd.; Nicholas (1958) 187 vd.; *Contra naturam* kavramının ne zaman ortaya konduğu ve kapsamının ne olduğu konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Buna göre, bu kavramın Klâsik-sonrası hukuk döneminde ortaya çıktığı düşünülmekte ve *contra naturam*'ın hayvanın kendi cinsine ait olan doğal davranışlar mı (*contra naturam sui generis*), yoksa

olmayan davranışlarda bulunmaları, her zaman için bir risk oluşturmaktadır. Roma hukukunda, hayvan sahibi böyle bir riskin doğuracağı sonuçlara katlanmak zorundadır<sup>57</sup>.

tüm hayvanlara ait doğal davranışlar mı olduğu tam olarak bilinmemektedir. Büyük olaslıkla *contra naturam* şeklindeki davranışlar, evcil hayvanlara özgü olmayan davranışlar olarak nitelendirilmektedir. Çünkü evcil hayvanlardan daha yumuşak başlı ve uysal olmaları beklenmektedir. Bu yüzden kural olarak evcil hayvanların tekmeleleri, boynuzla vurmaları, ısırılmaları doğal karşılanmaz. Bunları yapmaları evcil hayvanların doğuştan olan yabaniliğinden kaynaklanıyor olabilir. Bu risk hayvan sahibinin katlanmak zorunda olduğu bir risktir.

<sup>57</sup> D. 9, 1, 2, 1 Paul 22 ad ed. “*Si quis aliquem evitans, magistratum forte, in taberna proxima se immisisset ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine quidam putant: at si solutus fuisset, contra*”. Bir kimseden örneğin *magistra*’dan kaçarken, hızla bir tapınağa ya da bir dükkana girerek, oradaki köpek tarafından ısırılan adamın, bazı Roma hukukçularına göre, köpek yüzünden uğradığı zararlardan dolayı *actio de pauperie*’yi açması mümkün değildi. Oysa, köpek kaçmışsa, bu davanın açılabilmesi kabul edilmektedir. D. 9, 2, 11, 5 Ulp. 18 ad ed. “*Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, proculus respondit aquiliae actionem esse: sed iulianus eum demum aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum*”. Bir üçüncü kişi tarafından köpeği kızdırılmış olan köpek sahibi, köpeğin ısırıldığı kişinin uğradığı zararlardan, *actio de pauperie* kapsamında sorumludur. Aynı şekilde, D. 9, 2, 9, 3 Ulp. 18 ad ed. “*Si servum meum equitatem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandum actionem ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus*”. Bir kimse atı korkutursa ve bu yüzden at, sürücüsünü nehire düşürürse, sürücü atın sahibine karşı dava açabilirdi.

Hayvanın bir kimseye zarar vermesi, yukarıdaki son iki örnekte olduğu gibi, üçüncü kişinin etkilemesi yüzünden gerçekleşmişse, zarar gören bu üçüncü kişiye karşı *actio legis Aquiliae in factum* açılabilir. D. 9, 1, 1, 5 Ulp. 18 ad ed. “*Sed si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit et alicui damnum dederit: si contineri firmiter ab alio poterit vel si per eum locum induci non debuit, haec actio cessabit et tenebitur qui canem tenebat*”. Bir kimse, başkasının köpeğini gezmeye çıkarttığı anda, köpek ondan kaçıp (*asperitate sua*), üçüncü kişiye zarar vermişse, köpeği gezdiren bu zararlardan sorumlu tutulur. Çünkü köpeği alan kimsenin, onu iyi bir şekilde kontrol etmesi, gerekirse belli yerlere götürmemesi lazımdır. Ancak, acaba başkasının köpeğini alan kimseye karşı açılan *ctio legis Aquiliae*, köpeğin gerçek sahibine karşı *actio de pauperie* açılmasını engel teşkil eder mi? Ulpianus’a göre, hayvanın idaresini elinde tutan

### III. Roma Hukukunda *Edictum de Feris*

Roma hukukunda *actio de pauperie* ile hayvan sahibinin sorumlu tutulabilmesi için, kural olarak, zarar veren hayvanın evcil bir hayvan olması gerekmektedir. Ancak bilindiği üzere, Roma'da pek çok çeşit vahşi hayvanlar, sirkler ve antreman okulları için bulundurulmaktaydı<sup>58</sup>. Ayrıca yine Roma'da geçimi sokaklarda yılanlarla gösteri yaparak sağlayan yılan terbiyecilerinin yanı sıra, evlerinde vahşi hayvanlar besleyen zenginler de bulunmaktaydı<sup>59</sup>. Bu vahşi hayvanlar, başta Afrika olmak üzere Roma imparatorluğunun hakimiyeti altındaki farklı yerlerden taşınarak getirilmekteydi. Doğal olarak bunların bir yerden diğerine götürülmeleri, insanlar açısından büyük riskler taşımaktaydı<sup>60</sup>. Üstelik vahşi hayvanların nüfusun çok olduğu bir şehirde tutulması, her bakımdan tehlikeler yaratmaktaydı. Vahşi hayvanlara göre çok daha uysal olan at, katır, koyun gibi hayvanların sahipleri, hayvan sahibi olmalarından dolayı sorumlu tutulduklarına göre, vahşi hayvan sahiplerinin de, Roma hukukuna göre sorumlu tutulacağını kabul etmek doğru olacaktır.

Bu sorunun çözümü, *ius civile*'de değil de, *praetor*'lar tarafından geliştirilmiş olan *ius gentium*'da ortaya konmuştur. Buna göre *praetor*'lar, vahşi hayvanların bir yerden diğerine taşınması sırasında ortaya çıkan sorunlarla *aedilis curulis*'in<sup>61</sup> ilgileneceğini kararlaştırmıştır<sup>62</sup>. Kısa bir süre, Roma hukukunda o zamana kadar var olan hukukî düzenlemelerin vahşi hayvanların taşınmaları ve pazarlanmaları sırasında ortaya çıkan tehlikeleri tam olarak

---

kimseye karşı açılan dava, hayvanın gerçek sahibine karşı açılacak olan *actio de pauperie*'yi engeller. Ancak bunu Roma hukukunun genel bir kuralı olarak kabul etmek mümkün değildir.

<sup>58</sup> JENNISON George, **Animals for Show and Pleasure in Ancient Rome**, Manchester, 1937, s. 194 vd.; Antreman okullarında, hem birbirleri ile hem de vahşi hayvanlarla dövüşecek savaşçılar yetiştirilmekteydi. Afrika'dan gelen bu vahşi hayvanlar, özel gösterilerde kullanılmaktaydılar.

<sup>59</sup> Jennison (1937) 126 vd.; Bazı zengin Roma vatandaşları, hatta Roma imparatorları evlerinde, saraylarında zevk için, aslan leopar, ayı gibi vahşi hayvanları beslemekte idiler.

<sup>60</sup> Jennison (1937) s. 100; Bu dönemlerde Roma'da aslanlar, kaplanlar, leoparlar ve benzeri vahşi hayvanlar konuldukları kafeslerden kaçmaya çalışırken, pek çok kişinin yaralanmasına hatta ölmesine yol açmışlardır.

<sup>61</sup> Umur (1975) s. 20; Roma'da, oyunların düzenlenmesi, düzenin sağlanması, yolların bakımı ve pazar yerlerindeki alım satımların kontrolü ile uğraşan bir çeşit belediye hizmeti gören, *cum potestate* sahip, cumhuriyet devri *magistra*'sına *aedilis curulis* denilmektedir.

<sup>62</sup> WATSON Alan, **Law Making in the Late Roman Republic**, Oxford, 1974, s. 86; *Aedilis curulis*'ler, aynı zamanda *cura ludorum* işleriyle de ilgilenmekteydi.

çözmeye yeterli olmadığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine *praetor*'lar *edictum de feris*'i hazırlayıp, yayınlamışlardır<sup>63</sup>. Ne yazık ki, *edictum de feris* hakkında elimize ulaşan bilgi çok azdır. Hatta yayınlanma tarihi bile tam olarak bilinmemektedir. Bu *edictum*'un çıkış noktasını saldırganlıkları şüphe taşımayan, büyük köpeklerin ve erkek domuzların bir yerden diğerine taşınmaları ve satışları sırasında verdikleri zararların tazmininin oluşturduğu düşünülmektedir<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> ROBY Henry Jones, **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**, V. II, Cambridge, 1902, s. 199.

<sup>64</sup> Jackson (1978) s.128 vd. Önceleri, köpekler ve domuzların verdikleri zararların *actio de pauperie*'nin kapsamına dahil edilmemiş olduğu düşünülmektedir. Zamanla köpekler ve domuzlar için özel düzenlemeler yapılmıştır. Roma hukukunun ilk zamanlarında, Oniki Levha Kanunu ile getirilmiş olan düzenlemelerde köpeklerin, *actio de pauperie*'nin kapsamına alınmamasının nedeninin, bu zamanlarda İtalya yarımadasında henüz köpeklerin ehlileştirilmemiş olduğu, yani köpeklerin evcil hayvan olarak kabul edilmediği düşünülmüştür. Köpeklerin ehlileştirilerek, evcil hayvan statüsünü kazanmalarından sonra, *lex Pesolania* denilen özel bir kanunla bunların yolaçtukları zararlara ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. *Lex Pesolania*'nın Yunan hukukunun etkisi altında, *lex Aquiliae*'den önce, *edictum de feris*'ten ise daha sonra hazırlandığı düşünülse de, bu husus kesin olarak bilinmemektedir. Hatta böyle bir kanunun varlığı ve adı bile tartışmalıdır. Öncelikle, İtalya yarımadasında köpeklerin çok eski zamanlardan itibaren ehlileştirildiğine ilişkin deliller bulunmaktadır. O halde Roma hukukunun ilk dönemlerinde bile köpeklerin evcil hayvan kategorisine sokulduğu düşünülebilir. Bunun yanı sıra, oldukça dar kapsamlı ve basit nitelikte olan köpeklerin verdikleri zararlara ilişkin olarak ayrı bir kanun çıkarmanın gereği tam olarak açıklanamamaktadır. Örneğin koyunların, eşeklerin, atların verdikleri zararlar hakkında özel düzenlemeler yapılmamıştır. Zaten *Edictum de feris* ile, köpeklerin sokaklarda verebilecekleri zararlardan kamuyu korumak amaçlanmıştır. Bu yüzden de, Paul. Sent. I, 15, 1'de "...quod etiam lege Pesolania de cane cavetur..." şeklinde *lex Pesolania*'dan söz edilmiş olsa da, bu kanunun var olduğuna inanmak zordur. Üstelik yukarıda da açıklandığı üzere, köpeklerin verdikleri zararların hiçbir şekilde *actio de pauperie* ile tazmin edilmeyeceği de söylenemez. Buna göre, Roma hukukunda bazı durumlarda *edictum de feris*'ten önce bile, köpeklerin yol açmış oldukları zararlardan dolayı *actio de pauperie*'nin açıldığı söylenebilir. Bütün bu açıklamaların sonucunda, köpeklerin yol açtığı zararlara ilişkin olarak, *edictum de feris*'in ne oranda koruma getirdiği tam olarak saptanamamaktadır. Köpek yüzünden zarara uğrayan kişinin *edictum de feris*'ten önce, *actio de pauperie* ile korunması mümkün kılınmışsa, *edictum de feris*'in, özgür kişileri köpeklerce verilen ölümcül ya da ölümcül olmayan

Farklı kıtalardan değişik hayvanlar getirilmesi ve bunların oyunlarda kullanılması, M.S. ikinci yüzyılın başlarında söz konusu olmuştur<sup>65</sup>. Bundan sonra, *edictum de feris*'in uygulama alanı da genişletilmiştir. Klâsik hukuk döneminde, artık kurtların, ayıların, panterlerin ve aslanların vermiş oldukları zararlardan dolayı bu hayvanların idarelerini elinde tutanların sorumlu tutulmaları mümkün hale gelmiştir<sup>66</sup>. Bu çeşit vahşi hayvanları kim o yöreye

---

zararlardan korumaya yönelik bir önlem niteliğini taşıdığı düşünülebilir. Oysa, köpek yüzünden zarara uğrayan kişinin *edictum de feris*'ten önce, *actio de pauperie* ile korunması mümkün kılınmamışsa (ancak bunu destekleyecek nitelikte elimizde kesin bilgi bulunmamaktadır), *edictum de feris*, köpek sahiplerinin sorumluluğuna dair çok önemli bir gelişme sayılabilir. Iust. Inst. 4, 9, 1'de de *edictum de feris* ile getirilmiş ola koruma ile *actio de pauperie*'nin aynı anda açılabilceği belirtilmiştir. Bu açıklamaların benzerleri domuzlar için de geçerli olabilir. (THOMAS Joseph A. C., **The Institutes of Justinian**, Oxford, 1975, s. 307; *Verres*'in, erkek domuz anlamında kullanıldığı düşünülmektedir). D. 9, 2, 2, 2'de “*sed an sues pecudum appellatione continentur, quaeritur: et recte Labeoni placet contineri*” şeklinde belirtildiği üzere, domuzların durumu Gaius'a göre tartışmalı iken, Labeo bunları da dahil etmiştir. Bu yüzden, büyük olasılıkla erkek domuzların vermiş oldukları zararlara ilişkin olarak, *actio de pauperie* açılmadığından, *edictum de feris* ile bu konudaki boşluğun kapandığı şeklindeki bir görüşü kabul etmek doğru olmayacaktır.

<sup>65</sup> Jennison (1937) s. 44 vd.

<sup>66</sup> Ashton-Cross (1953) s. 396.

Iust. Inst. 4, 9, 1 “*ceterum sciendum est aedilicio edicto prohiberi nos canem verrem aprum ursum leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: et si adversus ea factum erit et nocitum homini libero esse dicitur, quod bonum et aequum iudici videtur, tanti dominus condemnetur, certerarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Praetor has auutem aedilicias actiones et de pauperie locum habebit: numquam enim actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alla aliam consumit*”. Bundan başka bilinmesi lazımdır ki, *aedilis curulis*'lerin beyannamesine göre, kamunun geçtiği yerlere köpeğimizi, evcil veya vahşi domuzumuzu, ayımızı, arslanımızı koyamayız: bunun aksine hareket edilir ve hür bir kimseye bir zarar verilmiş olursa, malik, hakim tarafından hakkaniyete uygun bir şekilde mahkum edilir, diğer durumlarda ise, oluşan zararın iki katına mahkumiyet verilir. *Aedilis*'lerin bu davalarından başka *de pauperie* davası da açılır: Çünkü özellikle, aynı konuda içtima ettikleri zaman, birbirlerini sukut ettirmezler. D. 21, 1, 40 Ulp. 2 ad ed. aedil. curul. Deinde aiunt aediles “*Aiunt aediles: ne quis canem, ..verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem...qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnum vedare possit*”; D. 21, 1, 40 ile Iust. Inst. 4, 9, 1'de *edictum de feris*'in

getirmişse, ya da onları kim tutuyorsa, hayvanın verdiği zarardan da o sorumlu tutulurdu<sup>67</sup>. Bu durumdaki kişilerin vahşi hayvanın verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulması bakımından, hayvanın bağlı olması ya da serbest olarak dolaşmaya bırakılması veya kaçmış olması herhangi bir fark yaratmamaktaydı<sup>68</sup>. O halde vahşi hayvanın vermiş olduğu zararlardan dolayı, bu zararları engelleyebilecek durumda olup olmadığına bakmaksızın ve hayvanın gerçekte sahibi olmasa bile, hayvanı kontrol etmekle görevlendirilmiş kimseyi sorumlu tutmak mümkündür<sup>69</sup>. Buradaki sorumluluğun dayanağını kusur değil, vahşi hayvanı elinde bulundurmamak, vahşi hayvanın kontrolünü sağlamaktır. Vahşi hayvanları taşıyanlar ve satanlar bu sırada son derece dikkatli davranmalıdırlar.

kapsamına giren hayvanlar bakımından bir farklılık bulunmaktadır. D. 21,1, 40 *edictum*'un kapsamını genişleterek, Iust. Inst.'den farklı olarak, buraya kurtların ve panterlerin verdikleri zararları da dahil etmiştir. Bu da *edictum de feris*'e ilişkin hayvanların listesinin zaman içinde değiştiğinin göstergesidir. D. 21, 1, 41; "*aliudve quod noceret animal*"

<sup>67</sup> Watson, (1974) s. 86. Roma'da kamuya açık alanların, sokakların, caddelerin güvenliğinin sağlanması çok büyük önem taşımaktaydı. Bu görev de *aedilis curulis*'e verilmişti. D. 21, 1, 40; Ulp. 2 ad ed. aedil. curul. Deinde aiunt aediles: "*ne quis canem, verrem vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem*" *Aediles*'e göre, bunlar için de aynı düzenlemeler geçerlidir; köpek, domuz, küçük yaban domuzu, kurt, ayı, panter ve aslan; D. 21, 1, 42; Ulp. 2 ad ed. aedil. curul. "*qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidi ducenti, si nocitum homini libero esse dicitur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli*". Bu çeşit vahşi hayvanların, insanların düzenli olarak kullandıkları, geçtikleri insanları yaralama ya da herhangi bir zarara yol açma riskinin fazla olduğu yerlerde tutulmamaları gerekir. Eğer bu önlemler alınmamışsa ve özgür bir kişi vahşi hayvanın saldırması yüzünden hayatını kaybederse, vahşi hayvandan sorumlu olan ikiyüz *soldi* ödemelidir. Özgür bir kişi vahşi hayvanın saldırması yüzünden yaralanırsa, karşı taraf, hakkaniyetin gerektirdiği bir miktarı ödemeye mahkum edilirdi. Hayvanın saldırısı yüzünden bir kimsenin malvarlığında zarar oluşursa, hayvandan sorumlu olan, zararın iki katını ödemek zorunda kalır.

<sup>68</sup> Nicholas (1958) s. 186. Krş görüş için bkz. Ashton-Cross (1953) s. 398 D. 21, 1, 41; "... *sive soluta sint. sive alligata, ut contineri vinculis...*" Kural olarak herhangi bir tehlikeli hayvan, ister serbest tutuluyor, isterse bağlanmış ya da zincirlenmiş olsun, başkasına zarar veremez.

<sup>69</sup> Nicholas (1958) s. 186; Görüldüğü üzere, burada bir kusursuz sorumluluk durumu söz konusu olmaktadır. Hayvandan sorumlu olan kimse, vahşi hayvanın başkalarına zarar vermesinde herhangi bir kusuru olmasa bile, bu zararları tazmin etmek zorunda kalıyordu.



Vahşi hayvanlar, her zaman için toplum hayatı için bir risk oluşturduklarından (*qua vulgo iter fiet*), böyle bir riski göze alan kimselerin, kusurlu olsunlar ya da olmasınlar, vahşi hayvanların verdikleri zararlara katlanmak yükümlülükleri olduğu, Roma hukukunca kabul edilmiş bir ilkedir<sup>70</sup>.

*Edictum de feris* ile *aedilis curulis* tarafından, vahşi hayvanlardan zarar görenleri korumak için getirilmiş olan tazminat biçimi, vahşi hayvanın özgür bir kimseyi öldürmesi durumunda, iki yüz *soldi*, yaralaması durumunda hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde bir miktarı, malvarlığına zarar vermesi durumunda ise, söz konusu zararın iki katını ödenmesi biçimindeydi<sup>71</sup>. Zarar, vahşi hayvanın zarar verdiği kişinin hayvanı kışkırtması, öfkelenmesi sonucunda oluşmuşsa, hayvanın kontrolünü elinde tutan kimsenin sorumluluğu sona ererdi<sup>72</sup>. *Edictum de feris* ile getirilmiş olan sorumluluk, *noxal* sorumluluk şeklinde değildi. Yani, ortada vahşi hayvanın verdiği zararı ödemek ya da vahşi hayvanı zarara uğramış olan karşı tarafa teslim etmek gibi bir seçim hakkı bulunmamaktaydı<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Ashton-Cross (1953) s. 399.

<sup>71</sup> Wylie Kerr (1936) s. 475; Ancak bu önlemlerin hiçbiri *noxal* sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin uygulanmasına bir engel oluşturmamaktaydı. Hatta, Iust. Inst. 4, 9, 1'e göre, hem *actio de pauperie*'yi, hem de *edictum de feris*'ten kaynaklanan *aediles* davasını aynı anda açmak mümkün olabilir. Ancak bunun köpekler ve yaban domuzlarından zarar görenler için geçerli olduğu tartışmalıdır.

<sup>72</sup> Paul Sent. 1, 15, 3; "*Feram bestiam.... praetor prohibet*" Vahşi hayvanı ya da herhangi bir dört ayaklı hayvanı kızdırarak, kendisine saldırıp, zarar vermesine yol açan kimse lehine, ne hayvan sahibine, ne de hayvanı elinde tutan kimseye karşı açabilmesi için dava hakkı tanınmaz.

Jackson (1978) s. 131; Jennison (1937) s. 48; Önceleri vahşi hayvanların taşınmaları ve satılmaları tamamen özel kişilere bırakılmışken, zamanla, yaklaşık olarak M.S. 170 yıllarında, Roma hukukunda *panthera* kapsamına giren vahşi hayvanların ve özellikle aslanların özel kişilerce ithalatının yasaklanması söz konusu olmuştur. Bu sınıfa giren vahşi hayvanlar, ancak önceden görevlendirilmiş olan belirli kişiler tarafından, kontrol altında tutularak satılabiliyordu. Bu dönemde artık *edictum de feris*'in de ortaya konduğu düşünülmektedir.

<sup>73</sup> Böyle bir çözüm tarzının kabul edilmesi aslında çok mantıklıdır. *Noxal* sorumluluğun geçerli olduğu durumlarda, zarara yol açan ve zarar görene teslim edilerek sorumluluğun sona ermesini sağlayan köle, aile evladı ya da hayvan, zarar görenin işlerinde kullanılabileceği, ona maddi bir kazanç sağlayacak türdendir. Oysa, vahşi hayvanların zarar görene teslim edilmesi, çoğu zaman

*Edictum de feris* ile, hayvanın özgür bir kişiyi öldürmesine ilişkin olarak ayrı bir düzenleme getirilmişti (*solatium*)<sup>74</sup>. Oysa, elimizdeki kaynaklardan edindiğimiz bilgilerden, *actio de pauperie*'nin, ölümcül zararlara ilişkin olarak ayrı bir düzenleme getirdiğini söyleyemeyiz. Aynı şekilde, ölümcül olmayan zararlar bakımından da, *edictum de feris*, *actio de pauperie*'ye göre daha ayrıntılıdır. Örneğin, vahşi bir hayvan tarafından ağır şekilde yaralanmış kişinin *edictum de feris*'e göre, tüm zararlarını tazmin ettirebilmesi mümkündür. Oysa *noxal* sorumluluğun kabul edildiği durumlarda, hayvan sahibi hayvanı, zarar görene teslim ederek sorumluluktan kurtulduğundan, zarar görenin uğradığı zarar, teslim edilen hayvandan çok daha fazla ise, zarar gören bu zararlarının tazmin edilmesini sağlayamazdı. O halde Roma hukukunda vahşi hayvanların yol açtığı zararlardan doğan sorumluluğun, evcil hayvanların yol açtığı zararlardan doğan sorumluluğa göre daha ayrıntılı bir şekilde düzenlendiğini söyleyebiliriz<sup>75</sup>.

#### **IV. Roma Hukukunda Actio de Pastu**

Roma hukukunda hayvanların verdikleri zararları tazmin etmek için, hayvan sahibine karşı açılacak bir diğer dava ise *actio de pastu* (*pecoris*) idi. Ancak ne yazık ki, bu dava hakkındaki bilgilerimiz, *edictum de feris*'ten bile daha azdır<sup>76</sup>. Esas olarak bu dava, belirli hayvanlardan tarafından (*pecus*)<sup>77</sup> verilen spesifik bir zararın tazminine ilişkindir. Hayvanların başkasına ait arazide olatılmaları durumunda, arazi sahibi *actio de pastu* açabilirdi<sup>78</sup>. Aslında

---

ona bir kazanç sağlamaz. Çoğu kişi kendilerine bir vahşi hayvan verilmesini istemeyebilir.

<sup>74</sup> Watson (1974) s. 85. Paul. Sent. 1, 15, 2; Burada ölümcül zararlara hakkında açıklamalar bulunmaktadır.

<sup>75</sup> Nicholas (1958) s. 158.

<sup>76</sup> Jackson (1978) s. 127; *Actio de pastu*'ya ilişkin düzenlemeler ilk olarak Oniki Levha Kanununda yapılmıştır.

<sup>77</sup> D. 10, 4, 9, 1; Ulpianus 24 ad ed “*Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immissi, ut glandem commederet: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. et placet nobis pomponii sententia, sive glans extet sive consumpta sit. sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero*”. D. 19, 5, 14, 3.

<sup>78</sup> Di Marzo (1954) s. 426. Aslında Oniki Levha Kanununda, başkasının arazisinde hayvan olatılması sonucunda, arazi sahibinin zararlarının tazminine ilişkin düzenlemeler olduğu düşünülmektedir. Ancak bu düzenlemeler hakkında tam

Roma'nın ekonomisinin büyük ölçüde tarıma dayandığı dönemlerde bu davanın büyük önem taşıdığını rahatlıkla söyleyebiliriz<sup>79</sup>. Hayvanların başkasının arazisine izinsiz girmeleri, o arazide bir zarara yol açacağından, arazi sahibinin korunması gerekmektedir<sup>80</sup>.

*Actio de pastu* ile getirilmiş olan sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olup olmadığı tam olarak bilinmemektedir. Yani, bu dava yalnızca hayvanlarını kasıtlı olarak başkasının arazisinde otlatmış olanlara karşı mı açılmakta idi, yoksa burada da *noxal* sorumluluğa dayanan bir kusursuz sorumluluk durumu mu söz konusuydu<sup>81</sup>? *Actio de pastu* hakkında elimize ulaşan kaynaklardan biri Ulpianus'a aittir ve bu metinde söz konusu davanın ancak, hayvanlarını kusurlu

---

olarak bilgi sahibi olmamız mümkün değildir. Tarlaya ekilmiş bitkilerin geceleyin, gizlice hayvanların otlatılması yüzünden zarara uğraması durumunda, tarlanın sahibi hayvanların sahibine karşı, bir ceza davası açabilirdi (12 Levha Kanunu VIII. 9). Bu ceza davasının kapsamına giren suçun gece işlenmesi gerekmektedir. O halde, hayvanların tarlaya gündüz sokulması, Oniki Levha Kanunundaki düzenlemenin şartlarının oluşmasına engel teşkil etmekteydi. Hayvanların başkasının arazisinde gündüz otlatılarak, tarladaki fidanlara zarar vermesinin bir hırsızlık suçu oluşturduğu düşünülmekteydi. Ancak, elimizde yeterli kadar kanıt olmadığından, bu hususlarda kesin saptamalar yapmak mümkün olmamaktadır. Söz konusu düzenlemelerin etkileri tam olarak saptanamayacak biçimde ortadan kalkmıştır. Jackson (1978) s. 122- 128

<sup>79</sup> D. 19, 5, 14, 3 Ulp. 41 ad sab. “*Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris ( quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum*”.

<sup>80</sup> Eren (2001) s. 624; Borçlar Kanunu md. 57’de taşınmaz zilyedinin hayvanı hapis ve öldürme hakkı düzenlenmiştir. Bir taşınmazın zilyedi, taşınmaza girerek, ona zarar veren hayvanı yakalayıp, hayvan sahibinin ödemek zorunda olduğu tazminatın güvencesi olmak üzere, bu hayvanı öldürebilir. Ancak taşınmazın zilyedinin, hayvanı hapsedme veya öldürme durumlarından hayvan sahibini derhal haberdar etmelidir.

BK. md. 57 “Bir kimsenin hayvanı diğerinin gayrimenkulü üzerinde bir zarar yaptığı takdirde, gayrimenkulün zilyedi o hayvanın zapt ve kendisine ita olunabilecek tazminat mukabilinde teminat olmak üzere yedinde hapis etmeye hakkı vardır. Eğer hal ve maslahat icap ederse gayrimenkul zilyedi o hayvanı öldürebilir. Şu kadar ki, gayrimenkulün zilyedi hemen keyfiyette hayvanların sahibini haberdar etmeye ve eğer onu bilmiyorsa kendisini bulmak için lazım gelen tedbirleri ittihaz eylemeye mecburdur”.

<sup>81</sup> Wylie Kerr (1936) s. 475; Davanın açılabilmesi için hayvanlarını otlatan kimsenin ihmalinin bulunması yeterli sayılmaktaydı.

olarak başkasının arazisinde otlatanlara karşı açılabilceği savunulmaktadır<sup>82</sup>. O halde, Ulpianus'a göre hayvan sahibini sorumlu tutmak için, onun kusurlu olması şarttı. Burada yapılan açıklamalar doğrultusunda, *actio de pastu* ile, zarar görenin zararının tam olarak tazmin edileceği anlaşılmaktadır. Ancak, diğer bazı Roma hukuku kaynaklarında ise, hayvanlarını başkasının arazisinde otlatan hayvan sahibi, kusurlu olmasa bile sorumlu tutulabilirdi<sup>83</sup>. Zaten *actio de pastu* ile getirilmiş olan sorumluluğun da, çoğunlukla *noxal* sorumluluğa dayanan bir kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Buna göre, *actio de pastu* ve *actio de pauperie*, davalıya davacının kusurlu olduğunu ispatlama yükü yüklememekteydi. Üstelik, zarar veren hayvanın değeri, uğranılan zarardan fazla ise, davalı zararın tam olarak tazmin edilmesinde herhangi bir güçlük çekmezdi<sup>85</sup>.

Zamanla, *actio de pastu* ile getirilmiş olan kusursuz sorumluluğun katılığı daraltılmış ve bu davanın önemi, *Aquilian* ilkelerinin öneminin artması ile ve buna bağlı olarak, kusursuz olarak, zarara yol açıldığı durumlarda *actiones in factum* ve *actiones utiles*'in tanınmasıyla azalmış<sup>86</sup>, Iustinianus döneminde ise, bu dava ortadan kalkmıştır.

<sup>82</sup> Wylie Kerr (1936) s. 476; D. 19, 5, 14, 3; “*Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: itaque erit agendum*”.

<sup>83</sup> Paul. Sent. 1, 15, 1; “*Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat...*”Dört ayaklı bir hayvanın zarara yol açması ya da bir şeyleri yok etmesi tüketmesi durumlarında, zarar gören hayvanın sahibine karşı, ya zararlarının tazmin edilmesi ya da hayvanın kendisine teslimini sağlamak için dava açabilirdi. Bu çözüm tarzı, köpeklere ilişkin olarak, *Lex Pesulania* ile de kabul edilmiştir.

Aslında Paul. Sent. 1, 15, 1'de yer alan metnin *interpolatio*'ya uğradığı düşünülse de, bu dönemde, başkasının arazisinde hayvanlarını otlatanların sorumluluğunun katı özellikleri olan kusursuz sorumluluk olduğu anlaşılabilir. C. 3, 35, 6; Bir kimsenin, senin arazinde sığırlarını otlatmasından dolayı uğradığımı iddia ettiğin zararlarının tazmini sağlamak için, *Aquilian* hukukuna göre dava açman engellenemez.

<sup>84</sup> Ashton-Cross (1953) s. 402.

<sup>85</sup> Jackson (1978) s. 127.

<sup>86</sup> C. 3, 35, 6; “*De his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis*”. İmparator Diocletianus ve Maximianus,

*Actio de pastu*'yu açan davacı, hayvanların arazisinde izinsiz olarak otlatılmasından kaynaklanan tüm zararlarının tazmin edilmesini sağlayabilirdi.

### **SONUÇ**

Sonuçta, Borçlar Kanunumuzun 56. maddesinde düzenlenmiş olan hayvan tutucusunun sorumluluğunun temellerinin, Roma hukukuna dayandığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Üstelik, bu düzenlemelerin ilk çıkış noktasını da, Oniki Levha Kanunundaki kurallar oluşturmaktadır. Roma hukuku ile günümüz hukukunda hayvanların vermiş oldukları zararlardan doğan sorumluluğun benzerlik ve farklılıklarını ise kısaca şu şekilde ortaya koyabiliriz;

1- Hayvan tutucusunun sorumluluğunun gerçekleşmesi için herşeyden önce, ortada zarar veren bir hayvan bulunmalıdır<sup>87</sup>. Bu hayvanın, evcil ya da vahşi, tehlikeli ya da tehlikesiz olmasının tutucusunun sorumluluğu açısından herhangi bir farkı bulunmaz<sup>88</sup>. Hayvan tutucusunun sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, zarar veren hayvanın, kuş, balık, arı olması durumlarında da uygulanır<sup>89</sup>. Roma hukukunda ise hayvanın vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluk farklı düzenlemelerle belirlendiğinden, bunların herbirinin kapsamına giren hayvanlar da aynı değildir. *Actio de pauperie*'nin konusu oluşturan hayvanlar, koyunlar, keçiler, öküzler, atlar, katırlar ve eşekler ve daha sonraları tavuklar, horozlar, kazlar gibi evcil hayvanlardır. Vahşi hayvanların vermiş oldukları zararlar, bu davanın konusunu oluşturmamaktadır. Bu konudaki boşluk, *edictum de feris* ile doldurulmaya çalışılmıştır.

2- Borçlar Kanunumuza göre, hayvanın vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulacak kişi, hayvanın tutucusu, yani o hayvanın zararı verdiği anda

---

arazilerinde başkalarının hayvanlarını otlatmaları yüzünden, zarara uğrayan kişilerin zararlarını tazmin ettirmek için özellikle *actio legis Aquiliae* açmalarını tavsiye etmişlerdir. Böyle bir durumdaki davalının kusuru varsa, davacının davayı kazanması, dolayısıyla da tazminatı alabilmesi daha kolay olurdu.

<sup>87</sup> Eren (2001) s. 619; Günümüz hukukunda hayvan tutucusu, hayvan maddi ya da manevi bir zarar vermiş olsa da sorumlu tutulmaktadır.

<sup>88</sup> Eren (2001) s. 621; Tandoğan (1981) s. 130; Bakteri, virüs gibi mikroplar, bit, pire gibi hayvanlar Borçlar Kanunu md. 56 kapsamında "hayvan" sayılmazlar. Bunların tutucularını, Borçlar Kanununun md. 41'e göre sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Karşı görüş için bkz. KALELİ Şakir, "Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu (I)", **Yargıtay Dergisi**, C. 5, S. 2, Nisan 1979, s. 326 vd.

<sup>89</sup> TEKİNAY Selahattin S./ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 5. bası, İstanbul, 1985, s. 692.

idaresini elinde bulunduran kişidir<sup>90</sup>. O halde, söz konusu hayvanın belli bir kimsenin elinde veya yönetiminde bulunması gerekir<sup>91</sup>. Hayvanın yol açtığı zarardan dolayı sorumlu tutulacak kişi, hayvanın yönetimini bir başkasının emir ve direktifleri doğrultusunda gerçekleştiren değil, bizzat o emir ve direktifleri veren kişidir<sup>92</sup>. Roma hukukunda hayvanın verdiği zarardan sorumlu tutulacak kişi, *actio pauperie*'nin *litis contestatio*'sunun saptandığı anda hayvana sahip olan kişidir. O halde, Roma hukukunda günümüz hukukundan farklı olarak, *actio de pauperie*'nin davalısı, yalnızca hayvanın sahibidir. Roma hukukunda, hayvanın vermiş olduğu zararlardan dolayı kural olarak *noxal* sorumluluk doğduğu için, bu sorumluluğun hayvanı zarara uğramış olan tarafa teslim etme seçeneğini kullanabilecek olana yöneltilmesi gerekir. O halde, hayvanın zarara yol açtığı zamanki sahibi ile, dava açıldığı zamanki sahibi birbirinden farklı ise, davanın hayvanın yeni sahibine yöneltilmesi gerekir. Hayvanın bizzat kullanılmayıp, yardımcı kişiler aralığıyla kullanıldığı durumlarda da, Roma hukukunca kural olarak hayvan sahibini sorumlu tutmak mümkündür. Ancak *edictum de feris* kapsamında getirilmiş olan vahşi hayvanların yol açtıkları zararlardan doğan sorumluluğa, *noxal* sorumluluk esasları uygulanmadığından, burada sorumlu tutulacak kişi, vahşi hayvanın sahibi olmak zorunda değildir. Yani, vahşi hayvanın idaresini elinde bulunduran kimse, kusuru olsun ya da olmasın, vahşi hayvanın verdiği zararları tazmin etmek zorunda kalır.

3- Hayvanın fiili ile zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır<sup>93</sup>. Bu şart, hem Roma hukukunda hem de günümüz hukukunda haksız fiilin gerçekleşmesi için aranan bir şarttır.

4- Son olarak, hayvan tutucusunu sorumlu tutabilmek için, gerekli özeni göstermediği veya gösterseydi de zarara engel olamayacağına ispat edilmesi

<sup>90</sup> UYGUR Turgut, **Açıklamalı- İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. III, Ankara, 2003, s. 2671; Eren (2001) s. 621; Hayvanın birden çok tutucusu bulunuyorsa, hayvanın vermiş olduğu zarardan hepsi, müteselsilen sorumlu tutulurlar.

<sup>91</sup> Tandoğan (1981) s. 125; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1985) s. 694; Hayvanı, fiilen kendisine tabi kılan veya onu kendi hakimiyeti alanında bulunduran kimseye “elde bulunduran” denilmektedir. Hayvanın verdiği zarardan doğan sorumluluk açısından “elde bulunduran”, zilyetlik ve mülkiyetten daha farklıdır.

<sup>92</sup> Kaleli I (1979), s. 340; Borçlar Kanunu madde 56 uyarınca, yardımcı kişilerin kusura varmayan, hatta tamamen kusursuz olan eylem ve davranışları sonucu hayvan bir zarar verse bile, hayvan tutucusu sorumlu tutulur.

<sup>93</sup> Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1985) s. 693.

gerekmektedir<sup>94</sup>. O halde hayvan tutucusunun sorumluluğunun, kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan bir sebep sorumluluğu olduğunu söyleyebiliriz<sup>95</sup>. Roma hukukunda ise, *actio de pauperie* açısından *noxal* sorumluluk söz konusu olduğundan, hayvan sahibinin zarar görene ya zarara yol açan hayvanı teslim etmesi ya da onun uğradığı zararı tazmin etmesi gerekirdi. *Edictum de feris* ile getirilmiş olan kusursuz sorumluluk halinde ise, vahşi hayvanın idaresini elinde bulunduran kimse, vahşi hayvanın özgür bir kimseyi öldürmesi durumunda, iki yüz *soldi*, yaralaması durumunda hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde bir miktarı, malvarlığına zarar vermesi durumunda ise, söz konusu zararın iki katını ödemek zorundaydı.

#### KAYNAKÇA

ASHTON-CROSS D. I. C., “Liability in Roman Law for Damage Caused by Animals”, **Cambridge Law Journal**, V. 11, 1953, s. 395- 403.

BIONDI Biondo, **Actiones Noxales**, Palermo 1925.

BUCKLAND William W., **A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian**, Cambridge 1932.

DI MARZO Salvatore, **Roma Hukuku**, 5. tab’ından Çeviren UMUR Ziya, İstanbul 1954.

ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul 2005.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Tıpkı 7. Bası, Ankara 2001.

INNES ROSE James, “The Roman Law Relating to the Damage Done by Animals”, **South African Law Journal**, V. 290, 1905, s. 22-26.

JACKSON Bernard S., “Liability for Animals in Roman Law: A Historical Sketch”, **Cambridge Law Journal**, V. 37, 1978.

JENNISON George, **Animals for Show and Pleasure in Ancient Rome**, Manchester 1937.

KALELİ Şakir, “Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu- I”, **Yargıtay Dergisi**, C. 5, S. 2, Nisan 1979, s. 313-342.

“Hayvan Tutucusunun Sorumluluğu- II”, **Yargıtay Dergisi**, C. 5, S. 3, Temmuz 1979, s. 515-530.

KOSCHAKER Paul/ AYİTER Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir 1993.

---

<sup>94</sup> Uygur (2003) s. 2671; Tunçomağ (1976) s. 579.

<sup>95</sup> Tandoğan (1981) s. 123.

- LAWSON Frederick H, **Negligence in the Civil Law**, Oxford 1950.
- NICHOLAS Barry, “Liability for Animals in Roman Law”, **Acta Juridica**, 1958, s. 185- 190.
- RADO Türkan, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, İstanbul 2001.
- ROBY Henry Jones, **Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines**, V. II, Cambridge 1902.
- TAHİROĞLU Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul 2000.
- TANDOĞAN Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara 1981.
- TEKİNAY Selahattin S./ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. I, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Bası, İstanbul 1985.
- THOMAS Joseph A. C., **The Institutes of Justinian, Text Translation, Commentary**, Cape Town 1975.
- THOMAS Joseph A. C., **Textbook of Roman Law**, Amsterdam 1976.
- TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. I, Üzerinde Çalışılmış ve Genişletilmiş Altıncı Bası, İstanbul 1976.
- UMUR Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, İstanbul 1975.
- UMUR Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul 1999.
- UYGUR Turgut, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk Ve Tazminat Hukuku**, C. III, Ankara, 2003.
- VINOGRADOFF Paul, **Outlines of Historical Jurisprudence**, Oxford 1922.
- WATSON Alan, **Law Making in the Later Roman Republic**, Oxford 1974.
- WATSON Alan: “The Original Meaning of Pauperies”, **Revue Internationale des Droit de l’Antiquité**, V. 17, 1970, s. 360- 379.
- WENGER Leopold, **Institutes of the Roman Law of Civil Procedure**, Translated by FISK Henry O, New York 1949.
- WYLIE KERR John, “Actio de Pauperie, Dig. Lib. IX., Tit. 1”, **Studi in Honore di Salvotore Riccobone**, V. IV, 1936, s. 465-512.
- ZIMMERMAN Reinhard, **The Law of Obligation, Roman Foundations of the Civil Tradition**, Cape Town 1990.







## ANONİM ORTAKLIĞIN SAHİP OLDUĞU MALVARLIĞININ YÖNETİM KURULU TARAFINDAN TOPLUCA DEVREDİLMESİ

**Dr. Mehmet ÖZDAMAR\***

### ÖZET

Anonim ortaklıklar niteliği itibariyle sermaye ortaklıklarıdır. Bu nedenle ortakları tüzel kişiliğin borçlarından sınırlı şekilde sorumludurlar. Ortaklık alacaklılarının teminatı, ortaklığın sermayesi ve malvarlığıdır. Malvarlığı, anonim ortaklık bünyesindeki küçük yatırımcının korunması bakımından da özel bir önem taşır. Anonim ortaklığın idare ve temsil organı olan yönetim kurulunun malvarlığını topluca devretme yetkisi Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Tasfiye aşamasında tasfiye memurlarının yapacağı devir için genel kurul kararı aranmıştır. Bu hükmün kıyasen tasfiye öncesinde de uygulanması gerekir. Bu sonuç Yargıtay kararlarında da kabul edilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Anonim Ortaklık, Malvarlığı, Devir, Yönetim kurulu, Genel Kurul

### DIE ÜBERTRAGUNG DES GANZEN VERMÖGENS EINER AKTIENGESELLSCHAFT VON DEM VORSTAND

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Aktiengesellschaften sind Kapitalgesellschaften. Deswegen sind die Gesellschafter selbst von den Schulden der Gesellschaft nur beschränkt verantwortet. Die Rechte von Gläubigern der Gesellschaft sind mit dem Kapital und Vermögen gedeckt. Das Vermögen der Gesellschaft ist auch für die Kleinaktionäre sehr wichtig. Ob das ganze Vermögen der Gesellschaft von dem Vorstand übertragen werden kann, ist nicht im Handelsgesetzbuch geregelt. Das Handelsgesetzbuch enthält nur eine Vorschrift über die Übertragung vom ganzen Vermögen durch Liquidatoren. Nach dieser Vorschrift brauchen die Liquidatoren die Entscheidung der Generalversammlung um das ganze Vermögen zu übertragen. Unserer Meinung nach ist diese Vorschrift auch im Falle einer Übertragung des ganzen Vermögens durch den Vorstand anzuwenden. Diese Lösung ist auch von dem Kassationshof in den neueren Entscheidungen bestätigt worden.

### Schlüsselwörter

Aktiengesellschaft, Vermögen, Übertragung, Vorstand,  
Generalversammlung

---

\* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Kürsüsü Öğretim Görevlisi.

## GİRİŞ

Anonim ortaklıkların alacaklılar ve küçük ortaklar bakımından en önemli unsuru malvarlığıdır. Malvarlığının ve sermayenin sabit tutulması ve yerinde kullanılması, sayılan bu gruplar bakımından, alacaklarının ve yatırımlarının geleceğinin teminatıdır. Ortaklığın sahip olduğu malvarlığının tamamının veya büyük çoğunluğunun başkalarına devredilmesi ve bunun yönetim kurulu eliyle yapılması, incelenmesi gereken sonuçları haizdir. Çalışmada anonim ortaklığın malvarlığının toplu hâlde yönetim kurulu tarafından devredilmesi hâli, ortaklığın tasfiyesinden önce ve sonra olmak üzere iki zaman aralığında ele alınmıştır. Tasfiye aşamasında tasfiye memurlarına yönelik hüküm koyan kanun koyucu, tasfiye öncesinde yönetim kurulu ile ilgili düzenleme yapmamıştır. Sınırlı yetkilere sahip yönetim kurulunun bilhassa tasfiye öncesinde, genel kurul kararı olmadan malvarlığını devredip edemeyeceği; etmesi hâlinde bunun sonuçları çalışmamızda incelenmiştir.

### § 1. ANONİM ORTAKLIKTA ORGAN YAPISI

Şahıs ortaklıklarının tersine, sermaye ortaklıklarında ortak sayısının fazla olması nedeniyle tüzel kişiliğin faaliyetleri organlar eliyle yürütülür. Anonim ortaklıklarda genel kurul karar, yönetim kurulu idare ve temsil, denetçiler de denetim ve gözetim organlarıdır.

### I. ORGANLARIN BİRBİRLERİYLE OLAN İLİŞKİLERİ

Anonim ortaklığın organları<sup>1</sup> arasındaki ilişkiler konusunda birden fazla sistem ve görüş bulunmaktadır<sup>2</sup>. İsviçre/Türk hukukunda anonim ortaklığın organları arasındaki ilişkiler tartışılmaktadır<sup>3</sup>. İsviçre’de, genel kurulun üst organ olduğu açıkça belirtilmiştir (İsvBK m. 689)<sup>4</sup>. Bu hükmün Türk Ticaret Kanununa alınmamış olmasına karşın, ülkemizde de genel kurulun üst organ

<sup>1</sup> Tüzel kişilerde organ kavramı için bkz. **Özsunay, E.** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 72 vd.; **Öztan, B.**, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 15 vd.

<sup>2</sup> **Pulaşlı, H.**, Şirketler Hukuku, 4. Bası, Adana 2003, s. 284 vd.

<sup>3</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkorkut, K.**, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1995, s. 6 vd.

<sup>4</sup> İsviçre Borçlar Kanunu m. 698/I hükmünün lafzı, pay sahipleri genel kurulunun anonim ortaklığın en üst organı olduğunu söylemesine karşın, yönetim kuruluna münhasır yetkiler veren 716a hükmü gerekçe gösterilerek, genel kurulun üst organ olma niteliğinin bulunmadığı savunulmaktadır. (**Böckli, P.**, Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996, s. 610).

olduğu savunulmaktadır<sup>5</sup>. Ancak öğretilerde büyük çoğunluk, Türk Ticaret Kanununda açık hüküm bulunmaması, sürekli bir organ olmaması ve sorumluluğunun bulunmaması nedenleriyle genel kurulun üst organ olarak kabul edilemeyeceğini söylemektedir<sup>6</sup>.

Organların sahip oldukları yetkiler, kural olarak diğer organlara devredilemez niteliktedir. Zira niteliklerine ve menfaatler dengesine uygun olarak yapılmış yetki dağılımını bozacak şekildeki devirler yasaklanmıştır. Genel kurulun sahip olduğu yetkilerinin önemli bir bölümü devredilemez (münhasır) niteliktedir. Özellikle, ana sözleşmenin değiştirilmesi (TTK m. 312/I, 316); bilanço, kâr ve zarar hesabının tasdiki, kazancın dağıtılması teklifinin kabulü, reddi veya değiştirilmesi; yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin seçilmesi, azli, ibra edilmesi ve tasfiye hâlinde ortaklığın sahip olduğu aktiflerin toptan satılmasına ilişkin (TTK m. 443/II) kararlar münhasıran genel kurulun yetkisindedir.

## II. YÖNETİM KURULUNUN YETKİLERİ

Yönetim kurulu anonim ortaklığın zorunlu organlarından birisi olup; ortaklığın yönetim ve temsil organıdır (TTK m. 317). Ortaklık tüzel kişiliğinin kanunî temsilcisi konumunda olan yönetim kurulu, aynı zamanda daimî bir organ niteliği de taşımaktadır<sup>7</sup>. Yönetim kurulu, anonim ortaklığın kanunî mümessili olup, ortaklığın yönetiminde işletme sahibi ve işveren konumundadır<sup>8</sup>. Organ kavramı da tüzel kişilik gibi soyut bir kavram olup, ona gerçek kişi olan yönetim kurulu üyeleri hayat verirler<sup>9</sup>. Başka bir deyişle, tüzel kişiliğin iradesi yönetim kurulunun gerçek kişi üyeleri sayesinde oluşur<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Arslanlı, H., Anonim Şirketler, C. I, II, III, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 2.

<sup>6</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası, s. 292; Pulaşlı, s. 286; Özkorkut, s. 15; Karayalçın, K., Ticaret Hukuku, II, Şirketler Hukuku, B.2, Ankara 1973, s. 108; Hirsch, E.E., Ticaret Hukuku, B. 3, İstanbul 1948, s. 214.

<sup>7</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 294; Özkorkut, s. 19.

<sup>8</sup> Arslanlı, s. 113; Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 294; Özkorkut, s. 18.

<sup>9</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 294.

<sup>10</sup> Akipek, J.G./Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2004, s. 566.

Yönetim kurulunun sahip olduğu görev ve yetkileri, kural olarak Kanundan ve sözleşmeden doğar. Kanunda yer alanların dışında ortaklık ana sözleşmesi ile kurula yetki ve görevler verilebilir<sup>11</sup>.

Ortaklığın ve sahibi olduğu malvarlığının işletilmesi tamamen yönetim kurulunun yetkisine dâhildir. Bunun yanı sıra ortaklığın üçüncü kişi ve kurumlar nezdinde temsil edilmesi de yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilir. Bu bağlamda, ortaklığın sahip olduğu malvarlığının parça parça satışına ilişkin yetki de yönetim kuruluna aittir. Bunlardan başka, ortaklık defterlerinin tutulması, genel kurul toplantılarının yapılmasının sağlanması, ortaklığın hesaplarının düzenlenmesi gibi önemli konular da yönetim kurulunun yetki ve görevleri arasında bulunmaktadır<sup>12</sup>. Diğer organların aksine, yönetim kurulunun yetki ve görevlerinin toplu hâlde sayılmaması nedeniyle, diğer organların yetkisine girmeyen hususlarda tüm yetkinin yönetim kurulunda olduğu kabul edilmektedir<sup>13</sup>.

Yönetim kurulu, anonim ortaklığı idare ve temsil etme yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisi sınırsız değildir. Bu yetkinin genel sınırlarını, ortaklığın ana sözleşmesinde yer alan amacı ve konusu çizer (TTK m. 137, 321/I). Bu nedenle esas sözleşmede hem ortaklığın amacının hem de konusunun ne olduğunun açıkça gösterilmesi gerekmektedir (TTK m. 279).

Genel sınırlamanın yanı sıra, ortaklık ana sözleşmesi veya genel kurul kararı ile yönetim kurulunun temsil yetkisi sınırlandırılabilir; belirli hâllerde bölünebilir veya bırakılabilir (TTK m. 319). Bu sınırlamaların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, birlikte temsil kaydıyla ve şube işlerine hasredilme şeklinde yapılması gereklidir. Ayrıca söz konusu durumun ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi de şarttır (TTK m. 321/II). Aksi hâlde yönetim kurulunun yaptığı işlemlerin yetkisi dışında kaldığı hususunun iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir<sup>14</sup>.

Temsil yetkisine sahip olan yönetim kurulu üyelerinin, mevcut sınırlamalara uymadan üçüncü kişilerle yaptıkları hukukî işlemler ortaklığı bağlamamakla birlikte, ortaklığın bu işlemlere icazet vermesi her zaman mümkündür.

<sup>11</sup> **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 295.

<sup>12</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Çamoğlu** (Poroy/Tekinalp), s. 295 vd.

<sup>13</sup> **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), s. 292; **Özkorkut**, s. 19.

<sup>14</sup> **Helvacı, M.**, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001, s. 88.

## § 2. ANONİM ORTAKLIĞIN MALVARLIĞININ TOPTAN DEVRİ

Anonim ortaklığın sahip olduğu işletmeleri ve malvarlığını işletme yetkisi yönetim kuruluna aittir. Bunun yanı sıra anonim ortaklığı dışarıya karşı temsil etme, başka bir deyişle üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde tüzel kişiliğin iradesini oluşturma yetkisi ve görevi de yönetim kuruluna aittir (TTK m. 317, 321). Dolayısıyla ortaklığın sahip olduğu malvarlığını münferiden devretme veya dışarıdan yeni malvarlığı unsurları devralma yetkisi yönetim kuruluna aittir.

Bu konuda yönetim kurulunun yetkisinin daha iyi anlaşılabilmesi için, ortaklığın aktiflerinin devri kavramının anlamının tespit edilmesi gerekmektedir. Özellikle TTK m. 443/II hükmünde yer alan aktif kavramının sınırlarının belirlenmesi hususunun tartışmalı olduğu gözlenmektedir.

Aktif kavramının dar yorumlanmasını savunan görüşe göre<sup>15</sup>, aktif ifadesinden sadece bilânçonun aktif tarafında yer alan malvarlığının anlaşılması gerekmektedir. Buna göre, aktif kavramına paraya çevrilebilen tüm mal ve haklar (menkul, gayrimenkul mallar; sınaî mülkiyet hakları, nizalı, nizasız alacaklar, ticarî itibar, müşteri çevresi) dâhildir.

Buna karşılık diğer görüşe göre<sup>16</sup>, aktif kavramının geniş anlaşılması gerektiği ve ortaklığın tüm aktif ve pasiflerinin buraya dâhil olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle aktiflerin toptan satılması hâlinde işletmenin devri söz konusu olduğu gibi, yapılan işlem de BK m. 179 ve 180 hükümlerine tâbi olmalıdır.

Aktif kavramının dar yorumlanması hâlinde, aktiflerin tamamının yanı sıra büyük bir kısmının da devredilmesine de aynı hükümler uygulanmalıdır. Ancak BK m. 179 ve 180'de yer alan işletmenin devri hükümlerine bakıldığında, önemli olan hususun işletmenin aktif ve pasiflerinin birlikte devredilmesi olduğu görülmektedir<sup>17</sup>. Dolayısıyla bir ortaklığın sahip olduğu malvarlığının aktif kısmında yer alan tüm unsurları devretmesi ve ortaklığın içeriğini boşaltması durumunun yukarıda sözü edilen BK. m. 179 ve 180 hükümleriyle bağdaşmadığı açıktır. Kanunun emredici hükmü karşısında, ortaklıkların sahip oldukları malvarlıklarının sadece aktiflerini devretmeleri mümkün değildir. Böyle bir devir, Kanunun açık hükmü nedeniyle geçersiz olur.

---

<sup>15</sup> **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s. 844.

<sup>16</sup> **Karahan, S.**, Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998, s. 200.

<sup>17</sup> **Arkan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, Ankara 2005, s. 40; **Karahan, S.**, Ticari İşletme Hukuku, Konya 2005, s. 37, (işletme).

Dolayısıyla TTK m. 443/II hükmünün BK'nın ilgili hükümleriyle birlikte yorumlanarak, aktiflerin toptan satışı kavramının aktif ve pasiflerin birlikte devri şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

### I. ORTAKLIĞIN TASFİYESİNDEN ÖNCE

Anonim ortaklığın sahip olduğu malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi ve bu bağlamda malvarlığı unsurlarının devri yönetim kurulunun yetkilerine dâhildir (TTK m. 317, 321).

#### A. Ortaklık Malvarlığının Devri Yetkisinin Hangi Organa Ait Olduğu Sorunu

Ortaklığın malvarlığına dâhil münferit unsurların devri yetkisi yönetim kuruluna ait iken; ortaklığın aktiflerine kayıtlı unsurların tamamen devri için ayrıca genel kurul kararına ihtiyaç var mıdır?

Bu soruyla ilgili olarak Türk Ticaret Kanununda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Özellikle anonim ortaklıkların organ yapısı ve bu organların yetkilerini düzenleyen hükümlere bakıldığında söz konusu durumun açıkça düzenlenmediği görülmekte; sorunun cevabının genel yetki kurallarından hareket ederek bulunabileceği anlaşılmaktadır.

Anonim şirketlerde, önemli kararların alındığı mercii genel kuruldur<sup>18</sup>. Genel kurul, tüm ortakların serbestçe gelip oy kullanabildiği ve iradelerini açıklayabildiği bir imkân sunduğundan, ortaklıkla ilgili önemli kararları bu organ almaktadır. Ortaklığın feshedilmesi veya başka bir ortaklıkla birleştirilmesi gibi ortaklığın sona ermesi sonucunu doğuracak kararlar münhasıran genel kurul tarafından alınabilmektedir (TTK m. 434, 452). Dolayısıyla genel kurul bu yetkilerini başka bir organa da devredememektedir<sup>19</sup>.

Anonim ortaklığın sahip olduğu aktiflerin tümünün devredilmesi için genel kurul kararı alınmalıdır. Ortaklık malvarlığına dâhil olan önemli unsurların, menkul ve gayrimenkul mallarının; marka ve patent gibi sınâî mülkiyet haklarının tamamen devredilmesi ortaklığın devamını imkânsız hâle getirebilecek niteliktedir. Bu kadar önemli bir kararın tek başına yönetim kurulu tarafından alınabilmesi, anonim ortaklıklar içindeki organların dengesine de aykırılık oluşturur.

Yönetim kurulunun sorumluluktan kurtulabilmesi bakımından da, malvarlığının devri için genel kurul kararı alınması önem arz etmektedir. Sorumsuz genel kurul tarafından devir kararı alınması veya bu konuda yönetim kuruluna yetki verilmiş olması, kurul üyelerini kural olarak sorumluluktan da

<sup>18</sup> **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), s. 389 vd.; **Pulaşlı**, s. 290 vd.

<sup>19</sup> **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), s. 389 vd.; **Pulaşlı**, s. 291 vd.



kurtarır. Aksi hâlde, bir anlamda mamelekin devri anlamına gelen bu işlemde doğabilecek tüm sorumluluk münhasıran yönetim kuruluna ait olur.

Ayrıca anonim ortaklığın tasfiyesi aşamasında, aktiflerin toptan satılması hâlinde yetkinin genel kurula ait olduğu açıkça hükme bağlandığı için, daha önceki dönemlerde de bu hükmün kıyasen uygulanarak, kararın alınmasında genel kurulu yetkili kabul etmek gerekir. Böylece ortaklığın küçük ortaklarının haberi olmadan, kötüniyetle hareket eden yönetim kurulunun hareketleri kısıtlanmış olur. Aktiflerin tamamen satılması durumu çok acil olarak gündeme gelse dahi, olağanüstü toplanacak genel kurulda bununla ilgili olarak karar alınıp uygulanabilir. Böylece tüm ortaklar, ortaklığın geleceğiyle ilgili bu önemli kararda söz hakkı elde eder<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Konuyla ilgili olarak Yargıtay 11. HD'nin limited şirketle ilgili verdiği bir karar görüşümüzü desteklemektedir. Türk Ticaret Kanunundaki yollama nedeniyle anonim ortaklık yönetim kurulu yetkileri ve tasfiyenin usulü hakkındaki hükümler limited şirketler hakkında da uygulanır. Bu durumda şirketin devamı esnasında yapılan büyük malvarlığı devirlerinin TK m. 443/II hükmüne göre alınması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 11. HD'nin 13.02.2006 tarih, 2005/1362 E. ve 2006/1253 sayılı kararının metni şu şekildedir: "*Limited şirket müdürlerinin temsil yetkisinin kapsamı, TTK. nun 542. maddesi yollaması ile aynı Yasa'nın 321. maddesi ile belirlenmiştir. Bu maddede, temsile yetkili olanların şirketin maksat ve konusuna dâhil olan her nevi işleri ve hukuki muameleleri şirket adına yapmak ve şirket unvanını kullanmak hakkını haiz oldukları belirtilmiştir. Davalı şirketin ana sözleşmesinin "Amaç ve Konu" başlığını taşıyan 3. maddesinin 1-e bendinde, şirketin amacı ile ilgili olarak marka, ihtira beratı, patent, know how lisans, royaltite, ustalık ve diğer sınai mülkiyet haklarını elde etmek, bunlar üzerinde müktesep haklar sağlamak amaçları yer almakla birlikte, maddede belirtilen hakların başkalarına devri işleriyle uğraşmak, şirketin amaçları arasında sayılmamıştır.*

*Ana sözleşme ve açıklanan yasa hükümlerine göre, kural olarak şirketi temsile yetkili müdürün şirkete ait bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabileceğinin kabulü gerekir. Ancak bu malvarlığının, şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olduğunun veya şirketin varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğunun belirlenmesi halinde bu kez, anılan devir yönündeki taahhüdün geçerli olabilmesi için limited şirketlerde de uygulama alanı bulunan TTK. nun 443/2. maddesi uyarınca ortaklar kurulunun bu konuda anılan maddede açıklanan çoğunlukla karar alması gerekmektedir.*

*Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın incelenmesinde, dava konusu "Y. Nalin" markasının davacı şirketin varlığını sürdürmesinde hayati öneminin bulunduğu ve bu markanın devri konusunda ortaklar kurulunun TTK. nun 443/2. maddesinde belirtilen çoğunlukla karar almasının zorunlu olduğu açıkça*

Bu hususta Türk Ticaret Kanununda açık hüküm bulunmadığı gibi, halka açık anonim ortaklıklar hakkında da özel bir düzenleme yoktur. Yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerle, küçük yatırımcının korunmaya muhtaç olduğu bu tür ortaklıklarda da, malvarlığının devri için genel kuruldan nitelikli çoğunlukla izin alınması gerekir.

## **2. Malvarlığının Devri İle İlgili Genel Kurul Kararının Hangi Çoğunlukla Alınması Gerektiği Sorunu**

Genel kurul toplantılarında iki çeşit yetersayı aranır. Bunlardan ilki toplantının yapılabilmesi için gerekli olan toplantı yetersayı; diğeri de karar yetersayıdır. Toplantı yetersayısının sağlanmasıyla birlikte sağlıklı şekilde yapılan toplantıda alınacak kararlar için de ayrı bir karar yetersayı aranmaktadır. Türk Ticaret Kanununda bu iki husus ayrı ayrı hükme bağlanmış ve bu yetersayılar, toplantıda alınacak kararların önemine göre farklı şekillerde tespit edilmiştir.

Anonim ortaklık genel kurulunda esas sözleşmenin değiştirilmesi dışındaki diğer kararlar için, sermayenin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin hazır bulunması toplantının yapılabilmesi bakımından yeterlidir (TTK m. 372). Adi veya olağan genel kurul toplantı yetersayı için aranan bu miktarın ilk toplantıda sağlanamaması halinde, ikinci toplantıda gelen ortakların temsil ettikleri sermaye miktarına bakılmaksızın toplantı yapılabilir (TTK m. 372).

Esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kararların alınacağı genel kurul toplantı yetersayıları TTK m. 388 hükmü ile ağırlaştırılmıştır. Buna göre ortaklığın tâbiyetinin değiştirilmesi veya ortakların taahhütlerinin artırılması oybirliği; ortaklığın konusunun veya türünün değiştirilmesi sermayenin üçte ikisi veya ikinci toplantıda yarısının hazır bulunması gerekmektedir (TTK m. 388/I, II). Yukarıda belirtilen haller dışında kalan esas sözleşme değişiklikleri

---

*anlaşılmaktadır. Zira her iki şirket de bu ibareyi hem işletme girişinde hem de peçete, mönü, sipariş kutusu gibi tanıtım araçlarında kullanmaktadır. Ayrıca, dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden davacı şirketin iki ortağı arasında anlaşmazlıklar yaşandığı, ortaklardan Nermin'in, diğer ortak Seyhan'ın muvafakati olmadığı halde dava konusu markayı davalı şirkete devrettiği ve Nermin'in, davalı şirketin de münferiden temsile yetkili iki ortağından birisi olduğu anlaşılmaktadır.*

*Buna göre mahkemece, dava konusu markanın devri işleminin esaslı işlerden olduğu ve yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ile somut olayın özellikleri dikkate alındığında, ortaklar kurulu kararı ile özel bir yetki verilmeden devredilemeyeceği kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” (Karar için bkz. YKD., Haziran 2006, s. 917 vd.).*

için ise sermayenin yarısı veya ikinci toplantıda üçte birini temsil eden pay sahiplerine ihtiyaç duyulmaktadır (TTK m. 388/III). Oy birliği dışında kalan hallerde, sağlıklı karar alınabilmesi için mevcut oyların çoğunluğunun karara katılması şarttır (TTK m. 388/IV).

Tasfiye aşamasında aktiflerin toptan devri için gerekli olan genel kurul kararının, TTK m. 388/III hükmüne uygun olarak alınması zorunludur (TTK m. 443/II). Buna karşılık tasfiye aşamasından önce yapılacak devir bakımından bu şekilde bir yollama bulunmamaktadır. Ancak yukarıda izah edilen nedenlerle, tasfiye aşaması için getirilen kuralın, burada da kıyasen uygulanması ve ortaklığın malvarlığının tamamen devredilmesi için alınacak genel kurul kararı için nitelikli çoğunluk aranması gerekir<sup>21</sup>. Böylece, yönetim kurulunun tek başına ortaklığın içini boşaltmasının önüne geçildiği gibi, nitelikli çoğunluk sayesinde de genel kurulda büyük oranda uzlaşma sağlanmış olur.

Malvarlığının devrinde belirtilen nitelikli çoğunluğun aranması, aynı zamanda karar alınmasını da zorlaştıracığı için, kötüniyetli yönetim kurulunun hareket sahasını da sınırlar. Böylece aktiflerin devredileceğinden tüm ortakların haberdar olma imkânı ortaya çıkar. Bu yönde bir kararın alınmasını istemeyen ortaklar da, kanuna ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu ileri sürerek söz konusu kararın iptal edilmesini sağlayabilir (TK m. 381). İptal davasının açılması kararın icrasını durdurmadığından, davacının talebi üzerine mahkeme, yönetim kurulu üyeleriyle denetçilere sorduktan sonra aleyhine iptal davası açılan kararın icrasının geri bırakılmasına karar verebilir (TTK m. 382)<sup>22</sup>.

## II. ORTAKLIĞIN TASFİYESİ AŞAMASINDA

Anonim şirketin fesih veya infisah nedenlerinden birine dayanarak sona erip tasfiye aşamasına geçmesiyle, şirketin aktif ve pasif tüm malvarlığının tasfiye edilmesi gerekmektedir. Bu aşamada şirketin sahip olduğu aktiflerin satılması ve borçların ödenmesi söz konusudur. İki aşamada gerçekleştirilecek olan tasfiyede, öncelikle dış tasfiye aşaması tamamlanır. Ortaklığın aktifleri satılır ve elde edilen para ile borçları ödenir. Buradan kalan kısım ile iç ilişkide ortaklara tasfiye payı dağıtılır<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Bir önceki dipnotta belirtilen Yargıtay kararında da, TTK m. 443/II hükmünün aynen uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Böylece hem anonim hem de limited ortaklıklarda, ortaklığın malvarlığının toptan devri için nitelikli genel kurul kararı alınması zorunludur.

<sup>22</sup> **Moroğlu, E.**, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2004, s. 254.

<sup>23</sup> **Von Büren, R./Stoffel, W.A./Schnyder, A. K./ Christen-Westenberg, C.**, Aktienrecht, Zürich 2000, s. 224 vd.

### A. Malvarlığının Toptan Satış Kararının Alınması

Ortaklığa ait malların münferiden veyahut topluca satılması farklı hükümlere bağlanmıştır. Türk Ticaret Kanununun 443'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, anonim ortaklığın aktiflerinin toptan satılabilmesi için genel kurul kararı alınması şarttır<sup>24</sup>. Genel kurulun bu konuda alacağı karar için TTK'nın 388'inci maddesinin 3. ve 4. fıkralarında yer alan nisapların sağlanması gerekmektedir<sup>25</sup>. Dolayısıyla söz konusu kararların alınabilmesi için gerekli olan toplantı nisabı, sermayenin yarısına sahip olan pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunmasıyla sağlanabilir (TTK m. 388/III). İlk toplantıda bu çoğunluğun sağlanamaması halinde en geç bir ay içinde yapılacak olan ikinci toplantıda sermayenin en az üçte birini elinde tutan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin toplantıya gelmesi gerekir. Bu şekilde yetersayısı sağlanan toplantıda kararlar mevcut oyların çoğunluğu ile alınır (TTK m. 388/IV)<sup>26</sup>.

Buna karşılık malların münferiden satılması hususunda tasfiye memurları yetkilidir (TTK m. 450, 219)<sup>27</sup>. Tasfiyeden önce yönetim kurulunun sahip olduğu bu yetki, tasfiye aşamasında da genel kurul kararına ihtiyaç göstermeden tasfiye memurları tarafından kullanılabilir<sup>28</sup> ve malvarlığının

<sup>24</sup> Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 538'inci maddesine bakıldığında, mevcut Kanunun 443'üncü maddesinin dili sadeleştirilerek aynen alındığı görülmektedir. Dolayısıyla Tasarının yasalaşması halinde mevcut düzenleme aynen devam edecektir.

<sup>25</sup> **İmregün, O.**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989, s. 485; **Ansay, T.**, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1970, s 257.

<sup>26</sup> 1926 tarihli Ticaret Kanununun 459'uncu maddesinde de benzer bir hüküm yer almıştır. Bu hükme göre, tasfiye memurlarının münfesi bir anonim ortaklığın mallarını tamamen satabilmesi için genel kurul kararı alınması gerekmektedir.

<sup>27</sup> İsviçre düzenlemesinde aktiflerin toptan satışını izne bağlayan doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu şekilde satış için genel kuruldan izin alınması tavsiye edilmektedir (Bkz. **von Steiger, F.**, (çev. **Çağa, T.**), İsviçre'de Anonim Şirketler Hukuku, Zürih 1968, s. 405).

<sup>28</sup> Yargıtay 11. HD'nin 30.01.1985 gün ve 1984/6072 E. ve 270 sayılı kararı şu şekildedir: "TTK'nın 443/f.2 hükmüne göre, anonim şirket aktiflerinin (toptan) satılabilmesi için anonim şirket genel kurul kararına ihtiyaç bulunduğu gibi, bu şekildeki bir kararın alınabilmesi için de kanun koyucu, TTK'nın 388/f.3 hükmüne göre "ağırlaştırılmış bir nisap" öngörmüş bulunmaktadır. Ancak genel kurul, satışı arzu edilen gayrimenkullerin (toptan) değil de teker teker (parsel parsel) satılmaları yolunda karar almış olduğu anlaşılmasına ve alınan bu karar da TTK'nın 372 ve 378 inci maddelerinde belirtilen "adi nisap" yani şirket sermayesinin en az dörtte birini oluşturan pay sahiplerinin huzuru ile

münferiden satışı için ayrı bir genel kurul kararı almaya gerek yoktur (TTK m. 443/II)<sup>29</sup>.

Genel kurulun bu konuda karar alabilmesi için tasfiye memurları tarafından toplantıya davet edilmiş olması gerekir (TTK m. 440/II). Ancak tasfiye memurları bu konuda özel bir talepte bulunmamış olsa dahi, usulüne uygun olarak toplanan genel kurul, aktiflerin toptan satışı hakkında karar verebilir<sup>30</sup>.

Genel kurul tarafından verilecek bu karar iç ilişki bakımından önem arz etmektedir. Aktiflerin toptan satılmasına ilişkin genel kurulda bir karar alınmamış veya reddedilmiş olmasına rağmen, aktiflerin topluca satılması halinde bu eksiklik, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>31</sup>.

### B. Malvarlığının Satış Yöntemi

Malvarlığının satışının nasıl yapılacağı TK m. 443/I hükmünde belirtilmiştir. Bu hükme göre, “Genel kurul aksine karar vermiş olmadıkça tasfiye memurları şirketin aktiflerini pazarlık suretiyle de satabilirler.”<sup>32</sup>.

Kanunun bu hükmünü *Tekinalp*, satış konusunda ana kuralın pazarlık suretiyle satış olması gerektiği şeklinde yorumlamıştır<sup>33</sup>. TK m. 450 ile TK m.

---

*toplularak oyçokluğu ile bu (parsel parsel) satışı hususundaki kararı almış bulunmalarına nazaran alınan bu genel kurul kararı geçerlidir.” (Doğanay, İ., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, II. Cilt, İstanbul 2004, s. 1299).*

<sup>29</sup> **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s. 845; **Karahan**, s. 200.

<sup>30</sup> **Karahan**, s. 199.

<sup>31</sup> **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 845. *Karahan* ise genel kurulda karar alınmadan yapılan devir sözleşmesinin geçersiz olduğunu belirtmiştir (s. 199). Genel kurul kararının iç ilişkiye yönelik olması, özellikle üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunması ve tapuda gerçekleşen devirlerde tapuya güven ilkesi nedeniyle devir sözleşmelerinin geçersizliğinin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileriye sürülememesi menfaatler dengesine ve hakkaniyet ilkesine uygun düşer.

<sup>32</sup> İsvBK m. 743/IV’de yer alan ve genel kurulun başka bir yöntem belirlememiş olması halinde tasfiye memurlarının satış yöntemi konusunda serbest olduklarını belirten hükmün orijinali şu şekildedir: “*Sie dürfen Aktiven auch freihaendling verkaufen, wenn die Generalversammlung nichts anderes angeordnet hat*”.

<sup>33</sup> **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s. 845. Aynı şekilde *Doğanay* da, anonim ortaklık esas sözleşmesinde veya genel kurulda aksine karar olmadıkça tasfiye memurlarının satış konusunda serbest olduğunu belirtmiştir. Şayet ortaklık genel kurulu satış için açık veya kapalı artırma usulünü karara bağlamış ise, tasfiye memurlarının bu karara göre hareket etmeleri zorunludur, aksi halde tasfiye memurları ortaklığa karşı sorumlu olurlar (s. 1299).

233'e yollama yapılmadığı için, bu maddede belirtilen kurallar, özellikle İİK hükümleri uygulanmaz. Genel kurul aktiflerin satışı için açık ya da kapalı satış usulünü belirleyebilir. Bu şekilde alınmış bir kararın varlığına rağmen, tasfiye memurları karara aykırı şekilde satış yaparlarsa bundan dolayı sorumlu olur. Ancak iyiniyetli alıcılar mülkiyeti kazanır<sup>34</sup>.

*Karahan* ise, Kanun metnindeki “de” ekinin, pazarlık suretiyle satışın ana kural değil sadece mevcut yollardan birisi olduğunu, diğer yolların yanında pazarlık suretiyle satışın yoluna da başvurulabileceğinin hatırlatıldığını belirtmiştir<sup>35</sup>. Müellif pazarlık suretiyle satış suiistimallere açık olması nedeniyle bunun istisnaen uygulanabileceğini ve genel kurulun bu yolu kapatabileceğini haklı olarak ifade etmiştir. Her ne kadar TK m. 450 ile TK m. 233'e yollama yapılmamış olsa da daha güvenli olan açık artırma yolu ile satış yönteminin esas alınması ve genel kurul kararı olması hâlinde pazarlık yönteminin de kullanılabilmesi sonucuna varmak gerekir<sup>36</sup>.

Kanun metnine bakıldığında ikinci görüş daha doğru görünmektedir. Bu şekilde yorumlandığı takdirde, tasfiye memurlarının satış yöntemi konusunda serbest oldukları ve genel kurulun aksine karar almamış olması halinde pazarlık usulünü de kullanabilecekleri sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>37</sup>.

### § 3. MALVARLIĞININ BİR BÜTÜN OLARAK DEVREDİLMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Anonim ortaklığın tasfiyesinden önce veya sonra, genel kurul kararının alınmasını müteakip malvarlığının devri yapılabilir. Unsurların niteliğine göre mülkiyetin geçişi için gerekli olan işlemleri (teslim, tescil, temlik vb.), ortaklık adına yönetim kurulu gerçekleştirecektir. Her ne kadar malvarlığı topluca satılsa da mülkiyetin geçişi bakımından, her bir malvarlığı unsurunun özelliğine göre gerekli olan işlemlerin yapılması zorunludur.

<sup>34</sup> **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s. 846.

<sup>35</sup> **Karahan**, s. 201.

<sup>36</sup> Yargıtay 12. HD'nin 31.10.1991 gün ve 1991/18197 E. ve 11217 sayılı kararı şu şekildedir: “*Şirket tasfiye memurunun TTK'nın 443 üncü maddesi hükmünden kaynaklanan ihale ile satış yetkisi, (cebri) bir ihale olmadığı için, herkesin katılabileceği (ihtiyari ve aleni) müzayede olduğundan, BK'nın 225 ve müteakip maddeleri hükümlerine göre en yüksek ücret teklif eden alıcıya ihale edilmesi zorunludur. BK'nın 226 ncı maddesi hükmüne giren ve yapılan müzayedeye fesat karıştırıldığı iddiasını içeren itirazların ve diğer bir deyişle ihalenin feshi isteğinin mahkemeye yapılması gerekir.*” (**Doğanay**, s. 1298, dnp. 36).

<sup>37</sup> Aynı yönde bkz. **İmregün**, s. 485; **Ansay**, s. 257; **von Steiger**, s. 405; **Böckli**, s. 1035.

Genel kurul kararı alınmadan veya genel kurulun toptan satış talebini reddetmesine rağmen, yönetim kurulu veya tasfiye memurlarının, ortaklığın malvarlığını toptan devretmelerinin sonuçlarını ikiye ayırarak incelemek gerekir.

## I. İÇ İLİŞKİ BAKIMINDAN

### A. Organların Sorumluluğu

Genel kurul kararı alınmadan yönetim kurulunun veya tasfiye memurlarının satış sözleşmesi yapması ve gerekli işlemleri gerçekleştirerek devri sonuçlandırması halinde, ortaklığın iç ilişkisi bakımından bu işlemler geçersiz olacaktır. Hukuka aykırı işlemlerin yaptırımı; yokluk, mutlak butlan, iptal edilebilirlik şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>38</sup>. Kanunun emredici hükümlerine aykırı olan işlemler kesin hükümsüz (batıl) sayılır (BK. m. 20/I). Dolayısıyla TTK m. 443/II hükmüne aykırı olarak yapılan devir işlemlerinin de mutlak butlanla sakat olduğu kabul edilmelidir. Böylece yönetim kurulunun ve tasfiye memurlarının malvarlığının topluca devrine ilişkin aldıkları kararlar batıl hale gelir.

İşlemlerin geçersiz olmasının yanı sıra, işlemi yapan organların sorumluluğu yoluna gidilebilir. Yönetim kurulunun söz konusu genel kurul kararını almadan malvarlığını devretmesi halinde müteselsil sorumluluğu ortaya çıkar (TTK m. 336). Tasfiye memurları da, genel kurul kararı olmadan aktifleri devretmeleri halinde sorumlu olurlar (TTK m. 450, 224)<sup>39</sup>. Yönetim kurulu üyeleri ve tasfiye memurlarının sorumlulukları müteselsil olmakla birlikte kusura dayalıdır<sup>40</sup>. Dolayısıyla yetkinin tek bir üye veya memura verilmesi veya kusurun bulunmaması halinde bu kişiler sorumlu olmaz. Ancak genel kurul kararı olmadan aktiflerin satılması halinde, kusursuzluğun ispatı imkânsızdır. Zira Kanunun açık hükmüne rağmen, genel kurul kararı alınmadan devir işlemi yapılmış olur. Buna mukabil, yetkinin tek bir üye (murahhas) veya memura bırakılmış olması halinde, yapılan hukuka aykırı işlemde sadece o kişi sorumlu olur. Yalnız unutulmamalıdır ki; idare ve temsil yetkisinin murahhaslara verilmiş olması, diğer yönetim kurulu üyelerini tamamen sorumluluktan kurtarmamaktadır. Murahhasların seçiminde özen gösterme ve murahhaslar üzerindeki gözetim yükümlülüğü diğer üyeler bakımından devam etmektedir. Özen ve gözetim yükümlülüğünün ihlâl edilmesi halinde, işlemleri yapanın

---

<sup>38</sup> **Eren, F.**, Borçlar Hukuku Genel hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001, s. 307 vd.

<sup>39</sup> **Karahan**, 286 vd.

<sup>40</sup> **Karahan**, s. 311; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s. 323.

murahhas üye veya müdür olmasına rağmen, diğer yönetim kurulu üyelerinin de sorumluluğu yoluna gidilebilir<sup>41</sup>.

Devir işleminin çok kârlı olması halinde, ortaklık ve dolayısıyla ortaklar zarara uğramamış olacağından, işlemi yapanların da sorumlulukları ortaya çıkmaz. Ancak bu devir sonucunda, ortaklık alacaklılarının da alacaklarının ödenmiş olması gerekir. Aksi halde bu kişiler ortaklığın içinin boşaltılması nedeniyle devri gerçekleştiren yetkililer hakkında sorumluluk davası açabilir (TTK m. 341).

### B. Ortakların Bilgi Alması

Anonim ortaklığın malvarlığının tasfiyeden önce veya sonra topluca devredilmesi halinde, durum alacaklılardan sonra en çok ortakları ilgilendirmektedir. Dolayısıyla özellikle küçük pay sahipleri, devrin mahiyeti, boyutu ve sonuçlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi almak isteyeceklerdir. Bu durumda tasfiye aşamasından önce yönetim kurulunun, tasfiye aşamasında da tasfiye memurlarının aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>42</sup>. Böylece yapılan devirden sonra ortakların ilgili organdan bilgi almaları ve ortaklığın geleceği hakkında yorum yapmaları mümkün olabilecektir.

Genel kurulun devir konusunda karar vermiş olmasına rağmen, malvarlığının devri işlemini gerçekleştirecek olan yönetim kurulu ve tasfiye memurlarıdır. Satış hakkında ayrıntılı bilgiyi sadece bu iki organ verebilir. Yönetim kurulu ve tasfiye memurlarının ibra edilmeleri hakkındaki görüşme öncesinde de, yapılan devir işlemi hakkında ortakları aydınlatmaları oldukça önemlidir.

Halka açık anonim ortaklıklarda, özellikle küçük yatırımcının ortaklığın malî yapısı hakkındaki değişimleri öğrenmesi fevkalade önemlidir. Bu konu gerek Sermaye Piyasası Kanununda gerekse ilgili tebliğlerde düzenlenmiştir. Özellikle “*Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği*”nde<sup>43</sup> bazı önemli durumların kamuya duyurulması zorunluluğu getirilmiştir<sup>44</sup>. Tebliğ’de malvarlığının tamamı yerine çok daha azının dahi

<sup>41</sup> Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 305.

<sup>42</sup> Kaya, A., Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001, s. 179 vd.; Karahan, s. 113.

<sup>43</sup> Seri: VIII, No: 39. 20.07.2003 tarih ve 25174 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

<sup>44</sup> Tebliğin Özel Durumlar başlıklı beşinci maddesinin (b) bendinde malvarlığı devirleri şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 5 - Bu Maddede belirtilen özel durumların gerçekleşmesi halinde, bu Tebliğde belirtilen esaslar çerçevesinde kamuya açıklama yapılır. Ancak



devredilmesi halinde durumun kamuya açıklanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Halka açık anonim ortaklıklarda da bilgi verme yükümlülüğü yönetim kuruluna aittir<sup>45</sup>. Ancak yönetim kurulu söz konusu bilgileri özellikle Sermaye Piyasası Kuruluna verecek ve Kurul sayesinde kamunun aydınlatılması sağlanmış olacaktır (SPK m. 16, 22)<sup>46</sup>.

## II. DIŞ İLİŞKİ BAKIMINDAN

Anonim ortaklığın aktiflerinin genel kurul kararı olmadan veya genel kurulun satışı reddetmesine rağmen satılması halinde, yapılan sözleşmelerin batıl olacağı ifade edilmişti. Malvarlığını devralan kişilerin iyiniyetli olması halinde, hakkaniyet ve ticarete güvenin sağlanabilmesi için bunların korunması gerekir<sup>47</sup>.

Ortaklığa ait malvarlığı unsurlarını devralan üçüncü kişiler, genel kurul kararı alınmadığını veya genel kurulun satışı reddettiğini bilmiyorlarsa ve bilmeleri de gerekmiyorsa iyiniyetli olarak kabul edilirler (MK m. 3). Bu nitelikleri haiz kimseler, resmî satış işlemiyle aldıkları malvarlığı unsurları üzerinde kural olarak mülkiyet hakkı kazanabilirler.

Bu noktada, ortaklığa ait malvarlığı unsurlarının niteliği ve kayıtlı oldukları sicillerde güven ilkesinin uygulanıp uygulanmadığı da önemlidir.

Devredilen unsurun menkul mal olması halinde, devralan, tasfiye memurlarının ve yönetim kurulu üyelerinin yetkisiz olduğunu bilmiyorsa ve bilmesi de gerekmiyorsa iyiniyetli sayılır ve menkuller üzerinde mülkiyet

---

*yapılacak açıklamalar aşağıda belirtilen durumlarla sınırlı olmayıp, yatırım kararlarını ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek her türlü bilginin bu Tebliğ hükümleri çerçevesinde kamuya açıklanması zorunludur.*

*b) Maddi duran varlık alımı, satımı, kiralanması, kiraya verilmesi, aynı sermaye olarak konulması;*

*1) Alış veya satış bedeli ya da yıllık kira tutarı Kurul tebliğleri uyarınca kamuya açıklanan son bilançodaki maddi duran varlıkların toplam net değerinin en az %25 ine veya aktif toplamının en az %10 una ulaşan maddi duran varlık satışları, alışları, kiraya verilmesi, kiralanması veya bir şirkete aynı sermaye olarak konulması, Söz konusu oranlara ulaşıldıktan sonra, son bilanço aktif toplamının % 5 ve katlarına veya maddi duran varlıkların toplam net değerinin % 10 ve katlarına ulaşan veya aşan maddi duran varlık alınması, satılması, kiralanması, kiraya verilmesi veya bir şirkete aynı sermaye olarak konulması”.*

<sup>45</sup> Ünal, O. K., Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı, Ankara 2005, s. 359 vd.

<sup>46</sup> Ünal, s. 369 vd.

<sup>47</sup> Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 845.

hakkını kazanır<sup>48</sup> (MK m. 988). Zira menkul malın mülkiyeti tüzel kişiliğe ait olsa da zilyetlik ilgili organın elindedir. Başka bir deyişle, tüzel kişiler maliki oldukları mallar üzerindeki zilyetliklerini organları eliyle yürütürler. Dolayısıyla anonim ortaklığa ait menkul mallar üzerinde, yönetim kurulu emin sıfatıyla zilyettir<sup>49</sup>. Bu nedenle yönetim kurulundan veya tasfiye memurlarından iyiniyetli bir şekilde menkul malları devralan kişi, bunlar üzerinde mülkiyet hakkını kazanır (MK m. 988). Somut olayda yönetim kurulu menkul malları kendi adına devretmemektedir. Ancak Medeni Kanunun 988'inci maddesi hükmünün uygulanabilmesi için emin sıfatıyla zilyedin, eşyayı üçüncü kişiye devrederken malik olarak davranması şart değildir. Üçüncü kişinin, emin sıfatıyla zilyedin malik olmadığını bilmesine rağmen, onunla temsilci sıfatıyla mülkiyeti nakil sözleşmesi yapması halinde de iyiniyet korunur. Önemli olan malı devralan üçüncü kişinin, zilyedin tasarruf yetkisine güvenirken gerekli özeni göstermiş olmasıdır<sup>50</sup>.

Devredilen unsurun taşınmaz ve devralanın da iyiniyetli olması halinde, tapu siciline güven ilkesi karşımıza çıkar. Ancak bu ilkenin uygulanabilmesi için, iyiniyetli üçüncü kişinin<sup>51</sup> sicildeki kayıtlara güvenerek aynî hak iktisap etmesi gerekir (MK m. 1023). Anonim ortaklığın taşınmazlarının devredilmesi halinde, iyiniyet ve aynî hak iktisabına ilişkin şartlar meydana gelse bile, sicile güven şartı ortaya çıkmaz. Başka bir ifade ile devirdeki sakatlık, sicildeki yolsuz tescilden değil, yönetim kurulu üyeleri veya tasfiye memurlarının temsil yetkisinin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Hak sahibi (anonim ortaklık) adına hareket ederek tescil yaptıran temsilcinin temsil yetkisinin olmaması veya vekâletnamesinin sahte olması halinde yapılan tescil geçerli olmayacak ve aynı hak iyiniyetli üçüncü kişiye intikal etmeyecektir. İyiniyetli devralanın, temsilcinin temsil yetkisinin varlığına güvenmiş olması MK m. 1023'ün kapsamı dışında kalmaktadır<sup>52</sup>. Bu nedenle de devralan iyiniyetli de olsa taşınmazın mülkiyetini kazanamaz<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Akipek/Akıntürk, s. 164; Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S., Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 98.

<sup>49</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 51.

<sup>50</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 100; Gürsoy, K.T./Eren, F./Cansel, E., Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 149-150.

<sup>51</sup> Akipek/Akıntürk, s. 165.

<sup>52</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 198.

<sup>53</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s. 287.

Ticaret sicilinde ise, sicile güven ilkesi uygulanmamaktadır<sup>54</sup>. Dolayısıyla ticaret siciline kayıtlı unsurların veya bir işletmenin genel kurul kararı olmadan devredilmesi halinde devralanın iyiniyeti korunmayacaktır.

Bu şekilde gerçekleşen işlemler neticesinde ortaklığın uğramış olduğu zararı, yerine göre yönetim kurulu üyelerinin veya tasfiye memurlarının tazmin etmesi gerekir (TK m. 336, 450, 224). Bu noktada ortaklığın ve dolayısıyla ortakların uğramış oldukları zararların karşılanması bakımından hem yönetim kurulu hem de tasfiye memurları kural olarak müteselsilen sorumludur<sup>55</sup>. Ancak yetkinin tek bir üyeye veya memura verilmiş olması halinde sorumluluk ilgili kişiye ait olur (TK m. 336/son). Ancak diğer üyelerin gözetim yükümlülüğünün devam ettiğini unutmamak gerekir.

### SONUÇ

Anonim şirketlerin sahip olduğu malvarlığının tasfiye aşamasında topluca satılabilmesi için genel kurulun nitelikli çoğunlukla karar vermesi zorunludur. Ortaklığı ve ortakları koruma amacıyla getirilen bu hükmün tasfiye öncesi yapılacak devirler bakımından da uygulanması fevkalade önemlidir. Böylece, ortaklığın içinin boşaltılması sonucunu doğuracak devirlerin, önceden genel kurul tarafından bilinmesi ve karara bağlanması sağlanmış olur. Söz konusu bu devrin genel kurul kararına bağlanmış olması, ortaklık alacaklıları bakımından da oldukça önemlidir. Tüzel kişiliğin borçlarından sınırlı sorumlu ortaklara sahip anonim ortaklıkta, alacaklıların alacaklarının teminatını ortaklığın malvarlığı oluşturur. Bu teminatın genel kurulun onayı alınmadan devredilmesi sonucunda, ortaklar kadar alacaklılar da zarara uğrayabilecektir.

Aynı hükmün kıyasen limited ortaklıklar hakkında da uygulanacağı Yargıtay kararı ile de belirtilmiştir. Böylece hem limited hem de anonim ortaklıklarda gerek tasfiye öncesi gerek tasfiye aşamasında, malvarlığının toptan satılabilmesi için genel kuruldan nitelikli çoğunlukla karar alınması gerekmektedir.

Anonim ve limited ortaklıklar için varılan bu sonucun, halka açık anonim ortaklıklar bakımından da geçerli olduğunu kabul etmek, küçük yatırımcının korunması bakımından oldukça önem arz etmektedir. Kapalı anonim ortaklıklardaki yatırımcıdan ziyade korunmaya ihtiyacı halka açık anonim ortaklıklardaki ortakların, bu tür devirlerin genel kurul kararına bağlanmasıyla daha iyi korunacağı bir gerçektir. Bunun yanı sıra daha etkin bir dış denetimin söz konusu bu tür ortaklıklarda, gerek sermaye Piyasası Kurumu

<sup>54</sup> Arkan, s. 242.

<sup>55</sup> Helvacı, s. 34; Çamoğlu, E., Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 97.

gerekse bağımsız dış denetleme kuruluşları bu tür devirler konusunda gerekli önlemleri alabilecek ve uyarıları yapabilecektir.

Genel kurul kararı olmadan veya genel kurulun talebi reddetmiş olmasına karşın yönetim kurulunun ya da tasfiye memurlarının devir işlemini yapması halinde, devralanların iyiniyetinin korunması ticari muamelelere güven bakımından önemlidir.

İyiniyetin korunması devredilen malvarlığı unsurlarının niteliğine ve bunların kayıtlı olduğu sicile bağlıdır. Yukarıda da izah edildiği gibi, anonim ortaklığın organları emin sıfatıyla zilyet olarak kabul edildiğinden, bunlardan menkul mal devralan üçüncü kişilerin iyiniyeti korunur. Buna karşılık taşınmazların devredilmesi halinde, iyiniyetli devralan tapudaki yolsuz tescile değil yöneticilerin temsil yetkisine güvendiği için MK m. 1023'deki korumadan yararlanamayacaktır. Aynı şekilde ticaret sicilinde güven ilkesi uygulanmadığı için, bu sicile kayıtlı unsurların devralınması halinde, iyiniyet söz konusu olsa da iktisaplar korunmayacaktır.

Genel kurul kararı olmadan veya genel kurulun ret kararına rağmen, malvarlığının topluca devredilmesi halinde, ortaklığın uğradığı zararın tazmin edilmesi de yönetim kurulu üyelerine ve tasfiye memurlarına düşmektedir. Ancak şu da unutulmamalıdır ki, uygun şartların oluşması ve kısa sürmesi halinde ani karar vererek ortaklığın malvarlığını değerinin çok üzerinde elden çıkaran yetkililer kural olarak, herhangi bir şekilde sorumluluk altına girmezler. Ancak malvarlığının devredilmesinde ortakların yanı sıra korunmaya mazhar diğer grup ortaklık alacaklılarıdır. Gerçekleştirilen devir sonucunda, ortaklık alacaklılarının da tatmin edilmiş olması halinde, ilgililer sorumluluktan tamamen kurtulurlar. Genel kurul kararı olmadan malvarlığını devreden ilgililer hakkında gerçek vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır (BK m. 410 vd.).

#### KAYNAKÇA\*

- Akıpek, J.G./Akıntürk, T.** : Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2004.
- Ansay, T.** : Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1970.
- Arkan, S.** : Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, Ankara 2005.

\* Birden fazla eserinden yararlanan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir

Anonim Ortaklığın Sahip Olduğu Malvarlığının Yönetim Kurulu Tarafından

- Arslanlı, H.** : Anonim Şirketler, C. I, II, III, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.
- Böckli, P.** : Schweizer Aktienrecht, Zürich 1996.
- Çamoğlu, E.** : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- Doğanay, İ.** : Türk Ticaret Kanunu Şerhi, II. Cilt, İstanbul 2004.
- Eren, F.** : Borçlar Hukuku Genel hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001.
- Gürsoy, K.T./Eren, F./**
- Cansel, E.** : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Helvacı, M.** : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2001.
- Hirsch, E.E.** : Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1948.
- İmregün, O.** : Anonim Ortaklıklar, İstanbul 1989.
- Karahan, S.** : Anonim Şirketlerde Tasfiye, Konya 1998.
- Karahan, S.** : Ticari İşletme Hukuku, Konya 2005, (Karahan, işletme).
- Karayalçın, K.** : Ticaret Hukuku, II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara 1973.
- Kaya, A.** : Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001.
- Moroğlu, E.** : Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2004.
- Oğuzman, M.K./Seliçi, Ö./**
- Oktay-Özdemir, S.** : Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004.
- Özkorkut, K.** : Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Kararlarının İptali, Ankara 1995.
- Özsunay, E.** : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul 1982.
- Öztan, B.** : Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.

**Poroy/Tekinalp/**

- Çamoğlu** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 9. Bası,  
İstanbul 2003.
- Pulaşlı, H.** : Şirketler Hukuku, 4. Bası, Adana 2003.
- Ünal, O. K.** : Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı,  
Ankara 2005.
- von Büren, R. /Stoffel, W.A.**  
**/Schnyder, A. K./**
- Christen-Westenberg, C.,** : Aktienrecht, Zürich 2000.
- von Steiger, F.,**  
**(çev. Çağa, T.),** : İsviçre’de Anonim Şirketler Hukuku, Zürich  
1968.

## TİCARET UNVANININ KORUNMASI

**Dr. Hayrettin ÇAĞLAR\***  
**Dr. Mehmet ÖZDAMAR\*\***

### ÖZET

Ticaret unvanı, taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan isimdir. Her tacir Kanunda öngörülen sisteme uygun şekilde ticaret unvanı seçmek, tescil ettirmek ve kullanmak zorundadır. Ticaret unvanı bir çekirdek ve ekten oluşmaktadır. Usulüne uygun şekilde tescil edilen ve kullanılan unvan Ticaret Kanununda belirtilen özel hükümler uyarınca korunur. Tescil ettirmeksizin kullanılan ticaret unvanları ise sadece haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Unvanı tecavüze uğrayan tacir, bu saldırının durdurulmasını, diğer tarafın unvanına ayırıcı ek almasını veya unvanın sicilden terkinini talep edebilir. Bunların yanı sıra unvan sahibinin zararı meydana gelmiş ise, bu zararın tazminini isteyebilir. Son olarak davayı kazanan tarafın talebi üzerine, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kararın gazetelerde ilan edilmesine karar verilebilir.

### Anahtar kelimeler

Tacir, Ticaret Unvanı, Tescil, Koruma, Tanıtma Vasıtaları

### DER SCHUTZ VON HANDELSFIRMA

### ZUSAMMENFASSUNG

Handelsfirma ist eine Bezeichnung, die einen Kaufmann von den anderen unterscheidet. Jeder Kaufmann ist verpflichtet, eine Firma anzunehmen, eintragen zu lassen und zu benutzen. Die Firma besteht aus Kern und Zusatz. Falls die Firma gesetzesmäßig eingetragen und benutzt worden ist, ist sie denn im Rahmen der besonderen Vorschriften des Handelsgesetzbuches zu schützen. Die nicht eingetragene Firma kann nur gegen den Vorschriften für unlauteren Wettbewerb geschützt werden. Der Rechtsinhaber einer Handelsfirma kann die unlautere Benutzung seiner Firma durch Dritten, untersagen. Er kann auch die Benutzer zwingen, weiterer Zusatz/Zusätze anzunehmen, die ähnliche Firma eintragen lassen wollen. Er hat auch gegen die schon eingetragene ähnliche Firma den Löschungsanspruch. Falls die Rechte des Firmeninhabers durch Verletzungshandlung der Dritten geschadet wird, hat er dann auch den

---

\* Öğretim Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Öğretim Görevlisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Schadensersatzanspruch. Der in seinem Firmenrecht verletzte Firmeninhaber kann vor Gericht, Mitteilung des Urteils an die Betreffenden und Veröffentlichung des Urteils verlangen.

**Schlüsselwörter;** Kaufmann, Handelsfirma, Registrierung, Schutz, Geschäftliche Bezeichnungen

### **GİRİŞ**

Ticaret unvanı tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili işlemleri yaparken kullandıkları isimdir. Tacirin kullanmak zorunda olduğu bu ismi uzun süre kullanması halinde piyasada belirli bir tanınırlık düzeyine ulaşır. Bu isimler genellikle kalite ve güven sembolü haline gelirler. Bu şekilde önem kazanan isimlerin korunması, tacirler bakımından fevkalade önemlidir. Bu çalışmada ticaret unvanının, gerek başka bir ticaret unvanı gerek diğer şekillerde kullanıma karşı korunmasında karşılaşılan sorunlar ve bunların çözümleri üzerinde durulurken, mevcut düzenleme ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısını da karşılaştırılmıştır.

### **I. TİCARET UNVANI SEÇME VE KULLANMA ZORUNLULUĞU**

Ticaret unvanı, tacirin ticarî işletmesi dolayısıyla kullandığı isimdir. Ticaret unvanı bir taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan tanıtma vasıtası olması sebebiyle sadece tacirler tarafından kullanılabilir. Tacir, seçtiği ve usulüne uygun olarak tescil ettirdiği ticaret unvanını ticarî işletmesiyle ilgili işlemleri yaparken kullanmak zorundadır (TTK m. 41)<sup>1</sup>.

Ticaret Kanununa göre tacir, işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içerisinde ticarî işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmek mecburiyetindedir (TTK m. 41/I, 42/I, TST m. 13)<sup>2</sup>. Tescil talebi bir dilekçe ile sicil memurluğuna iletilir. Bu başvuruda, kullanılacak ticaret unvanı ve bunun altına atılacak imzanın önceden notere tasdik ettirilmiş olması gerekir. Tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanının tescilinde ise tüzel kişiyi temsile yetkili olanların imzalarının notere tasdik ettirilmiş olması gerekir. Tescil talebi sicil memurluğuna iletdikten sonra sicil memuru gerekli incelemeyi yaparak ya tescil talebinin kabulüne ya da reddine karar verir. Talebin kabul edilmesi halinde tescil edilen hususlar ilan için Türkiye Ticaret Sicili Gazetesine gönderilir. Sicil memuru talebin reddi yönünde karar verirse, başvuru sahibi sekiz gün içinde sicilin bulunduğu yerdeki, ticarî davalara bakmakla görevli asliye hukuk mahkemesi nezdinde

---

<sup>1</sup> Bu hüküm Ticaret Kanunu taslağında da (m. 39/I) aynen muhafaza edilmiştir.

<sup>2</sup> Tescil işleminin ayrıntıları için bkz. **Bilge**, Mehmet Emin; Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 85.



itiraz da bulunabilir. Mahkeme itirazı dosya üzerinde inceleme yaparak karara bağlar. Bu kararın temyizi mümkündür (TTK m. 36).

## II. DEĞİŞİK TACİR TÜRLERİ BAKIMINDAN TİCARET UNVANIN TEŞKİLİNDE CARİ OLAN ESASLAR

### A. Gerçek Kişi Tacirlerin Ticaret Unvanı

Gerçek kişilerin ticaret unvanı kısaltılmadan yazılacak ad ve soyadı ile TTK m. 48'e uygun olarak alınacak eklerden oluşur (TTK m. 43/I, TST m. 17/I). Gerçek kişi tacirin birden ziyade öz adı var ise bunlardan bir tanesinin, soyadı ile birlikte kısaltılmadan yazılmasını geçerli bir gerçek kişi ticaret unvanı için yeterli kabul etmek gerekir<sup>3</sup>. Kısaltılmadan yazılacak ad ve soyadı, aynı sicil çevresinde daha önce bir başkası adına tescil edilmiş olursa, ayırt edici bir ek alınması zorunludur. Gerçek kişi ticaret unvanlarının başka sicil çevresinde korunması ise ancak haksız rekabet hükümlerine göre talep edilebilir<sup>4</sup>.

Aynı gerçek kişi tacire ait birden çok işletme var ise, tacir tek bir ticaret unvanını tüm işletmeleri için kullanabileceği gibi, her bir işletmesi için ayrı ekler alarak farklı ticaret unvanları da oluşturabilir. Ancak her halde ticaret unvanının işletme ile birlikte her işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescili gerekir.

### B. Tüzel Kişi Tacirlerin Ticaret Unvanı

#### 1. Şahıs Şirketlerinin Ticaret Unvanı

Şahıs şirketi olarak kabul edilen kolektif şirket ticaret unvanında şirketi ve türünü gösteren ibareyle birlikte ortakların hepsinin veya en az birinin ad ve soyadının kısaltılmadan kullanılması gerekir (TTK m. 44/I). Komandit şirket ticaret unvanlarında ise, yine şirketi ve türünü gösteren ibarenin yanında komandite ortaklardan en az birinin ad ve soyadının yer alması zorunludur (TTK m. 44/II)<sup>5</sup>. TST m. 19/II hükmünde ise bu belirtilen hususlar yanında, komandit şirketin adı veya sermayesi paylara bölünmüş olduğunu gösteren ibarelerin de unvanında yer alması gerektiğine işaret edilmiştir. Komanditer ortaklardan birinin

<sup>3</sup> Aynı yönde **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 378; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticarî İşletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2004, s. 330.

<sup>4</sup> Gerçek kişi ticaret unvanlarının sadece tescilli olduğu sicil çevresinde, ticaret unvanlarının korunmasına yönelik özel hükümlerden yararlanacağına ilişkin TTK m. 43/II hükmü, Ticaret Kanunu Tasarısına alınmamıştır. Bu husus aşağıda ticaret unvanının korunması başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

<sup>5</sup> Ticaret Kanunu Tasarısında ise komanditer ortakların ad ve soyadı yanında ticaret unvanlarının da komandit şirket ticaret unvanında yer alamayacağı düzenlenmiş ve kanundaki boşluk giderilmiştir (m. 42/II).

ad ve soyadı unvanda yer alacak olursa bu durum unvanın geçerliliğini etkilemez,<sup>6</sup> ancak adı ve soyadı unvanda geçen komanditer ortağın sorumluluğunun türünün değişmesine yol açar (TTK m. 259)<sup>7</sup>.

Şahıs şirketlerinin ticaret unvanında yer alması zorunlu olan gerçek kişi ad ve soyadlarının kısaltılmadan yazılması gerekir. Ancak bunun dışında kalan hususlarda kısaltma yapılamayacağına ilişkin olarak açık bir hüküm bulunmadığından, şirketi ve türünü gösteren ibarelerin kısaltılarak yazılması mümkündür<sup>8</sup>.

### 2. Sermaye Şirketlerinin Ticaret Unvanı

Sermaye şirketi olarak kabul edilen Anonim ve Limited şirketler ile Kooperatiflerin ticaret unvanları, konu ticaret unvanı olarak adlandırılırlar. Zira bunların ticaret unvanlarının çekirdek kısmında işletme konusu ve şirketi ve türünü gösteren ibarelerin bulunması zorunludur (TTK m. 45)<sup>9</sup>. Ancak ek olarak şahıs ad ve/veya soyadlarının veya hayal ürünü bazı ibarelerin alınmasına da bir engel yoktur. Kaldı ki aynı alanda işteğal eden birden çok şirketin bulunması kaçınılmaz olduğundan, bunların unvanlarında zorunlu olarak ek alınması da

---

<sup>6</sup> Komanditer ortağın adı ve soyadının unvanda yer alamayacağına ilişkin yasağa aykırı davranılması halinde TTK m. 53/II yollaması gereğince m. 40/I' de yer alan yaptırımların uygulanması söz konusu olur. Buna göre yasağa aykırı davranışlar hakkında para ve/veya hapis cezası yanında ticaret ve sanayi odalarına üye olabilmek ve borsada işlem yapabilmek haklarından mahrumiyetlerine ve borsalardan geçici çıkarılmalarına karar verilir. Tasarıda ise (m. 38/I) adli para veya hapis cezalarından birine hükmedileceği düzenlenmiş, diğer yaptırımlara yer verilmemiştir.

<sup>7</sup> Alman Ticaret Kanununda yapılan 1998 değişikliği ile burada anlatılanlara paralel düzenlemeler içeren hükümler yürürlükten kaldırılarak şahıs şirketlerinin ticaret unvanında gerçek kişi soyadının (Eski Alman Ticaret Kanununda bu halde gerçek kişi adının bulunması zaten zorunlu değildi) bulunması zorunluluğu da kaldırılmıştır. Artık şahıs veya konu unvanları yanında hayali bir ad veya karma nitelikli bir unvan alınması da mümkün hale gelmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. **Yongalık**, Aynur, Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler, Batider, C. XXI, Sa. 3, s. 10.

<sup>8</sup> Karş. TTK m. 45/II, son cümle.

<sup>9</sup> Anonim Şirketin tipine bağlı olarak başkaca ibarelerin de ticaret unvanında yer alması gerekebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karahan**, Sami, Ticarî İşletme Hukuku, 13. Baskıya Ek, Konya 2005, s. 143.

gerekecektir<sup>10</sup>. Yalnız, gerçek kişi ad veya soyadlarının unvanda yer alması halinde şirketi ve türünü gösteren ibarelerin kısaltılmadan yazılması gerekir.

### **3. Ticarî İşletme İşleten Dernek ve Vakıfların Ticaret Unvanı**

Dernekler ve vakıflar amaçlarına ulaşmak için ticarî işletme işletecek olurlarsa adlarını ticaret unvanı olarak kullanırlar. (TTK m. 46/I)<sup>11</sup>. Ancak Kanundaki bu düzenleme TST m. 20/I, II hükmü ile kamuya yararlı dernekler açısından farklı hale getirilmiştir. Buna göre adı geçen türden dernekler tarafından işletilen işletmeler, tüzel kişiliği olmasa bile kendileri tacir sayılacağından, ticaret unvanı almak zorundadırlar. Bu halde de işletmeyi işleten derneğin adı ve işletme konusunun unvanda gösterilmesi gerekir.

### **4. Ticarî İşletme İşleten Diğer Tüzel Kişiler Açısından Ticaret Unvanı**

Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticarî şekilde işletilmek üzere Devlet, Vilayet ve Belediye gibi amme hükmî şahısları tarafından kurulan ve hükmî şahsiyeti bulunan işletmelerin ticaret unvanları da kendi adları ile işletme konusundan oluşur (TST m. 20/I, II).

### **C. Donatma İştirakinin Ticaret Unvanı**

Donatma iştirakinin ticaret unvanı, müşterek donatanlardan en az birinin ad ve soyadı veya geminin adı ile donatma iştirakini gösteren ibarelerden oluşur. Soyadları veya gemi adının kısaltılmayacağına ilişkin düzenlemeye, adların dâhil edilmemesi, adların kısaltılarak yazılacağı sonucunu doğurur ki, bu da gerçek kişi ad ve soyadının kısaltılmadan yazılmasının zorunlu olduğu, diğer gerçek ya da tüzel kişi unvanlarına nazaran önemli bir farklılığı ortaya çıkarır. Bununla beraber kısaltılarak yazılabilecek adın kullanılmasının zorunlu olmaktan çıkarılması daha yerinde olurdu<sup>12</sup>. Burada zikredilmesi gereken diğer bir husus da unvanın geminin adı ile oluşturulması halinde onun iştirakin

<sup>10</sup> Kooperatifler ile üst kuruluşların unvanlarında, kamu kurum ve kuruluşlarının isimlerine yer verilemez (KoopK. m. 2/IV).

<sup>11</sup> Ticaret Kanunu m. 46/I' de sadece dernekler ismen zikredilmiş olmasına rağmen taslakta (m. 44/I) vakıflar da açıkça ifade edilmiştir.

<sup>12</sup> Türk Ticaret Kanununda donatma iştirakini düzenleyen m. 46/II, Taslakta da aynen muhafaza edilmiştir (m. 44/II).

ortakları olan müşterek donatanlardan en azından birini tanıtmaya fonksiyonunu yerine getiremeyecek olmasıdır<sup>13</sup>.

### III. TİCARET UNVANI ÜZERİNDEKİ TEKEL HAKKI

Usulüne uygun olarak tescil edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sahibine aittir (TTK m. 52). Tekel hakkı mahiyetindeki bu hak, gerçek kişi tacirler açısından tescilin yapıldığı sicilın iş çevresi ile sınırlıdır<sup>14</sup>. Ancak 1618 sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu ile bu duruma bir istisna getirilmiş ve seyahat acentelerinin bir gerçek kişi tarafından işletilmesi halinde de ticaret unvanlarının tüm Türkiye’de korunacağı hüküm altına alınmıştır.

Tüzel kişi tacir adına tescilli ticaret unvanları ise, sadece sicil çevresiyle sınırlı olarak değil, ülkenin tamamında tekel şeklinde kullanma hakkı sağlar (TTK m. 47/II). Ancak TTK m. 47/I’de tüzel kişinin ticaret unvanında, gerçek kişinin ad veya soyadının yer alması halinde 43. maddenin uygulanacağı belirtilmektedir. Buna göre, tüzel kişinin unvanında bir gerçek kişinin ad ve/veya soyadının bulunması halinde tekel hakkının sicil çevresiyle sınırlı olacağı şeklinde yorumlanması mümkündür. Böylece kolektif ve komandit şirketlerde her halükarda, sermaye şirketlerinde ise gerçek kişinin isminin rıza ile unvana konulması halinde tekel hakkı sicil çevresiyle sınırlı kalacaktır<sup>15</sup>.

### IV. TİCARET UNVANININ KORUNMASI

Sahibine kullanma ve başkalarının izinsiz kullanımını engelleme hakkı sağlayan ticaret unvanı, çeşitli düzenlemelere göre korunur. Unvanın korunmasında yararlanılan temel düzenleme Türk Ticaret Kanunudur. Burada yer alan özel koruma hükümlerinin yanı sıra genel hüküm niteliğinde olan haksız rekabetten de yararlanılabilir.

#### A. Türk Ticaret Kanunundaki Özel Hükümlere Göre Korunma (TTK m. 54)

Ticaret unvanının sahibinden izin alınmadan, aynının veya benzerinin kullanılması halinde unvan tecavüze uğramış olur. Söz konusu durum, unvanın aynının veya benzerinin yine ticaret unvanı veya başka bir şekilde

---

<sup>13</sup> Aynı yönde **Poroy/Yasaman**, s. 333; **Arkan**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2004, s. 249.

<sup>14</sup> Ticaret Kanunu Tasarısında ise, gerçek kişi ticaret unvanların tekel şeklinde kullanım hakkı açısından sicilın iş çevresi ile sınırlandırılmasından vazgeçilerek tüzel kişi unvanları ile aynı niteliğe kavuşturulmuşlardır (m. 45).

<sup>15</sup> **Arkan**, s. 255.

kullanılmasıyla meydana gelir<sup>16</sup>. Bu bağlamda, tescilli ticaret unvanının, yine bir ticaret unvanı olarak veya işletme adı, marka, FSEK anlamında eser veya eserin önemli bir parçası olarak veya internet alan adı olarak kullanılması halinde de tecavüz gerçekleşmiş olur.

Ticaret unvanına bir tecavüzden bahsedebilmek için, esas itibarıyla ticari işletmelerin iştirak konularının aynı veya benzer olması gerekir. Zira ticaret unvanlarının bağlı olduğu işletmelerin iştirak konularının birbirinden farklılaştığı oranda, aynı ya da benzer unvanlar arasındaki iltibas tehlikesi de (TTK m. 57) azalmaktadır. Dolayısıyla iştirak konuları değişik olduğu için farklı müşteri çevresine hitap eden işletmelerin aynı ya da benzer unvanlarının karıştırılma ihtimali de az olmakla birlikte tamamen ortadan kalkmaz<sup>17</sup>. Nitekim tanınmış bir unvanın aynının veya benzerinin başka iştirak konusunda kullanılması halinde de iltibasın varlığını kabul etmek gerekir.

Hukukumuzda usulüne uygun şekilde tescil edilmiş olan ticaret unvanları, TTK m. 54'e göre özel olarak korunur. Buna karşılık tescil edilmemiş olan unvanlar ise, sadece haksız rekabet hükümleri dairesinde korunabilir<sup>18</sup>. Bu nedenle uzun süreden beri kullanılmasına rağmen tescil edilmemiş olan ticaret unvanına tecavüz halinde, bundan zarar gören kişi ancak haksız rekabet hükümleri sayesinde (TTK m. 58 vd.) himaye edilir.

Ticaret unvanı kullanmak zorunda olan tacir, ticarî işletmesini açtığı andan itibaren onbeş gün içinde ticarî işletmesini, seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret siciline tescil ve ilan ettirmek mecburiyeti tacirlerin ticaret unvanlarının tescilli olması neticesini doğurur.

<sup>16</sup> Ancak TTK m. 54 hükmünün sadece, tecavüzün başka bir ticaret unvanı vasıtasıyla olması halinde uygulanacağı savunulmaktadır. (**Arkan**, karar tahlili, s. 107, dpn. 17; **Okutan**, Gül, Ticaret Unvanı ve İşletme Adı, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 1997, s. 20). Ancak 54. madde metninden söz konusu anlam çıkmamaktadır. Metinde yer alan "*haksız olarak kullanılan unvan tescil edilmişse*" ibaresini de bu yönde anlamaya imkân yoktur. Zira tescilli unvanı bir başkası işletme adı veya marka olarak kendi adına tescil ettirebilir. Bu nedenle hükmün kapsamını daraltıcı yorum yapmamak gerekir. Nitekim TRIPS m. 2/I ve Paris Sözleşmesi m. 8 hükümlerine göre, tescilli ticaret unvanına tecavüzün başka şekildeki kullanımlar vasıtasıyla yapılmış olması halinde de özel korumadan yararlanılabilir.

<sup>17</sup> **Karahan**, iştirak konularının farklılaşması halinde iltibas tehlikesinin tamamen ortadan kalkacağını belirtmiştir, s. 150-151.

<sup>18</sup> Yargıtay HGK.'nın 26.04.2000, 2000/11-827 E., 808 sayılı kararı. (**Eriş**, Gönen; Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 2004. s. 967).

Ancak uygulamada bu kurala her zaman uyulmadığı ve Kanuna uygun olarak tescilli kullanımın yanında tescilsiz kullanıma da tesadüf edilmektedir.

Tescilli ticaret unvanının korunması, tescilsiz unvana göre daha kolaydır. Zira tescilli unvan hem ticaret sicili memuru hem de unvan sahibi tarafından korunur. Mevcut unvanının aynı veya benzerinin tescil edilmek istenmesi halinde, ticaret sicili memuru başvuruyu reddetmelidir<sup>19</sup>. Böylece aynı veya benzer ticaret unvanının haksız olarak alınması ticaret sicili memuru tarafından en baştan engellenmiş olmakta; ticaret sicili memuru sonradan ortaya çıkabilecek hukukî uyumsuzlukları da önlemektedir.

Tacir, tescil ettirmiş olduğu unvanına tecavüz edilmesi veya tecavüz tehlikesinin ortaya çıkması halinde, bu özel hükümlerden yararlanarak korumadan yararlanabilir (TTK m. 54). Ancak bu koruma tüzel kişi tacirler bakımından tüm Türkiye’de (TTK m. 47/II), gerçek kişi tacirler bakımından ise sadece tescil edildiği sicil çevresi ile sınırlıdır (TTK m. 43/II)<sup>20</sup>. Gerçek kişi tacirin veya gerçek kişinin isim ve/veya soy ismini içeren tüzel kişi tacirin ticaret unvanına, başka bir sicil dairesinin çevresinde tecavüz vuku bulunduğu takdirde (seyahat acentelerine ait unvanlar hariç)<sup>21</sup>, bu özel korumadan istifade edemeyeceği için haksız rekabet hükümlerine göre koruma sağlanır<sup>22</sup>. Ancak Türk Ticaret Kanunundaki bu korumanın gerçekleşmesi için, özel hükümlerden farklı olarak, zarar veya zarar tehlikesinin de ortaya konulması gerekir. Bu tehlikenin varlığı için, tescilli unvanın başka bir sicil çevresinde kullanılmasının iltibas tehlikesi meydana getirmesi gerekir. Bu bağlamda ancak kullanım ve reklâm sonucunda, belli bir tanınmışlığa ulaşmış olan gerçek kişinin ismini ihtiva eden ticaret unvanının başka bir sicil çevresinde kullanılmasının zarar veya zarar tehlikesine neden olacağı kabul edilmelidir<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> **Karahan**, s. 152.

<sup>20</sup> Yargıtay 11. HD.’nin 20.12.1985 tarih ve 7204 E. ve 7187 sayılı Kararı şu şekildedir: “...TTK’nın 52. maddesine göre, tescil ve ilan edilmiş ticaret unvanını kullanmak hakkı yalnızca bu unvan sahibine aittir. Bu tekel, aynı ticaret sicili çevresi ile sınırlı ise de, aynı ad ve soyadını taşıyan kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu hususu TTK’nın 43/2’nci maddesinde görmekteyiz”. (Karar için bkz. **Eriş**, s. 1006).

<sup>21</sup> 1618 Sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu m.5.

<sup>22</sup> **Arkan**, s. 255; **Karahan**, s. 152.

<sup>23</sup> *Karahan*’a göre, gerçek kişi unvanlarının tescil edildikleri sicil çevresinin dışında korunabilmesi için, tecavüzün meydana geldiği belirtilen yerde korunmaya değer bir tanınmışlık elde etmiş olması gereklidir. Bu tanınmışlığın tespit edilebilmesi için şu kıstasların varlığı aranmalıdır: Öncelikle davacının diğer sicil bölgelerinde reklâm ve tanıtım yapmış yapıp yapmadığı araştırılmalıdır.

Tescilli unvanın TTK m. 5’de düzenlenen özel hükümlere göre korunması esnasında unvan sahibi birtakım talep haklarına sahip olmaktadır:

Öncelikle tescilli unvanı kanuna aykırı şekilde başkası tarafından kullanılan tacir, bu haksız kullanımın önlenmesini (menini); haksız olarak kullanılan unvan tescil edilmişse bunun değiştirilmesini (ayırıcı ek almasını) veya terkinini talep edebilir (TTK m. 54/I). Bunların yanı sıra haksız kullanım neticesinde bir zarar meydana gelmişse ve failin kusuru varsa bunun tazminini de isteyebilir. Bütün bu durumlarda, mahkeme davayı kazanan tarafın istemesi halinde, hükmün gazete ile yayınlanmasına karar verebilir. Gazete ile yayın masrafları, aleyhine hüküm verilen kişi tarafından karşılanır (TTK md. 54/II).

Ticaret unvanının tescilsiz olması halinde koruma TTK m. 54 hükmüne göre mümkün değildir. Tescilsiz ticaret unvanını ilk kez kullanan kişi, bunun üzerinde üstün hak elde etmiş olur. Dolayısıyla tecavüz veya tecavüz tehlikesi halinde haksız rekabete ilişkin hükümlerden yararlanarak unvan korunabilir (TTK m. 56 vd.)<sup>24</sup>. Bundan başka, isimden oluşan ticaret unvanının Medeni Kanun hükümlerine göre de koruma kapsamına alınabileceğini belirtmek gerekir<sup>25</sup>.

#### **B. Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunma**

Piyasadaki ekonomik rekabeti düzenlemeyi amaçlayan haksız rekabete ilişkin kurallar hem Ticaret Kanununda hem de Borçlar Kanununda yer almaktadır. Borçlar Kanundaki düzenlemenin adı işlerde var olan rekabetin korunmasına yönelik olduğu<sup>26</sup> kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

---

Sonrasında tecavüz edildiği belirtilen unvanın tüketiciler nezdinde belirli bir müspet tanınırlığının bulunması, koruma talep edilen sicil bölgesinde hak sahibinin ticarî hacminin büyük olması ve bu hususların tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekmektedir. (**Karahan, Sami**, “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybı İlkesi-Karar Tahlili”, *Batider*, Haziran 2001, C. XXI, S. 1, s. 277, (gerçek kişi).

<sup>24</sup> Haksız rekabet hükümlerine göre koruma için, zarar veya zarar tehlikesinin varlığı gerekmektedir.

<sup>25</sup> **Karahan**, s. 153. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda, C, 5.

<sup>26</sup> “*Tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabette, BK’nın 48’inci maddesi hükmü uygulanır*”. Yargıtay 11. HD.’nin 15.05.1989 tarih ve 2889 E., 2929 sayılı kararı (Eriş, s. 1029).

<sup>27</sup> Ancak öğretilerde, BK m. 48 hükmünün kaldırılması ve tüm haksız rekabet hallerine TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmaktadır. (**Arkan**, s. 294; **Karahan**, s. 200).

Ticaret Kanununun 56 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan haksız rekabete ilişkin kurallar, ekonomik rekabetin önemli bir bölümünü teşkil eden fikrî ve sınaî hakların korunmasına da hizmet etmektedir.

Haksız rekabetin ortaya çıkabilmesi için, objektif iyiniyet kurallarına aykırı hareket ile ekonomik rekabetin kötüye kullanılması ve bunun sonucunda zarar veya zarar tehlikesinin ortaya çıkması gerekmektedir<sup>28</sup>. Kusur ise haksız rekabetin ortaya çıkması için gerekli bir şart olmayıp, sadece haksız rekabete dayanan tazminat davalarının açılabilmesi için aranmaktadır. Bunun dışında kalan haksız rekabet davalarının açılabilmesi için kusur şart değildir<sup>29</sup>.

Haksız rekabetin tanımı, Ticaret Kanununun 56'ncı maddesinde yapılmış; 57'nci maddede ise haksız rekabet olarak kabul edilen haller sayılmıştır. Bilhassa Ticaret Kanununun 57'nci maddesinin beşinci fıkrasında, başkasının ticarî faaliyetleriyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak, özellikle de isim, unvan, markanın haksız olarak kullanılması düzenlenmiştir. Dolayısıyla ticarî faaliyetler esnasında kullanılan tanıtma vasıtalarının haksız olarak başkaları tarafından kullanılması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir.

Tescilli ticaret unvanı hem TK 54'e göre özel olarak hem de TK m. 56 vd. hükümlerine göre korunurken; usulüne uygun olarak ilgili sicile tescil edilmemiş bulunan unvan, isim, tanıtma vasıtaları sadece haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Siciline tescil edilmemiş bulunan ticaret unvanı, işletme adı, marka gibi hakları, özel hükümlere göre koruma imkânı kural olarak bulunmamaktadır. Zira bu düzenlemelerin yer aldığı hükümlerde özel korumanın talep edilebilmesi için hakkın tescil edilmiş olması aranmaktadır (TTK m. 54, 556 sayılı KHK m. 6).

Ticaret unvanının haksız rekabet hükümlerine göre korunmasını temin eden TTK m. 58 vd.'da yer alan düzenlemeye göre, haksız rekabet neticesinde zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan kimse, fiilin haksız olup olmadığını tespitini, haksız rekabet sonucunda oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasını veya yapılan yanlış beyanların düzeltilmesini talep edebilir. Bunun yanı sıra, haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurunun olması halinde maddi ve manevi tazminat da istenebilir.

Haksız rekabet nedeniyle açılan davayı kazanan kimse, masrafı haksız çıkan taraftan alınmak üzere, mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra ilan edilmesini talep edebilir. Mahkemenin bu talebi yerinde görmesi halinde, somut olayın özelliklerine uygun şekilde ilanına karar verebilir (TTK m. 61).

---

<sup>28</sup> **Karahan**, s. 202; **Arkan**, s. 297; **Ayhan**, Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990, s. 7, (iade).

<sup>29</sup> **Karahan**, s. 202; **Arkan**, s. 211; **Ayhan**, (iade), s. 7.



Haksız rekabet nedeniyle açılacak davalarla ilgili, Ticaret Kanununda zamanaşımı süreleri belirlenmiştir. Bu davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve herhalde bu hakların doğumundan itibaren üç yıl sonra zamanaşımına uğrar. Ancak haksız rekabete konu olan fiil, aynı zamanda daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi cezayı gerektiriyorsa, bu süre hukuk davaları hakkında da uygulanır. Dolayısıyla haksız rekabete konu olan fiil, ayrı bir suçun konusunu oluşturuyorsa, bu suç için kanunlarda öngörülen daha uzun zamanaşımı süresi hukuk davaları için de uygulanır<sup>30</sup>.

### C. Ticaret Unvanının TTK Tasarısında Öngörülen Koruması

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında ticaret unvanı, 39 – 52. maddeler arasında toplam 14 madde ile düzenlenmiştir. Ana hatları itibariyle mevcut Ticaret Kanununa paralel hükümler içeren Tasarı, bazı noktalarda esaslı değişiklikler içermektedir.

Tasarıda ticaret unvanının seçilmesi, tescil edilmesi ve kullanılması zorunluluğu, unvanın seçilmesinde uyulacak kurallar mevcut Kanundaki sisteme uygun şekilde korunmuş; gerçek kişi ve tüzel kişi tacirlerin unvanları belirlemeleri esnasında dikkat etmeleri gereken hususlar da muhafaza edilmiştir.

Tasarıda getirilen en önemli değişiklik, 45'inci maddedeki ortak hükümde yer almaktadır. Yürürlükteki Ticaret Kanununda 43 ve 47'nci maddelerde bulunan ve ticaret unvanı üzerinde sahibinin münhasır kullanma yetkisinin sınırlarını belirleyen sistem, Tasarıda değiştirilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği gibi<sup>31</sup>, gerçek kişi tacirin ticaret unvanı üzerindeki tekel hakkı, unvanın tescil edildiği sicil çevresi içindedir (TTK md. 43/II). Başka bir deyişle, gerçek kişi tacir tescilli ticaret unvanını özel hükümlere göre sadece sicil çevresi içinde koruyabilir. Buna karşılık tüzel kişi tacirlerin unvanları üzerindeki tekel hakkının uygulama alanı tüm Türkiye'dir. Ancak tüzel kişi tacirlerin unvanında gerçek kişinin ad veya soyadı yer alırsa koruma yine sicil çevresi ile sınırlı kalmaktadır (TTK md. 47/II; 43)<sup>32</sup>.

Yürürlükteki Ticaret Kanununa göre, ticaret unvanı üzerindeki tekel hakkının coğrafi alan ile sınırlanması, söz konusu sınırlar dışında korumanın kalkacağı anlamına gelmemektedir. Özellikle gerçek kişinin ad ve soyadını

<sup>30</sup> “Ceza yasalarına göre, daha uzun bir zamanaşımı süresine tabi olan cezayı müstelzim bir fiilin işlenmesi halinde, bu süre hukuk davaları hakkında da geçerli olur.”. Yargıtay 11. HD.’nin 17.02.1984 tarih, 594 E., 825 sayılı kararı. (Eriş, s. 1127)

<sup>31</sup> Bkz. yukarıda II, A.

<sup>32</sup> Arkan, s. 255.

içeren ticaret unvanları, sicil çevresi içinde özel hükümler, sicil çevresi dışında haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmaktadır. Ancak suni şekilde yapılan bu ayırım, iletişim ve teknolojinin geliştiği günümüzde yetersiz kalmaktadır.

Tasarının 45. maddesinde “*Bir ticaret unvanına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer unvandan ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, ek yapılmalıdır.*” hükmü yer almaktadır. Getirilmek istenen bu hükümden de anlaşıldığı gibi, mevcut Kanundaki gerçek kişinin ismini taşıyan unvanların farklı şekilde korunması uygulamasından vazgeçilmiş ve bütün unvanlar, koruma alanı bakımından benzer şekilde bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Böylece unvanın gerçek veya tüzel kişiye ait olup olmadığına bakılmaksızın tüm Türkiye’de özel hükümlere göre bir koruma sağlanmış olacaktır. Başka bir ifade ile unvanda gerçek kişinin ad ve soyadı olsa dahi, tacirin tekel hakkının sınırları tüm Türkiye olacaktır. Mevcut Kanundaki sunî ayırımın terk edilmesi yerinde olmuştur.

Tasarıda yer alan ve ticaret unvanı üzerindeki tekel hakkını yeknesaklaştıran bu düzenleme uygun olmakla birlikte, teknolojik bir takım imkânlarla desteklenmediği takdirde istenilen sonuçların ortaya çıkmayacağı kanaatindeyiz. Özellikle sicil kayıtlarının ortak bir veri tabanı ile kontrol edilmesi imkânı sağlanamazsa, farklı sicil çevrelerinde aynı unvanların farklı kişiler adına tescil edilmesine devam edilecektir. Günümüzdeki en önemli sorunlardan birini oluşturan ve uzun yıllardır, diğerinden habersiz ve iyiniyetli şekilde aynı unvanı kullanıp bölgesel olarak tanıtan kişilerin, sonrasında birbirleriyle davalı olmaları halinde ortaya ciddi bir sorun çıkmaktadır<sup>33</sup>.

Ülkemizde 1995 yılında uygulamaya giren ve Avrupa normlarına uygun şekilde geliştirilen sınaî haklar mevzuatı sonucunda kurulan Türk Patent Enstitüsü ortak sicil sistemlerine sahiptir. Enstitü bünyesinde yer alan sicillerin tek merkezde olması sayesinde en azından ülkemiz sınırları içinde aynı markanın iki farklı kişi tarafından aynı mal ve hizmetler için tescil edilmesi engellenmiş olmaktadır. Bu sayede, yıllar sonra ortaya çıkabilecek hukukî uyuşmazlıklar baştan görülmekte ve yargı kararı ile çözüme kavuşturulabilmektedir.

Ticaret sicillerinin ortak kullanımına ilişkin olarak bahsettiğimiz eksiklik Tasarının 24’üncü maddesinin ikinci fıkrası ile giderilmek istenmiştir.

---

<sup>33</sup> Günümüzde gelişen teknolojik imkânlar sayesinde, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesinde ticaret unvanı sorgulama imkânı bulunmaktadır. Ancak bu durum, sadece yeni unvan seçecek olan kişilere bilgi vermek amacıyla getirilmiş olup, tescil işleminden önce sicil müdürünün böyle bir inceleme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Söz konusu hükme göre, “Ticaret sicilinde tescil ve ilana tabi kayıtların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen bilgi bankası, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde kurulur.”. Bu düzenlemenin hayata geçirilmesiyle birlikte Türkiye’nin her yerinde yapılan tescillere, tüm ilgililer tarafından ulaşılabileceği mümkün hale gelebilecektir.

Bu sayede Türk Patent Enstitüsü’nün sahip olduğu sistemin benzeri ticaret sicilleri için de kurulmuş olacaktır. Ancak sistemin çok geniş bir coğrafi alan içinde yer alması ve kayıtların çok fazla olması nedeniyle, ilk başta bütün sorunları ortadan kaldırmayacağı açıktır. Bu durum madde gerekçesinde de<sup>34</sup>, söz konusu bilgi bankasına hukukî birtakım sonuçlar bağlanmadığı belirtilerek ortaya konulmuştur. Bilgi bankasının aynı veya benzer tescilleri engellemeyeceği, sicil müdürünün tescil işlemleri esnasında diğer kayıtları inceleme zorunluluğunun bulunmamasıyla daha da belirgin hale gelmektedir.

Ticaret siciline yapılmak istenen tescillerle ilgili sicil memurunun görevlerini düzenleyen Tasarının 32’nci maddesinde, kurulacak “bilgi bankası”nda araştırma yapma ve aynı veya benzer unvanların ikinci tescilini reddetme zorunluluğunu getirmemiştir. Bu durumda, bilgi bankası sadece ilgililerin rahatça inceleme ve denetleme yapmalarını sağlayacak; ancak Türk Patent Enstitüsü’nün getirdiği, meselâ başvurunun mutlak veya nisbi ret nedenlerinden dolayı reddetme imkânını sağlamayacaktır. Kaldı ki bu imkân

<sup>34</sup> Tasarının 24/II hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “İkinci fıkrada yer alan hükümle, Türkiye çapında sicil kayıtlarına elektronik ortamda ulaşılabilmeyi sağlamak amacıyla, söz konusu kayıtların düzenli bir tarzda depolandığı bir bilgi bankasının kurulması öngörülmüştür. Bu bilgi bankası Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde bulunacaktır. Bu bankanın FSEK anlamında bir veri tabanı oluşturup oluşturmadığı öğretiyi faaliyetini gerektirir. Bilgilere elektronik ortamda ulaşılabilmesi ile sadece bilgi toplumunun gereklerinden biri yerine getirilmiş olmayacak, aynı zamanda geniş aleniyetle gerçek anlamda şeffaflık gerçekleştirilerek kayıtlardaki yolsuzlukların, aykırılıkların ve düzensizliklerin de önüne geçilebilecektir.

Bilgi bankasındaki kayıtlar üçüncü kişilere ileri sürülmek gibi hukukî bir gücü ve etkiyi haiz değildir. Ancak bu kayıtlar, kaydın yolsuz olduğuna veya kayıt bulunması gerekirken kayda yer verilmemiş olduğuna inananları, esas sicil kayıtlarında gerekli düzeltmeleri yapmak amacıyla hukukî yollara başvurmak için harekete geçirecektir. Bilgi bankasına giriş serbest olacağı için, herkes kayıtları denetleyebilecektir. Sistemin yerleşmesi ve işleyiş kurallarının tam olarak ortaya çıkması halinde bir kanun değişikliğiyle bilgi bankasına hukukî işlevler de tanınabilir.”, sh. 414.

mevcut sistemde de bulunmaktadır. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı<sup>35</sup> ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'ne<sup>36</sup> ait internet sitelerinde, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin elektronik ortamdaki sayılarının yanı sıra, unvan arama motoru da bulunmaktadır. Bu imkânlar, ticaret unvanı almak isteyen kişilerin önceden araştırma yapmasını sağlamaktadır. Ancak bu durum, açıklamaya çalıştığımız bir takım hukukî sorunların ortaya çıkmasının baştan engellenmesi amacıyla hizmet etmemektedir.

Anılan gerekçelerle, sicil müdürünün görevleri arasına, yapılmak istenen ticaret unvanı tescilinden önce, söz konusu unvanın aynısının veya benzerinin daha önce tescil edilip edilmediğini de kontrol etme hususunu da eklemekte fayda bulunmaktadır. Bu sayede günümüzün teknolojik imkânlarını kullanarak en azından yurt içinde aynı veya benzer unvanların tescilli kullanımının engellenmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca bu yükümlülük sicil memurluklarına çok büyük bir iş yükü getirmeyecek, kurulacak bilgi ağı sistemi sayesinde, tescil talebindeki unvan ortak bilgi bankasında taratılacak, aynının veya benzerinin bulunması halinde talep reddedilecektir. Reddin haksız olduğunu düşünen ilgili de, sicil memurunun kararını itiraz yoluyla ilgili Mahkemeye taşıyacak ve böylece sorun en başta çözülmüş olacaktır.

Tasarıda yer alan diğer önemli bir değişiklik ise tescilli ticaret unvanı tecavüze uğrayan kişiye tanınan imkânlardır<sup>37</sup>. Tasarının 52'nci maddesinde yer alan bu düzenlemeye göre, ticaret unvanı ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalara aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılan kişi, bunun tespitini, önlenmesini, haksız olarak kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını talep edebilecektir. Mevcut düzenlemede de yer alan bu imkânların yanı sıra, gereğinde araçlar ile ilgili malların imhasının istenebileceği de hükme eklenmiştir. Bundan başka zarar ortaya çıkmışsa, kusurun varlığı halinde hem maddi hem de manevi tazminat talep edilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca tazminat olarak mahkemenin, mütecevizin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmedebileceği düzenlenmiştir.

---

<sup>35</sup> <http://www.sanayi.gov.tr/Sirket/UnvanSorgulama.aspx>

<sup>36</sup> [http://www.ticaretsicilgazetesi.gov.tr/sorgu\\_acik.php](http://www.ticaretsicilgazetesi.gov.tr/sorgu_acik.php)

<sup>37</sup> Ticaret Kanununun 54. maddesinde sayılan bu korumanın yeterli olmadığı ve özellikle markaların korunmasına ilişkin hükümlere paralel şekilde korumanın genişletilmesi gerektiği belirtilmiştir. (**Okutan**, s. 20; **Arkan**, 255). Bu eleştiriler bağlamında, Tasarının 52. maddesine bakıldığında korumanın genişletildiği ve diğer sınaî haklara sağlanan imkânların düzenlemede yer aldığı görülmektedir.

Tasarıda yer alan bu düzenleme, Ticaret Kanununun mevcut halinde yer alan imkânları genişletmiş ve özellikle tescilli markaların korunmasına ilişkin hükümlere paralel bir düzenleme yapılmıştır. Bu sayede tescilli unvanı tecavüze uğrayan kimsenin, daha geniş bir çerçevede koruma imkânlarına kavuşacağını söylemek gerekir<sup>38</sup>.

#### **D. Ticaret Unvanının Uluslararası Sözleşmelere Dayalı Olarak Korunması**

Paris sözleşmesi<sup>39</sup> ve Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kuruluş anlaşmasına ek TRIPS anlaşması<sup>40</sup>, ticaret unvanlarının uluslararası korunmasına ilişkin hükümler içermektedir. TRIPS anlaşması m. 2 hükmüne göre DTÖ üyeleri, Paris sözleşmesinin 1967 Stockholm metninin 1-12 ve 19. maddelerine riayet edeceklerdir. Paris sözleşmesinin 1967 Stockholm metninin anılan maddeleri arasında tescilli ticaret unvanının uluslararası korunmasını düzenleyen 8. maddesi de bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre “*Ticaret unvanı, bir fabrika veya ticaret markasının bir kısmını teşkil etsin veya etmesin, bütün birlik ülkelerinde tevdi veya tescil mecburiyeti olmaksızın himaye edilecektir*”. Yani Paris sözleşmesini kabul eden ülkelerden herhangi birinde usulüne uygun olarak tescil edilmiş ticaret unvanı, diğer birlik üyesi ülkelerde tescil edilmiş olmasalar da korunacaklardır. Böylece ticaret unvanlarına, başkaca şart aranmaksızın uluslararası bir koruma sağlanmıştır. Oysa anılan sözleşmede, markalar açısından benzer koruma sadece tanınmış markalar için öngörülmüştür. Ancak ticaret unvanı ile ilgili bu düzenleme uygulamada çok fazla kullanılmamıştır. Bunun sebebi ise herhangi bir ülkede faaliyet gösteren tacirin diğer bir ülkede tanınması veya bilinmesi durumunun çok sık ortaya çıkmamasıdır. Zira birçok halde, tüketiciler aldıkları ürün ya da hizmetlerin markasıyla ilgilenirken bunları

<sup>38</sup> Tasarının 52. maddesinde, mevcut Kanunun 54. maddesinde yer alan “haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeden, tescilli unvanının yine bir ticaret unvanı olarak kullanılması halinde korumanın uygulanacağını anlamamak gerekir. Diğer tür kullanımlar, özellikle de işletme adı olarak kullanılma halinde de tecavüz gerçekleşmiş olur. (Aksi görüş için bkz. **Okutan**, s. 20).

<sup>39</sup> 20.03.1883 tarihinde imzalanan ve daha sonra farklı tarihlerde yeni metinler eklenen Paris Sözleşmesi ülkemiz açısından da bağlayıcıdır. Türkiye bu sözleşmeyi Lozan sulh anlaşmasıyla kabul etmiş ve eklenen metinlere de katılmıştır. Ancak 1967 Stockholm metnini, 1-12. maddelerine çekince koyarak kabul etmiş; bu çekincesini 1994 yılında kaldırmıştır. Bugün itibariyle Sözleşmenin Stockholm metni Türkiye açısından da geçerlidir.

<sup>40</sup> Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş anlaşmasına Ek (1C) olarak kabul edilen TRIPS anlaşmasını Türkiye 26.03.1995 tarihinde kabul etmiştir.

üreten veya sunan işletmenin sahibi ve onun kullandığı ticaret unvanı çok fazla ilgilerini çekmemektedir.

2004 yılında ATAD tarafından verilen bir karar<sup>41</sup>, özellikle Avrupa Birliği içerisinde konunun tekrar gündeme gelmesine yol açmıştır. Finlandiya Yüksek Mahkemesi tarafından hukukî bir uyumsuzluğun çözümüne katkıda bulunması için ATAD'a yöneltilen bir soruya karşılık verilen bu ön karar, özetle; eski tarihli bir ticaret unvanının, daha sonraki tarihli bir marka karşısında korunup korunamayacağına ilişkindir. Amerikalı bira üreticisi Anheuser-Busch tarafından Çek bira üreticisi Budvar aleyhine Finlandiya mahkemelerinde açılan davanın temelinde Amerikalı üreticinin, Çek üreticinin Finlandiya'daki faaliyetlerini, Finlandiya'da 1982 ve 1992 yılları arasında tescil ettirmiş olduğu markalara dayalı olarak engelleme amacı yatmaktadır. Çek üretici ise, Çek Cumhuriyetinde 01.01.1967 tarihinde Çekçe, İngilizce ve Fransızca olarak tescil ettirmiş olduğu ticaret unvanına dayalı olarak, korumada öncelik hakkının kendisinde olduğunu ileri sürerek buna karşı çıkmaktadır. ATAD öncelikle eski tarihli ticaret unvanı sahibine karşı, daha sonraki tarihli marka sahibinin hiçbir hak ileri süremeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca bu ticaret unvanının ilgili ülkede (Finlandiya) değil de TRIPS anlaşması kapsamında yer alan bir başka ülkede (Çek Cumhuriyeti) tescilli olmasının da aynı sonucu doğuracağını ifade etmiştir. Ancak bu hususlar değerlendirilirken ticaret unvanının korunmasına ilişkin olarak ilgili ülkenin ulusal mevzuatında her hangi bir kullanım şartı veya tanınmışlık koşulu aranıp aranmadığına da bakılması gerektiğine işaret etmiştir<sup>42</sup>.

### E. Ticaret Unvanının Diğer Düzenlemelerde Korunması

#### 1. Medeni Kanun Kapsamında Koruma

Ticaret unvanı, Ticaret Kanununun dışında çeşitli hukukî düzenlemeler sayesinde korunabilir. Bunların başında Medeni Kanun gelmektedir. Buna göre, ticaret unvanında gerçek kişinin ismi yer alıyorsa, Medeni Kanundaki ismin korunmasına ilişkin hükümlere de dayanılabilir<sup>43</sup>. Tacirin ismi üzerindeki mutlak hakkı, unvanı üzerinde de devam edecektir. Bu nedenle ismin korunmasına ilişkin hükümler ticaret unvanının korunmasında kullanılabilir.

---

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-245/02, GRUR Int. 2005, s. 231 – 239, Anheuser-Busch.

<sup>42</sup> Bu karar ile ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Heim**, Sebastian, Der Schutz von Handelsnamen unter dem TRIPS – Übereinkommen, Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung *Anheuser-Busch*, GRUR Int. 2005, s. 545vd.

<sup>43</sup> **Karahan**, s. 153.

Kişilik hakkının kapsamına dâhil olan isim üzerindeki hak, Medeni Kanun tarafından özel olarak korunmuş; kişilik haklarına karşı gerçekleştirilen tecavüzler nedeniyle ortaya çıkacak koruma, Medeni Kanunun 23, 24 ve 25'inci maddelerinde düzenlenmiştir. İsim hakkının kişilik hakkına dâhil olması nedeniyle kişiliğin korunmasına ilişkin bu hükümlerden yararlanabilir<sup>44</sup>. Ancak ismin taşıdığı önem ve üçüncü kişilerin saldırısına daha kolay uğrayabilme özelliği nedeniyle, Medeni Kanununun 26 ve 27'nci maddelerinde de isim hakkının korunmasına ilişkin özel hükümlere yer verilmiş; ismi haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini isteyebileceği gibi kusurun ve diğer özel şartların varlığı halinde maddi ve manevi tazminat talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

## 2. Markaların Korunması Hakkındaki 556 sayılı KHK Uyarınca Koruma

Medeni Kanunda yer alan bu düzenlemenin yanı sıra, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK'da da, ticaret unvanının korunmasına ilişkin özel hükümler bulunmaktadır. 556 sayılı KHK'nın nisbî tescil engellerini düzenleyen 8'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, tescilsiz bir markanın veya işaretin başkası adına tesciline hak sahibinin itiraz edebileceği hükme bağlanmıştır. Hak sahibinin itiraz edebilmesi için, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce, bu işaret için hak elde edilmiş olması ve bu hakkın sahibine, daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama imkânını sağlaması gerekir<sup>45</sup>. Böylece KHK, tescilsiz bir marka veya işareti ilk kez kullanan kimseye haksız rekabet hükümlerine göre elde ettiği hakka üstünlük tanımış ve hak sahibine buna dayanarak marka veya işaretin aynının veya benzerinin başkası adına tesciline itiraz etme imkânı vermiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için hak sahibi olduğunu iddia eden kimsenin, tescil başvurusu veya rüçhan hakkından önce söz konusu işaret üzerinde tescilsiz kullanımdan doğan ve hukuken korunmaya değer bir hakkının olduğunu ispat etmesi lazımdır. Ancak hak sahibinin, söz konusu işarete 556 sayılı KHK m. 7/II anlamında ayırt edici nitelik kazandırmış olmasını aramamak gerekir<sup>46</sup>. Bir işarete ayırt edici nitelik

<sup>44</sup> **Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut, Türk Medeni Hukuku, C. I, V. Bası, İstanbul 2004, s. 453 vd.

<sup>45</sup> **Arkan**, Sabih, Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997, s. 109, (marka); **Tekinalp**, Ünal, Fikrî Mülkiyet Hukuku, III. Bası, İstanbul 2004, s. 392, (fikrî).

<sup>46</sup> Öğretide bu konuda fikir birliği olmasına karşın Yargıtay HGK, 27.02.2002 tarihinde verdiği bir kararında, tescilsiz kullanılan işaretin başkası adına marka olarak tescil edilmesine itiraz edebilmek için, söz konusu işarete ayırt edici nitelik kazandırmış olmak gerektiğini belirtmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için

kazandırmak, ilgili çevrede o işaretin kullanıldığı mal ve hizmetle arasındaki bağlantının herkes tarafından bilinmesidir. Dolayısıyla ağır bir şart olan bu hususun sağlanması zordur. Bu nedenle KHK m. 8/III hükmünün uygulanabilmesi için bu ayırt ediciliği aramamak yerinde olur.

556 sayılı KHK'nın 8/III hükmünde yer alan, “*ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu ifadenin, usulüne uygun olarak tescil edilmediği için özel hükümlere göre değil de sadece haksız rekabet hükümlerine göre korunan her türlü işaret, isim ve kelime olarak anlaşılması gerekir<sup>47</sup>.

Bir işaretin usulüne uygun olarak tescil edilmesi ve özel hükümlere göre korunması halinde ise, 556 sayılı KHK'nın 8/V hükmünün uygulanması gereklidir<sup>48</sup>. Marka başvurusu için nispi tescil engellerini düzenleyen söz konusu hükme göre, tescil için başvurusu yapılmış markanın başkasına ait herhangi bir sınaî mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, itiraz üzerine başvuru reddedilir. Bu bağlamda sınaî mülkiyet hakkının kapsamına, ticaret siciline tescil edilmiş ticaret unvanı, işletme adı, vb. haklar dâhil olur<sup>49</sup>.

## V. TANITMA VASITALARIYLA İLİŞKİSİ

Ticaret unvanı, taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan bir isimdir. Aynı şekilde mal ve hizmetleri diğerlerinden ayıran marka, işletmeyi diğerlerinden ayıran işletme adı ile unvan arasında sıkı bir bağlantı bulunmakta; çoğu kez ticaret unvanının aynı veya benzerinin diğer tanıtma vasıtaları şeklinde kullanıldığı görülmektedir.

### A. Ticaret Unvanı Marka İlişkisi

Ticaret unvanı gibi marka da bir tanıtma vasıtasıdır. Ancak ticaret unvanı, taciri tanıtmaya ve diğer tacirlerden ayırt etmeye yararken, marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt

---

bkz. **Arkan**, Sabih, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8/III. Maddesi İle İlgili Bir İnceleme”, BATİDER, Aralık 2002, C. XXI, S. 4, s. 101vd., (inceleme).

<sup>47</sup> Aynı görüşe sahip olan **Arkan**, Marka Hukuku kitabında şu ifadelere yer vermektedir: “Kanımızca, KHK m. 8/III'deki “*ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret*” ibaresi haksız rekabet hükümleri dışında özel olarak korunamayan bütün işaretleri kapsmalıdır. Eğer bir işaret, sözcük, özel hükümlerle korunuyorsa, bunun, bir başkası tarafından marka olarak tescil ettirilmek istenmesi halinde itiraz, KHK 8/III'e göre değil 8/V'e göre yapılır”. (marka, s. 109, dpn. 172).

<sup>48</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda D, 1.

<sup>49</sup> **Arkan**, marka, s. 110; **Tekinalp**, fikrî, 395.



etmeye yarar<sup>50</sup>. Ticaret unvanının tescil edilmesi zorunlu iken marka kullanmak ve tescil ettirmek ise isteğe bağlıdır. Ancak markayı kullanmak ve tescil ettirmek isteğe bağlı ise de, ticaret sırasında ürettiği malları veya sunduğu hizmetleri daha iyi koruyabilmek için müteşebbisin kullandığı işareti marka olarak tescil ettirmesi, kural olarak marka sahibinin marka hukukundan doğan özel korumadan yararlanabilmesi için gereklidir. Usulüne uygun olarak tescil edilerek koruma altına alınmamış markanın sahibi de tescil edilmemiş ticaret unvanının sahibi gibi haklarını ancak haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruyabilir. Bu durumda tescilli ticaret unvanının korunması için TTK m. 41 vd.'nda düzenlenen özel koruma hükümleri ve tescilli markalar için 556 sayılı Markaların korunmasına ilişkin KHK da yer alan özel hükümler ve hem ticaret unvanı hem de marka için genel mahiyetteki haksız rekabete ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

Ticaret unvanının tacir adına veya onun izniyle bir başkası adına marka olarak tescili ve kullanılması mümkündür. Bu durumda tescilli ticaret unvanının sahibi olan tacir ile ticaret unvanını aynen veya benzer<sup>51</sup> şekilde, tacire ait işletmenin faaliyet alanına giren mal veya hizmetlerde kullanmak üzere marka olarak tescil ettirmek isteyen veya tescilsiz olarak kullanan kişinin hakları çatışabilir. Bu halde tescilli ticaret unvanının sahibi, kullanma ve tekel hakkına dayalı olarak, tescil talebine karşı itiraz edebilir veya tescilsiz kullanımın önlenmesini mahkemeden talep edebilir (556 sayılı KHK m. 8/V).

Gerek ticaret unvanının tescilinde gerekse markanın tescilinde hak sahipliği, tescil başvurusunun tarihine göre belirlenir. Öncelik sıralamasının ticaret unvanı ve marka arasında da geçerli olması gerekir. Yani önceki tarihli ticaret unvanı sahibinin sonraki tarihli marka başvurusuna veya marka sahibine karşı korunması gerekir. Bu husus ticaret unvanının korunmasını düzenleyen TTK m. 54 hükmünde açıkça ifade edilmiş olmamasına rağmen; 556 sayılı KHK m. 8/V hükmünde "*Tescil için başvurusu yapılmış markanın...her hangi bir sınaî mülkiyet hakkını kapsamaması halinde...itiraz üzerine tescil başvurusu reddedilir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Ticaret unvanının ise burada ifade edilen sınaî mülkiyet haklarından olduğu açıktır<sup>52</sup>. Bunun tam tersi durumda da bu kez marka sahibinin ilgili düzenlemelere dayalı olarak korunması gerekir.

<sup>50</sup> Arslan, Kaya, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s. 32 vd.

<sup>51</sup> Kullanılan işaretin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması gerekli olmayıp sadece benzer olmaları da ticaret unvanına tecavüz oluşturabilir. Aynı yönde Arkan, Karar incelemesi, s. 105.

<sup>52</sup> Bu husus 556 sayılı KHK genel gerekçesi m. 8'de açıkça ifade edilmiştir. Aynı yönde Arkan, s. 270; Tekinalp, s. 3; Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku, C. I, İstanbul 2004, s. 420.

Bu noktada akla gelebilecek sorunlardan biri, farklı sicil çevrelerinde usulüne uygun olarak tescil edilmiş ticaret unvanı sahiplerinin, daha sonra unvanlarını marka olarak almak istemeleri halinde karşımıza çıkar. Özellikle gerçek kişi tacire ait ticaret unvanlarının sadece tescilli oldukları sicil çevresi itibariyle ticaret unvanına ilişkin özel korumadan yararlanacağı düşünüldüğünde, ticaret unvanını tescil ettirmiş hak sahiplerinden hangisi korunacaktır? Her iki hak sahibi aynı şekilde marka tescil talebinde de bulunabilirler mi? Ya da bunlardan biri marka tescil başvurusunda bulunursa diğeri itiraz edebilir mi? Yoksa sadece önce başvuruda bulunan mı korunmalıdır? Bu halde, marka tescil başvurusunda önce davranan kişi başkaca tescil engeli söz konusu olmadıkça marka hukukuna ilişkin korumadan öncelikle yararlanacaktır. Ancak markadan doğan hak, diğer ticaret unvanı sahibinin, unvandan doğan kullanım haklarını engellemek amacıyla kullanılamaz. Zira tescilli ticaret unvanı sahibi tacir, unvanını sicil çevresi içerisinde önceden olduğu gibi kullanmaya devam edebilecektir. Aksi halde bu davranış MK m. 2 hükmü gereğince hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir.

Türkiye’de tescilli tüzel kişi ticaret unvanları açısından ise ülkesel koruma söz konusu olduğu için, önceki tarihli ticaret unvanı sahibinin, sonraki marka başvurusu sahibine karşı dava açma hakkı saklıdır. Ancak bu hakkını kullanma hususunda isteksiz davranan ve üzerinden çok uzun bir süre geçtikten sonra dava açma girişiminde bulunan önceki hak sahibinin bu davranışı, bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması olarak ortaya çıkabilir<sup>53</sup>.

Paris Sözleşmesine üye yabancı bir ülkede usulüne uygun olarak tescil edilmiş ticaret unvanının Türkiye’de başkaları tarafından marka olarak alınması veya tescilsiz olarak fakat markasal kullanımı yabancı ticaret unvanı sahibine bir engelleme hakkı sağlar mı? Paris Sözleşmesi m. 8 ve TRIPS m. 2 birlikte ele alındığında bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Ancak ticaret unvanının herhangi bir birlik üyesi ülkede tescil edilmiş olması, korumadan yararlanmak için yeterli görülmemelidir. Her ne kadar anılan uluslararası düzenlemelerde açık bir hüküm yoksa da, bu tür bir ticaret unvanının Türkiye’de korunabilmesi için Türkiye’de kullanılmasını veya toplumda belli oranda tanınıyor olması şartını aramak yerinde olacaktır. Değerlendirme yapılırken, korumadan yararlanılmak istenen ülkede kullanılmış olma veya tanınıyor olma koşuluna ilişkin bu ülke mevzuatının da göz önüne alınması gerektiği hususu ATAD’ın yukarıda zikredilen kararının<sup>54</sup> sonuç bölümünde açıkça ifade edilmiştir. Bu karar her ne kadar Türkiye açısından bağlayıcı değilse de yol gösterici olması

---

<sup>53</sup> Hakkın kötüye kullanılması yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda E. başlığı altında anlatılanlar.

<sup>54</sup> Bkz. yukarıda C. 4 başlığı altında açıklanan EuGH, Rs. C-245/02, GRUR Int. 2005, s. 231 – 239, *Anheuser-Busch* kararı.

bakımından önemlidir. Ayrıca, esasen Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar için getirilmiş tanınmışlık kriterinin veya kullanılma ölçütünün aranması gerektiği hususu Yargıtay kararlarına yansımış bulunmaktadır<sup>55</sup>.

### **B. Ticaret Unvanı Ticaret Unvanı İlişkisi**

Ticaret siciline usulüne uygun şekilde tescil edilmiş olan ticaret unvanının aynının veya benzerinin, hak sahibinden izin alınmadan kullanılması veya başkası adına tescil edilmek istenmesi ticaret unvanına tecavüz oluşturur. Bu şekildeki bir fiil nedeniyle, hakkı zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan kişi, bu kullanımın durdurulmasını, tescilin yapılmamasını veya tescil edilmiş olan unvanının terkinini ya da ayırıcı ek almasını talep edebilir<sup>56</sup>.

Fikrî ve sınaî haklar bakımından üstün hak sahibi olmak, tarih bakımından eskiye dayanan kullanım veya tescilin olmasına bağlıdır. Bir unvan, isim, işaret üzerinde, ilk kez tescili yaptıran kişi kural olarak hak sahibidir. Ancak bir işareti ilk kez kendi adına tescil ettiren kimsenin hakkı, bu işareti daha önceden tescilsiz kullanan kişinin kullanımından doğan hakkı ile çatışabilir. Bu durumda kural olarak tescilli unvan sahibinin hakkının korunması gerekir. Bu korumanın sınırlarını MK m. 2'deki iyiniyet kuralları çizecektir.

İyiniyetle bir ismi kendi adına ticaret unvanı olarak seçmiş ve tescil ettirmiş olan kişinin hakkı ile aynı veya benzer unvanı tescilden daha önce kullanan kimsenin hakkı karşı karşıya geldiğinde sorun nasıl çözümlenmelidir?

Öncelikle unvanı tescilsiz kullanan kimsenin, kullanım neticesinde söz konusu isme piyasada belli bir düzeyde tanınırlık sağlamış olmasını aramak

<sup>55</sup> Yargıtay 11. HD. 28.05.2002 tarih ve 2002/2411 E., 2002/5314 sayılı kararında, Türkiye'de bir süredir fiilen kullanılan ve yurt dışında usulüne uygun olarak tescil edilmiş ticaret unvanının Türkiye'de başkası adına marka olarak tesciline yapılan itirazı, Paris Sözleşmesi m. 8 anlamında uygun görerek markanın terkinine yönelik yerel mahkeme kararını onamıştır. (Corpus). Aynı şekilde Paris sözleşmesine üye ülkelerden birinde tescilli olan ve daha önce Türkiye'de eylemli olarak kullanılan ticaret unvanının bir başkası tarafından marka olarak tescili aleyhine açılan davayı ilk derece mahkemesi kabul etmiş ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır (Yargıtay 11. HD. E. 2005/605, K. 2006/3054, yayınlanmamıştır).

<sup>56</sup> "Ticaret ortaklıklarının merkezleri ayrı yerde olsa ve logolarında farklılık bulunsa bile, unvanlarında iltibas varsa, önceden ticaret sicil kaydını yaptıran tüzel kişilik, TTK'nın 43, 47, 54, 57/5'inci maddeleri uyarınca, haksız rekabetin menî davası açabilir." Yargıtay 11. HD.'nin 08.04.2002 tarih ve 10860 E., 3275 sayılı kararı. (Eriş, s. 976).

gerekir<sup>57</sup>. Ticaret unvanı sadece tacirler tarafından kullanılır ve tacirler de TTK m. 20/II hükmü uyarınca basiretli işadımı gibi davranmak zorundadır. Kullandığı unvanını tescil ettirmemiş tacirin sonradan bu unvan üzerinde hak iddia edebilmesi için kullanım neticesinde tanınırlığı sağlamış olması gerekir. Başka bir deyişle, basiretli iş adamı gibi davranmak zorunda olan kişinin kullandığı unvanını tescil ettirmemesi ve sonrasında da bu unvanını korumak istemesi halinde, korumadan daha ağır şartlarda yararlanması gerekir. Piyasada belirli bir düzeyde tanınırlığı bulunan unvanının aynını veya benzerini kendi adına tescil ettiren tacirin hakkı korunmamalıdır. Bu tacirin unvanına ayırıcı ek alması zorunludur.<sup>58</sup>

Ticaret unvanının başkası adına tescilinden daha önce kendisinin kullandığını iddia eden kimse, unvana belirli bir tanınırlık sağlayamamış ise kullanım neticesinde bir hakkının olmadığı kabul edilmelidir. Bu durumda iyiniyetli olarak sicile tescili yaptıran kişinin hakkı üstün sayılmalıdır.

Ülkemizde ortaya çıkan önemli sorunlardan birisi de, farklı sicil müdürlüklerinde farklı kişiler adına tescil edilmiş aynı veya benzer ticaret unvanlarının korunmasıdır. Yukarıda da izah edildiği gibi<sup>59</sup>, ortak veri tabanı kullanmayan sicil müdürlüklerinde benzer tesciller yaşanmaktadır.

Usulüne uygun şekilde tescil edilmiş olan iki unvandan tarih olarak eski olanın hakkı üstün tutulabilir. Ancak tarih bakımından sonra gelen ve fakat tescilli unvanını uzun süreden beri iyiniyetli kullanan kişinin de aynı unvan üzerinde hak sahibi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu gereklilik iyiniyet kurallarının bir sonucudur. Gerçekten uzun süreden beri bir unvanı iyiniyetli olarak kullanan ve daha eski tescilden haberi olmayan tacirin, yıllar sonra söz konusu unvanı kullanamayacağını iddia etmek iyiniyetle bağdaşmaz. Başka bir deyişle, her iki unvanında kullanımına devam etmesi hakkaniyete uygun düşer.

### C. Ticaret Unvanı İşletme Adı İlişkisi

Ticaret unvanını usulüne uygun şekilde tescil ettirip kullanan kimse, sonradan bu unvanın başkası tarafından işletme adı olarak kullanılmasını da engelleyebilir<sup>60</sup>. Unvana konu olan isim veya işaret üzerinde tescilden veya

---

<sup>57</sup> Aranması gereken tanınırlığın seviyesi için bkz. Yukarıda dñn. 25.

<sup>58</sup> “Tüzel kişinin unvanı önceden tescil edilmişse, bu unvan korunur ve sonradan tescil edilenin gerekli ekleri alması zorunludur”. Yargıtay 11. HD.’nin 03.03.2003 tarih ve 9483 E., 1755 sayılı kararı. (Eriş, s. 989).

<sup>59</sup> Bkz. Yukarıda C, 3.

<sup>60</sup> “Davacının tescilli unvan ve markasını, herhangi bir kişi ticarî işletmesine unvan olarak alamaz”. Yargıtay. 11. HD.’nin 09.12.1986 tarih, 6113 E., 6654 sayılı kararı. (Eriş, s. 1025).

kullanımdan doğan üstün hakkı olan kişi, bunun izinsiz bir şekilde başkası tarafından işletme adı olarak kullanılmasını önleyebilir (TTK m. 54/I). Tescilli ticaret unvanını aynısının veya benzerinin sicile işletme adı olarak tescil edilmesi halinde, bu adın terkinin yanı sıra ayırıcı ek alması da talep edilebilir (TTK m. 54/II).

Yukarıda da belirtildiği gibi<sup>61</sup>, tescilli ticaret unvanının sonradan haksız bir şekilde başkası tarafından işletme adı olarak kullanılması halinde koruma hangi hükümlere göre sağlanacaktır? *Okutan*, Ticaret Kanununun 54'üncü madde metninin, tescilli unvana yine bir ticaret unvanı kullanılmak suretiyle tecavüzün olması halinde özel korumanın sağlanacağı şeklinde yoruma izin verdiğini savunmaktadır<sup>62</sup>. Özellikle madde metninde yer alan “*haksız olarak kullanılan unvan tescil edilmişse*” ifadesinin bu görüşü desteklediği belirtilmektedir.

Ticaret Kanununun 54'üncü maddesinde düzenlenmiş olan özel korumanın, hak sahibine zarar veya zarar tehlikesinin varlığını ispat etme yükümlülüğü getirmediği açıktır. Bu sayede hak sahibi daha hafif bir ispat yükü altında kalmaktadır. Bu korumanın kapsamını daraltacak şekilde yorum yapmak, özellikle unvanın işletme adı olarak kullanılması halinde korumanın haksız rekabete göre sağlanacağı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda da hak sahibi, zarar veya zarar tehlikesinin varlığını ve dolayısıyla unvanının tanınırlığını ispat etmek zorunda kalacaktır. Bu nedenlerle, 54'üncü madde metnini geniş yorumlamak ve unvanın başka şekilde kullanılması halinde de korumanın nu hükme göre sağlanacağını kabul etmek gerekir. Bu yorum özellikle tecavüzün işletme adı olarak kullanımından dolayı meydana gelmesi halinde önemlidir. Dolayısıyla katılmadığımız daraltıcı yorum, unvanın işletme adı veya internet alan adı olarak kullanılması halinde ticaret unvanı sahibinin korunmasını zorlaştırmaktadır.

#### **D. Ticaret Unvanı Fikrî Haklar İlişkisi**

Ticaret unvanı ile kısaca fikrî haklar olarak ifade edilen, fikir ve sanat eserlerinden doğan haklar arasında da bir uyumsuzluk doğabilir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanuna (FSEK) göre korunmakta olan bir eser adının veya alâmetinin başkası tarafından ticaret unvanı olarak alınması hali uygulamada daha çok karşılaşılan tecavüz şekli olmakla beraber,<sup>63</sup> aksinin de mümkün olduğu

<sup>61</sup> Bkz. Yukarıda IV, A.

<sup>62</sup> *Okutan*, s. 19. Benzer görüş için bkz. *Arkan*, karar tahlili, s. 107, dpn. 17.

<sup>63</sup> “Harry Potter” filminin veya romanının adının izinsiz olarak ticaret unvanı olarak alınması hali gibi. Bu halde FSEK m. 66 vd. ve 82 vd. hükümlerine göre hak sahiplerinin korunması mümkündür.

söylenbilir. Yani tescilli bir ticaret unvanının (özellikle de toplumda belli bir düzeyde tanınmış olan bir unvanın) başkası tarafından FSEK anlamında bir eserde kullanılması halinde, TTK m. 54 hükmüne dayalı olarak koruma istenebilir<sup>64</sup>. Ancak bu halde, TTK m. 54 anlamında ticaret unvanının korunması yanında somut olayın özelliklerine göre TMK m. 24 anlamında adın korunması ve her halde TTK m. 56 vd. hükümlerine göre haksız rekabet hükümleri de uygulama alanı bulabilir.

### E. Ticaret Unvanı İnternet Alan Adı İlişkisi

Gelişen dünyada iletişim son derece hızlı bir şekilde artmakta ve bunu sağlayan en önemli araç olarak da internet karşımıza çıkmaktadır. İnternet sayesinde insanlar bilgiye çok kısa sürede ve ucuz şekilde ulaşabilmektedir. Bunun yanında üreticiler de, mal ve hizmetlerini dünyanın her tarafına rahatça pazarlayabilmektedir. Firmaların kendileriyle ve ürünleriyle ilgili bilgi verip pazarlama yaptıkları websitelerinin sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Web sitelerinin adresleri genellikle, marka, işletme adı veya ticaret unvanıyla aynıyet arz etmektedir<sup>65</sup>. Bu adreslerin ismi *Domain Name*, Türkçe deyişle “İnternet alan adı”dır.

İnternet alan adlarının seçilmesinde, dünya uygulamasında özel kurallar yer almamakta ve önce başvuran her türlü ismi kendi adına kaydettirebilmektedir. Dolayısıyla bu alanda serbesti ve öncelik ilkeleri geçerlidir. Uygulamada internet alan adı seçiminde genellikle, işletme sahipleri kendi marka veya unvanlarının aynısını almaya çalışmaktadır<sup>66</sup>. Ancak başkasının haklı olarak kullandığı, marka, işletme adı ve özellikle ticaret unvanının internet alan adı olarak alınması halinde ortaya bir takım hukukî sorunlar çıkmaktadır.

---

<sup>64</sup> Toplumda belli bir oranda tanınan bir tacirin ticaret unvanının, bir suç örgütünü veya çeteyi anlatan romanın, filmin; kısaca bir eserin adı olarak kullanılması halini bu duruma örnek verebiliriz. Ayrıca doğrudan eserin adı olarak değil de, eserde geçen kahramanlardan birinin adı veya lakabı olarak kullanılırsa, diğer şartların da mevcut olması halinde, yine ticaret unvanına bir tecavüz söz konusu olabilir ve TTK m. 54’ün uygulanması gerekir.

<sup>65</sup> **Bozbel**, Savaş, “Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN Tahkim Usulü”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a Armağan, C. I, İstanbul 2002, s. 215.

<sup>66</sup> **Nomer**, Füsün, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, s. 403.

Ülkemiz uygulamasında, ülke kodunu (tr)<sup>67</sup> taşıyan internet alan adı verilmesinde yetkili kuruluş Orta Doğu Teknik Üniversitesi'dir (ODTÜ). Türkiye kodlu (tr) alan adı alabilmek için başvuru yapıldığında, ODTÜ'nün "*İnternet Alan Adı Kaydında İzlenen Yöntem ve Kurallar*"<sup>68</sup> uyarınca, "gen.tr" alt alanı dışında kalan diğer tüm alanlar için talep edilen alan adı, talebi yapan kişi ve/veya kuruluşun ismi, ticaret unvanı ve/veya tescilli markası ile ilişkili olmalıdır<sup>69</sup>. Dolayısıyla ülkemizde internet alan adı alınması esnasında, ODTÜ tarafından ayrıntılı bir inceleme yapılmakta ve başkasına ait isim, marka ve unvanların haksız olarak alınması engellenmektedir<sup>70</sup>.

Türkiye kodlu alan adı alınmasının katı ve sıkı kurallara bağlı olması nedeniyle, internet kullanıcılarının, genelde daha rahat alan adı veren generic top Level (com. net. org. info. biz)'e kaydığı söylenebilir<sup>71</sup>.

Ticaret siciline tescil edilmiş veya uzun süreden beri kullanılan ticaret unvanının aynı veya benzerinin İnternet alan adı olarak alınması unvana tecavüz edilmesi sonucunu doğurur<sup>72</sup>. Bu durumda tescilli unvanın, internet alan adı olarak alınması halinde TTK m. 54 veya 58 hükümleri çerçevesinde korunur<sup>73</sup>.

Ancak hukuk davaları yoluyla, ülkemiz uygulamasında, alan adı kullanılarak tecavüz fiiline karşı korumaya çok sık rastlanmamaktadır. Zira ODTÜ tarafından uygulanan kuralların sıkı olması, bu yöndeki hukukî ihtilafa meydan bırakmamaktadır. Ortaya çıkabilecek istisnai durumlarda da, TTK'nın

<sup>67</sup> Country Code Top Level Domain (ccTLD). Örneğin, uk, de, au, ch.

<sup>68</sup> Söz konusu kurallar için bkz. www.dns.metu.edu.tr

<sup>69</sup> Başvurunun yapılması esnasında ODTÜ, söz konusu ismin kuruluşun/şirketin ismi, unvanı veya markası olduğunu gösteren Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından "*Ticaret Sicil Tescil Belgesini*" veya Türk Patent Enstitüsü tarafından verilen "*Marka Tescil Belgesi*"ni istemektedir.

<sup>70</sup> Bu uygulama, tescilsiz kullanılan unvan ve marka sahiplerini tescile zorlamaktadır. Bu konuda bkz. **Kırca**, İsmail, "Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması", Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. I, İstanbul 2002, s. 531.

<sup>71</sup> **Memiş**, Tekin, "İnternet'te Alan isimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu, MHB 1999–2000, s. 513–516; Nomer, s. 405.

<sup>72</sup> **Nomer**, s. 407.

<sup>73</sup> Ticaret Kanununun 54. maddesindeki özel korumanın, unvanın sadece unvan olarak kullanılması halinde uygulanmayacağını, bunun yanı sıra başka şekildeki kullanımlarda da devreye gireceği ifade edilmişti. Bkz. Yukarıda, D, 3.

ilgili düzenlemeleri doğrultusunda, hak sahibinin talebi üzerine unvan korunacaktır.

Ticaret unvanının, başkası tarafından ve Türkiye dışından (özellikle Amerika Birleşik Devletleri) İnternet alan adı olarak alınması halinde, bunun engellenmesi oldukça zordur<sup>74</sup>. Örneğin ticaret unvanını alan adı olarak alan ve adres olarak Almanya'yı gösteren bir kişi aleyhine ABD'deki tescil makamına karşı Türkiye'de dava açıp sonuca gitmek oldukça zahmetlidir.

Dava sürecinin zor olduğu durumlarda, tahkim yöntemiyle hak sahibinin korunması mümkündür. İnternet konusunda en yüksek idare organı olan ICANN<sup>75</sup> koyduğu ve uyguladığı tahkim kurallarına göre, tescil makamının tahkim kurallarını kabul etmesinden sonra gerçekleşen tüm alan adı tescillerinde uygulanır. Ucuz ve hızlı olan bir yöntem sunan bu tahkimde üstün hakkını ispatlayan tarafın menfaati kolaylıkla korunmaktadır. Bu sayede tescilli marka ve unvanların başkası tarafından alan adı olarak alınması ve sonrasında devir için yüksek meblağlar talep edilmesinin önüne geçilmektedir<sup>76</sup>.

### VI. TİCARET UNVANINA TECAVÜZ DAVALARINDA DAVA HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Aynı veya benzer gerçek kişi ticaret unvanlarının aynı sicil bölgesi içerisinde veya tüzel kişi ticaret unvanlarının farklı sicil bölgelerinde dahi olsa farklı tacirler adına tescil edilmesi halinde, öncelik hakkına sahip olan tacirin diğer tacir aleyhine dava açarak bu unvanın terkinini veya değiştirilmesini talep etmesi mümkündür. Gerçek kişi tacirler açısından bu imkan sadece sicil bölgesi için getirilmişken, tüzel kişi tacirler için bir sınırlandırma söz konusu değildir. Gerçek kişi tacirler sicil bölgesi dışında böyle bir durumla karşılaşırlarsa ancak haksız rekabete ilişkin genel hükümler çerçevesinde zarar veya zarar tehlikesinin varlığının ispat edilmesi koşuluna bağlı olarak koruma talep edebileceklerdir.

Her ne kadar ilk bakışta, eski tarihli hakka sahip tacirin ticaret unvanı üzerindeki hakkın ihlalinin devam ettiği ve dolayısıyla dava açma hakkının da devam ettiği (zamanaşımına uğramadığı) düşünülebilirse de, bu hakkın kullanılması imkanının eski tarihli hakkın sahibi tacire, sınırlandırılmaksızın tanınması bazı hallerde haksız sonuçlar doğurabilir. Özellikle iyiniyetli olarak ve diğer ticaret unvanı sahibinden habersiz bir şekilde ticaret unvanını tescil ettirmiş ve kullanmaya başlamış olan tacirin, para ve emek sarf ederek bu unvan altında yatırımlar yapması, ancak eski tarihli hak sahibi tacirin bu durumdan

---

<sup>74</sup> **Bozbel**, s. 221.

<sup>75</sup> "Internet Corporation for Assigned Names and Numbers", ticarî gaye gütmeyen sivil bir örgüt olan kuruluşun merkezi Los Angeles'da bulunmaktadır.

<sup>76</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bozbel**, s. 225 vd.



haberdar olmasına rağmen uzun süre sessiz kalması ve diğer tacirin emeğini ve parasını kaybetmesine yol açacak bir zamanda ortaya çıkarak dava açması “dava hakkının kötüye kullanılması” olarak nitelendirilmektedir<sup>77</sup>. Dava hakkının kötüye kullanılması hususunda, gerek ticaret unvanı gerekse diğer tanıtma işaretleri ile ilgili düzenlemelerde açık bir hüküm yer almamaktadır<sup>78</sup>. Bu sebeple dürüstlük kuralını düzenleyen TMK m. 2 f. 2 hükmü uygulanarak boşluk giderilmeye çalışılmaktadır. Konu son yıllarda doktrinde de ayrıntılı olarak ve farklı başlıklar altında ele alınmıştır. Konu önce *Akyol*<sup>79</sup> tarafından genel olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak ele alınmış, daha sonra *Karahan*<sup>80</sup> tarafından gerçek kişi unvanlarının korunması ve haksız rekabet davaları ile ilgili olarak bir Yargıtay kararının incelenmesi suretiyle ortaya konmuş, bir süre sonra *Battal*<sup>81</sup> marka hakkına tecavüz davalarında dava hakkının kötüye kullanılması başlığı altında bir tebliğ sunarak

<sup>77</sup> Doktrinde bazı müelliflerce “*Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı*” olarak da ifade edilen (bkz. Poroy/Yasaman s. 338; **Karahan**, Sami, “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı Sorunu”, *Batider*, C. XXI, S. 1, s. 271- 285, (gerçek kişi); **Karahan**, Sami; Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi ilkesi, Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 229 vd (sessiz kalma); **Yanlı**, Veliye, İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXI, Ankara 2005, s. 291-336) bu durum diğer bazı müelliflerce “Dava hakkının kötüye kullanılması” olarak ifade edilmektedir (**Akyol**, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995; **Battal**, Ahmet, Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XVIII, Ankara 2001, s. 27-54). *Cengiz* ise bu durumu “hak düşümü ilkesi” olarak ifade etmektedir (**Cengiz**, Dilek, Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s. 179).

<sup>78</sup> Oysa Alman Markalar Kanunu (MarkenG § 21) “*hak düşümü*”nü (Verwirkung von Ansprüchen) açıkça düzenlemiştir. Buna göre eski tarihli bir marka veya ticari işaret hakkı sahibi, kendi markası ile aynı veya benzer mal ve hizmetler için bir markanın tescil edildiğini öğrenmesine rağmen beş yıl aralıksız olarak buna ses çıkarmaz ise daha sonra bunu yasaklayamaz.

<sup>79</sup> **Akyol**, s. 19 vd.

<sup>80</sup> Bkz. **Karahan**, (gerçek kişi), s. 271 – 285; **Karahan**, (haksız rekabet) s. 229 vd.

<sup>81</sup> **Battal**, Ahmet, Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XVIII, Ankara 2001, s. 27-54.

konunun uzmanlarınca tartışılmasını temin etmiş ve son olarak da *Yanlı*<sup>82</sup> haksız rekabet davaları ile ilgili olarak konuyu bir tebliğde irdelemiş ve özellikle Alman hukukundaki durumu da ortaya koyarak bazı sorulara yanıt aramıştır.

Aslında öncelikle ele alınması gereken husus burada bahsedilen halde, hangi kavramın kullanılması gerektiğidir. Her ne kadar doktrinde çoğunluk “Sessiz kalma yoluyla hak kaybı” olarak nitelendirirse de aslında MK m. 2’de bu şekilde adlandırmayı mümkün kılacak bir ifade yer almamaktadır. 2. fıkrada ifade edilen hakkın kötüye kullanılması ifadesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Zira tacirin, bir hakkını bilerek isteyerek belli bir süre kullanmaması sebebiyle ticaret unvanından doğan hakkı kaybolmamakta, sadece uzun süredir varolan kullanıma/tescile sesiz kalmış olması sebebiyle karşı taraf buna güvenerek bir takım yatırımlar yapmakta ve uzun bir süre sonra ileri sürülen eski tarihli hak sahibinin iddialarına ise hak sahibinin bu davranışının önceki davranışları ile çelişki oluşturduğunu ve bunun bir hakkın kötüye kullanılması olduğunu ileri sürerek karşı çıkmaktadır<sup>83</sup>. Hangi kavram seçilmiş olursa olsun sonraki tarihli ve iyiniyetli hak sahibinin korunabilmesinin dayanağı MK. 2. maddesidir.

Hukuk sistemimizde bu hususla ilgili olarak henüz tam netleşmemiş bir başka noktaysa hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için eski tarihli hak sahibinin ne kadar bir süre sessiz kalmış olmasını aramak gerektiğidir. Doktrinde markaya tecavüz davaları açısından 2 ila 5 yıl arasında bir sürenin dava hakkının kötüye kullanıldığından söz edebilmek için yeterli olduğu ileri sürülmüş ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>84</sup>. Ancak son dönemde marka hukuku ile ilgili olarak Yargıtay kararlarında<sup>85</sup>, 556 sayılı KHK m. 43’de tanınmış markaya dayalı olarak açılacak hükümsüzlük davalarında öngörölmüş olan 5 yıllık hak düşürücü sürenin diğer markalar için de uygulandığı görölmektedir. Marka gibi tanıtma vasıtası olan Ticaret unvanına da aynı sürenin uygulanması yerinde olacaktır.

### SONUÇ

Ticaret unvanının korunmasına ilişkin TTK’da yer alan hükümler, yeni yapılacak düzenleme ile daha ayrıntılı ele alınarak özellikle mevcut Kanunun

---

<sup>82</sup> **Yanlı**, s. 291-336.

<sup>83</sup> **Akyol**, s. 57.

<sup>84</sup> **Arkan**, Sabih; Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998, (marka II), s. 161; **Karahan**, Sami; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002 (Marka), s. 148; **Karahan**, (sessiz kalma) s. 303; **Tekinalp**, (fikri), s. 439.

<sup>85</sup> Yargıtay 11. HD’nin 30.06.2000 tarih, 2000/5841 E. ve 2000/6238 sayılı kararı, (Batider, C. 20, S. 4, s. 246). Ayrıca Yargıtay 11. HD’nin 08.04.2002 tarih, 2001/10860 E. ve 2002/3275 sayılı kararı. (www. kazanci.com.tr).

54. maddesinin Tasarıda olduğu gibi kaleme alınması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu maddede yer alan ibareler muğlak bir ifade içermekte ve bu da tescilli ticaret unvanının bu hükme dayalı olarak korunmasının sadece bir başkası tarafından yine ticaret unvanı olarak kullanılması halinde söz konusu edilebileceği gibi yorumlara yol açmaktadır. Oysa korunmakta olan bir ticaret unvanının bir başkası tarafından, hak sahibinin izni olmaksızın, işletme adı olarak alınması veya fikrî hak konusu bir eserde kullanılması veya bir patent konusu buluşun adı olarak kullanılması halinde de bu ticaret unvanının en kısa yoldan ve en geniş şekilde korunması gerekir.

Bazı kullanım şekillerini özel kanun hükümlerinde düzenleyerek bunları yasaklamak (ticaret unvanının başkası tarafından marka olarak alınması halinde uygulanabilecek 556 sayılı markaların korunmasına ilişkin KHK m. 8/III, 8/V) başkaca tanıtma vasıtası olarak kullanılma hallerini ise genel mahiyetteki haksız rekabet hükümlerine göre korumaya çalışmak sağlıklı bir yaklaşım olamaz. Bu durumda ya TTK m. 54 hükmünü diğer tüm kullanım şekillerini de açıkça kapsayacak şekilde yeniden ele almalı veya diğer tanıtma vasıtaları için getirilen düzenlemelerde bu husus ayrıca belirtilmelidir.

Ticaret Kanunu Tasarısında yer alan ve ticaret unvanlarının tescil edilmesine ilişkin düzenlemeye, ticaret sicili müdürlüğüne, tescil edeceği unvanın daha önce Türkiye’de tescilli olup olmadığını inceleme yükümlülüğü eklenmelidir. Çeşitli sicil müdürlüklerinde yapılan tescillerin ortak bir veri tabanında toplanmasıyla sağlanacak bu imkân, aynı veya benzer unvanların başkaları tarafından kullanılmasını ve bunu takiben ortaya çıkacak hukuki ihtilafları önleyecektir.

Üstün hakka konu ticaret unvanının aynı veya benzerinin kullanılması ve bu duruma uzun süre ses çıkarılmaması halinde, hak sahibinin haklarını kaybedeceği kabul edilmelidir. Bu noktada kullanılabilir olan kıstas, unvanın tanınırlığıyla birlikte esas olarak TMK m. 2’de düzenlenmiş olan iyiniyet kuralıdır. Bu bağlamda, piyasada belli bir tanınırlığı olan ve hak sahibi tarafından kullanıldığı bilinen veya bilinmesi gereken ticaret unvanının sonradan başkası tarafından da kullanılması halinde ikinci kullanımın ve/veya tescilin engellenmesi mümkündür. Ancak farklı bölgelerde ve iştiğal konularında uğraşan tacirlerin aynı unvanı tescilli ve iyiniyetli şekilde kullanmaları ve bu kullanımın uzun süreden beri devam etmesi halinde, her iki tarafın da aynı unvanı kullanmalarına müsaade etmek gerekir.

**KISALTMALAR CETVELİ**

ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dpn	: dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E	: Esas
GRUR Int.	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
K	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KoopK.	: Kooperatifler Kanunu
m	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
ODTÜ	: Ortadoğu Teknik Üniversitesi
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TRIPS	: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TST	: Ticaret Sicili Tüzüğü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

**KAYNAKÇA<sup>86</sup>**

- Akyol**, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
- Arkan**, Sabih; Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, (marka).
- Arkan**, Sabih; Marka Hukuku, C. II, Ankara 1998, (marka).
- Arkan**, Sabih; Ticarî İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2004.
- Arkan**, Sabih; 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8/III. Maddesi İle İlgili Bir İnceleme”, Batider, Aralık 2002, C. XXI, S. 4, s. 101-108. (inceleme).
- Arslan**, Kaya, Marka Hukuku, İstanbul 2006
- Arslanlı**, Halil; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 1960.
- Ayhan**, Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990, (iade).
- Ayhan**, Rıza; Ticarî İşletme Hukuku, Konya 1992.
- Battal**, Ahmet; Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XVIII, Ankara 2001, s. 25-54.
- Bilge**, Mehmet Emin; Ticaret Sicili, İstanbul 1999.
- Bozbel**, Savaş, “Domain Names (İnternet Alan Adları) ve ICANN Tahkim Usulü”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. I, İstanbul 2002, s. 215-255.
- Cengiz**, Dilek, Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995.
- Eriş**, Gönen; Gönen; Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler, Ankara 2004.
- Heim**, Sebastian; Der Schutz von Handelsnamen unter dem TRIPS – Übereinkommen, Zugleich eine Anmerkung zur Entscheidung *Anheuser-Busch*, GRUR Int. 2005, s. 545- 558.
- Hubmann**, Heinrich/**Götting**, Horst-Peter; Gewerblicher Rechtsschutz, 7. Aufl., München 2002.
- Karahan**, Sami; “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı Sorunu”, Batider, C. XXI, S. 1, s. 271- 285, (Gerçek kişi).

<sup>86</sup> *Birden çok eserine yollama yapılan yazarlar için kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.*

**Karahan**, Sami; Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımı ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi, Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 229 vd. (sessiz kalma).

**Karahan**, Sami; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002 (Marka).

**Karahan**, Sami; Ticaret Unvanının Tescilinde Kullanma Amacı veya Unvanda Teklik İlkesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1-2, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, s. 119 – 135.

**Karahan**, Sami; Ticarî işletme hukuku, 13. Baskı, Konya 2005.

**Karayalçın**, Yaşar; Ticaret Hukuku, I. Giriş – Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.

**Karayalçın**, Yaşar; Haksız Rekabet, Ankara 1975.

**Kırca**, İsmail, “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C. I, İstanbul 2002, s. 527-544.

**Memiş**, Tekin, “İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu, MHB 1999–2000, s. 513–516.

**Nomer**, Füsün, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar”, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. I, s. 395–418.

**Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi; Ticarî işletme Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2004.

**Tekinalp**, Ünal; Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukukî Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1998, s. 467-480.

**Tekinalp**, Ünal; Fikrî Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2004, (fikrî).

**Yanlı**, Veliye, İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXI, Ankara 2005, s. 291-336.

**Yasaman**, Hamdi; Marka Hukuku, C. I, İstanbul 2004.

**Yongalık**, Aynur; Ticaret Unvanı Alanındaki Yeni Gelişmeler, Batider, C. XXI Sa. 3, s. 5 – 26

**Makaleler**

---

**Kamu Hukuku**





## İHALE HUKUKUNDA ÇALIŞMA HÜRRIYETİNİN SINIRLANMASI: İHALELERE KATILMAKTAN YASAKLANMA

Doç. Dr. Cemil KAYA\*

### ÖZET

Türkiye’de kamu ihalelerini düzenleyen üç temel kanun bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla, 01.01.1984’te yürürlüğe giren 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 01.01.2003’te yürürlüğe giren Kamu İhale Kanunu ve 01.01.2003’te yürürlüğe giren Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’dur. İhale hukukunu düzenleyen kanunların temel amacı, kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı ihalelerle ilgili temel ilke ve usulleri düzenlemektir. Aynı zamanda bu kanunlarda, kamu ihalelerinin belirlenen ilkelere uygun olarak yapılmasını sağlamak, kamu kurum ve kuruluşlarının haksız yere zarara uğramasını önlemek, ihale edilen işlerin zamanında ve düzenli olarak yapılmasını gerçekleştirmek, kamu kaynaklarının verimli ve etkin şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ihale işlemleriyle bağdaşmayan yasak fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilen özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hakkında idari bir müeyyide olan ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı alınacağı da hüküm altına alınmıştır. Yasak fiil ve davranışlarda buldukları tespit edilen isteklilerin bu fiil ve davranışları aynı zamanda Ceza Kanununa göre suç teşkil ediyorsa, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı cezai bir müeyyide olarak ceza mahkemesi tarafından ayrıca verilir. Makalede, ihalelere katılmaktan yasaklanma konusu, Danıştay içtihatları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** İhale hukuku, kamu ihalesi, idari müeyyide, cezai müeyyide, yolsuzluk, çalışma hürriyeti

### LIMITATIONS ON THE RIGHT TO WORK IN PROCUREMENT LAWS: PROHIBITION FROM PARTICIPATING IN PUBLIC TENDERS

#### ABSTRACT

There have been three main legislations in regulating public procurements in Turkey. These include the following laws: The first one is State Procurement Act numbered 2886 that was entered into force on January 1 st, 1984; the second one is Public Procurement Act numbered 4734 that was entered into force on January 1 st, 2003; and finally the last one is Public

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD

Procurement Contracts Act numbered 4735 was entered into force on January 1 st, 2003. The primary aims of these acts regulating procurements are to determine basic principles and procedures which are to be applied by public entities and institutions in procurements. Furthermore, the purposes of these acts also include providing the full transparency of the public procurement, making sure that contracts are completed in the determined time period, creating an efficient and productive governmental structure and preventing financial corruptions in state institutions. For guaranteeing an accountable and efficient-working procurement procedure, these acts contain that those persons or firms who involve in financial irregularities or corruptions can be subjected to administrative and criminal sanctions. This article examines the prohibitions of private persons and firms from entering into public tenders in the light of the established jurisprudence of the Council of State.

**Key Words:** Procurement law, public tender, administrative sanction, criminal sanction, corruption, right to work

### GİRİŞ

Kamu ihaleleri, ihale hukukunun temel ilkelerine uygun olarak yapılmalıdır. Ancak bu şekilde ihale hukukunun şeffaf, adil, eşitlikçi ve rekabete dayalı olduğu ileri sürülebilir. İhalelerin usulüne uygun olarak yapılmasını engelleyen fiil ve davranışlara bir yaptırım uygulanması, bu ilkelerin gerçekleşmesine hizmet eder. İşte bu amaçla, ihale düzenini bozan yasak fiil ve davranışlarda bulunanlara “ihalelere katılmaktan yasaklanma” yaptırımı uygulanır. Bu yaptırım aynı zamanda ileride yapılacak ihalelerin de sağlıklı bir şekilde yapılmasının güvencesidir. Bu yaptırım kararının sonuçları dört boyutlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki bu kararlar birlikte, bir defa hakkında yasaklanma kararı verilen istekli muhtemel bir ekonomik çıkardan yoksun bırakılmakta, ihaleye katılan diğer isteklilerin çıkarları gözetilmiş olmakta, idarenin mali açıdan zarara uğramasının önüne geçilmekte ve nihayet toplum yararı korunmaktadır.

İhalelere katılmaktan yasaklanma, isteklilerin ihale düzeninden geçici veya sürekli olarak dışlanmasını ifade eder. İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı “idare” ve/veya “mahkeme” tarafından verilir. İdare tarafından verilen yasaklanma kararı “idari bir yaptırım” niteliğindedir<sup>1</sup>. Bu karar, kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem (şart işlem) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu

<sup>1</sup> “... yasaların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, İdarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar-uyguladığı müeyyideler vardır ki, bunlara ‘idari müeyyide’, ... idari yaptırım denilir”. Özey, İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985, s. 35.

işlem doktrinde “*ekonomik idari kolluk*” ve hatta daha özel olarak “*kamu ihale kolluğu*” şeklinde görülmektedir<sup>2</sup>. Ceza mahkemesi tarafından verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı ise bir güvenlik tedbiri şeklinde<sup>3</sup> “cezaî bir yaptırım” niteliğindedir. Bu güvenlik tedbiri “ekonomik yoksunluk” olarak adlandırılabilir. Şüphesiz ceza mahkemesi, ceza ve yasaklama kararı verme yanında, yasak fiil ve davranışların işlenmesi suretiyle elde edilen malvarlığı değerlerinin, “kazanç müsadere” adlı güvenlik tedbirini uygulama yoluyla müsadere sine de karar verebilecektir (TCK m. 55).

İhale düzenini koruyan “mali kabahat” niteliğindeki<sup>4</sup> ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı, bir ihale sürecine doküman olarak teklif sunma arzusunun ortaya koyan, ihaleye teklif sunan, ihaleyi kazanan ve sözleşme imzalayarak sözleşmeyi uygulama yükümlülüğü altına giren özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hakkında uygulanır<sup>5</sup>. Şüphesiz bu karar belirli şartların varlığı halinde verilir. Tabi bu karar verilirken yetkili makamlar yasaklama nedenlerinin gerçekleşip gerçekleşmediğini titizlikle incelemelidir. Aksi takdirde idarece, haklarında hukuka aykırı olarak ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilen kişiler bu işleme karşı iptal davası açabilecekleri gibi uğramış oldukları zararlar için de tam yargı davası<sup>6</sup> açabilirler.

---

<sup>2</sup> **Gürsel**, Meltem Kutlu, Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları, in Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, c. III, İstanbul 2003, s. 609.

<sup>3</sup> “Güvenlik tedbiri, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik cezaî hukuku yaptırımdır”. **Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 609.

<sup>4</sup> **Taşdelen**, Aziz, Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma, Ankara ÜHFD, c. 55, 2006, sy. 1, s. 310, 316.

<sup>5</sup> **Taşdelen**, s. 297.

<sup>6</sup> “Olayda; 13.03.2003 tarihinde ... Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi 4 kalem yemek alım ihalesine katılan davacı firmanın teklif mektubunun içinde bir adet şikayet dilekçesi ve 56 adet boş A4 kağıdı bulunması üzerine ihale dışı bırakıldığı, ayrıca davacının bu eyleminin 4734 sayılı Yasa’nın 17/a kapsamında ‘yasak fiil ve davranış’ niteliğinde olduğu gerekçesiyle 1 (bir) yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin oluşturulduğu anlaşılmakta olup, davacının eylemi ‘hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar

Bu makalede ihalelere katılmaktan yasaklanma konusu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu olmak üzere üç temel kanun çerçevesinde ve Danıştay içtihatlarıyla incelenmeye çalışılacaktır.

### **I. 2886 SAYILI DEVLET İHALE KANUNUNA GÖRE**

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu<sup>7</sup>, kapsamında sayılan idarelerin, bugün itibarıyla, satım, kira, trampa, mülkiyet dışında aynı hak tesisi ile taşıma işleri ihaleleri hakkında uygulanan bir kanundur. Kanunda ihale “bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla, işin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve yetkili mercilerin onayı ile tamamlanan sözleşmeden önceki işlemleri” kapsar şeklinde tanımlanmıştır (DİK m. 4). İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve usulü ise Kanunun 83-85. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı, Devlet İhale Kanunu’nda sayılan ihale usullerinde uygulanır. Kanunun 35. maddesinde ise ihale usulleri, kapalı teklif usulü, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif usulü, pazarlık usulü ve yarışma usulü şeklinde sayılmıştır. Diğer taraftan Kanunun üçüncü kısmında sayılan belli işlerin ihale usullerine tabi olmadan yaptırılması da mümkün kılınmıştır. İşte, ihale usullerine tabi olmayan işler (m. 71-82) açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilirken verilmeyeceği sorun teşkil etmektedir. Konu Kanunun 81. maddesinde yer alan emanet yoluyla yapılacak işler açısından Danıştay’ın önüne gelmiştir. Danıştay, “... 2886 sayılı Yasanın 83. ve 84. maddelerinde; ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasındaki yasak fiil ve davranışlarda buldukları anlaşılmalara idarece ihalelere katılmaktan geçici yasaklama tedbiri getirileceği hüküm altına alınmıştır. / 2886 sayılı Yasanın 81. maddesinde öngörülen emanet usulü uygulanan ihalelerin de bu Yasanın 2. maddesinde yer alan ilkelere tabi olması, anılan Yasanın 83. ve 84. maddelerinde ihale usullerine tabi işler yönünden bir sınırlama getirilmeksizin ihale işlerinde yasak fiil ve davranışlar ile ihalelere katılmaktan geçici yasaklama yaptırımının yer alması karşısında, 2886 sayılı Yasa kapsamında bir ihale işi olan emanet usulüyle yapılan

---

sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya teşebbüs etmek’ niteliğinde olmadığından, bu gerekçeyle verilen yasaklama kararının davacı şirketin ticari itibarını zedeleyeceği, güvenilirliğini azaltacağı açıktır. / Bu nedenle davacı şirketin söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir manevi tazminata hükmedilmesi gerek(ir)”. D13D, E. 2005/1819, K. 2005/4728, KT. 26.09.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 391.

<sup>7</sup> RG. 10.09.1983, sy. 18161.

ihalelerde de 83. maddede yer alan ve bu Kanunda belirtilen amaç ve ilkelere aykırı davranışlar için öngörülen ‘ihalelere katılmaktan yasaklama’ yaptırımının uygulanması gerekmektedir. Esasen, aksi görüşün kabulü, bu ihalelerde tespit edilen usulsüzlüklerin yaptırımsız kalmasına, aynı yasa kapsamında yapılacak işlerde ihaleye katılacaklara uygulanacak yaptırımlar yönünden eşitsizliğe yol açacaktır” gerekçesiyle ihale usullerine tabi olmayan işler açısından da ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebileceğine karar vermiştir<sup>8</sup>. Kanaatimizce bu karar isabetlidir. Zira konuya ilişkin olarak Kanunun dördüncü kısmı “ihale işlerinde yasaklar ve sorumluluklar” başlığını taşımaktadır. Dikkat edileceği üzere bu kısmın başlığı “ihale usullerinde yasaklar ve sorumluluklar” değildir. Kaldı ki başlık böyle olmuş olsaydı bile, ihalelere katılmaktan yasaklanmanın asıl sebebi, yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin, idarenin kendisine duyduğu güveni sarsması olduğundan, duyulan bu güvenin ihale usullerinde veya ihale dışı usullerde sarsılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, ihale usullerine tabi olmayan işler açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbirinin uygulanmayacağına ilişkin olarak Kanunda bir hüküm de bulunmamaktadır.

#### A. YASAKLAMA NEDENLERİ

Kamu ihalelerinde ihale süreci, hazırlık aşaması, ilan aşaması, tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşaması, ihale kararının alınması aşaması ve sözleşme aşamasından geçerek tamamlanır<sup>9</sup>. Yasaklama nedenleri de bu süreçte ortaya çıkar. Yasaklama nedenlerini ihale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki fiiller ile ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki fiiller şeklinde iki aşamada inceleyebiliriz.

#### 1. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Önceki Fiiller

---

<sup>8</sup> D10D, E. 2005/8982, K. 2006/2630, KT. 24.04.2006. Karar yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2005/8912, K. 2006/2637, KT. 24.04.2006. Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/1281, K. 2006/2421, KT. 14.04.2006, Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/1043, K. 2006/2191, KT. 29.03.2006. Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/2480, K. 2005/2874, KT. 08.06.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 280-283; D10D, E. 2003/3387, K. 2005/2879, KT. 08.06.2005. Karar yayımlanmamıştır. Aksi yönde bkz. D10D, E. 2003/259, K. 2003/1768, KT. 15.05.2003, DKD, 2004, sy. 3, s. 291-293; D10D, E. 2003/446, K. 2003/1886, KT. 27.05.2003. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>9</sup> Bu aşamalar için bkz. **Günday**, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2004, s. 192 vd; **Akyılmaz**, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 314 vd.

Devlet İhale Kanunu'nun 83. maddesinde, genel olarak "ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında" ihalelerde yasak fiil ve davranışlar üç bent halinde sayılmıştır. Ancak bu yasak fiil ve davranışlar incelendiğinde özellikle (c) bendinde yer alan yasak fiiller açısından birinci virgülden sonra gelen kısmın, sözleşmenin uygulanması aşamasında ortaya çıkacağı görülecektir. Dolayısıyla bu kısım makalede "sözleşme aşamasından sonraki fiiller" başlığı altında ele alınacaktır.

a) Hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.

b) Açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak.

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak.

İhale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki bu yasak fiil ve davranışları daha yakından incelediğimizde şu değerlendirmeler yapılabilir:

a) İhalelerde hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek<sup>10</sup> yasak fiil ve davranıştır. Kısacası, ihale işlemlerinde, Ceza Kanununa göre de suç sayılan "ihaleye fesat karıştırmak" yasaktır. Bu bentte geçen "başka yollarla" şeklindeki düzenlemeden hareketle, ihaleye fesat karıştırmak örneklerinin burada sayılanlarla sınırlı olmadığı söylenebilir. Danıştay'a göre, verilen teklif mektuplarının aynı kişiler tarafından yazıldığı şüphesi üzerine yaptırılan kriminal inceleme sonunda bu durumun sabit görülmesi halinde bu bende dayanılarak ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilir<sup>11</sup>. Buna karşılık Danıştay, yeterlik belgesi alamama nedenlerini öğrenmek amacıyla dilekçe hakkının kullanılması niteliğinde idareye yapılan başvuruyu "nüfuz kullanma" olarak değerlendirmemiş, dilekçede suç unsuru oluşturan ifadelerin bulunması halinde durumun adli makamlara intikal

<sup>10</sup> Teşebbüs konusunda ayrıntılı olarak bkz. **Özgenç**, s. 388 vd.

<sup>11</sup> D10D, E. 2003/2480, K. 2005/2874, KT. 08.06.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 280-283. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2003/3387, K. 2005/2879, KT. 08.06.2005. Karar yayımlanmamıştır; D10D, E. 2003/1281, K. 2006/2421, KT. 14.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

ettirilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>12</sup>. Yine Danıştay, ihalede yüksek indirim oranı teklif etmeyi “ihaleye fesat karıştırma” olarak nitelendirmemiştir<sup>13</sup>.

b) İhalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak yasak fiil ve davranıştır. Bentte, bu fiiller açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihaleler açısından ele alınmış olmakla birlikte, burada sayılan yasak fiiller, açık teklif ve pazarlık usulü dışında yapılan diğer ihaleler için de geçerli sayılmalıdır. Bu bendin uygulanması ile ilgili olarak örnek bir Danıştay kararı şu şekildedir<sup>14</sup>: “Dava dosyasının incelenmesinden, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyacı olan malzemenin yurt dışı limanlardan Türk Limanlarına nakliyesini sağlamak amacıyla 2886 sayılı Yasanın 51/c maddesi uyarınca 26.9.2001 tarihinde yapılan taşıma hizmeti ihalesi sırasında ihale tekliflerinin değerlendirildiği bir ortamda ihaleye katılan firmalardan bazılarının tekliflerinde eksiklikler bulunması nedeniyle bu eksikliklerinin giderilme yöntemiyle ilgili görüşmeler yapılırken davacı şirket temsilcisinin ihaleye katılan bütün tarafların bulunduğu bir ortamda bir firma temsilcisine ‘eksik evrakların tamamlanması için zaman kaybetmeyelim, biz üçümüz de İstanbul’dan geldik, bu küçük bir ihale ve tutarı az, buraya gelmiş olmakla işi öğrenmiş oldun, en iyisi sen bu ihaleden çekil git, biz işimize bakalım’ şeklinde sözler sarfettiği, bu durumun ihale komisyonunun 26.9.2001 tarihli tutanağı ile saptanması üzerine 2886 sayılı Yasanın 83/b maddesi kapsamına giren bu fiili nedeniyle anılan Yasanın 84/1. maddesi uyarınca davacı şirketin on ay süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasına ilişkin dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır. / Dava konusu olayda, ihale tekliflerinin değerlendirildiği ve ihaleye katılan tarafların hepsinin bulunduğu bir ortamda davacı şirketin temsilcisinin ihaleye katılan firmalardan birinin temsilcisine sarfettiği sözler 2886 sayılı Yasanın 83/b maddesinde belirtilen ‘isteklileri tereddüte düşürecek veya rağbeti kırarak’ nitelikte sözler olup anılan Yasanın 84/1. maddesi uyarınca davacı şirketin belirtilen bu fiiller nedeniyle on ay süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”.

c) İhale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek yasak fiil ve davranıştır. Sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek bizzat ihaleye katılanlar için söz konusu olabilir Danıştay’a göre, sahte yer görme belgesiyle ihaleye

---

<sup>12</sup> D10D, E. 2001/5061, K. 2003/1662, KT. 13.05.2003. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>13</sup> D10D, E. 86/2025, K. 86/1417, KT. 18.06.1986. Danıştay Bilgi Bankası.

<sup>14</sup> D10D, E. 2002/4430, K. 2005/491, KT. 15.02.2005. Karar yayımlanmamıştır.

katılmak<sup>15</sup>, sahte geçici teminat belgesiyle ihaleye katılmak<sup>16</sup>, ihalede sunulan belgede tahrifat yapmak<sup>17</sup> ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir.

## 2. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Sonraki Fiiller

İta amirince onaylanan ihale kararı kesinleşir ve sözleşme aşamasına gelinir (DİK m. 31 ve 53). Bu aşamada en uygun bedeli teklif eden kişi için sözleşme yapma/ımsalama zorunluluğu doğar (DİK m. 57)<sup>18</sup>. Bu itibarla, üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan veya sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhitler veya müşteriler hakkında, ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir (DİK m. 84/3). Bu haller yanında sözleşmenin uygulanması aşamasında taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmeyen, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapan veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanan istekliler hakkında da ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir (DİK m. 83/c). O halde ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki yasaklama hallerini şu şekilde sıralayabiliriz:

- a) Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre *sözleşme yapmamak*.
- b) Sözleşme yapıldıktan sonra *taahhüdünden vazgeçmek*.
- c) *Mücbir sebepler*<sup>19</sup> dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek.
- d) Taahhüdünü *kötü niyetle* yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken *idareye zarar verecek işler yapmak* veya işin yapılması veya teslimi sırasında *hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak*.

Sözleşme aşamasından sonra ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektiren fiil ve davranışlara daha yakından bakmakta fayda bulunmaktadır. Buna göre;

- a) Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmamak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Bu halde mücbir sebep dahi ileri

<sup>15</sup> D10D, E. 2004/526, K. 2006/1474, KT. 21.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>16</sup> D6D, E. 96/3618, K. 97/3048, KT. 17.06.1997, DD, 1998, sy. 95, s. 345-347.

<sup>17</sup> D10D, E. 2001/4734, K. 2003/1607, KT. 07.05.2003. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>18</sup> Sözleşme yapma yükümlülüğüne uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale bozulur ve ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir olarak da kaydedilir (DİK m. 57/3).

<sup>19</sup> Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Yayla**, Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, s. 45-59.



sürülemez. Danıştay, Eskişehir Devlet Hastanesi temizlik ihalesini kazanan şirketin, ihaleye katılırken asgari işçi ücretlerinde % 10 oranında artış olacağını hesaplayarak teklif verdiği, ancak artışın % 69'u geçmesi nedeniyle yüksek oranda artış olduğu gerekçesiyle mücbir sebep ileri sürerek sözleşmeyi imzalamaktan kaçınamayacağına karar vermiştir<sup>20</sup>.

b) Sözleşme yapıldıktan sonra taahhütten vazgeçmek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Bu halde de mücbir sebep ileri sürülemez.

c) Mücbir sebepler dışında, taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Mücbir sebep sadece bu halde ileri sürülebilir. Ancak burada, ilgilinin *iyi niyetle* taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi/Ceza Kanununa göre suç oluşturan eylem ve davranışının bulunmaması gerekir. Danıştay'a göre, şirketin yapılan sözleşme uyarınca taahhüt ettiği malzemenin bir kısmını eksik teslim edip bir kısmını ise hiç teslim etmemesi<sup>21</sup>, idareye teslim edilen dört tıbbi cihaz üzerinde iki ayrı komisyon tarafından yapılan inceleme sonucunda cihazların teknik şartnameye uymaması<sup>22</sup>, Ankara Üniversitesi İbn-i Sina Hastanesi asansörlerinin 1996 yılı 7 aylık bakım ve onarım işini üzerine alan şirketin bunu yapmaması<sup>23</sup> "taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmeme" anlamına gelir.

d) Taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Burada önemli olan, *kötü niyetle* idareyi zarara uğratacak işlerin yapılmış olmasıdır. İdarenin zarara uğramış olması gerekmez<sup>24</sup>. Burada idare, ilgilinin taahhüdünü kötü niyetle yerine

<sup>20</sup> D10D, E. 88/607, K. 91/871, KT. 11.03.1991, DD, 1992, sy. 82-83, s. 964-965.

<sup>21</sup> D10D, E. 2003/34, K. 2006/1937, KT. 15.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>22</sup> D10D, E. 2004/2113, K. 2005/3507, KT. 20.06.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>23</sup> D6D, E. 99/425, K. 2000/3195, KT. 22.05.2000, DD, 2003, sy. 105, s. 309-310.

<sup>24</sup> Aksi yönde bkz. "... davacı şirket tarafından düzenlenen 16 nolu hak ediş belgesinde fazla ödemede bulunulmasına teşebbüs edilmekle birlikte, yapılan inceleme sonucuna göre *herhangi bir devlet zararının bulunmadığı anlaşıldığından*, bu eylemin sadece ihaleyi yapan idarenin ihalelerine katılmaktan yasaklama gerektirmesi karşısında davacı şirketin bütün kamu ihalelerine girmekten yasaklanması yönünde tesis edilen işlemde mevzuata uyarlık bulunma(maktadır)". D10D, E. 2003/1029, K. 2006/2065, KT. 24.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

getirmediğini, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yaptığını, veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullandığını somut bilgi ve belgelerle ortaya koymalıdır<sup>25</sup>. Kısacası, ilgilinin kötü niyetli olduğunu ispat yükü idareye aittir. Danıştay, hafriyat malzemesinin sözleşme ile belirlenen yer dışına dökülmesine rağmen hak edişlerin sözleşmede belirlenen yere göre alınması<sup>26</sup>, imalatların yapılandan fazla gösterilip gerçeğe aykırı metraj ve hak ediş düzenlenmesi<sup>27</sup>, alüminyum doğrama imalatında profillerin boşluklarına kurşun yerleştirilmesi ve kurşunla yapılmış köşe bağlantı elemanının kullanılması<sup>28</sup>, spor salonunun çatısı tamamlanmadığı halde hak edişlerde imalatların tamamlanmış gösterilmesi, inşaatta kullanılan malzemenin bir kısmının TSE işaretlemesiz olması, sözkonusu malzemenin standartta belirlenen limitleri ve özellikleri taşımaması, inşaatın bazı kısımlarında gereğinden fazla kazı yapılırken bazı kısımlarında ise atışmada belirtilenden az yapılması, bazı kazı bedellerinin makinalı kazı bedeli yerine daha pahalı olan elle kazı bedeli üzerinden ödenmesi<sup>29</sup> nedenleriyle haksız menfaat sağlandığına ve dolayısıyla idareyi zarara uğratan ilgililerin, “taahhüdünü yerine getirirken kötü niyetle idareye zarar verecek işleri yaptığı”na karar vermiştir. Yine Danıştay’a göre, idareyi zarara uğratacak nitelikte işler yapılması üzerine haksız menfaat sağlayan ancak son hak ediş karşılığı ödenirken fazla ödenen değerler dikkate alınarak mahsuplaşma yapılması ihalelere katılmaktan yasaklama kararı alınmasını engellemez<sup>30</sup>.

#### **B. YASAKLAMA MAKAMI, SÜRESİ VE USULÜ**

İhaleden yasaklama makamı idare ve/veya ceza mahkemesidir. Yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması, aynı fiil ve davranış nedeniyle istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine engel teşkil etmez. Ancak işlendiği ileri sürülen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında verilmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa bu kararın yasaklama makamı tarafından dikkate alınıp alınmayacağı üzerinde durulmalıdır. Kanaatimizce idareler, ihalelere

<sup>25</sup> Nitekim bkz. D10D, E. 2002/844, K. 2005/3499, KT. 17.06.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>26</sup> D10D, E. 2002/312, K. 2005/3502, KT. 17.06.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>27</sup> D10D, E. 2003/1177, K. 2006/2639, KT. 24.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>28</sup> D10D, E. 2002/460, K. 2005/2869, KT. 08.06.2005, DD, 2006, sy. 111, s. 278-280.

<sup>29</sup> D10D, E. 2003/2749, K. 2005/8070, KT. 24.12.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>30</sup> D10D, E. 2003/3941, K. 2004/5898, KT. 30.06.2004, DKD, 2005, sy. 6, s. 263-265.

katılmaktan yasaklama kararı verirken varsa ceza mahkemesi kararını da göz önünde bulundurmalı<sup>31</sup>, ancak bununla kendini mutlak anlamda bağlı hissetmemelidir<sup>32</sup>. Burada asıl önemli olan ceza mahkemesi kararının gerekçesidir. Örneğin, sahte teminat mektubu verdiği için hakkında evrakta sahtecilik nedeniyle açılan davada ilgilinin delil yetersizliğinden beraat etmiş olması, ihalelere katılmaktan yasaklanmasına engel teşkil etmemelidir. Nitekim Danıştay'a göre, "İhaleye şirket katıldığına ve şirketin bu ihalede idareye verdiği teminat mektubunun sahte olduğu sabit bulunduğuna göre davacının şahsen asliye ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat etmiş olmasının şirket hakkında verilmiş bulunan bir yıl ihalelere katılma yasağını etkilemeyeceği, idarenin anılan işlemin tesisinde sahte belgenin kimin tarafından verildiği konusunu araştırmakla yükümlü tutulamayacağı kuşkusuzdur"<sup>33</sup>.

### 1. İdare

Devlet İhale Kanunu'nun 83. maddesinde ve 84. maddesinin 3. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makam, *ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlıktır*<sup>34</sup> (DİK m. 84/1 ve 3). İhaleyi yapan idareler, ihalelere

---

<sup>31</sup> Nitekim bu konuya ilişkin olarak bkz. D10D, E. 2003/398, K. 2006/1978, KT. 20.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>32</sup> Bu durum, ceza mahkemesi kararının disiplin soruşturması üzerindeki etkisine benzetilmektedir. Bu konuda verilmiş Danıştay istişari mütalaasının burada işletilmesi düşünülebilir. İstişari mütalaa şu şekildedir: "Kanunkoyucu bu hükümle, ceza kovuşturması ve ceza mahkemesi kararının hiçbir şekilde disiplin kovuşturması ve disiplin cezası uygulamasını etkilemeyeceğini açık olarak öngörmüştür ... Gerçekten ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçları bakımından temel nitelik farkları mevcuttur. İşte bu sebeptir ki kanunkoyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini önleyici nitelikteki bir düzenlemeye yer vermektedir. Her ne kadar ceza hakiminin fiilin meydana gelmediğine veya maddi olaylara dayanarak fiil ile memur arasında bir ilişki bulunmadığına karar vermesine rağmen memur hakkında disiplin cezası uygulanması, kesin hüküm (muhkem kazıye) ilkesi ile bağdaştırılmaz ise de, disiplin cezası verecek amir ve kurulların bu hususu göz önünde tutması ve disiplin cezasının yargı denetimi sırasında kesin hüküm (muhkem kazıye) ilkesinin idari yargı yerince değerlendirilmesi doğaldır". D3D, E. 79/187, K. 79/253, KT. 30.3.1979, DD, 1980, sy. 36-37, s. 108-111.

<sup>33</sup> D6D, E. 96/3618, K. 97/3048, KT. 17.06.1997, DD, 1998, sy. 95, s. 345-347.

<sup>34</sup> Danıştay'ın bir istişari mütalaasına göre, il özel idareleri ve belediyelerin ilgili bulunan Bakan veya Bakanlığın onayını gerektiren iş ve işlemleri için 2886

katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumla karşılaştıkları takdirde, *gereğinin yapılması için* bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler (DİK m. 84/4). Burada ilgili bakanlık yasaklama kararının onay merciidir. Onay işlemi kesin ve yürütülebilir işlemdir. Yasaklama kararı nedeniyle açılacak davaların hasım mevkiinde de ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık bulunur. Bu nedenlerle ilgili bakanlığın, ihaleyi yapan idarenin teklifi (hazırlık işlemi) üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yasaklama makamı, Devlet İhale Kanunu'nun 83. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara, fiil ve davranışlarının özelliğine göre, haklarında *bir* yıla kadar *bütün* ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verir (DİK m. 84/1). Bu fiil ve davranışlar ihale aşamasında ortaya çıkmışsa doğal olarak bu kişiler yapılmakta olan ihaleye de o idarece iştirak ettirilmezler (DİK m. 84/1). Bu şekilde ihalelere katılmaktan yasaklananlar,

sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uyarınca İçişleri Bakanlığı onay merciidir: "... sözü geçen Kanunda, genel bütçeye dahil daire ve katma bütçeli idareler ile özel idare ve belediyeler arasında gerek Kanuna tabi işler gerekse onayı gerektiren iş ve işlemler bakımından herhangi bir ayırım ve aykırı durum öngörülmemiş, ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verme yetkisi de ilgili idarelerin bildirim üzerine yalnızca ilgili bakanlığa tanınmıştır. / Bu durumda il özel idareleri ve belediyelerin de, onayı gerektiren iş ve işlemleri için "ilgili bakan ya da bağlı bulunulan bakan ve bakanlığın" onayı gerekmekte ve bu idarelerce ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde de, ilgililer hakkında ihaleye katılmaktan yasaklama kararının ilgili bakanlıkça verilmesi zorunlu bulunmaktadır. / Tersine anlayış, Kanunun kimi hükümlerinin özel idareler ve belediyeler bakımından uygulanmaması sonucunu doğurur ki, böyle bir durum kanunun sözüne olduğu kadar, yasa koyucunun amacına da aykırılık oluşturur. / Anayasa ve ilgili kanunlarla verilen vesayet yetkisini yerel yönetim idareleri üzerinde kullanan İçişleri Bakanlığını bu idarelerin ilgili bakanlığı olarak kabul etmek zorunludur. / Öte yandan ilgili ve bağlı kuruluş kavramlarının tanımlandığı ve bu kuruluşların örgütlenme biçiminin düzenlendiği 3046 sayılı yasa, bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarını düzenleyici içerikte bir yasa olduğundan ve idari örgütlenmede standartlaşmayı amaçladığından bu yasada yer alan tanımlardan hareketle 2886 sayılı Devlet İhale Kanununda belirtilen 'ilgili' ve 'bağlı' bakanlık kavramlarının açıklığa kavuşturulması mümkün değildir. / Açıklanan nedenlerle il özel idareleri ve belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun kimi maddelerinde yer alan ve onayı gerektiren iş ve işlemleri için, İçişleri Bakanlığının 'ilgili' ya da bağlı bulunan bakan veya 'bakanlık' sayılması gerek(ir)". DİK, E. 95/68, K. 95/120, KT. 01.06.1995. Karar yayımlanmamıştır.

yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar (DİK m. 84/1)<sup>35</sup>. Buna karşılık yasaklama makamı, 84. maddenin 3. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara ise haklarında *bir* yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verir (DİK m. 84/3). Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır (DİK m. 84/2)<sup>36</sup>.

Görüldüğü üzere 83. madde uyarınca verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı genel niteliktedir. Yani sadece yasaklama kararı veren bakanlığın bu kanun kapsamında yaptığı ihaleleri değil, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Yasaklama kapsamının bu kadar geniş tutulmasının sebebi ise maddede sayılan fiil ve davranışların ağır olmasıdır. Buna karşılık 84. maddenin 3. fıkrası uyarınca verilen yasaklama kararının kapsamı madde metninden tam olarak çıkartılamamakla birlikte, bu kararı veren bakanlığın bu kanun ve diğer kanunlar uyarınca yaptığı ihaleleri kapsayacağı söylenebilir<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Yasaklı müteahhitlerin izlenmesi ile ilgili olarak 2002/1 sayılı Devlet İhaleleri Genelgesinde şu hususlar yer almaktadır: "... ita amirleri ihaleyi onaylayacakları sırada da ihale üzerinde kalan müteahhit hakkında yasaklama kararı olup olmadığını titizlikle araştırarak, bulunmadığı takdirde ihaleyi onaylayacaklardır. / Sözleşme tasarısının vizesi sırasında da ita amirlerinin komisyon kararlarını onayladıkları tarihten önceki bir tarihte Resmi Gazete’de ilan edilmiş bir yasaklama kararının bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Müteahhit hakkındaki yasaklama kararı ita amirinin onay tarihinden önce Resmi Gazete’de yayımlanmış ise, bu işe ait sözleşme tasarısı kesinlikle vize edilmeyecektir". RG. 07.03.2002, sy. 24688.

<sup>36</sup> Ortak girişimle yapılan ihalede, ortak girişimde yer alan şirketlerden birinin ihalelere katılma yasağı bulunduğu gerekçesiyle ihalenin feshi hukuka uygundur. "Dava dosyasında yer alan belgelerden AFC Fransız firmasıyla oluşturulan ortak girişimde yer alan davacı firmanın, teklif ve ihale tarihinde Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca verilmiş ihalelere geçici katılma yasağı bulunduğu anlaşılmaktadır. İhale yasağı olan davacı şirkete, dolaylı yoldan, ortak girişime katılmak suretiyle ihaleye girme sonucunu doğurması nedeniyle mevzuata aykırı bulunan ihale işleminin geri alınmasına ilişkin dava konusu işlem hukuka uygun(dur)". D10D, E. 90/3463, K. 92/3360, KT. 30.09.1992, DD, 1993, sy. 87, s. 523-525.

<sup>37</sup> Danıştay’a göre, 84. maddenin 3. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin *bütün* ihalelere katılmaktan yasaklanması esaslı bir şekil

Gerek 83. madde ve gerekse 84. maddenin 3. fıkrası uyarınca verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı *azami* 1 yıl olarak verilebilecektir. Çünkü her iki maddede de “bir yıla kadar” ibaresi bulunmaktadır. Dolayısıyla yasaklama makamı, yasaklama kararının süresini, fiil ve davranışın özelliğine göre ve nihayet 1 yılı aşmayacak şekilde belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Yasaklama kararı Resmi Gazete’de yayımlanır ve ilgililerin müteahhitlik sicillerine de işlenir (DİK m. 84/1 ve 3). Bununla birlikte Devlet İhale Kanunu’nda yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edilip ilgili bakanlığa bildirilmesinden itibaren yetkili makamca ne kadar süre içerisinde yasaklama kararının verileceği düzenlenmemiştir. Ayrıca, ilgili kişi/kişiler hakkında örtüşen dönemde birden fazla yasaklama kararı var ise yasaklamaların Resmi Gazete’de yayımı için her bir yasağın süresinin dolması beklenmemelidir<sup>38</sup>.

## 2. Mahkeme

Devlet İhale Kanunu’nun 83. maddesinin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları işleyenler hakkında “ceza mahkemesi” de yasaklama kararı verebilmektedir. Bu doğrultuda Kanunun “ceza sorumluluğu ve sonuçları” başlıklı 85. maddesinin 1. fıkrasında özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, 83. maddenin (c) bendinde yazılı fiil ve davranışları bu durumları iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra anlaşılmış olsa dahi tespit edilenler ile, o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılır<sup>39</sup> ve hükümlenilecek ceza<sup>40</sup> ile birlikte bu kişilerin *bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere girmeleri* mahkeme kararı ile yasaklanır. Görüldüğü üzere ceza mahkemesinin vereceği yasaklama kararı *genel* nitelikte olup, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır.

---

hatası oluşturur. D10D, E. 2005/3246, K. 2006/2858, KT. 11.05.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>38</sup> D10D, E. 2003/260, K. 2006/1604, KT. 24.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>39</sup> Yargıtay’a göre, şartnamede istenilen yeterli düzeyde makine parkına sahip olmadıkları halde, olduğundan bahisle demirbaş defteri düzenleyip ihale komisyonuna vermek ve bu hale göre komisyon tarafından kabul edilip ihaleye sokulmaları şeklinde gelişen sanıkların eylemi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 343. ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 83/c ve 85/1. maddelerinde gösterilen suçları oluşturur. Y6CD, E. 95/3466, K. 95/3449, KT. 30.03.1995, YKD, c. 21, Ağustos 1995, sy. 8, s. 1317-1318.

<sup>40</sup> Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Özgenç**, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 227-270.

İhalelere katılmaktan yasaklamanın süresini de ceza mahkemesi takdir edecektir. Ancak bu süre 1 yıldan az 3 yıldan çok olamayacaktır.

Ceza mahkemesinin bir yıldan üç yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebilmesi, isteklinin, “taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak” nedeni ile sınırlıdır. Burada bu nedene dayalı olarak ceza mahkemesinin verdiği yasaklama kararı yanında idarenin de yasaklama kararı verip veremeyeceğinin üzerinde durmak gerekmektedir. Kanaatimizce idarenin ceza mahkemesinin yasaklama kararı yanında, Kamu İhale Kanunu’nda olduğu gibi, ayrıca yasaklama kararı vermesine herhangi bir engel bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle idareler, ceza kovuşturmasına tabi tutulacak nitelikte veya kötü niyete dayalı olarak idareyi yanıltan, zarara uğratan bir davranış belirlerse, ceza mahkemesince verilen yasaklama kararından bağımsız olarak, DİK m. 84/1 uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebilmelidir<sup>41</sup>. Danıştay ise bazı kararlarında, Devlet İhale Kanunu’nun 85. maddesinde özel bir düzenleme öngörüldüğünü ve asıl ceza ile birlikte ihalelere katılmaktan yasaklama kararının ancak ilgili ceza mahkemesince verilebileceğini belirtmektedir<sup>42</sup>.

Devlet İhale Kanunu’nda ihalelere katılmaktan süresiz yasaklanma sonucunu doğuran bir hüküm de bulunmaktadır. Buna göre, (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının Üçüncü Babının Üçüncü Faslında yer alan rüşvet verme (213) suçu<sup>43</sup> ile 339<sup>44</sup>, 340<sup>45</sup> ve 342<sup>46</sup> maddelerine göre, bu Kanun kapsamındaki suçlar nedeniyle haklarında *tekerrür* hükümleri uygulananlar, *mesleklerini icradan men olunurlar* ve herhangi bir ad altında müteahhitlik yapamazlar (DİK m. 85/4). Bu mahkumiyete ilişkin kararlar, ilgililerin meslek ve müteahhitlik sicillerine işlenir (DİK m. 85/5). Şüphesiz bu

---

<sup>41</sup> Nitekim bkz. D10D, E. 2002/1860, K. 2005/7047, KT. 18.11.2005, DD, 2006, sy. 112, s. 286-288.

<sup>42</sup> D6D, E. 97/3839, K. 98/3615, KT. 25.06.1998. Karar yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2002/3970, K. 2003/72, KT. 15.01.2003. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>43</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 252. (rüşvet) maddedir.

<sup>44</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 204 (resmi belgede sahtecilik) ve 205. (resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek) maddedir.

<sup>45</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 204. (resmi belgede sahtecilik) maddedir.

<sup>46</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu suçun karşılığı 204. (resmi belgede sahtecilik) maddedir.

karar, “belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma” şeklinde bir güvenlik tedbiridir (TCK m. 50/1-e).

Devlet İhale Kanunu kapsamına giren işlerden dolayı haklarında (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu’nun 342. maddesi ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen müteahhitlere, yargılama sonuna kadar, hiçbir suretle yeni iş verilmez (DİK m. 85/2). Ayrıca bu Kanun kapsamına giren işlerden dolayı haklarında (765 sayılı) Türk Ceza Kanunu’nun 339 ve 340. maddeleri ile son soruşturmanın açılmasına karar verilen kontrol teşkilatı mensupları, yargılama sonuna kadar görevden uzaklaştırılır (DİK m. 85/3).

## II. 4734 SAYILI KAMU İHALE KANUNUNA GÖRE

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu<sup>47</sup>, kapsamında sayılan idarelerin mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri hakkında uygulanan bir kanundur. Kanunda ihale “bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemleri” kapsar şeklinde tanımlanmıştır (KİK m. 4). İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve usulü ise Kanunun 17, 58 ve 59. maddelerinde düzenlenmiştir.

İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı, Kamu İhale Kanunu’nda sayılan ihale usullerinde uygulanır. Kanunun 18. maddesinde ise ihale usulleri, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü şeklinde sayılmıştır. Diğer taraftan Kanunda yer alan “doğrudan temin” ve “tasarım yarışmaları” bir ihale usulü sayılmamakta, bunlar ihale dışı temin usulleri olarak görülmektedir. İşte, bu işler açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilip verilmeyeceği sorun teşkil etmektedir. Kamu İhale Genel Tebliğinde<sup>48</sup>, 2003 yılında doğrudan teminin ihale usulü olmaktan çıkarılması nedeniyle, bu yolla yapılan alımlarda Kamu İhale Kanunu’nun 10, 11 ve 40. maddelerinin uygulanması zorunlu olmadığından, Kamu İhale Kanunu’nun 58. ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 26. maddesi uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Kanaatimizce bu yorum isabetli değildir. İhalelere katılmaktan yasaklanmanın asıl sebebi, yasak fiil ve davranışlarda bulunan isteklinin, idarenin kendisine duyduğu güveni sarsması olduğundan, duyulan bu güvenin ihale usullerinde veya ihale dışı usullerde sarsılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, “doğrudan temin” ve “tasarım yarışmaları” açısından ihalelere katılmaktan yasaklanma tedbirinin uygulanmayacağına ilişkin olarak Kanunda bir hüküm de bulunmamaktadır. Ayrıca daha önce görüldüğü üzere Danıştay, Devlet İhale Kanunu’nda bir ihale

<sup>47</sup> RG. 22.01.2002, sy. 24648.

<sup>48</sup> Kamu İhale Genel Tebliği XV/B. RG. 25.07.2005, sy. 25886.



usulü olarak öngörülmeven emanet usulüyle yaptırılan işler için de ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebileceğine karar vermiştir.

#### A. YASAKLAMA NEDENLERİ

Kamu İhale Kanunu'nda da yasaklama nedenlerini, ihale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki fiiller ile ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki fiiller şeklinde iki aşamada inceleyebiliriz<sup>49</sup>. Ancak Kamu İhale Kanunu'nda ihale kararının kesinleşmesi aşamasından sonraki fiillerden sadece "üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebep halleri dışında usulüne göre sözleşme yapmamak" fiili düzenlendiğinden, bu aşamadaki diğer yasak fiiller Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda düzenlendiğinden bu başlık altında sadece bu sebep incelenecektir.

##### 1. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Önceki Fiiller

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde, genel olarak ihalelerde yasak fiil ve davranışlar beş bent halinde sayılmıştır. İhale kararı ihale yetkilisince onaylanmadan önce (yani ihale kararı kesinleşmeden önce) idareler, ihale üzerinde kalan isteklinin yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır (KİK m. 40/8). İhale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki yasak fiil ve davranışlar şunlardır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla *ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak* veya buna teşebbüs etmek.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya *ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak*.

c) *Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek*, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten *birden fazla teklif vermek*.

e) 11. maddeye göre ihaleye katılmayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Doktrinde *Taşdelen*, yasaklama nedenlerinin sayma yöntemi yerine daha kapsayıcı bir şekilde "ihalenin ve ihale üzerine yapılan sözleşmenin bozulmasına neden olan her türlü davranış" biçiminde düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır. **Taşdelen**, s. 316.

<sup>50</sup> "... davacı şirketin küçük ortağı olan bir gerçek kişi hakkında, 3713 sayılı Kanun uyarınca verilen mahkumiyet kararı üzerine, davacı şirket hakkında da

İhale kararının kesinleşmesi aşamasından önceki bu yasak fiil ve davranışları daha yakından incelediğimizde şu değerlendirmeler yapılabilir:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Dikkat edileceği üzere bu fiiller, Devlet İhale Kanunu'nun 83/a bendine çok yakın bir düzenlemedir. Danıştay, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında, ihalenin üzerinde kalması halinde ek ürün *vaadinde* bulunan kişinin, Kamu İhale Kanunu'nun 17/a ve b bentlerini ihlal etmesi nedeniyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasını hukuka uygun bulmuştur<sup>51</sup>.

b) İsteklileri tereddüde düşürmek, katılımı engellemek, isteklilere anlaşma teklifinde bulunmak veya teşvik etmek, rekabeti veya ihale kararını etkileyecek davranışlarda bulunmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Rekabetin oluşmasını önleyen bu fiiller de, Devlet İhale Kanunu'nun 83/b bendine çok yakın bir düzenlemedir. Danıştay, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra taahhütten vazgeçme fiili üzerine, ihale komisyonunun yeniden toplanmak zorunda kaldığı ve dolayısıyla ihale kararının etkilendiği gerekçesine dayalı kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamayı 17/b kapsamında değerlendirmemiştir<sup>52</sup>.

c) Sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Bu fiiller de, Devlet İhale Kanunu'nun 83/c bendine benzemektedir. Bu kapsamda ihaleye katılan firmaya ait ihale dosyasında bulunan sahte bir belge ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirecektir<sup>53</sup>. Ancak ihale dosyasında ihaleye katılmayan firmaya ait sahte bir belgenin bulunması katılmayan firmanın ihaleden yasaklanması sonucunu doğurmaz. Çünkü sahte belge veya sahte teminat düzenlemek, kullanmak veya bunlara teşebbüs etmek bizzat ihaleye katılanlar için söz konusu olabilir<sup>54</sup>.

---

4734 sayılı Kanununun 58. maddesinin uygulanarak işlem tesis edilmesinde hukuka uygunluk görülmemiştir". D13D, E. 2005/9479, K. 2005/6213, KT. 27.12.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>51</sup> D13D, E. 2005/7984, K. 2006/857, KT. 06.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>52</sup> D13D, E. 2005/9728, K. 2006/1020, KT. 20.02.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>53</sup> Nitekim bkz. D13D, E. 2005/6379, K. 2005/5525, KT. 15.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>54</sup> Nitekim bkz. D13D, E. 2006/827, K. 2006/2190, KT. 22.05.2006. Karar yayımlanmamıştır.

d) Alternatif teklif verebilme halleri dışında, ihalelerde bir istekli tarafından kendisi veya başkaları adına doğrudan veya dolaylı olarak, asaleten ya da vekaleten birden fazla teklif vermek ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Burada isteklinin kastının bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Aynı isteklinin iki veya daha fazla teklif dosyasını ihale makamına sunması ya da bir teklif dosyası içinde iki veya daha fazla teklif mektubu sunması bu kapsamdadır. Danıştay, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün ihtiyacını karşılamak amacıyla gerçekleştirilen ihaleye katılan ilgili şirket ile katılan bir diğer şirketin hissedar yapıları ve temsile yetkili kişileri aynı olmakla birlikte, ihale konusu 89 kalem malzemenin tamamen farklı kalemlerine kısmi teklif vermeleri ve gerekse her iki şirketin faaliyet alanlarının farklı olması karşısında verdikleri tekliflerin bu fıkrada sayılan yasak fiil ve davranışlar kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir<sup>55</sup>.

e) Kanunun 11. maddesine göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirir. Buna karşılık Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesine<sup>56</sup> göre ihaleye katılamayacağı belirtildiği halde ihaleye katılmak, ihalelere katılmaktan yasaklanmayı gerektirmemektedir.

## 2. İhale Kararının Kesinleşmesi Aşamasından Sonraki Fiiller

İhale yetkilisince onaylanan ihale kararı kesinleşir ve sözleşme aşamasına gelinir (KİK m. 40). Bu aşamada ekonomik açıdan en avantajlı teklifi

---

<sup>55</sup> D13D, E. 2005/9064, K. 2005/5457, KT. 11.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>56</sup> 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesi uygulamasında Danıştay, belediyenin açmış olduğu ihaleye belediye başkanının kardeşinin katılmayacağına karar vermiştir. D10D, E. 90/927, K. 92/2056, KT. 15.05.1992, DD, 1993, sy. 86, s. 552. Yine Danıştay, belediyelerin kurdukları ve yönetiminden belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketlerin, belediyeler tarafından açılan ihalelere katılamayacaklarına karar vermiştir. D10D, E. 2001/4312, K. 2003/5197, KT. 16.12.2003, DKD, 2004, sy. 5, s. 266-270. Aksi yöndeki Sayıştay kararı için bkz. "...belediyelere ait şirketlerin ihalelere katılmalarını engelleyen bir hükme yer verilmediği gibi, kendi nam ve hesaplarına, kamu ihalelerine katılamayacakları hususunda bir tereddüt bulunmayan belediye görevlilerinin, belediyelerin, şirketlerdeki hisselerini temsilen şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında bulunmayacaklarına dair bir hükme de yer verilmemektedir". S3D, K. 149, KT. 19.06.2002. Sayıştay Bilgi Bankası.

veren kişi için sözleşme yapma/ımsalama zorunluluğu doğar (KİK m. 44)<sup>57</sup>. Bu itibarla, üzerine ihale yapıldığı halde mücbir sebepler dışında usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir (KİK m. 58/1). Yasaklama kararı verilmesini engelleyen tek şart ise, süresi içinde sözleşme yapmayı imkansız kılan bir mücbir sebebin varlığıdır. Mücbir sebep her somut olayda idare tarafından takdir edilecektir. Danıştay, üzerine ihale yapıldığı halde süresi içerisinde sözleşme imzalamayan ve sözleşmeyi imzalamama nedeni olarak da istenilen yağın sadece Petrol Ofisi AŞ. tarafından üretilmesini gerekçe gösteren isteklinin savını mücbir sebep olarak kabul etmemiştir<sup>58</sup>.

Üzerine ihale yapıldığı halde, mücbir sebep halleri dışında, usulüne göre sözleşme yapmamak fiili, her ne sebeple olursa olsun sözleşme yapmamak değil, iradi olarak sözleşme yapmaktan imtina etmek şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim Danıştay, ihaleye katıldığı tarihte vergi borcu olması nedeniyle (KİK m. 10/4-d) kendisiyle sözleşme yapılmayan ihale üzerine kalan kişi hakkında KİK'nun 44. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekirken, 58. madde uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine yasal olanak bulunmadığına karar vermiştir<sup>59</sup>.

#### **B. YASAKLAMA MAKAMI, SÜRESİ VE USULÜ**

İhaleden yasaklama makamı idare ve/veya ceza mahkemesidir. Yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması, aynı fiil ve davranış nedeniyle istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine engel teşkil etmez. Ancak işlendiği ileri sürülen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında verilmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa bu kararın yasaklama makamı tarafından dikkate alınıp alınmayacağı üzerinde durulmalıdır. Daha önceki açıklamalarımız ışığında bu kararın mutlak anlamda bağlayıcı olmadığını bir kez daha tekrar etmekte fayda görmekteyiz. Konuyla ilgili bir Danıştay kararına göre, “uyuşmazlık konusu olayda, davacının ceza mahkemesinde yargılandığı suç ihaleye fesat karıştırma olup, sahte faturanın davacı tarafından ibraz edilmediği yolundaki savunmasının aksine mahkumiyetine yeterli kesin ve inandırıcı delil olmadığı, sahte faturanın ihale komisyonunca anlaşılması nedeniyle işgal kabiliyetinin bulunmadığı, söz konusu ihalenin de davacıya verilmemesi karşısında yeterli delil elde edilememesi nedeniyle müsnet suçtan beraatine karar verildiği

<sup>57</sup> Sözleşme yapma yükümlülüğüne uyulmadığı takdirde, protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın ihale üzerinde kalan isteklinin geçici teminatı gelir olarak da kaydedilir (KİK m. 44/2).

<sup>58</sup> D13D, E. 2006/1132, K. 2006/1991, KT. 26.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>59</sup> D13D, E. 2006/1109, K. 2006/1950, KT. 21.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

anlaşılmalıdır. / Ceza mahkemesinde açılan davanın konusunun sahte belge kullanmak suçunu teşkil etmemesi, anılan mahkeme kararının davacının ihaleye fesat karıştırma suçundan beraatine ilişkin olması, davalı idarece 58. madde uyarınca tesis edilen işlemin ise 17. maddede belirlenen sahte belge kullanmak eylemi nedeniyle tesis edilmesi karşısında, idareye sunulan belgeler içerisinde ihalede sahte belge kullanıldığının sabit olması nedeniyle, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır”<sup>60</sup>.

### 1. İdare

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde ve 58. maddesinin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makam, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri<sup>61</sup>, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığıdır (KİK m. 58/1). İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, *gereğinin yapılması için* bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür (KİK m. 58/5). Burada ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık yasaklama kararının onay merciidir. Onay işlemi kesin ve yürütülebilir işlemdir. Yasaklama kararı nedeniyle açılacak davaların hasım mevkiinde de ihaleyi yapan bakanlık, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık bulunur. Bu nedenlerle ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığın, ihaleyi yapan idarenin teklifi (hazırlık işlemi) üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yasaklama makamı, Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara, fiil ve davranışlarının özelliğine göre, *bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar*, “KİK'nun 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dahil” *bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verir (KİK m. 58/1). Buna karşılık yasaklama makamı, 58. maddenin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara ise haklarında *altı aydan az olmamak üzere bir yıla kadar* “KİK'nun 2. ve 3. maddeler ile istisna edilenler dahil” *bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı

---

<sup>60</sup> D13D, E. 2005/9549, K. 2005/5647, KT. 25.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>61</sup> Örneğin, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile özelleştirme kapsam ve programına alınarak Özelleştirme İdaresine devredilen TEDAŞ'a bağlı müesseselerde, örneğin MEDAŞ gibi, ihaleden katılma yasağı doğrudan o müessesenin ihale yetkilisi tarafından verilir. Bkz. D13D, E. 2005/9338, K. 2006/953, KT. 13.02.2006. Karar yayımlanmamıştır. Aynı yönde bkz. D10D, E. 2004/10963, K. 2006/2307, KT. 10.04.2006. Karar yayımlanmamıştır.

verir (KİK m. 58/1)<sup>62</sup>. Nitekim Danıştay ihaleyi kazandığı halde öngörülen sürede (10 gün) sözleşmeyi imzalamayan isteklinin altı ay süreyle bütün ihalelere katılmaktan yasaklanmasını hukuka uygun bulmuştur<sup>63</sup>.

Görüldüğü üzere Kanunun 17. maddesinde ve de 58. maddenin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı *genel* niteliktedir. Yani sadece yasaklama kararı veren bakanlığın bu kanun kapsamında yaptığı ihaleleri değil, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Yine her iki halde de yasaklama kararının KİK'nun 2. ve 3. maddesi ile istisna edilen işleri de kapsar biçimde uygulanması sağlanarak yasaklama kararının kapsamı geniş tutulmuştur. Zaten KİK'nun 3. maddesinin son fıkrasında bu doğrultuda "... (alımları) ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir" hükmü yer almaktadır.

Kanunun 17. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen yasaklama kararı 1 yıl – 2 yıl arasında olabilecektir. Buna karşılık Kanunun 58. maddenin 1. fıkrasında sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen yasaklama kararı 6 ay – 1 yıl arasında olabilecektir. Yasaklama makamı, yasaklama kararının süresini, fiil ve davranışın özelliğine göre ve yine bu süreler içerisinde kalmak kaydıyla belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da aynı yaptırım uygulanır. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir (KİK m. 58/2). Bu gibi durumdakiler, o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak sonraki ihalelere de iştirak ettirilmezler (KİK m. 58/3).

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı kişi veya şirketi takip eder. Nitekim Kamu İhale Genel Tebliğine göre, haklarında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilen şirket ortak veya ortaklarının bu şirketlerden ayrılarak başka şirketlere ortak olması halinde, ortak oldukları şirketler de, ortak hakkında

<sup>62</sup> Yasaklama süresinin, bu zaman dilimleri içerisinde kalmak kaydıyla, gün, hafta, ay veya yıl şeklinde belirlenebilmesi mümkündür. Nitekim bu yönde bkz. **Taşdelen**, s. 311.

<sup>63</sup> D13D, E. 2006/1172, K. 2006/2330, KT. 01.06.2006. Karar yayımlanmamıştır.

verilmiş olan yasaklılık kararı devam ettiği süre içinde ihalelere katılamayacaktır<sup>64</sup>.

Yasaklama kararı, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın *tespit edildiği* tarihi izleyen en geç 45 gün içinde verilir. Bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer (KİK m. 58/4). Görüldüğü gibi yasaklama kararının ivedi olarak yürürlüğe girmesini sağlamak üzere idari bir süre de öngörülmüştür. Burada geçen 45 günlük sürenin başlangıcı, fiil veya davranışın işlendiği tarih değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarihtir. Yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın idarece tespit edildiği tarihten ise bunun gereğinin yapılması için yasaklamaya yetkili makama bildirildiği tarih anlaşılmalıdır. Nitekim Danıştay kararları da bu yöndedir: “İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada ihaleyi yapan idarenin, isteklinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, isteklinin yasaklanmasının hukukten gerekli bulunduğu kanaatine varması, yani idarenin bu yargısının, dışa vurumu da gereklidir. Ancak bu durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışa vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirilmesidir. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir”<sup>65</sup>; “Söz konusu madde ile getirilen kırkbeş günlük süre yasaklama kararı verecek merciin, işi karara bağlamasına yönelik bir süre olup, fiilin işlendiği tarihten belli bir süre geçtikten sonra, karar verilmesini engelleyen bir zamanaşımı süresi niteliğinde bulunmamaktadır. Bu itibarla sürenin başlangıcını saptayabilmek için, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığı kavuşturulması gerekmektedir. / İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, ihaleyi yapan idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yolundaki değerlendirmesine dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada fiilin işlendiği tarih esas alınmadığından, yasaklanan bir fiil veya davranışın tespiti esas olduğundan, bu fiil veya davranışların, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu, ancak, ihaleyi yapan idarenin iradesinin anlaşılması ile mümkündür. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa,

---

<sup>64</sup> Kamu İhale Genel Tebliği XV/H.

<sup>65</sup> D13D, E. 2005/5992, K. 2005/5404, KT. 08.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarihin, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarih olarak alınması düzenlemenin amacına uygun olacaktır. / Aksi bir uygulama, ihaleyi yapan idare ile yasaklama kararı verecek bakanlığın, teşkilatlanma farklılıkları nedeniyle, iletişimde gecikmeler olacağı göz önüne alındığında, bütün yasaklamalarda bu sürenin aşılması sonucunu beraberinde getirecektir”<sup>66</sup>.

Burada son olarak yasaklamanın gereğinin yapılması istemi önüne gelen yetkili makamın 45 günden sonra yasaklama kararı verip veremeyeceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Kamu İhale Genel Tebliğinde, *isabetli olarak*, Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunması ve madde gerekçesi de dikkate alınarak, burada yer alan sürelerin disiplinler niteliği aştığı ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, 45 gün içinde yasaklama kararı verilmediği takdirde yasaklama kararı verilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır<sup>67</sup>. Ayrıca maddede “en geç kırkbeş gün içinde verilir” denmesi de bu yaklaşımı isabetli kılmaktadır. Kısacası, 45 günden sonra ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verildiği takdirde “zaman bakımından yetkisizlik” hali ortaya çıkacaktır.

Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur (KİK m. 58/4).

## 2. Mahkeme

Kamu İhale Kanunu'nun 17. maddesinde yazılı fiil ve davranışları işleyenler hakkında “ceza mahkemesi” de yasaklama kararı verebilmektedir. Bu doğrultuda Kanunun “isteklilerin ceza sorumluluğu” başlıklı 59. maddesinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, taahhüt tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 17. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu kişilere, hükmolunacak cezaya ilaveten, idarece 58. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla *bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılma mahkeme kararıyla* yasaklanır. Bu yaptırım Kamu İhale Kanunu m. 58/2'de sayılanlar için de uygulanır (KİK m. 59/1). Görüldüğü üzere ceza mahkemesinin vereceği yasaklama kararı *yarı genel* niteliktedir. Şöyle ki, yasaklama kararı bütün

<sup>66</sup> D13D, E. 2005/7380, K. 2006/1443, KT. 20.03.2006, DD, 2006, sy. 113, s. 422.

<sup>67</sup> Kamu İhale Genel Tebliği, XV/D. Aynı yöndeki görüş için bkz. **Taşdelen**, s. 313.



idarelerin sadece bu kanun kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklamanın süresini de ceza mahkemesi takdir edecektir. Ancak bu süre 1 yıldan az 3 yıldan çok olamayacaktır.

Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve m. 58/2'de sayılanlar, yargılama sonuna kadar KİK kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamazlar. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir (KİK m. 59/2). Haklarında mükerrer ceza hükümlenmiş olanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, *mahkeme kararı ile sürekli olarak* kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır (KİK m. 59/3). Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirimi izleyen onbeş gün içinde Resmî Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur (KİK m. 59/5).

Ayrıca ister geçici ister sürekli olsun haklarında mahkemece kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenler ve ceza hükümlenmiş olanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir (KİK. m. 59/4).

### III. 4735 SAYILI KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNUNA GÖRE

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu<sup>68</sup>, Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirleyen özel bir kanundur. Kanun, sözleşmenin uygulanması sırasında birtakım yasaklar getirmektedir. İhalelere katılmaktan yasaklanma nedenleri, yasaklama makamı, süresi ve usulü ise Kanunun 25-27. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

#### A. YASAKLAMA NEDENLERİ

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde sözleşmenin uygulanması sırasında yasak fiil ve davranışlar yedi bent halinde sayılmıştır:

a) Hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikap, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere *fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek.*

b) Sahte belge düzenlemek, kullanmak veya bunlara *teşebbüs etmek.*

---

<sup>68</sup> RG. 22.01.2002, sy. 24648.

- c) Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu *imalat yapmak*.
- d) Taahhüdünü yerine getirirken idareye *zarar vermek*.
- e) Bilgi ve deneyimini idarenin zararına kullanmak veya 29. madde hükümlerine *aykırı hareket etmek*.
- f) Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak *taahhüdünü yerine getirmemek*.
- g) Sözleşmenin 16. madde hükmüne aykırı olarak devredilmesi veya devir alınması.

Burada, mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmemek fiili üzerinde kısaca durulacaktır. Çünkü Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller de sayılmıştır. Kanuna göre, doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmi veya genel seferberlik ilanı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller mücbir sebeptir (KİSK m. 10/1). İstekliler, basiretli davranmalı, muhtemel tüm olumsuzlukları göz önünde bulundurarak sözleşme imzalamalıdır. Mücbir sebepler dışında, ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhüdünü yerine getirmeme fiilinin muayene komisyonu tarafından tespit edilmesi üzerine ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilir<sup>69</sup>. Aksi takdirde ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilemez<sup>70</sup>.

## B. YASAKLAMA MAKAMI, SÜRESİ VE USULÜ

### 1. İdare

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan fiil ve davranışlarda bulunan kişiler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı vermeye yetkili makam, sözleşmeyi uygulayan bakanlık veya ilgili veya bağlı

<sup>69</sup> D13D, E. 2005/10034, K. 2006/1395, KT. 13.03.2006. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>70</sup> D13D, E. 2005/7149, K. 2005/4726, KT. 26.09.2005. Karar yayımlanmamıştır. Bir kararında Danıştay, teslim edilen malın teknik şartnameye uygun olup olmadığı konusunda Asliye Hukuk Mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi üzerine verilecek karar uyuşmazlığın çözümünü etkileyeceğinden, ihaleden yasaklama kararını denetleyen idare mahkemesinin bu davanın sonucuna göre bir karar vermesi gerektiğini belirtmiştir. D13D, E. 2005/9029, K. 2005/5783, KT. 06.12.2005. Karar yayımlanmamıştır.

bulunulan bakanlık, herhangi bir bakanlığın ilgili veya bağlı kuruluşu sayılmayan idarelerde bu idarelerin ihale yetkilileri, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birlik, müessese ve işletmelerde ise İçişleri Bakanlığıdır (KİSK m. 26/1). İdareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, *gereğinin yapılması için* bu durumu ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirmekle yükümlüdür (KİSK m. 26/5). Burada ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık yasaklama kararının onay merciidir. Onay işlemi kesin ve yürütülebilir işlemdir. Yasaklama kararı nedeniyle açılacak davaların hasım mevkiinde de ihaleyi yapan bakanlık, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık bulunur. Bu nedenlerle ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığın, ihaleyi yapan idarenin teklifi (hazırlık işlemi) üzerine yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yasaklama makamı, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde sayılan fiil ve davranışlarda buldukları saptananlara, fiil ve davranışlarının özelliğine göre, *bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar*, "KİK'nun 2. ve 3. maddeleri ile istisna edilenler dahil" *bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verir (KİSK m. 26/1). Görüldüğü üzere Kanunun 25. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı *genel* niteliktedir. Yani sadece yasaklama kararı veren bakanlığın bu kanun kapsamında yaptığı ihaleleri değil, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Yine yasaklama kararının KİK'nun 2. ve 3. maddesi ile istisna edilen işleri de kapsar biçimde uygulanması sağlanarak yasaklama kararının kapsamı geniş tutulmuştur. Zaten KİK'nun 3. maddesinin son fıkrasında bu doğrultuda "... (alımları) ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tabi değildir" hükmü yer almaktadır.

Kanunun 25. maddesinde sayılan yasak fiil ve davranışlar üzerine verilen yasaklama kararı 1 yıl – 2 yıl arasında olabilecektir. Yasaklama makamı, yasaklama kararının süresini, fiil ve davranışın özelliğine göre ve yine bu süreler içerisinde kalmak kaydıyla belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında da aynı yaptırım uygulanır. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir (KİSK m. 26/2). Bu gibi durumdakiler, yasaklama kararının yürürlüğe girdiği tarihe kadar aynı idare tarafından yapılacak ihalelere de iştirak ettirilmezler (KİSK m. 26/3).

Kamu ihalelerinden yasaklama kararı kişi veya şirketi takip eder. Bu hususta Kamu İhale Kanunu'nda söylenenler aynen geçerlidir.

Yasaklama kararı, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın *tespit edildiği* tarihi izleyen en geç 45 gün içinde verilir. Bu karar Resmi Gazetede yayımlanmak üzere en geç 15 gün içinde gönderilir ve yayımı tarihinde yürürlüğe girer (KİSK m. 26/4). Görüldüğü gibi yasaklama kararının ivedi olarak yürürlüğe girmesini sağlamak üzere idari bir süre de öngörülmüştür. Burada geçen 45 günlük sürenin başlangıcı olarak, fiil veya davranışın işlendiği tarih değil, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın sözleşmeyi yapan idarece tespit edildiği tarihtir. Yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın sözleşmeyi yapan idarece tespit edildiği tarihten ise bunun gereğinin yapılması için yasaklamaya yetkili makama bildirildiği tarih anlaşılmalıdır. Nitekim Danıştay'a göre, "ihalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki yaptırım, idarenin, yasak fiil veya davranışın işlendiği yönündeki suçlamasına ve bu konudaki yargısına dayanılarak, ilgili veya bağlı bulunulan bakanlık tarafından doğrudan uygulanmaktadır. Burada sözleşmeyi yapan idarenin, yüklenicinin fiil veya davranışının yasak olduğu yargısına varması yeterli olmayıp, isteklinin yasaklanmasının hukuken gerekli bulunduğu kanaatine varması, yani idarenin bu yargısının, dışı vurumu da gereklidir. Ancak bu durumda, fiil veya davranışın, yasaklanması gereken bir fiil veya davranış olduğu hususu kesinlik kazanabilir. İdarenin yargısının dışı vurumu, durumun, gereğinin yapılması için ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa bildirilmesidir. Bu nedenle, idarenin ilgili veya bağlı bulunulan bakanlığa, yasaklama kararının gereğinin yapılmasını bildirdiği tarih, yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiği tarihtir"<sup>71</sup>.

Burada son olarak yasaklamanın gereğinin yapılması istemi önüne gelen yetkili makamın 45 günden sonra yasaklama kararı verip veremeyeceğinin üzerinde durulması gerekmektedir. Daha önce de görüldüğü gibi Kamu İhale Genel Tebliğinde, *isabetli olarak*, Anayasa ile teminat altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi temel hak ve hürriyetlerin korunması ve madde gerekçesi de dikkate alınarak, burada yer alan sürelerin disipliner niteliği aştığı ve yetki süresini belirleyen nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, 45 gün içinde yasaklama kararı verilmediği takdirde yasaklama kararı verilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır<sup>72</sup>. Ayrıca maddede "en geç kırkbeş gün içinde verilir" denmesi de bu yaklaşımı isabetli kılmaktadır. Kısacası, 45 günden sonra ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verildiği takdirde "zaman bakımından yetkisizlik" hali ortaya çıkacaktır.

<sup>71</sup> D13D, E. 2005/7182, K. 2005/5405, KT. 08.11.2005. Karar yayımlanmamıştır.

<sup>72</sup> Kamu İhale Genel Tebliği, XV/D.

Bu kararlar Kamu İhale Kurumunca izlenerek, kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olanlara ilişkin siciller tutulur (KİSK m. 26/4).

## 2. Mahkeme

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 25. maddesinde yazılı fiil ve davranışları işleyenler hakkında "ceza mahkemesi" de yasaklama kararı verilebilmektedir. Bu doğrultuda Kanunun "yüklenicilerin ceza sorumluluğu" başlıklı 27. maddesinde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre, iş tamamlandıktan ve kabul işlemi yapıldıktan sonra tespit edilmiş olsa dahi, 25. maddede sayılan yasak fiil ve davranışlardan Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil ve davranışlarda bulunan gerçek veya tüzel kişiler ile o işteki ortak veya vekilleri hakkında ceza kovuşturması yapılmak üzere yetkili Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Bu kişilere, hükmolunacak cezaya ilaveten, idarece 26. maddeye göre verilen yasaklama kararının bitiş tarihini izleyen günden itibaren uygulanmak şartıyla *bir yıldan az olmamak üzere üç yıla kadar bu Kanun kapsamında yer alan bütün* kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılma *mahkeme kararıyla* yasaklanır. Bu yaptırım Kamu İhale Kanunu m. 26/2'de sayılanlar için de uygulanır (KİSK m. 27/1). Görüldüğü üzere ceza mahkemesinin vereceği yasaklama kararı *yarı genel* nitelikte olup, bütün idarelerin sadece bu kanun kapsamında yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. İhalelere katılmaktan yasaklamanın süresini de ceza mahkemesi takdir edecektir. Ancak bu süre 1 yıldan az 3 yıldan çok olamayacaktır.

Haklarında mükerrer ceza hükmolunanlar ile bu kişilerin sermayesinin yarısından fazlasına sahip olduğu sermaye şirketleri veya bu kişilerin ortağı olduğu şahıs şirketleri, *mahkeme kararı ile sürekli olarak* kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanır (KİSK m. 27/2). Sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlara ilişkin mahkeme kararları, Kamu İhale Kurumunca, bildirim izleyen onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle duyurulur (KİSK m. 27/4).

Ayrıca ister geçici ister sürekli olsun haklarında mahkemece kamu ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilenler ve ceza hükmolunanlar, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna, meslek sicillerine işlenmek üzere de ilgili meslek odalarına bildirilir (KİSK m. 27/3).

## SONUÇ

İhalelere katılmaktan yasaklanma konusundaki genel değerlendirme, tespit ve önerilerimiz şunlardır:

1) Devlet İhale Kanunu'ndaki yasaklama nedenleri Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'ndaki nedenlerle uyumlu hale

getirilmelidir. Bu yapılırken, sözleşme aşamasından önceki fiil ve davranışlar ile sözleşme aşamasından sonraki fiil ve davranışlar ayrı maddelerde düzenlenmelidir.

2) İhalelere katılmaktan yasaklanma kararı, emanet, doğrudan temin ve tasarım yarışmaları gibi ihale usulleri dışındaki işler açısından da verilebilmelidir.

3) Yasaklama kararı vermeye yetkili makam, yasaklama kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

4) Yasak fiil ve davranışlarda bulunanlar, “bütün” ihalelere katılmaktan yasaklanmalı, kanunlarda bu konuda gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

5) Devlet İhale Kanunu’nda idarelerin, ceza mahkemesinin yasaklama kararı yanında ayrıca yasaklama kararı verip veremeyecekleri konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda olduğu gibi idareler ceza mahkemesinin yasaklama kararı yanında ayrıca ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verebilmelidir. Ceza mahkemesinin verdiği yasaklama kararı, idarece verilen yasaklama kararının bittiği tarihi izleyen günden itibaren uygulanmalıdır.

6) Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’ndaki yasaklama süreleri birbirine uyumlu hale getirilmelidir. Aynı fiil nedeniyle farklı kanunlara göre verilen yasaklama kararları eşitsizliğe neden olmaktadır.

7) Devlet İhale Kanunu uyarınca ceza mahkemesince verilen yasaklama kararının sonuçları genel niteliktedir. Yani yasaklama kararı, bütün idarelerin bu kanun ve diğer kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Buna karşılık, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca ceza mahkemesince verilen yasaklama kararının sonuçları ise yarı genel niteliktedir. Yani yasaklama kararı, bütün idarelerin sadece bu kanunlar uyarınca yaptıkları ihaleleri kapsamaktadır. Bu durum, Devlet İhale Kanunu uygulaması esas alınarak yapılacak bir değişiklikte giderilmelidir.

8) Yasaklama kararı, hakkında yasaklama kararı verilen kişi veya şirketi takip eder. Yani yasaklama kararı verilen kişi bir şirkete ortak olursa veya yasaklama kararı verilen şirket bir diğer şirketle birleşirse bu karar bunlar hakkında da geçerli kabul edilmelidir.

9) Devlet İhale Kanunu’nda, yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışın tespit edilip yetkili makama gereğinin yapılmasının bildirilmesinden itibaren yetkili makamca ne kadar süre içerisinde yasaklama kararı verileceği düzenlenmemiştir. Konu, Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’ndakine benzer şekilde düzenlenmelidir.

10) Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yasaklama kararının verilmesi için bu fiil ve davranışların tespit edildiği tarihten itibaren 45 günlük bir idari süre öngörülmüştür. Danıştay yasak fiil ve davranışların tespit tarihini, ihale düzenini korumak amacıyla, gereğinin yapılması için yasaklama makamına bildirilme tarihi olarak kabul etmektedir. Aslında en uygun olanı bu kanunlarda yapılacak bir değişiklikle maddenin “yasaklama kararı yasaklamayı gerektiren fiil veya davranışın tespit edildiğinin yetkili makama bildirildiği tarihten itibaren en geç 45 gün içinde verilir” şeklinde yeniden düzenlenmesidir.

11) Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca 45 günlük süreden sonra ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi halinde “zaman bakımından yetkisizlik” durumu ortaya çıkacaktır.

12) İhale aşamasında verilen ihalelere katılmaktan yasaklanma kararına karşı iptal davası açıldığında, şartları varsa, “savunma gelmeden yürütmeyi durdurma” kararı verilebilmesi İYUK'ta yapılacak bir değişiklikle mümkün hale getirilmelidir.

13) Hem ihalelere katılmaktan yasaklama kararı gerekçeli olmalı hem de asgari ve azami sürede yasaklama kararı verme gerekçeli olmalıdır.

14) Yasaklama usulü disiplin usulüne benzemektedir. Yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması, aynı fiil ve davranış nedeniyle istekliler hakkında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesine engel teşkil etmemelidir. Ancak işlendiği ileri sürülen yasak fiil ve davranışlar nedeniyle istekliler hakkında verilmiş bir ceza mahkemesi kararı varsa bu karar yasaklama makamı tarafından göz önünde bulundurulmalı, ancak yasaklama makamı bu kararla kendini mutlak anlamda bağlı hissetmemelidir.

15) Kanunlarla idarelere sadece geçici yasaklama kararı verebilmesi, buna karşılık ceza mahkemelerine hem geçici hem de sürekli yasaklama kararı verebilmesi yetkisi tanınması isabetlidir.

16) Kamu İhale Kanunu'nda olduğu gibi, Devlet İhale Kanunu'nun 6. maddesinde ihaleye katılamayacağı sayılan kişilerin ihaleye katılması halinde haklarında ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilebilmesi için gerekli kanun değişikliği yapılmalıdır.

**KAYNAKÇA**

**Akıymaz**, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004.

**Günday**, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.

**Gürsel**, Meltem Kutlu, Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları, in Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, c. III, İstanbul 2003.

**Özay**, İl Han, İdari Yaptırımlar, İstanbul 1985.

**Özgenç**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.

**Özgenç**, İzzet, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

**Taşdelen**, Aziz, Mali Sonuçlu Bir İdari Yaptırım Örneği: Kamu Harcama İhalesine Katılmaktan Yasaklanma, Ankara ÜHFD, c. 55, sy. 1, 2006.

**Yayla**, Yıldızhan, İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979.



## AB BÜTÜNLEŞMESİNİN BİÇİMİ ÜZERİNE FARKLI YAKLAŞIMLAR: FEDERAL YAKLAŞIM (I)

Yrd. Doç. Dr. Reyhan SUNAY\*

### Özet

AB bütünleşmesinin biçimi konusundaki yaklaşımlardan birini federalizm oluşturmaktadır. Bununla birlikte AB içinde federal yaklaşımın monolitik bir yapı arz etmesi söz konusu olmayıp, bu konuda farklı yorumlama biçimleri bulunmaktadır. Nitekim 'devletli' ve 'devletsiz' federalizm anlayışları bu tür farklılaşmaya örnektir.

AB bütünleşmesi içinde federalizmin başlıca yansımaları arasında; yetki paylaşımının sağlanması, üstünlük prensibinin kabulü, oy çokluğu yönteminin benimsenmesi, parasal birliğin sağlanması, Birlik vatandaşlığına geçiş ve Anayasanın imzalanması önemli bir yer tutmaktadır. Ancak buna karşılık AB; anayasal anlamda ya da klasik tipte bir federasyonun tüm unsurlarını bünyesinde taşıyan bir yapılanma niteliğinde bulunmamaktadır. AB içinde dış politika, güvenlik ve savunma gibi konular üye devletlere bırakıldığı gibi, birtakım alanlarda oy birliği yöntemi benimsenmekte ve ayrıca temel karar organı konumundaki kurum hükümet temsilcilerinden oluşan Bakanlar Konseyi olmaktadır. Bu bağlamda AB, ulus devletlerin de varlıklarını sürdürdükleri yeni bir bütünleşme örneğine karşılık gelmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Federalizm, yetki paylaşımı, üstünlük prensibi, subsidiarity prensibi, AB Anayasası.

### Abstract

Federalism is one of the approaches of European Union integration formats. Along with this, the federal approach in EU has not a monolithic structure; there are various types of interpretations on this subject. Likewise, the understandings of federalism 'with state' and 'stateless' are samples of this type of differentiation.

Providing the share of authority, accepting the principle of supremacy, adopting the method of majority, providing the unity in currency, transition to citizenship of the Union and signing the Constitution are among the main reflections of the federalism approach in EU. However European Union does not

---

\* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

have the qualifications that cover all the elements of constitutional sense or classical type federation within its structure. As the subjects within EU such as, foreign politics, security and defense are left to the member states, the method of unanimity on some fields has been adopted and also the institution which has the character of the main decision organ is constituted from the Council of Ministers that is composed of the representatives of government. In this context, EU corresponds to the sample of a new unity in which the EU nation states keep their existences.

**Key Words:** Federalism, share of authority, principle of supremacy, principle of subsidiarity, EU Constitution.

### I- GİRİŞ

AB, evrim halinde olan ve sürekli genişleyen yapısıyla, farklı ve kendine özgü bir bütünleşme örneği olarak ortaya çıkmakla birlikte, bu gelişim, esas itibarıyla sorunsuz olarak işleyen bir süreç niteliğinde bulunmamaktadır. Bazı dönemlerde yoğunlaşan tartışmalar ve derinleşen krizler, bu sürecin önemli bir parçasını teşkil edip; bunlar arasında özellikle, AB'ni oluşturan devletlerin, söz konusu oluşumu nereye kadar ve hangi biçim altında sürdüreceklerine yönelik tartışma, büyük ölçüde AB'nin geleceği konusundaki yorumların da hareket noktası olarak belirmektedir.

Sözü edilen bağlamda AB'nin, çok güçlü bir bütünleşmeye karşılık gelen bir yapılanma ya da Avrupa Birleşik Devletlerinin erken bir aşaması mı, yoksa bir “ulus devletler birliği” ya da “devletlerin öncülüğünde bir ittifak” mı olduğu ve buna bağlı olarak Birliğin gelecekte, bir “yurttaşlar Avrupası” mı yoksa “devletler (uluslar) Avrupası” olarak mı belireceği sıklıkla gündeme gelen hususlar arasındadır. Özü itibarıyla, “daha güçlü ve derin bir Avrupa” ile “daha esnek bir Avrupa” biçiminde yansıma bulan görüşler, gerçekte ilk kurucu andlaşmalar olan Paris ve Roma Andlaşmalarının ardından, başlıca “federalist” ve “konfederalist” yaklaşım biçiminde gelişmiş ve her iki yaklaşım arasındaki çekişme, bütünleşme sürecinin daha sonraki aşamalarına da çeşitli biçimlerde yansıtılmıştır. Nitekim; Avrupa Tek Senedi, Maastricht, Amsterdam ve Nice Andlaşmaları bir taraftan, bütünleşme alanlarındaki genişlemeye paralel olarak ortaya çıkan kurumsal düzeydeki sorunlara çözüm bulma gayretlerinin bir ifadesi konumunda yer alırlarken; diğer taraftan, farklı yaklaşımlar ve stratejiler doğrultusunda kaydedilen gelişmelere de hukuki çerçeve sağlayan metinler olmuşlardır. Öte yandan, söz konusu farklı eğilimler, AB Anayasası hazırlık çalışmalarına da damgasını vurmuş olup; AB Anayasası da sonuç itibarıyla değişik öneri ve görüşlerin hukuki düzeyde karşılık bulduğu bir metin olarak ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, hem Anayasanın sözü edilen muhtevası hem de Anayasaya ilişkin olarak bazı ülkelerde yapılan referandumların olumsuz sonuçlanması; siyasal birlik oluşumunu henüz tamamlamamış bir bütünleşme örneği olarak AB'nin, şimdi ve gelecekte hangi

adla adlandırılabilmesi ya da bütünleşmenin nasıl bir biçim alacağı yönündeki tartışmaların da, daha uzun bir süre devam edeceğinin birer göstergesi olmuştur.

Söz konusu gelişim çerçevesinde çalışmamızın bu kısmında, AB'nin kuruluşundan bu yana ön plana çıkan federalist yaklaşımı ve temel argümanlarını, AB Anayasasını da dikkate alarak bu argümanların hukuki metinlere hangi biçimlerde yansıtıldığı hususlarını ele alacağız.

## II- GENEL OLARAK FEDERAL YAKLAŞIM

Federal ve federe nitelikte iki yönetim düzeyinin bulunduğu federalizm; genel anlamda, “iki iktidar arasındaki yetki paylaşımı”nı ifade etmektedir. Federal sistemlerde devlet fonksiyonları, federal ve federe yönetimler arasında bölüştürülmüş olup; federal yönetimin yetki alanı, ülkenin tamamını ve yurttaşların bütününe kapsarken; federe yönetimlerin yetki alanı, ülkenin belirli bölgeleri veya yurttaşların belirli bir kısmı ile sınırlıdır<sup>1</sup>. Bu çerçevede, federalizmin önemli bir niteliğini, vatandaşlar ile her iki yönetim düzeyi (federal-federe) arasında doğrudan bir ilişki bulunması oluşturup; buna göre federalizm, iki ayrı yönetim düzeyinin vatandaşlarla doğrudan ilişkide bulunduğu çok düzeyli bir yönetim sistemi olarak da tanımlanmaktadır. Belirtilen özellikleri bakımından federasyon; yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının tek bir birimde toplandığı üniter devlet sistemlerinden ayrıldığı gibi; genel yönetim düzeyinde alınan kararların, doğrudan vatandaşlar üzerinde bağlayıcı olmadığı konfederal sistemlerden de ayrılmaktadır<sup>2</sup>. Bunun dışında federasyonda yetkilerin kaynağı anayasa olup, yetki bölüşümüne ilişkin değişiklik için federal ve federe yönetimlerin birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Her iki yönetim kendi yetki alanlarına giren konular bakımından nihai karar verme yetkisine sahip olmakla birlikte, uluslararası hukuk

<sup>1</sup> Bkz. **ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005; **UYGUN**, Oktay, Federal Devlet, Çınar Yayınları, İstanbul 1996, s.29 vd.; **HAZIR**, Hayati, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler), SÜHF Yayınları, Konya 1990, s. 34-35.

<sup>2</sup> Bkz. **MCCORMICK**, John, Understanding the European Union A Concise Introduction, 3rd Edition, Macmillan, New York 2005, s. 9; **LAMING**, Richard, “Towards a Federal Europe”, <http://www.federalunion.org.uk/europe/towardsfederal.shtml>, 28.8.2006; **ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005; **UYGUN**, s. 36.

bakımından federal devleti oluşturan siyasi birimler egemen devlet statüsünde olmayıp; egemen olan, federal ve federe yönetimlerden oluşan bütün, yani federal devlet olmaktadır<sup>3</sup>.

Genel özellikleri bu şekilde ortaya çıkmakla birlikte, federalizmin aynı zamanda uluslararası ilişkiler alanındaki gelişmeler ve devletler arasında karşılıklı bağımlılığa yol açan şartlar çerçevesinde de ele alınmasının mümkün olduğuna ve buna paralel olarak söz konusu modelin, farklı uygulama biçimleri de ortaya koyabileceğine işaret edilmektedir<sup>4</sup>.

AB bütünleşmesi bakımından federal yaklaşım, öncelikle; bağımsız ve ulus devletlerin üzerinde bir yüksek otorite oluşturularak, üye devletlerin, ulusal egemenlik yetkilerinden bir kısmını bu yüksek otoriteye devretmeleri ya da bu otorite ile paylaşımları biçiminde **“uluslarüstü otorite”** oluşturulması çerçevesinde ele alınan bir modeldir. Buna bağlı olarak federal eğilimde AB'nin, bir devletler topluluğundan ya da egemen devletler birliğinden daha ileri bir aşamada, merkezileşmiş bir yapı çerçevesinde eşit devletler ve halklar birliği olması öngörülmektedir. Merkezileşmiş yapı çerçevesinde ise AB, kurumlarından bazılarının güçlü yetkilere sahip olduğu ve uluslarüstü karar aldıkları ve üye devletlerin bu kurumlarda sayıları ve büyüklükleri ile doğru orantılı olarak temsil edildikleri bir kurumsal yapılanmaya karşılık gelmektedir<sup>5</sup>.

Belirtilen özellikler doğrultusunda AB esas itibariyle, ulus devletlerin üzerinde kendine özgü kişiliği olan bir yapılanma olarak değerlendirilmektedir. Böyle bir yapılanmada; ulus devletler arasında var olan siyasi, tarihi ve kültürel farklılıkların aşılması; teknik alanda bir birleşmenin ötesinde, ayrıca; siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal yapıda da birleşmenin gerçekleştirilmesi ve ortak

---

<sup>3</sup> Bkz. **ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005; **UYGUN**, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale7.htm>, 23.3.2005; **MCCORMICK**, s.9; **HAZIR**, s.34-35; **TRECHSEL**, Alexander H., “How to Federalize the European Union...and Why Bother”, *Journal of European Public Policy* 12:3, June 2005, s. 403-404.

<sup>4</sup> Bkz. **ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005; **DEDEOĞLU**, Beril, “Avrupa’da Siyasal Bütünleşme: “Birlik” Modelinin Yeniden Düzenlenmesi”, *Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar*, Der. Faruk SÖNMEZOĞLU, Der Yayınları, İstanbul 1998, s. 363.

<sup>5</sup> **TRECHSEL**, s. 403 vd.

politikaların merkezi bir örgütlenme çerçevesinde tespit edilerek, üye devletlerin bunlara uymaları söz konusudur. Böylece hem AB içi politikalarda hem de AB'nin dış dünya ile ilişkilerinde ulus devletçi yaklaşım değil, ortak politikalar çerçevesinde uluslararası bir yaklaşım geçerli olacak ve AB tek bir ses olarak hareket edecektir. Bu bağlamda federal yaklaşım; AB bütünleşmesini, sadece serbest ticaret amacıyla sınırlandırmayıp, aynı zamanda politik bir şekilde birleştirecek bir yaklaşım olarak ortaya çıkmaktadır. Buradan hareketle bütünleşme alanlarının; ekonomiden, sosyal ve siyasi politikalara, güvenliğe ve dış politikaya genişlemesiyle federasyona daha çok yaklaşıldığını ve buna bağlı olarak federasyonun; ekonomik, sosyal, siyasi tüm boyutlarıyla bütünleşmenin doğal bir sonucu olarak belirildiğini söylemek de mümkündür. Sözü edilen tüm bu argümanlar doğrultusunda ise AB bakımından federal eğilimin sonuçta; Birliğin yaşamsal çıkarlarını korumak için etkili girişimlerde bulunan, siyasal iradeye ve kapasiteye sahip bir AB tasavvuruna dayandığını belirtmek mümkündür. Buna göre siyasi uyumdan, çıkarların temsiline kadar çoğu alandaki sorunun güçlü bir federal yapı ile çözülebileceğini öngören söz konusu tasavvur doğrultusunda AB; dünya politikalarında önemli iddiaları bulunan, sadece ekonomik konularla değil, siyasi konularla da ilgilenen, bu hususta ortak politikaları olan ve ulus devletlerin üzerinde yer alan bir Birlik olarak belirmektedir<sup>6</sup>.

Söz konusu hususları içeren federal eğilimin AB sürecinde farklı şekillerde telaffuz edildiği de görülmektedir. Nitekim bütün kurucu andlaşmalara ilave edilen **“daha yakın birlik”** ifadesi, esas itibarıyla Avrupa'nın merkezileştirilmesinde en fazla kullanılan yasal bir araç haline gelmiş durumdadır. Bunun dışında federasyon eğilimini içerecek şekilde; **“daha derin Birlik”**, **“daha güçlü ve derin Avrupa”**, **“Tek Avrupa”**, **“Birleşik Avrupa”** gibi terimler de kullanılmaktadır<sup>7</sup>.

Avrupa'ya ilişkin bir tasarı olarak *“federalizm”*in ya da *“federasyon”*un, öncelikle Avrupa'nın *“birliğini”* sağlama anlamında 17. yüzyılda kullanılmaya ve gelişmeye başladığı görülmektedir. Nitekim bu dönemde **Kant**, sürekli bir barışı sağlayacak düzen arayışına girdiğinde *“Avrupa Birleşik Devletleri”* düşüncesini ortaya atarken; 1849 yılında da **Victor Hugo**; Avrupa Birleşik Devletlerinin, kıtanın bin yıllık özlemi olduğuna işaret etmektedir. Avrupa federalizmi ayrıca, II. Dünya Savaşı boyunca, bazı direniş

<sup>6</sup> **CHURCH**, Clive/**DARDANELLI**, Paolo, “The Dynamics of Confederalism and Federalism: Comparing Switzerland and the EU”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No.2, June 2005, s. 178.

<sup>7</sup> Bkz. **AUER**, Andreas, “The Constitutional Scheme of Federalism”, *Journal of European Public Policy* 12:3, June 2005, s. 423, 427.

hareketleri ve sürgündeki siyasal gruplar tarafından, nasyonal sosyalizmi ve faşizmi ortadan kaldırmaya yönelik tasarıların da konusu olurken<sup>8</sup>; federalizmin, II. Dünya savaşının hemen ardından etkin bir biçimde gündeme gelişi ise, İngiltere Başbakanı **Winston Churchill**'in 1946'da Zürih'te yaptığı konuşma ile gerçekleşmiştir. Konuşmasında esas olarak "*Avrupa Birleşik Devletlerinin kurulması gereği*" üzerinde duran Churchill'in bu önerisi<sup>9</sup>, Avrupa'da işbirliği ve birleşme sürecini hızlandırmış olup; 1948 yılında La Haye Kongresinde, "*Avrupa Uluslarının egemenliklerinin bir kısmını, gelecekte ortaklaşa biçimde kullanmak üzere devretmeleri*" Avrupa düzeyinde geniş bir biçimde tartışılmış ve Avrupa bütünleşmesinin ilk aşaması olan **AKÇT**'nin kurulması, bu hususun ilk somut yansıması olarak ortaya çıkmıştır<sup>10</sup>. AKÇT'nun kurulmasına öncülük eden **Schuman Bildirisinde** (9 Mayıs 1950), "*Avrupa Federasyonunun uzun dönemde gerçekleşecek bir siyasal hedef olduğu*" vurgulanırken; altmışlı yılların sonunda, Komisyonun ilk başkanı **Walter Hallstein**'nin Avrupa bütünleşmesini, "*henüz tamamlanmamış bir federal model*" olarak görmesi de, federalizmin daha sonraki dönemlerde Avrupa elitleri katında bir özlem olarak varlığını koruduğunu göstermektedir<sup>11</sup>. Nitekim Kopenhag Zirvesinde katılım andlaşmasına eklenen Bildirge'de; amacın, "*Tek Avrupa*" olduğu belirtilirken; son yıllarda federalizm tartışmasının yeniden gündeme taşınması ise, Almanya Dışişleri Bakanı **Joschka Fischer**'in 12 Mayıs 2000 tarihinde Berlin Humboldt Üniversitesinde yaptığı konuşma ile söz konusu olmuştur. "*Konfederasyondan Federasyona Avrupa Bütünleşmesinin Alacağı Nihai Biçim Üzerine Düşünceler*" başlıklı konuşmasında Fischer; Devletlerin Birliğinden, Avrupa Federasyonu gibi tam parlamenter yönetime geçişin, Robert Schumann'ın elli yıl önce istediği bir durum olduğuna işaret ederek; ortak para birimine geçildikten

---

<sup>8</sup> Bkz. **KARLUK**, Rıdvan S., Avrupa Birliği ve Türkiye, 8. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 2; **ODER**, Bertil Emrah, Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul 2004, s. 446-447.

<sup>9</sup> **Churchill**, bunun için ilk adımın Fransa ile Almanya arasında ortaklık kurmaktan geçtiğini, aksi halde Avrupa'nın kendine gelemeyeceğini, İngiltere'nin bu sürece aktif olarak katılmamakla birlikte, Avrupa Birleşik Devletleri fikrinin destekleyicisi olacağını ifade etmiştir. Bkz. **KARLUK**, s. 2.

<sup>10</sup> Bkz. **LAMING**, Richard, "Towards a Federal Europe", [http://www.federalunion.org.uk/europe/towards\\_federal.shtml](http://www.federalunion.org.uk/europe/towards_federal.shtml), 28.8.2006.

<sup>11</sup> Bkz. **ODER**, s. 447, 450.

sonra, siyasi bütünleşmenin tamamlanmasının Avrupa'nın temellerine konulması gereken son yapı taşı olduğunu belirtmiştir<sup>12</sup>.

Avrupa bütünleşmesinin başlangıcından bu yana ele alındığında federalist yaklaşımın esas itibarıyla, ulus devletler arasındaki geleneksel ayrımları ve bölünmeleri ortadan kaldırmayı ve bu yolla istikrarı ve refahı yükseltmeyi amaçlayan bir yaklaşım olarak belirdiği görülmektedir. Bu doğrultuda ulus devlet sisteminin kendine özgü yetersizliklerinin ve ayrıca bir devletin diğerlerine üstünlük kurmasının taşıdığı tehlikelerin, ancak tek tek devletlerin, egemenliklerini uluslararası bir topluluğun çatısı altında birleştirmeleriyle aşılabileceği görüşleri, federalist yaklaşımın temel gerekçeleri olarak ortaya çıkmaktadır<sup>13</sup>. Nitekim başlangıçta federalizmin yoğun olarak tartışıldığı dönem de, II. Dünya savaşının hemen ertesinde Alman tehdidinin henüz ortadan kalkmadığı bir dönem olup; bu süreçte Fransa Planlama Teşkilatının Başkanı **Jean Monnet**, Avrupa'da yeni bir savaşın çıkmaması için Fransa'nın ve Almanya'nın, kömür ve çelik üretimi konusundaki egemenlik yetkilerinin bir kısmını ortak bir otoriteye devretmeleri gerektiğini ileri sürmüştür<sup>14</sup>.

**Monnet**'nin bu düşünceleri dönemin Fransa Dışişleri Bakanı **Robert Schuman** tarafından 9 Mayıs 1950'de açıklanan Bildiriye de esas teşkil etmiş olup; söz konusu Bildiride **Schuman**; *“dünya barışının, kendisini tehdit eden tehlikelerle orantılı çabalar olmaksızın korunamayacağı”* nı vurgulamakta ve bu çerçevede *“kömür ve çelik üretimlerini bir havuzda toplayacak ve kararları; Fransa, Almanya ve diğer üye ülkeleri bağlayacak yeni bir üst merciin kurulmasıyla, barışın korunması bakımından kaçınılmaz olan Avrupa Federasyonunun oluşturulması yönündeki ilk somut adımların atılmış*

<sup>12</sup> Bkz. **FISCHER**, Joschka, “From Confederation to Federation-Thoughts on the Finality of European Integration”, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/>. 20.9.2006.

<sup>13</sup> Bkz. **AUER**, s.419 vd.; **HOFFMANN**, Lars/**SHAW**, Jo, “Constitutionalism and Federalism in the ‘Future of Europe’ Debate: The German Dimension”, German Politics, Vol. 13, No.4, December 2004, s. 625 vd.

<sup>14</sup> Bkz. **GELBER**, Harry G., Sovereignty Thorough Interdependence, Kluwer Law International, London 1997, s. 205; **Monnet**'ye göre; *“Savaş yapmak için gerekli maddeler olan kömür ve çelik, bu alanlarda yoğunlaşmıştır. Savaşı imkansız kılmak için bu topraklar devletlerin elinden alınmalıdır”*. *“Eğer ülkeler, bütünleşmeyi kendi arzuları ile gerçekleştirmezlerse, anarşi veya dışarıdaki güçlerin başka amaçlar güden tehlikeleriyle karşılaşılır. Bu ise yeni savaflara yol açar. Savafları, korkuyu ve sefaleti önlemek için birleşmek gerekmektedir”*. **KARLUK**, s. 3.

*olacağını*” belirtmektedir<sup>15</sup>. Schuman’ın görüşleri ise 1951 tarihli **Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu kuran Andlaşma (Paris Andlaşması)** ile somut ifadesini bulmuş olup; söz konusu Andlaşma ile altı Avrupa ülkesi egemenlik haklarından bir kısmını, bağımsız bir otoriteye devretmişlerdir. Andlaşmada her ne kadar, Schuman Bildirisindeki “*federasyon*” kavramı yerine, “*ekonomik temelli bütünleşme*” kavramının öne çıktığı gözlenmekle birlikte; Andlaşma ile federal eğilime paralel şekilde “**Yüksek Otorite**” adında<sup>16</sup>, üye devletlerden bağımsız, uluslarüstü nitelikte karar alma ve yürütme organına sahip olan **AKÇT** öngörülmektedir.

Avrupa bütünleşmesinde AKÇT Andlaşmasının yapıldığı dönemden itibaren federalist yaklaşımın, 1951 tarihli “*Birleşik Avrupa Devletleri İçin Anayasa Komisyonu*” kurulması<sup>17</sup> ve 1953 tarihli *Avrupa Siyasi Topluluğuna İlişkin Taslağın*<sup>18</sup> hazırlanmasında olduğu gibi, kendisini birtakım somut

---

<sup>15</sup> Bkz. **MISA**, Thomas J./**SCHOT**, Johan, “Inventing Europe: Technology and the Hidden Integration of Europe”, *History and Technology*, Vol.21, No.1, March 2005, s.3; **KARLUK**, s.4-5; **ARNULL**, Anthony/ **DASHWOOD**, Alan/**ROSS**, Malcolm/**WYATT**, Derrick, *European Union Law*, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London 2000, s. 3.

<sup>16</sup> Yüksek Otorite, oyçokluğu ile “*karar*” ve “*tavsiye kararı*” alabilecek ya da “*görüüş*” bildirebilecektir. *Kararlar*, tamamen bağlayıcı olurken; *tavsiye kararlarında*, uygun metotların belirlenmesi ve uygulanması üye ülkelere bırakılmakta; *görüüşlerin* ise herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bkz. **ODER**, s. 448; **LAMING**, Richard, “Towards a Federal Europe”, <http://www.federalunion.org.uk/europe/towardsfederal.shtml>, 28.8.2006; **KODAKCI**, Devrim, *Genişleme, Avrupa Birliğinde Demokrasi Eksikliği Ve Çözüm Önerileri*, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Ulusal Program Dairesi, Ankara 2004, s. 27; **GELBER**, s. 205..

<sup>17</sup> 2.2.1951 tarihinde “*Birleşik Avrupa Hareketi*” nin önderi **Coudenhove-Kalergi**’nin başkanlığında yapılan toplantıda, Hareket’in yetmiş üyesi tarafından kurulması kararı alınan Komisyon, 4-6.5.1951 tarihlerinde kısa bir Taslak metni oluşturmuştur. Yetki paylaşımına ağırlık veren bu kısa metin Avrupa düzeyinde federalizmin Anayasa biçiminde ifade bulduğu temel metin olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **ODER**, s. 448-449.

<sup>18</sup> **Jean Monnet** ve **Paul-Henri Spaak**’ın girişimleriyle ad hoc bir kurul tarafından hazırlanan *Avrupa Siyasi Topluluğuna İlişkin Taslak*, 1952 tarihli Avrupa Savunma Topluluğu Andlaşmasının 38. maddesinde öngörülen siyasi hedefle ilişkili bulunmaktadır. Bu madde, Savunma Topluluğunun Meclisine, doğrudan seçimle işbaşına gelmesi için gerekli hazırlıkları yapma ve onu nihai bir örgütlenmeye dönüştürme çağrısında bulunmaktadır. Nitekim Savunma Topluluğu Andlaşması imzalanmadan önce, altı dışişleri bakanı, “*federal ya da*



girişimlerle ve hukuki metinlerle ortaya koyması söz konusudur. Ancak bundan önce, farklı federalizm anlayışları üzerinde durulması, konunun aydınlatılabilmesi bakımından yararlı görünmektedir.

### III- FARKLI FEDERALİZM ANLAYIŞLARI

Avrupa bütünleşmesi bağlamında federalist eğilimin esas itibarıyla monolitik bir yapı arzemesi söz konusu değildir. Nitekim bu çerçevede, 1950'li yılların ikinci yarısından itibaren **Spinelli**'nin önderliğini yaptığı bir topluluk, Avrupa'nın köktenci ve olabildiğince ivedi biçimde Birleşik Devletçiliğe geçmesi için çaba gösterirken<sup>19</sup>; "*Aşamalı Birleşik Devletçiliği*" savunanlar ya da "*Birleşik Devletçi İşlevselciler*" de, tedrici yaklaşımı<sup>20</sup> benimseyen grup olarak ortaya çıkmışlardır. Bu grubun düşünceleri daha sonraki dönemde "*Yeni İşlevselcilik*" bağlamında yeniden gündeme gelmiş olup; "*küçük adımlar*" ile

*konfederal bir topluluk*" kuruluncaya kadar Topluluk organlarının işbaşında kalacağı konusunda bir uzlaşmaya varmış olup; Andlaşma henüz onaylanmadan önce de, "*ulusüstü niteliğe sahip siyasal bir Topluluk*" kurma kararı almışlardır. Bu gelişmeler üzerine hazırlanan Avrupa Siyasal Topluluğuna ilişkin Taslak da, Baden-Baden ve La Haye toplantılarında bakanlar tarafından incelenmiş ve bir konferansın toplanması kararlaştırılmıştır. Ancak buna karşılık; söz konusu konferans, Fransız Parlamentosunun Avrupa Savunma Birliği Andlaşmasını reddetmesi üzerine (30 Ağustos 1954) toplanamamış ve böylece ilgili Taslak proje aşamasında kalmıştır. Bkz. **ODER**, s. 449-450.

<sup>19</sup> Bu bağlamda **Spinelli**'nin 1984'te, "*Avrupa Birliğini Kuracak Bir Andlaşma Taslağı*" önerisinin, bu yöndeki çabaların bir örneğini oluşturduğu, söz konusu Taslağın yaşama geçirilemeye de Maastricht Andlaşması için esin kaynağı olduğu konusunda bkz. **ÇAKIR**, Armağan Emre, Avrupa Bütünleşmesinin Siyasal Kuramları, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 15.

<sup>20</sup> Bu yaklaşımın fikri temelleri esas itibarıyla **Monnet** ve **Schuman** tarafından ortaya konulan esaslara dayanmakta olup; Avrupa'nın bir seferde veya tek bir yapıda inşa edilemeyeceğini belirten **Monnet**, söz konusu organizasyon için büyük hedefler belirlemenin başarısızlığa yol açabileceğini, bunun yerine hedeflerin gerçekleştirilebilir olmasını ve zaman içerisinde daha büyük hedefler belirlenmesi gerektiğine işaret ederken; aynı şekilde **Schuman**, Avrupa'nın birdenbire ve tek bir plana göre oluşturulamayacağını, önce fiili bir dayanışmayı temin edecek olan somut kazanımlarla kurulacağını, bu çerçevede kömür ve çelik üretimindeki dayanışmanın, Avrupa federasyonunun ilk adımı olarak ekonomik gelişme için gerekli ortak temellerin atılması anlamına geleceğini belirtmiştir. **KODAKCI**, s. 19; **KARLUK**, s. 5; **BÖRZEL**, Tanja A., "Mind the Gap! European Integration between Level and Scope", Journal of European Public Policy 12:2, April 2005, s. 219.

bölgesel ekonomik bütünleşmeden siyasal bütünleşmeye geçişi yansıtan bu yaklaşımda; başlangıçta, sisteme katılan üyelerin “ulusal egemenlikleri” ile sistemin kendisinin kurduğu “üst egemenlik” arasında yumuşak bir ayırım olması öngörülmekte, ancak daha sonradan ilişkilerin gelişmesinin, üye devletleri federal yapıya ulaştıracağı kabul edilmektedir. Nitekim 1957 tarihinde AET’nun kurulmasının ve burada öngörülen esasların genel olarak altmışlı yıllara değin kararlı biçimde gelişmesinin, bu yaklaşımı savunanları doğruladığına işaret edilirken; Avrupa Birliğinin de büyük ölçüde, ekonomik ilişkiler çerçevesinde ortak pazar aşamasından, ekonomik ve parasal birliğin sağlanması ve tek para kullanılması, buna bağlı olarak ekonomik ve sosyal politikaların daha yoğun bir şekilde koordinasyonunun gerçekleştirilmesi yönündeki aşamalar dolayısıyla, sözü edilen yaklaşım doğrultusunda geliştiği ve bugünkü yapısına ulaştığı belirtilmektedir<sup>21</sup>.

AB sürecinde, farklı anlayışlar bağlamında federalizmin; “iveditedrici” biçimindeki yorumunun dışında ayrıca, “devletli” ve “devletsiz” federalizm biçimindeki kavrayışları da bulunmaktadır. Bunlardan ilki, federalizmi, devlete özgü bir örgütlenme olarak kavrayan geleneksel görüşün AB’ne uyarlanmış hali olup; bu doğrultuda AB; bir devlet/ancak federal bir devlet olarak sonlanacak bir yapı şeklinde tasarlanmaktadır<sup>22</sup>. AB bütünleşmesi bakımından bu yönde bir federalizm tartışması, öncelikle **Maastricht Andlaşması** ile birlikte gündeme gelmiştir. Maastricht Andlaşması, özellikle Almanya’da siyasi düzeyde yapılan birtakım yorumların yanında<sup>23</sup>; kamu

---

<sup>21</sup> Bkz. MCCORMICK, s.16; SCHMITTER, Philippe C., “Neo-Neo-Functionalism”, <http://www.iue.it/SPS/People/Faculty/Curret-Professors/PDFfiles/SchmitterPDFfiles/NeoNeo-functionalismRev.pdf>, 15. 8.2006; DEDEOĞLU, s.358; BÖRZEL, s.219; MALAMUD, Andrés, “Spillover in European and South American Integration An Assessment”, <http://136.142.158.105/Lasa2001/MalamudAndres.pdf>, 24.8. 2006; ÇAKIR, s.15; RISSE, Thomas, “Neofunctionalism, European Identity, and the Puzzles of European Integration”, *Journal of European Public Policy* 12:2, April 2005, s.300.

<sup>22</sup> Bu türden bir devletleşmiş Avrupanın ya da süper devlet tasarımının, üye devlet milliyetçiliğinin Avrupa düzeyinde yeniden üretilmesi olarak algılanmaya açık olduğu konusunda bkz. ODER, s. 451.

<sup>23</sup> Örneğin, dönemin Başbakanı **Helmut Kohl**, devletleşmiş federal Avrupa özlemini yansıtacak biçimde 3.4.1992 tarihli konuşmasında şu sözlere yer vermektedir: “Maastricht’te, Avrupa Birliği’nin tamamlanması için temel taşı koyduk. Avrupa Birliği Andlaşması, birkaç yıl içinde, modern Avrupanın kurucu babalarının son savaşın ardından düşledikleri şeyi yaratacak olan Avrupa birleşmesinin yeni ve belirleyici bir aşamasını başlatıyor: Avrupa Birleşik

hukuku öğretisinin bir kısmı tarafından da, Avrupa düzeyinde devletleşmeye geçişin bir aşaması olarak algılanmıştır. Nitekim bu bağlamda Andlaşmanın, Almanya'yı federal bir Avrupa devletinin federe devletine ve Bonn Anayasasını da federe bir Anayasaya dönüştürecek biçimde geri dönülmez bir süreci başlattığı savunulmuş ve Andlaşmaya karşı olumsuz bir tepki ortaya konulmuştur<sup>24</sup>. Ancak Andlaşmaya yönelik olumsuz tepkilerin yanında, söz konusu dönemde ayrıca bazı yazarlarca, “*devletli federalizm*” bağlamında, AB’ne toplumsal ve siyasal nedenlerle devlet niteliği kazandırılması gerektiği yönünde yorumlar da ileri sürülmüştür. Nitekim **Habermas**’a göre; “*Avrupa devletleri küreselleşme unsurları karşısında ortak toplumsal yararı tek başlarına koruyacak güce sahip değildirler. Dayanışma ve toplumsal adaletin sağlanması için pazara müdahale edilmesi, yalnızca Avrupa federal devleti bağlamında etkili olabilir. Eşitsizliklerin giderilmesi ve toplumsal bölünmeyle mücadele gibi toplumsal, etik ve siyasal bakımdan gerekli olan etkinliklerin sorumluluğunu üstlenebilecek durumda olan da yalnızca federal devlet olabilir*”<sup>25</sup>.

Devletli federalizm yaklaşımı daha sonraki dönemde yine Almanya kaynaklı olarak, **Fischer**’in 2000 tarihinde Berlin’de yaptığı konuşma ile gündeme gelmiştir. Fischer genel olarak, Avrupa bütünleşmesinin hedefinin Avrupa federasyonu olması gerektiğini belirttiği konuşmasında, bunun aynı zamanda bir Avrupa Parlamentosunun ve bir Avrupa hükümetinin yasama ve yürütme güçlerini kullandığı ve bir kurucu andlaşmayı temel alan bir federasyon olması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>26</sup>. Fischer, karşı karşıya bulunulan temel zorluğu, esas itibarıyla “*ulus devletler Avrupası*” ile “*yurttaşlar Avrupası*” arasındaki doğru birleşimi bulmak olarak ortaya koymakta ve bu çerçevede Avrupa Parlamentosunu iki meclisli bir kurumsal yapı olarak öngörürken<sup>27</sup>,

*Devletleri*”. Bununla birlikte Kohl, sonraki açıklamalarında daha temkinli bir şekilde; Avrupa Birleşik Devletleri özlemini bir gelecek tasarımı olarak gördüğünü, ABD örneğinde olduğu gibi, tek ulusa dayalı bir devletten söz etmediğini ve özellikle Birleşik Avrupa’da, ulusların varlığını koruması gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. **ODER**, s. 451-452.

<sup>24</sup> Bkz. **ODER**, s. 452.

<sup>25</sup> **HABERMAS**, Jürgen, Der europäische Nationalstaat unter dem Druck der Globalisierung, Blaetter für deutsche und internationale Politik (1999), nakl. **ODER**, s. 452-453.

<sup>26</sup> Bkz. **FISCHER**, Joschka, “From Confederation to Federation-Thoughts on the Finality of European Integration”, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/>. 20.9.2006.

<sup>27</sup> Söz konusu kurumsal yapıda, “*Yurttaşların Avrupası*”nı temsil edecek ilk meclisin, aynı zamanda ulusal meclislerin de üyesi olan seçilmiş üyelerden

yürütme konusunda da iki seçenek sunmaktadır. Bunlardan ilki; AB Avrupa Konseyinin bir Avrupa hükümetine dönüştürülmesi olurken; diğeri, seçimle gelen Avrupa Komisyonu başkanına geniş yetkiler verilmesi olmaktadır. Bunun dışında ise Fischer, Avrupa federasyonunun, “*bilinçli ve siyasal nitelikli bir yeniden kuruluş işlemine*” gerek duyduğunu, bunun da anayasal andlaşma olduğunu belirtmektedir. Fischer’e göre, federasyon ile ulus devletler arasındaki yetki dağılımını belirleyecek olan anayasal andlaşmada; “*çekirdek egemenlikler*” ve Avrupa düzeyinde düzenlenmesi “*koşulsuz biçimde gerekli olan*” konular federasyona devredilmeli, geri kalanlar ise ulus devletlerin yetkisinde kalmalıdır<sup>28</sup>.

Sözü edilen görüşleriyle Fischer, öncelikle AB’nin; “*kendi hükümetine, başkanına ve Parlamentosuna sahip, federal yapıda daha ileri bir Birlik*” olmasından yana bir tutum almaktadır<sup>29</sup>. Bunun yanında ayrıca, Alman kamu hukukunda geleneksel olarak benimsendiği şekliyle “*anayasa devletleşmedir*” tezi doğrultusunda, anayasal andlaşma ile Avrupa federasyonunun ya da Avrupa federal devletinin de ortaya çıkacağı düşünülmektedir. Bununla birlikte Fischer, “federasyon” kavramının AB düzeyinde özellikle İngiltere bakımından

---

oluşması gerekirken; “*ulus devletlerin Avrupası*”nı temsil edecek ikincisi meclisin de, ya doğrudan seçilen senatörlerden oluşması ya da bir tür devletler meclisi olması gerekmektedir. Bkz. **FISCHER**, Joschka, “From Confederation to Federation-Thoughts on the Finality of European Integration”, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/>. 20.9.2006.

<sup>28</sup> Bkz. **FISCHER**, Joschka, “From Confederation to Federation-Thoughts on the Finality of European Integration”, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/>. 20.9.2006..

<sup>29</sup> Bu amaca götürecek yöntem ise, “*esnek bütünleşme*” çerçevesinde, Fransız-Alman işbirliğinin yer aldığı “*bir Avrupa çekirdeği*”nin oluşturulmasıdır. Almanya’nın tercihi, esas itibarıyla çekirdek grup öncülüğünde AB’nin bir yandan genişlerken, öte yandan federalleşme yönünde derinleşmesi olup; bu bağlamda **Fischer**’in öngördüğü Avrupa federasyonu, aşamalı olarak gerçekleşecek bir tasarıdır. *İlk aşamada*, daha sıkı bir işbirliğine istekli olan devletlerin, diğer üye devletlere açık olmak koşuluyla daha üst düzeyde bir yakınlaşma sağlamaları söz konusu olacaktır. *İkinci aşama*, siyasal birliğin sağlanmasına yönelik bir çekim merkezinin oluşturulması olup; bu aşamada üst düzey yakınlaşmayı sağlayan bir grup üye devlet, federasyon anayasasının çekirdeğini oluşturacak yeni bir temel andlaşma hazırlayacaklardır. *Son aşama* ise Avrupa federasyonu olup; bu da, anayasal andlaşmaya dayanan ve yasama ve yürütme güçlerine sahip nihai yapı olacaktır. Bkz. **ODER**, s. 456-457; **HOFFMANN / SHAW**, s.627; **KODAKCI**, s. 71.

rahatsızlık verici olmasından hareketle de; federasyonun, ulus devletlerin varlığını sona erdirmeyeceğini<sup>30</sup> ve *subsidiarity* (yetki ikamesi) prensibinin<sup>31</sup>, anayasal düzeyde bir prensip olarak tanınacağını da vurgulamaktadır. Ulus devletlerin yok sayılmayacak gerçeklikler olarak ele alındığını gösteren bu tutum gerçekte onun, “ulus devletler Avrupası” ile “yurttaşlar Avrupası” arasındaki doğru birleşimi bulma kaygısının bir yansıması olarak da değerlendirilebilir. Bununla birlikte, söz konusu tutumun; hem Almanya’nın, genişlemeye paralel olarak aynı zamanda “federalleşme yönünde derinleşen bir Avrupa” yönündeki genel eğilimi, hem de aşağıda açıklanacak olan Fransa’nın yaklaşımı dikkate alındığında; daha güçlü, kurumsallaşmış ve merkezileşmiş bir Avrupa’dan yana olduğu ortaya çıkmaktadır.

Federalizmin farklı algılanma şekilleri çerçevesinde *devletsiz federalizm* ise; AB’nin federalizmle sonlanmasını tasarlamakla birlikte, federalizmin, “devlet” dışında uygulanabilecek bir örgütlenme modeli olduğu iddiasını ileri sürmektedir. Uluslararası gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan zorunluluklar dolayısıyla, Avrupa düzeyinde federalizmin farklı türlerinin ve farklı uygulama biçimlerinin ortaya çıkabileceği hususu, devletsiz federalizm yaklaşımının temel argümanını oluşturmaktadır. Bu bağlamda “ulusüstü federalizm” anlayışı çerçevesinde, tek bir federalizm öğretisinin varlığından ve bunun Avrupa’ya uyarlanmasından yola çıkılmasının güçlüğü vurgulanmaktadır. Bu doğrultuda;

<sup>30</sup> **Fischer**’e göre; “Avrupa bütünleşmesi, ulus devletleri ve bunların kurumlarını değersiz kılmayacak ya da ortadan kaldırmayacak türde bir federasyona dönüşürse, böyle bir tasarı tüm güçlüklerle rağmen gerçekleştirilebilir olacaktır. Şimdiye kadar, eski ulus devletleri ve onların demokrasilerini ortadan kaldıran ve bu anlamda yeni bir egemen yapı olarak tasarlanan Avrupa federal devleti, gelişen Avrupa gerçekleri karşısında sentetik bir yapı olarak belirmiş durumdadır.”. Bkz. **FISCHER**, Joschka, “From Confederation to Federation- Thoughts on the Finality of European Integration”, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/>. 20.9.2006.

<sup>31</sup> **Subsidiarity** (yetki ikamesi) prensibi; AB’nin münhasır yetkisine girmeyen alanlarda Birliğin ancak, “öngörülen hedeflere, üye devletlerin yapacağı işlemlerle yeterince ulaşamaması” ve “kapsamı ya da etkileri bakımından, Birlik işlemlerinin, hedefleri daha iyi gerçekleştirebilecek durumda olması” koşullarının varlığı halinde işlem yapabileceğini içeren bir prensiptir. Maastricht Andlaşması ile kurucu andlaşmalara kazandırılan bu prensip, ulus devletlerin kendi girişimleri ve imkanları ile uygulayabilecekleri yetkilerin, kural olarak onlar tarafından yerine getirilmesi esasına dayanmaktadır. Bkz. **VEGGELAND**, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

yetkilerin ayrı ayrı düzenlenmesini (ayrılığa dayalı federalizm), işbirliğini (işbirliğine dayalı federalizm) ya da yarışmayı öngören (yarışmacı federalizm) federal modellerin, yeni bir Avrupa federalizminin ana çizgilerinin belirlenmesinde dikkate alınabilecekleri savunulmaktadır<sup>32</sup>.

Söz konusu genel argümanlar çerçevesinde *devletsiz federalizm* esas itibariyle ulusal devletlerin bütünlüklerinin korunduğu, ulusal devletler karşısında merkezi otoritenin anayasal anlamda sınırlandırıldığı bir yapılanmayı öngörmektedir. Bu noktada *devletli federalizm* eğilimine yönelik olarak; merkezileşmeyi artıracığı, güçlü devletlerin konumunu pekiştireceği, zayıf devletleri etkisiz kılacağı eleştirileri yöneltilmektedir. Nitekim merkezi devlet yapısına ve ulus devlet kavramına yüklenen değerlere paralel olarak Fransa, süper devletli federalizme karşı olumsuz bir tutum içerisindedir. Ancak gevşek yapılı bir Avrupa ile bir yere varılamayacağını bilinci içinde de; hem Batı ve Doğu Almanya'nın birleşmesinin ardından, Birlik içinde Almanya lehine bozulan güçler dengesini yeniden kurmak, hem de ABD karşısında bağımsız bir yapılanma oluşturabilmek için uluslarüstü bir yapının kurulmasını istemektedir. Ancak bu yapı, süper devlet oluşumuna dayalı bir federasyon olmayıp, ulus devlet merkezli bir bütünleşmeyi öngörmektedir. "*Devletler (vatanlar) Avrupası*" olarak ortaya çıkan bu bütünleşme, esas itibariyle Anayasanın yapımına da destek vermektedir. Ancak bu Anayasanın varlığı ile ortaya bir devlet ya da süper devlet çıkmayacağı savunulmaktadır<sup>33</sup>. Nitekim Fransa Cumhurbaşkanı **Chirac**'nın AB'ne yönelik eleştiriler karşısında; "*Anayasa, Avrupa Birleşik Devletleri değil, devletler ve halkların Birleşik Avrupasını yaratıyor. Kimliğimizi koruyacağız*" yönündeki açıklaması, AB'nin federal yapılı bir "*devlet*" le sonlanmayacağı fikrine dayanmakta olup<sup>34</sup>; ayrıca Alman

---

<sup>32</sup> Bkz. **ODER**, s. 453.

<sup>33</sup> Bkz. **LEPSIUS**, M. Rainer, "The European Union as a Sovereignty Association of a Special Nature", <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f1201EN.html>, 28.2.2006.

<sup>34</sup> Aynı şekilde, Avrupa'nın Geleceği Konvansiyonunda, Fransız hükümetini temsil eden Avrupa Bakanı **Pierre Morcovici** de, ilk kez Avrupa Birleşik Devletlerinin kurulabileceğinden bahsederek medyada yankı uyandırmakla birlikte, Avrupa Birleşik Devletlerinin ulus devletlerin varlığına saygılı olması gerektiğini de eklemiş ve bu konuda ayrıca terminolojinin değil, içeriğin önemli olduğunu belirtmiştir. Bkz. **ALTINBAŞ AKGÜL**, Deniz, "Avrupa'nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?", [http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUvVz4qIYJ:www.avsam.org/english/ya\\_yinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006](http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUvVz4qIYJ:www.avsam.org/english/ya_yinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006).

kamu hukuku öğretisinden farklı olarak, anayasa-devlet ilişkisinin birbirinden ayrılamaz bir ilişki olmadığını savunan Fransız kamu öğretisi ile de paralellik arz etmektedir. Bu itibarla Anayasayı devletle açıklamayan gelenek nedeniyle Fransa'nın, AB'nin devletsiz Anayasasından söz etmekte zorlanmadığına işaret edilmektedir<sup>35</sup>. Bununla birlikte Fransa'nın, ulus devlet merkezli bütünleşmeye dayalı “*vatanlar Avrupası*” görüşü, basit bir devletler birliği yaklaşımına da dayanmayıp, ondan daha sıkı bir yapılanmayı yansıtmaktadır. Bundan dolayı Fransa'nın tutumunun ve daha somut olarak **Chirac**'nin, egemenlik yetkilerinden bir kısmının ortak kullanımına dayalı “*Birleşik Devletler Avrupası*” görüşünün<sup>36</sup>; konfederasyondan daha fazla, ancak süper devletli bir federasyondan daha az bir oluşumu içerdiğini<sup>37</sup> ve sözü edilen yönüyle devletsiz federalizmin; Fransa açısından, “*ihtiyatlı bir biçimde yorumlanan federalizm*” anlamına geldiğini söylemek mümkündür.

#### IV- FEDERAL YAKLAŞIMIN HUKUKİ VE KURUMSAL DÜZEYDEKİ YANSIMALARI

Buraya kadar üzerinde durulan farklı yönleriyle federalizm, esas itibariyle AB için farklı dönemlerde farklı amaçlar için savunulan bir yaklaşım olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim kuruluş yıllarında AB için federalizm; Avrupa ülkeleri arasında birliği, barışı ve zenginliği sağlayacak bir yöntem olarak değerlendirilirken; altmışlı yıllarda, üye devletlerin güç bakımından birbirini dengelemeleri amacıyla da dile getirilmiştir. Seksenli yılların federalizm tartışmalarında ve önerilerinde; Avrupa Parlamentosunun yetkilerinin artırılması, Konsey kararlarında oybirliği usulünün sınırlanması, tek pazarın tamamlanması ve parasal birlikten siyasal birliğe geçiş gibi temalar ön plana çıkmıştır<sup>38</sup>. Son yıllardaki federalizm tartışmalarında ise belirtilen hususlara ilave olarak; AB ile üye devletler arasındaki yetki dağılımının biçimsel bir Anayasa ile belirlenmesi, siyasi konularda ortak politikaların belirlenmesi ve

<sup>35</sup> Bkz. **ODER**, s. 188-189.

<sup>36</sup> Bkz. **LEPSIUS**, M. Rainer, “The European Union as a Sovereignty Association of a Special Nature”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f1201EN.html>, 28.2.2006.

<sup>37</sup> Belirtilen özellikleri dolayısıyla Fransa'nın bu yaklaşımının, İngiltere ve Almanya arasında yer alan “*üçüncü yol*” olarak nitelendirilmesi konusunda bkz. **ALTINBAŞ AKGÜL**, Deniz, “Avrupa'nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?”, <http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUBVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006>.

<sup>38</sup> **ODER**, s. 454.

buna bağlı olarak AB'nin uluslararası ilişkilerde etkin bir güç olarak ortaya çıkabilmesi hususları ileri sürülmüştür<sup>39</sup>.

**“Biçimsel anayasa”** fikri; **“ulusüstülük”** kavramı ile birlikte, Avrupa bütünleşmesine ilişkin kavrayışlarda federalleşme ile eş zamanlı ve birbirlerini tamamlayıcı olarak düşünülen bir husus niteliğindedir<sup>40</sup>. Nitekim siyasal alanda bu tartışma **Fischer**'in 2000 tarihli konuşması ile başlamış olup; burada Fischer, *“Avrupa bütünleşmesinde yeni bir atılım”*ın ve *“federal örgütlenme biçimine doğru bir evrim”*in gereğine işaret ederken; bu federasyonun, bir kurucu andlaşmayı temel almak zorunda olduğunu belirtmiştir. **Fischer**'e göre, *“Demokrasi sorununun çözülmesi ve yetkilerin hem yatay (örneğin, Avrupa kurumları arasında) ve hem de dikey olarak (örneğin; Avrupa, ulus devlet ve bölgeler arasında) yeniden düzenlenmesi, sadece Avrupa'nın yeni bir Anayasa oluşturmasıyla mümkün olabilecektir. Bu anayasanın temel eksenini ise federasyon ve ulus devletler arasındaki ilişkiler oluşturacaktır”*<sup>41</sup>.

Federalizm-biçimsel anayasa ilişkisine yönelik tartışmalar Anayasanın hazırlanması sürecine de damgasını vurmuş olup; bu hususta AB kurumları sözcüleri tarafından daha farklı yorumlarda bulunulmuş olmakla birlikte<sup>42</sup>; Anayasanın imzalanması bir çok yönden federalizme geçiş olarak yorumlanmıştır. Bu süreçte özellikle yetki dağılımını gösteren bir belge olarak Anayasa ile federalizm, adeta özdeşleştirilmiştir. Fakat buna karşılık **AB Anayasasında**, her şeyden önce *“federal”* kelimesine yer verilmeyip<sup>43</sup>; onun

---

<sup>39</sup> **CHURCH / DARDANELLI**, s. 178 vd.

<sup>40</sup> Bkz. **AUER**, s. 419 vd.; **PIRIS**, Jean-Claude, “Does the European Union have a Constitution? Does it need one?”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/000501.html>, 16.11.2005.

<sup>41</sup> Bkz. **FISCHER**, Joschka, “From Confederation to Federation-Thoughts on the Finality of European Integration”, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/>, 20.9.2006.

<sup>42</sup> Örneğin Anayasa Taslağı hazırlanırken, AB Komisyonu Başkanlığını yürüten **Romano Prodi** 2002 tarihinde Brüksel'de yaptığı konuşmada; AB'nin bir Anayasaya kavuşması gerektiğini, ancak bunun bir süper devlet oluşturmak anlamına gelmediğini, AB'nin; ülkelerarası bir ittifak veya bir federasyon değil, dünyada başka örneği olmayan gelişmiş *“uluslarüstü”* demokratik bir Birlik olduğunu vurgulamıştır. Bkz. **KARLUK**, s. 281.

<sup>43</sup> Böyle olmakla birlikte, AB Anayasasının ilk Taslağında; Anayasanın, *“üye ülkelerin siyasetlerinin eşgüdüm içinde yürütüleceği bir Birlik kurduğu, bu Birliğin federal bir zeminde belli ortak yetki alanlarını idare edeceği”* belirtilmiştir. Ancak daha sonra *“federal zemin”* ifadesinin tartışmalara yol açması üzerine, söz konusu ibare Taslaktan çıkarılmıştır. Bu süreçte özellikle



yerine önsözde “her zaman olduğundan daha yakın bir şekilde birleşmiş” ifadesi yer alırken<sup>44</sup>; ayrıca hazırlanan metin için “anayasa” yerine, “**Avrupa İçin Anayasal Anlaşma**” ifadesinin kullanılması da Birlik düzeyinde; “Anayasa”, “devlet”, “federalizm” kavramlarına yönelik hassas yaklaşımların göz önünde bulundurulduğunun bir göstergesi olarak ortaya çıkmaktadır<sup>45</sup>. Ancak bu şekilde ortaya konulan çekincelerin varlığı ile birlikte, Anayasanın diğer taraftan; Birlik düzeyinde iktidarın elde edilmesi, örgütlenmesi ve kullanımına ilişkin hükümleri bakımından birtakım federal unsurları taşıması da söz konusudur<sup>46</sup>. Nitekim Anayasada, her ne kadar Birlik ve üye ülkeler arasındaki ilişki bakımından “**federalizm**” kelimesinin kullanılmasından kaçınılmakla birlikte, “**Topluluk yöntemi**” terimine yer verilmektedir. **Madde I-1**’e göre; “... Birlik, üye devletlerin bu amaçlara ulaşma hedefindeki politikalarını koordinasyon içinde yürütür ve üye devletler tarafından kendisine verilen yetkileri Topluluk yöntemiyle uygular”. Bunun dışında federal unsurun bir yansıması olarak **I-6. maddede**; “Anayasa ile ve kendilerine verilen yetkilerin uygulanması sırasında Birlik kurumları tarafından kabul edilen hukuk, üye devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahiptir” ifadesi yer

İngiltere, AB’nin gelecekte federal bir düzeyde işletilmesinin kabul edilemez olduğunu, Avrupa’nın federal bir süper devlet olarak değil, bir “devletler birliği” olarak işbirliği yapması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. **FABBRINI**, Sergio/ **SICURELLI**, Daniela, “The Federalization of the EU, the US and ‘Compound Republic’ Theory: The Convention’s Debate”, Regional and Federal Studies, Vol.14, No.2, Summer 2004, s.248; **HOFFMANN/ SHAW**, s. 625.

<sup>44</sup> “Federal” kelimesi gerçekte, AB kurucu anlaşmalarının hiçbirinde açıkça yer almayıp; daha ziyade “yakın birlik” kavramı tercih edilmektedir. Bkz. **AUER**, s. 423. Nitekim AB’ni kuran Maastricht Andlaşmasının Giriş bölümünde; Roma Andlaşmasında yer alan, “Avrupa halkları arasında yakın birlik” ifadesi kullanılırken, Amsterdam Andlaşmasında da; “Andlaşma, Avrupa halkları arasında kararların, olabildiğince açık ve halklara olabildiğince yakın alındığı, her geçen gün daha yakın bir Birlik kurma sürecinde yeni bir aşamaya işaret etmektedir” ifadesi yer almaktadır.

<sup>45</sup> **HOFFMANN / SHAW**, s. 625; **ALTINBAŞ AKGÜL**, Deniz, “Avrupa’nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?”, <http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/eng-lish/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006>.

<sup>46</sup> Bunun bir tür “adı konmamış” ya da “üstü kapalı federalizm” olduğu konusunda bkz. **SELÇUK**, Engin, “Anayasasını Arayan Avrupa: Avrupa Anayasal Antlaşma Tasarısı Üzerine”, Hukuk ve Adalet, y. 1, sy. 3, Temmuz-Eylül 2004, s. 82.

almaktadır<sup>47</sup>. Birlik hukukunun ulusal hukuk karşısındaki önceliği/üstünlüğü, daha önce **ATAD** içtihatlarıyla benimsenmiş bir prensip olup; kurucu andlaşma metinlerinde yer almayan bu prensibin Anayasa metnine dahil edilmesinin, Avrupa'nın merkezileşmesi yönünde ciddi bir adım teşkil ettiği belirtilmekte ve bu sayede gelecek yıllarda **ATAD**'nın, bu normatif zemin üzerinde merkezileşme konusunda daha da cesur kararlar alabileceğine işaret edilmektedir<sup>48</sup>.

Belirtilenlerin yanında AB Anayasasında, federal devlet anayasaları ile benzerlik oluşturacak şekilde ve bu itibarla anayasa-federalizm özdeşliğinin kurulmasına yol açan bir özellik olarak; Birlik ile üye devletler arasındaki yetki dağılımına yer verilmekte ve bu bağlamda *münhasır yetkiler*<sup>49</sup>, *paylaşılan yetkiler*<sup>50</sup> ve *destekleyici, koordine edici ya da tamamlayıcı yetkiler*<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Söz konusu hükmün uygulamada gerçekleşmesini kolaylaştırmak bakımından, Anayasada üye devletlere yönelik olarak biri pozitif değeri negatif nitelikte olmak üzere iki tür yükümlülük öngörülmektedir. Bunlardan **I-5. maddenin 2. bendinin 2. fıkrasında** yer alan pozitif yükümlülüğe göre; “Üye devletler, Anayasadan kaynaklanan veya Birlik kurumlarının tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için, her türlü uygun, genel ya da özel tedbirleri alırlar”. 3. fıkrada yer alan negatif yükümlülük gereğince de; “Üye devletler, Birliğin görevlerinin yerine getirilmesini kolaylaştırırlar ve Anayasada ortaya konulan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye atan her türlü uygulamadan uzak dururlar”.

<sup>48</sup> Bkz. **AUER**, s. 428; **CHURCH / DARDANELLI**, s. 179; **ÖZCAN**, Mehmet, “Avrupa Birliği Anayasasının AB Kurumsal Yapısı Üzerine Etkileri”, AÜEHFD, c. IX, sy. 1-2, 2005, s. 226; Ayrıca söz konusu normatif hükmün, AB'nin federal özelliğini güçlendirmesinin yanında, **ATAD**'nin rolünü de, büyük ölçüde federal bir mahkeme ile karşılaştırılabilir hale getirdiği konusunda bkz. **FABBRINI/ SICURELLI**, s. 249.

<sup>49</sup> **Madde I-13**'e göre; “Gümrük birliği, iç pazarın işleyişi için gerekli olan rekabet kurallarının oluşturulması, euro para birimini benimseyen üye ülkeler için para politikası, ortak balıkçılık politikası çerçevesinde denizlerdeki biyolojik kaynakların korunması ve ortak ticaret politikası” münhasır yetkiye sahip olunan alanlardır.

<sup>50</sup> **Madde I-14**'e göre; “İç Pazar, III. Bölümde tanımlanan açılardan sosyal politika, ekonomik, toplumsal ve bölgesel uyum, denizlerdeki biyolojik kaynakların korunması dışında tarım ve balıkçılık, çevre, tüketicilerin korunması, ulaşım, Avrupa çapındaki şebekeler, enerji, özgürlük, güvenlik ve adalet alanı, III. Bölümde tanımlandığı biçimiyle kamu sağlığı konusunda ortak güvenlik meseleleri” paylaşılan yetkilere ait uygulama alanlarıdır.

kategoriye oluşturulmaktadır. **Münhasır yetkiler** alanında Birlik; hukuki açıdan bağlayıcı işlemler çıkarabilir ve kabul edebilirken, üye devletler de, ilgili işlemleri uygulamak için gerekli tüm ulusal hukuki önlemleri almayı taahhüt etmektedirler. **Paylaşılmış yetkiler** alanında ise, Birlik ve üye ülkeler, yasa çıkarma ve bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olmakla birlikte, “*üye ülkeler, bu kapsamda sahip oldukları yetkileri, Birliğin söz konusu yetkileri henüz kullanmadığı ölçüde ve kullanmaktan vazgeçmesi halinde kullanabileceklerdir*”. ‘Paylaşılmış yetkiler’ ifadesi, bu şekilde esas itibarıyla daha önceden ATAD tarafından geliştirilen ve herhangi bir alanda Topluluğun karar almaya başlaması durumunda, üye ülkelerin artık o alanla ilgili düzenleme yapamayacaklarına ilişkin olan “*doldurulmuş alan*” doktrininin Anayasa metnine dahil edilmiş biçimi olarak ortaya çıkmaktadır<sup>52</sup>. Böylece Birlik kurumlarının Anayasanın verdiği bu tür bir yetki ile, merkezileşmeyi daha da artırıcı yönde kararlar alabilmeleri mümkün hale gelirken; özellikle ATAD’nın da; içtihat hukukuyla geliştirmiş olduğu bu kavramın Anayasa içine alınması sayesinde, yorumlarında, Birlik hukukunun normatif supranasyonelliğini daha da güçlendirmesi söz konusu olacaktır<sup>53</sup>.

Sözü edilen özelliklerine karşılık AB Anayasası tam bir federal yapıyı da yansıtmayıp, bir çok açıdan da hükümetlerarası yönetim modelini ve konfederal unsurları da içermektedir. Nitekim bu yönüyle Anayasanın, siyasi bütünleşmeyi hızlandırmak isteyen ülkelerle hükümetlerarası yönetim biçiminin pekiştirilmesini savunan ülkeler arasında varılan bir uzlaşma olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu doğrultuda Anayasada, bir taraftan ulusal egemenlik tümüyle gözden çıkarılamazken, diğer taraftan sıkı bir Birlikten de vazgeçilememektedir. Esas itibarıyla Konvansiyon çalışmalarına damgasını vuran temel eğilimler de bir yanda, AB bütünleşmesini derinleştirmeden yana olanlar (federal eğilim) ile AB yapısının ulus devletler düzeyinde kalmasını savunanlar (konfederal eğilim) olmuştur. Fakat, farklı eğilimlerin bir uzantısı olarak AB Anayasası gerçekte, ne süper bir Avrupa devleti oluşturmakta ne de tamamen üye devletler düzeyinde gerçekleşen bir bütünleşme öngörmektedir. Söz konusu durum, “*biçimsel anayasa-federalizm*” arasındaki ilişkinin, ilgili metin bakımından mutlak ya da zorunlu bir ilişki olarak görülmemiştir;

<sup>51</sup> **Madde I-17**’ye göre; “*İnsan sağlığının korunması ve geliştirilmesi, endüstri, kültür, turizm, eğitim, mesleki eğitim, gençlik ve spor, sivil savunma, idari alanda işbirliği*” destekleyici, koordine edici ya da tamamlayıcı yetkilere ait uygulama alanlarıdır.

<sup>52</sup> Bkz. **ÖZCAN**, s. 229.

<sup>53</sup> Bkz. **ÖZCAN**, s. 229.

Anayasanın yapılmasında başka faktörlerin de<sup>54</sup>, ağırlıklı bir yer teşkil ettiğini ortaya koymuş olmasının yanında aynı zamanda; federal unsurların da tümüyle dışlanmadığını, hatta yukarıda değinildiği şekilde bazı hususlar yönünden federalizmin “*üstü örtülü*” bir biçimde benimsendiğinin de bir göstergesi olmaktadır.

AB bütünleşmesinde federal eğilimin kurumsal düzeydeki yansımalarını ise, özellikle bazı organların sahip olduğu bir takım özellikler dolayısıyla gözlemlemek mümkündür. Örneğin, AB'nin temel icra organı konumundaki **Komisyon**, öncelikle AB hukukunun; devletler, şirketler, örgütler ve Topluluk kurumları tarafından doğru uygulamasından sorumlu bulunmaktadır. Bu bağlamda yükümlülüklerini yerine getirmeyen şirketlere para cezası uygulayabileceği gibi, devletler aleyhine de Avrupa Adalet Divanında dava açabilmektedir. Öte yandan yasama sürecini başlatma yetkisine sahip kurum olarak Komisyon, AB Parlamentosuna ve Konseye önerilerde veya yasa tekliflerinde bulunmakta<sup>55</sup>; bunun dışında ise ayrıca AB bütçesini uygulamakta, Birliği uluslararası alanda temsil etmekte, Birliğin ticari ve diğer işlemlerini aktif olarak takip edebilmekte ve uluslararası anlaşmalara imza atabilmektedir. Belirtilen özellikleri çerçevesinde Komisyon, esas itibarıyla AB bütünleşmesi bakımından genel yararı gözetilen bir kurum niteliğine sahip bulunmaktadır<sup>56</sup>. Bu

---

<sup>54</sup> Bunlar arasında özellikle; genişleyen AB'ni, biriken sorunlar karşısında işleyen bir kurumsal yapıya kavuşturmak, Birlik organlarının hak ve özgürlüklerle sınırlı olduğunu daha açık bir biçimde göstermek, meşruluk sorununa hukuksal araçlar ile çözüm bulmak sayılabilir. Bkz. **ARCHICK**, Kristin, “The European Union in 2005 and Beyond”, <http://fpc.state.gov/documennts/organization/45220.pdf>, 16.9. 2006; **ODER**, s.509-510.

<sup>55</sup> Komisyon yasa tekliflerini hazırlarken, her şeyden önce Birlik çıkarlarını gözetmek durumundadır. Buna göre yasa teklifleri; üye ülkelerin ya da sektörel çıkarların değil, Birliğin ve bütün Birlik vatandaşlarının çıkarlarını yansıtmalıdır. İkinci olarak ise, yasa teklifine son şeklini vermeden önce konu ile ilgili tüm taraflardan görüş almak zorundadır. Üçüncü olarak da Komisyon, subsidiarity (yetki ikamesi) prensibine bağlı olarak; yapılacak bir yasa teklifinin üye devletlere bırakılması yerine, Birlik tarafından yürütülmesinin daha etkili olacağı durumlarda, Birliğin eylemde bulunması için teklifte bulunmalıdır. Bkz. **EGEBERG**, Morten, ‘How Federal? The Organizational Dimension of Integration in the EU (and elsewhere)’, *Journal of European Public Policy* 8:5, October 2001, s. 738-741.

<sup>56</sup> Bkz. **MCCORMICK**, s.11; **ARSLAN**, Rıza, “Avrupa Birliğinin Kurumsal Yapısı ve Karar Alma Süreçleri”, *Avrupa Birliği Ortak Politikalar Ve Türkiye*, Ed. Muhsin KAR\_Harun ARIKAN, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 81, 84-85;

bağlamda Komisyon üyeleri, görevlerini yerine getirirken üye ülke hükümetlerine karşı bağımsız olup; çalışmalarını ile ilgili olarak, herhangi bir hükümetten talimat almazlar. Ayrıca, Komisyon Başkanı da Birlik temsilcisi sıfatıyla uluslararası alanda Birlik çıkarları doğrultusunda faaliyet göstermektedir. Bununla birlikte Komisyonun bağımsız ve uluslararası niteliğini yansıtan bu tür özellikleri karşısında, hükümetlerarası eğilimi yansıtan özellikleri de bulunmaktadır. Nitekim yasa teklifi hazırlama yetkisine sahip olmakla birlikte Komisyon, AB'nin temel politikalarını ve önceliklerini belirlemeyip; bu alandaki sorumluluk, üye devletlerin bakanlarından oluşan Konseye ait bulunmaktadır<sup>57</sup>. Ayrıca Komisyon Başkanı ve üyelerinin atanması hususu da, farklı eğilimleri bir araya getiren temel bir konu olup; bugünkü yapılamada **AT Andlaşmasının 214. maddesinde, Nice Andlaşması** ile yapılan değişikliğe göre; *Komisyon Başkanı, üye ülkelerin devlet ve hükümet başkanlarından oluşan Avrupa Konseyi tarafından nitelikli oy çokluğu ile belirlenmekte ve daha sonra Avrupa Parlamentosunun onayına sunulmaktadır. Bu sürecin ardından Konsey, belirlenen Başkan ile birlikte ortak karar vererek, üye ülkeler tarafından yapılacak tekliflere uygun olarak Komisyonda görev yapacak Komiserleri belirlemektedir*<sup>58</sup>. Komisyonun konumu ve fonksiyonları, büyük ölçüde AB Anayasasında da korunmakla birlikte, üyelerin ve Başkanın

**FABBRINI/SICURELLI**, s. 237.; **DURA**, Cihan/**ATİK**, Hayriye, Avrupa Birliği Gümrük Birliği ve Türkiye, Genişletilmiş 2. baskı, Nobel Yayınları, Ankara 2003, s. 161; **BOZKURT**, Enver/**ÖZCAN**, Mehmet/ **KÖKTAŞ**, Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Genişletilmiş 2. baskı, Asil Yayınları, Ankara 2004, s. 106-107.

<sup>57</sup> Bütünleşmenin ilk yıllarına egemen olan federal siyasal yaklaşım, Komisyonun; "kurucu andlaşmaların motoru" olduğunu ve zamanla bir Avrupa hükümetine evrileceğini savunmakla birlikte Komisyon, bütünleşme süreci içinde her ne kadar özerk yapısını ve işlem sürecinin girişimcisi olma işlevini korusa da, siyasal yönelim ve ilkeleri belirleyecek "itici güç" olma işlevi, hükümetlerarası nitelikte AB Avrupa Konseyinde toplanmıştır. Dolayısıyla Komisyon, işlem sürecini başlatmakla birlikte, işlem içeriğinin şekillenmesinde siyasal üstünlük, AB Avrupa Konseyi yararına gerçekleşmiştir. Bkz. **ODER**, s. 395-396; **EGEBERG**, s. 739-740.

<sup>58</sup> Başkan ve Komiserler, daha sonra Komisyon olarak Avrupa Parlamentosunun onayına sunulmakta ve onaydan sonra da Konsey, nitelikli oyçokluğu ile karar vererek, Komisyon Başkanı ve üyelerini atamaktadır. Komisyon ayrıca daha sonraki süreçte de Avrupa Parlamentosuna karşı sorumlu olup; gerektiğinde güvensizlik sebebiyle, Parlamento tarafından feshedilebilecektir. Bkz. **ARSLAN**, s. 82.

belirlenmesi konusundaki mevcut sistem yeniden düzenlenmekte ve buna göre; Komisyon üyelerinin seçiminde son sözü söyleme yetkisi Komisyon Başkanına ait olurken<sup>59</sup>; Komisyon Başkanı ise bu kez, Avrupa Konseyinin nitelikli çoğunlukla aldığı bir kararla yapacağı teklif üzerine, Avrupa Parlamentosu tarafından üyelerin çoğunluğuyla seçilmektedir Komisyon Başkanının seçiminde izlenen bu yöntemin, genel olarak onu daha özerk bir konuma getireceğini söylemek mümkündür. Ancak söz konusu özerklik, üye devlet hükümetlerine karşı olup, Avrupa Parlamentosunu oluşturan temsilcilerin konumu ile karşılaştırıldığında daha az düzeyde bir özerkliğe karşılık gelmektedir<sup>60</sup>. Öte yandan böyle bir yöntemin; Birliği, federal bir yönetime yaklaştırmakla birlikte, bunun yeterli bir husus olarak görülemeyeceği de açıktır. Nitekim federal eğilimin bu konudaki temel önerisi somut olarak, Komisyon Başkanının doğrudan Avrupa Parlamentosu tarafından seçilmesi yönündedir. Dolayısıyla bu şekilde benimsenen bir yöntem dolayısıyla Anayasada, hem konfederal hem de federal eğilimin birarada yansıtılması söz konusu olmaktadır.

Kurumsal yapılanma içinde federal eğilimin üzerinde durduğu bir başka organ Parlamentosudur. Federal yaklaşım çerçevesinde **Parlamento**, uluslararası yasama gücüne sahip bir organ konumunda olmalıdır. Bugünkü yapısı itibarıyla Parlamento, ülkelerden bağımsız olarak doğrudan AB halklarının siyasi iradesini temsil eden, üyelerin kendi aralarında ulusal değil, siyasi gruplar oluşturdukları bir kurumdur. Bu itibarla üyeler Parlamentosunda, birer ulusal temsilci olarak değil, çeşitli siyasi grupların temsilcisi olarak bulunmaktadır. Ancak söz konusu yapılanmaya rağmen Avrupa Parlamentosu bugün, yasama faaliyeti bakımından tam ve tek yetkili bir organ konumunda değildir. Bununla birlikte, kurulduğu sırada yalnızca Danışma Meclisi konumunda olan Parlamento, zamanla evrimleşerek yetkilerini artırma yönünde önemli bir gelişme kaydetmiştir<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Başkan; dönüşüm sistemi esasıyla belirlenen, üye devletlerce teklif edilen üç isimlik listelerin her birinden birer kişi olmak üzere 13 kişiyi seçerek atamaktadır. Bundan sonra ise, Komisyon Başkanı ve Başkan yardımcısı (aynı zamanda Birlik Dışişleri Bakanı) da dahil olmak üzere Komisyonun tamamı, Avrupa Parlamentosunun onayına sunulmakta ve daha sonra da Avrupa Birliği Konseyinin nitelikli oyçokluğu ile kabulünün ardından göreve başlamaktadır. Anayasada, Komisyonun bir kurul olarak, Parlamento önünde sorumlu olduğunun belirtilmesinin yanında ayrıca, Komisyon Başkanının da Komisyon üyelerinin faaliyetlerinden dolayı kişisel olarak Parlamento önünde sorumlu olduğu hususu düzenlenmektedir. Bkz. **FABBRINI/SICURELLI**, s. 246-247.

<sup>60</sup> Bkz. **LAMING**, Richard, "Towards a Federal Europe", [http://www.federalunion.org.uk/europe/towards\\_federal.shtml](http://www.federalunion.org.uk/europe/towards_federal.shtml), 28.8.2006.

<sup>61</sup> Bkz. **EGEBERG**, s. 738; **MCCORMICK**, s.11.

Nitekim, **1975 tarihli Brüksel Andlaşması** ile Topluluk bütçesini reddetme hakkını kazanırken, aynı zamanda zorunlu olmayan harcamalar kaleminde de söz sahibi haline gelmiştir. 1979'da yapılan ilk doğrudan genel seçimler ile “*seçimle gelen organ*” sıfatını kazanan Parlamentonun, 1987 yılında yürürlüğe giren **Avrupa Tek Senedi** ile Topluluk hukukunun oluşturulmasındaki etkinliği artırılmıştır. Tek Senette bu amaçla öngörülen ‘*uygun görüş*’ ve ‘*işbirliği*’ usullerinin<sup>62</sup> kapsamı, daha sonra **Maastricht**’te önemli ölçüde genişletilirken; burada ayrıca Parlamento’ya, Komisyon ve Komisyon Başkanının atanmasında danışma yetkisi verilmiştir. Öte yandan Maastricht’te, yasama süreci ile ilgili olarak ‘*ortak karar usulü*’ yürürlüğe girmiş olup; bu usulde Parlamento, yasama sürecinde Bakanlar Konseyi ile birlikte ortak karar alıcılardan biri haline gelmekte ve yasama sürecini durdurma yetkisi kazanmaktadır<sup>63</sup>. Daha sonra kabul edilen **Amsterdam Andlaşması** da, bu süreci pekiştirici bir işlev görmüş<sup>64</sup> ve böylece Parlamentonun yetkileri artırılarak, Bakanlar Konseyine

<sup>62</sup> ‘*Uygun görüş*’ usulüne göre; Topluluk üyeliği ve ortaklık andlaşmaları konularındaki kararların yürürlüğe girebilmesi için Parlamentonun uygunluk görüşü gerekli iken; ‘*işbirliği usulü*’ ile, Topluluk tasarruflarında Konsey ile Parlamentonun işbirliği halinde hareket etmeleri öngörülmekte ve böylece Parlamentonun ilk defa karar alma sürecine doğrudan dahil olması sağlanmaktadır. Tek Senede göre bu süreç; vatandaşlıktan doğan ayrımcı işlemlerin önlenmesi, işçilerin serbest dolaşımı, teşebbüs hakkı ile ilgili yönetmelikler, yabancıların Topluluktaki teşebbüs hakkına ilişkin mevzuatın koordinasyonu, diplomaların karşılıklı tanınması, iç pazara ilişkin mevzuatın yakınlaştırılması, çalışma şartları, yapısal fonlarla ilgili yürütme kararları ile araştırma ve teknoloji alanlarındaki mevzuat çalışmalarında uygulanmaktadır. Ancak burada dikkati çeken husus, Parlamentonun bu işbirliği prosedüründe, yetkisinin sınırlı olmasıdır. Nihai kararı veren yine Konseydir. Parlamentonun katılımı, Komisyonun hazırladığı teklif üzerinde bildirdiği görüşün, Konsey tarafından ortak pozisyon (ortak görüş) alınırken dikkate alınması ve alınan bu ortak pozisyonun, Parlamentonun kabulüne sunulmasıdır. Parlamento kabul ederse Konsey, nitelikli çoğunlukla; reddederse, oy birliği ile karar almak zorundadır. Bkz. **ARNULL/DASHWOOD/ROSS/WYATT**, s.43-47; **KODAKCI**, s. 9, 37-40; **BOZKURT/ÖZCAN/KÖKTAŞ**, s. 36.

<sup>63</sup> Bkz. **LAMING**, Richard, “Towards a Federal Europe”, [http://www.federalunion.org.uk/europe/towards\\_federal.shtml](http://www.federalunion.org.uk/europe/towards_federal.shtml), 28.8.2006; **KODAKCI**, s. 10.

<sup>64</sup> Bu çerçevede ‘*işbirliği usulü*’ ortadan kaldırılırken, ‘*uygun görüş usulünün*’ uygulama alanı genişletilmiş ve birçok yeni alanda da ‘*ortak karar alma usulü*’ benimsenmiştir. Yeni düzenleme kapsamında ‘*ortak karar usulü*’ başlıca; iç pazar, işçilerin serbest dolaşımı, iş kurma serbestliği, işçilerin çalışma hakkı,

karşı daha da güçlendirildiği gibi; ayrıca Komisyonun oluşum aşamasında da, Parlamentonun onayı zorunluluğu getirilmek suretiyle bu süreçteki etkinliği de artırılmıştır<sup>65</sup>.

Parlamento, esas itibariyle AB Anayasasında da benzer yetki ve görevlerle donatılmakla birlikte, yasama sürecinde Bakanlar Konseyi karşısındaki konumuna, kurucu andlaşmalara göre daha fazla netlik kazandırıldığı görülmektedir. Buna göre Parlamento, Bakanlar Konseyi ile ortaklaşa olarak, Anayasada belirtildiği şekilde yasama ve bütçe faaliyetlerini yürütecek, ayrıca Komisyon ve Konsey üzerinde siyasi denetim yetkilerini kullanacak ve Komisyon Başkanı seçecektir. Bunun dışında **“ortak karar alma usulü”**, AB Anayasası ile esas yasama yöntemi haline getirildiği gibi; aynı zamanda fikri mülkiyet, enerji, sosyal güvenlik gibi alanların da ortak karar sürecine alınmasıyla Parlamentonun yetki alanı da büyük ölçüde genişlemekte ve böylece Birliğin kurumsal yapılanması içindeki rolü de güçlendirilmektedir<sup>66</sup>. Bununla birlikte gerek AB Anayasası öncesindeki durumu, gerekse Anayasa ile öngörülen düzenlemeler itibariyle Parlamento, anayasal anlamda **“yasa teklif etme yetkisine ve tekeline”** sahip olmayan bir kurumdur. Her ne kadar üyelerin çoğunluğu ile karar alarak Andlaşmanın uygulanmasını sağlamak için gerekli gördüğü durumlarda Komisyona, yasa teklif etmesi için taslak verebilirse de<sup>67</sup>; bu durum, Komisyon açısından, mutlak şekilde yasa teklif etme sürecinin başlatılması anlamına gelmediği gibi; Parlamentonun da, federal eğilimin talep ettiği şekilde uluslararası yasama gücüne sahip organ sıfatını kazanması bakımından yeterli bulunmamaktadır<sup>68</sup>.

---

eşit ücret, tüketicinin korunması, eğitim, kültür, sağlık, Avrupa ötesi ağlar konularında uygulanacaktır. **DURA / ATİK**, s. 167-168; **KODAKCI**, s. 56.

<sup>65</sup> Bkz. **LAMING**, Richard, “Towards a Federal Europe”, [http://www.federalunion.org.uk/europe/towards\\_federal.shtml](http://www.federalunion.org.uk/europe/towards_federal.shtml), 28.8.2006; **KODAKCI**, s. 55-56.

<sup>66</sup> Bkz. **FABBRINI/SICURELLI**, s. 246; **KARLUK**, s. 288; **ARCHICK**, Kristin, “The European Union in 2005 and Beyond”, <http://fpc.state.gov/document/organization/45220.pdf>, 16.9.2006.

<sup>67</sup> AT Andlaşması 192. madde, AB Anayasası Madde I-331.

<sup>68</sup> Sözü edilen durum esas itibariyle Birlik açısından, **“demokratik meşruiyetin”** tam olarak bulunmadığının ya da demokrasi eksikliğinin bir göstergesi olarak da değerlendirilmekte ve bu bağlamda Parlamentoya yasama sürecini başlatma yetkisinin verilmesi ve Komisyonun bu alandaki tekelinin kaldırılması önerilmektedir. Bu itibarla, AB bünyesinde demokrasiyi artırıcı bazı önlemler ile federal eğilimin belirli yöndeki argümanlarının örtüştüğünü söylemek mümkündür. Nitekim Parlamentonun, yasama yetkisine sahip olacak şekilde



Komisyon ve Parlamentonun bu şekilde ortaya çıkan yapısına karşılık, **ATAD**; AB'nin kurumsal mekanizması içinde, özellikle yerine getirdiği işlev bakımından federal özellikleri daha güçlü bir biçimde yansıtan bir kurum olarak belirmektedir. Bağımsız yargı organı niteliğindeki ATAD öncelikle, kurucu andlaşmaların ve diğer Birlik mevzuatının yorumlanması bakımından önemli bir işleve sahip olup; sözü edilen süreçte esas itibarıyla, yasa metinlerinin lafzına değil, amacına bakarak geliştirdiği yorum yöntemi aracılığıyla; Birlik hukukunun önceliği, üstünlüğü, doğrudan etkisi, üye devletlerin egemenlik sınırlaması vb. olmak üzere içtihat yoluyla birçok kavram geliştirmiş durumdadır<sup>69</sup>. Özellikle ulusal hukuk normlarının anayasal doğası veya daha sonra yürürlüğe girmiş olsalar bile, Birlik hukukuyla çatışmaları durumunda, Birlik hukuk normlarının üstün geleceğine ilişkin olan "*üstünlük prensibi*" ile ATAD'nın, bir uluslararası andlaşmanın uygulanmasını gözeten bir yargı organının sıradan konumundan çıkarak, "*ulusal hukuk*" ile "*Birlik hukuku*" arasındaki ilişkiyi belirleyen organ haline geldiğine işaret edilerek; söz konusu prensibin aynı zamanda, Birliği de federal bir modele dönüştüren unsur olduğu belirtilmektedir<sup>70</sup>. Bu doğrultuda ATAD; konuyla ilgili kararlarında genel olarak, Birlik hukukunun ulusal hukuk sistemlerinden bağımsız ve hiyerarşik olarak da onların üzerinde yer alan bir hukuk sistemi olduğunu ileri sürmektedir<sup>71</sup>.

yeniden yapılandırılması yanında; Bakanlar Konseyinin, Parlamentonun ikinci meclisi olacak şekilde yeniden yapılandırılması ve Komisyonun da etkin bir yürütme organı olacak şekilde ele alınması belirtilen duruma örnek teşkil edecek hususlar olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>69</sup> Bkz. **COSTA**, Olivier, "The European Court of Justice and Democratic Control in the European Union", Journal of European Public Policy 10:5, October 2003, s. 741 vd.; **CICHOWSKI**, Rachel A., "Integrating the Environment: the European Court and the Construction of Supranational Policy", Journal of European Public Policy 5:3, September 1998, s.387 vd.; **HOFFMANN / SHAW**, s. 631; **AUER**, s. 428; **LYNCH**, s. 45.

<sup>70</sup> **HOFFMANN/SHAW**, s.631; **AUER**, s.428; **ODER**, s.488; **FABBRINI/SICURELLI**, s.237; **CICHOWSKI**, s.389 vd.

<sup>71</sup> Bkz. Van Gend / Loos, 5.2.1963, 26/62, European Court Reports 1963, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:..4.10.2005>; Les Verts, 23.4.1986, 294/83, European Court Reports 1986, [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&l..5.9.2005](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&l..5.9.2005); 1/91 sayılı Görüş, 14.12.1991, European Court Reports 1991, [http:// europa.eu.int/ smartapi/ cgi/ sga\\_doc?smartapi! celexplus!prod! CELEXnumdoc&l..5.9.2005](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&l..5.9.2005).

ATAD, içtihat yoluyla geliştirdiği bu tür bir eğilime paralel olarak, AB hukukunun bir örnek uygulanması konusunda da önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Nitekim Birlik yönergelerini iç hukukuna tam olarak yansıtmayan ve zamanında adapte etmeyen üye devletlerle; Birlik hukukunu ihlal ederek, bireylere zarar veren devletleri tazminata mahkum eden kararları; bir yandan bireylerin devlete karşı korunmasına ve devletin sorumluluğu ilkesinin doğmasına yol açarken<sup>72</sup>, diğer yandan Birlik hukukunun üye devletlerde aynı biçimde uygulanmasının da önemli bir güvencesi olmuştur. Bu süreçte öncelikle; kişilerin, malların ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin verdiği kararlarla ATAD, “*daha yakın işbirliğinin temin edilmesi*” konusunda önemli katkılar sağlarken<sup>73</sup>; aynı zamanda AB mevzuatı yönünden, “*boşluk doldurma yetkisi*” kazandıktan sonra almış olduğu bazı kararları dolayısıyla da, federal özelliklere sahip bir Birlik mevzuatının gelişmesi yönünde önemli bir işlev görmüştür. Belirtilen hususlar dolayısıyla ATAD ile ilgili olarak, kurucu andlaşmaları anayasallaştırdığı ve böylece Avrupa’da federal tipte bir yapının Anayasal çerçevesini oluşturduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır<sup>74</sup>. Nitekim ATAD, başlangıçtan bu yana Topluluğu oluşturan kurucu andlaşmaların Anayasa sayılabileceği ve bunlara dayanan devletlerüstü bir hukuk olabileceği doğrultusunda yorum getirmiştir<sup>75</sup>. Bu durum bir yandan, AB bütünleşmesi bakımından, biçimsel anlamda olmasa da maddi anlamda Anayasanın varolduğunun yargı düzeyinde kabul edildiğinin bir göstergesi olurken; diğer yandan AB’ne yönelik ulusalüstü yaklaşımın da önemli bir yansıması olmuştur. AB Anayasasında Adalet Divanı Başlık IV, madde I-28’de; “*Avrupa Birliği Adalet Divanı*” adıyla düzenlenmektedir. Önemli bir değişikliğin bulunmadığı ATAD bakımından Anayasanın en önemli özelliği; daha önce de işaret edildiği

---

<sup>72</sup> Bu konuda bkz. **TALLBERG**, Jonas, “Supranational Influence in EU Enforcement: The ECJ and the Principle of State Liability”, *Journal of European Public Policy* 7:1, March 2000, s.104 vd.

<sup>73</sup> **COSTA**, s.743; **DELANEY**, Erin, “Managing in a Federal System without an ‘Ultimate Arbiter’: Kompetenz- Kompetenz in the EU and the Ante-bellum United States”, *Regional and Federal Studies*, Vol.15, No.2, June 2005, s. 230; **BOZKURT/ÖZCAN/KÖKTAŞ**, s. 112-113; **WEILER**, J.H.H. / **HALTERN**, Ulrich R., “The Autonomy of the Community Legal Order Through the Looking Glass”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610-The-2.html>, 27.10.2005; **KARLUK**, s. 250-251.

<sup>74</sup> Bkz. **DELANEY**, s. 230.

<sup>75</sup> Bkz. **SPIERMANN**, Ole, “The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, No. 4, 1999, s.764; **ODER**, s. 167 vd.; **LYNCH**, s. 45.

gibi, bugüne değin içtihat yoluyla geliştirilmiş olan bazı kavramların (*üstünlük, doldurulmuş alan*) Anayasa metnine dahil edilmeleri ve böylelikle, özü itibariyle federal eğilimin bir göstergesi niteliğindeki bu düzenlemelerle; ATAD'nın, merkezileşme konusunda bundan sonra alacağı kararlara normatif bir temel sağlanmış olmasıdır.

AB bütünleşmesinde federal eğilimin yerinin saptanması bakımından, karar alma süreçlerinde “*oybirliği*” ya da “*oyçokluğu*” yöntemlerinden hangisinin baskın olduğu da önem taşıyan bir husustur. Bunlar arasında federal eğilimle örtüşen yöntem çoğunluk kuralı olup; bu yöntem gereğince, herhangi bir resmi düzenlemenin, muhalefet edilse dahi, ona muhalif kalan üye ülkelerde de geçerli olması söz konusudur<sup>76</sup>. Böylelikle Birlik düzeyinde merkezileşmeyi artıran yönüyle, federal eğilimin bir argümanı olarak beliren çoğunluk karar usulü, *1966 Lüksemburg uzlaşmasının*<sup>77</sup> ardından Konseyde pratik olarak kapalı tutulan bir yöntem olmakla birlikte, iç pazarın tam olarak kurulabilmesi; gerekli kararların zamanında alınmasını zorunlu kıldığından, Tek Avrupa Senedi ile uygulamanın yeniden başlatılması söz konusu olmuştur<sup>78</sup>. Tek Senedin

<sup>76</sup> Bkz. **BÖRZEL**, Tanja A./ **RISSE**, Thomas, “Who is Afraid of a European Federation? How to Constitutionalise a Multi- Level Governance System”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0101.html>, 1.10.2005.

<sup>77</sup> *Lüksemburg uzlaşması*; Fransa'nın, Komisyonun uluslararası bürokratik yapısını ve Bakanlar Konseyindeki nitelikli oyçokluğu uygulamasını protesto ederek, 1965 yılının son altı ayında, Konseyin toplantılarına katılmaması sonucu ortaya çıkan “*boş koltuk krizi*” sonrasında varılan uzlaşmadır. Buna göre; üye ülkelerin hayati nitelikteki ulusal çıkarlarını etkileyen her karar, oybirliği sağlanıncaya kadar ertelenecektir. Nitekim uzlaşma metnine göre, “*Komisyonun önerisi üzerine gündeme gelen ve salt çoğunluk ile karar alınması gereken durumlarda, bir veya daha fazla ortağın hayati çıkarları tehlikede olursa, Konsey üyeleri; Andlaşmanın 2. maddesinde belirtilen ulusal ve Topluluk çıkarlarına saygı göstererek, Konseyin tüm üyeleri tarafından kabul edilebilir bir sonuç alınıncaya kadar uygun bir süre çaba gösterecektir*”. Bu uzlaşmanın pratikteki sonucu, Konsey kararlarının oybirliği ile alınması eğiliminin artması ve karar alma mekanizmasının önemli ölçüde yavaşlaması olmuştur. Bkz. **KODAKCI**, s. 30; **GELBER**, s. 207; **ARNULL/DASHWOOD/ROSS/WYATT**, s. 50-51.

<sup>78</sup> Böylece Konseyin kararlarındaki oybirliği şartı kaldırılarak; tam üyelik, mali konular, kişilerin serbest dolaşımı ve üye ülkelerde çalışanların hakları ve çıkarları konuları dışında kalan alanlarda nitelikli çoğunluk kuralı benimsenmiştir. Bkz. **KODAKCI**, s. 37-38; **LAMING**, Richard, “Towards a Federal Europe”, <http://www.federalunion.org.uk/europe/towardsfederal.shtml>, 28.8.2006; **TRECHSEL**, s.406; **KARLUK**, s. 64.

ardından Maastricht'te de, giderek daha çok alanda kararların, Bakanlar Konseyinde üye devletlere veto yetkisi anlamına gelen oybirliği yerine, nitelikli oy çokluğu ile alınması hususu benimsenirken<sup>79</sup>; 1997 Amsterdam Andlaşması da nitelikli oy çokluğu prosedürünün uygulama alanını genişleterek, Bakanlar Konseyinin karar alma sürecindeki etkinliğini artırmıştır. Söz konusu usul ayrıca Nice Andlaşmasının da temel gündem maddeleri arasında yer almış ve AB liderleri birçok önemli alanda daha oybirliğinden oy çokluğu ilkesine geçilmesini kararlaştırmışlardır<sup>80</sup>. Bununla birlikte özellikle Almanya, İngiltere ve Fransa'nın itirazları üzerine, AB liderleri; vergilendirme, göçmenler, sınır kontrolü, sağlık, eğitim ve kültür konularında ise oy birliğinden oy çokluğuna geçişle ilgili olarak uzlaşmaya varamamışlardır.

Karar yöntemine ilişkin olarak AB Anayasasında benimsenen sistem ise, 1 Kasım 2009'dan itibaren geçerli olacak şekilde, aksi belirtilmedikçe **nitelikli oy çokluğu** esasıdır. **Nitelikli çoğunluk**, Konseyin üye sayısının %55'i ve AB nüfusunun %65'idir<sup>81</sup>. 1 Kasım 2009'a kadar ise, her bir üye devletin belirli bir oranda oy ağırlığına sahip olduğu **Nice Andlaşmasının hükümleri**<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> Buna göre Konsey genelde nitelikli çoğunlukla karar alacak, bazı hususlarda da oybirliği ilkesi korunacaktır. Örneğin, Topluluktaki sosyal şartların yakınlaştırılmasına İngiltere'nin karşı çıkması üzerine, diğer üye ülkeler; sağlık, bilgilendirme ve işçilerin katılımı, iş alanında kadın erkek eşitliği gibi konularda nitelikli çoğunlukla karar almak için bir protokol oluşturmuşlardır. Öte yandan Maastricht Andlaşmasının "*Adalet ve İç İşleri Alanında İşbirliği*" sütununa ilişkin, "*medeni hukuk*", "*göç*" ve "*iltica*" konularında; kararların, 1.5.2004'e kadar oybirliği ile alınması, bu tarihten itibaren sözü edilen konularda oy çokluğuna geçilmesi kararlaştırılmıştır. Bkz. **KARLUK**, s. 99,108.

<sup>80</sup> Bunlar arasında; vatandaşların serbest dolaşımını kolaylaştırıcı önlemler, sanayi politikası, üçüncü ülkelerle ekonomik, mali ve teknik işbirliği, üye ülke yasalarının uyumlaştırılmasını gerektirmeyecek bir şekilde ayrımcılıkla mücadeleyle teşvik edecek önlemler, üye ülkelere yönelik acil yardımlar, yapısal fonlar ve uyum fonu, euro'ya geçişi hızlandıracak teknik önlemler yer almaktadır. Bkz. **KARLUK**, s. 145-146.

<sup>81</sup> **Madde I-25/1.** Bununla birlikte Avrupa Konseyinin ve Bakanlar Konseyinin, Komisyonun teklifi veya AB Dışişleri Bakanının inisiyatifi üzerine hareket etmediği durumlarda nitelikli çoğunluk, üye ülkelerin %72'si (2/3) ve AB nüfusunun %65'i (3/5) anlamına gelecektir. Bkz. **Madde I-25/2.**

<sup>82</sup> **Nice Andlaşması**, esas itibariyle büyük devletlere Bakanlar Konseyinde daha fazla oy hakkı tanıyarak, nüfus faktörünün karar alma sürecindeki etkinliğini artıran bir andlaşma olmuştur. Nitekim 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere ağırlıklı oy oranları; Almanya, İngiltere, Fransa ve İtalya için 29 olurken, İspanya ve Polonya için 27, Hollanda için 13, Belçika, Yunanistan,

geçerli olacaktır. Böylece Avrupa Konseyi ve Bakanlar Konseyinde, nitelikli oyçokluğu sistemi kural haline getirilerek; ulusal vetolar, dış politika ve vergilendirme gibi kısıtlı bir alanla sınırlandırılmıştır<sup>83</sup>.

Benimsenen karar yöntemi ile bağlantılı olarak AB sürecinde federal eğilimin temel yansıması, esas itibariyle kendisini **bütünleşmenin derinleşmesi** ile göstermektedir. Nitekim *tek pazar aşamasından, parasal birliğin sağlanmasına ve ortak para biriminin kullanılmasına geçiş ve ayrıca Birlik yurttaşlığının önem kazanması* AB içinde federal özellikleri artıran gelişmeler olmuştur. Bunlardan tek pazarın hukuki temelini, **Avrupa Tek Senedi** oluşturup; söz konusu metin, iç pazarın 1992 yılı sonuna kadar tamamlanması için gerekli olan temel hukuki yapıyı ortaya koymaktadır<sup>84</sup>. Tek Senetle ayrıca Topluluğun yetki alanları; sosyal politika, ekonomik ve sosyal birleşme, parasal kapasite, araştırma ve teknolojik gelişme ve çevre konularında genişletilirken, dış politika konusunda da Avrupa İşbirliğinin sağlanması<sup>85</sup> amaçlanmıştır. Ekonomik ve parasal birliğin sağlanmasına ilişkin dayanak ise, **Maastricht Andlaşması** olup; daha sonra Andlaşmanın öngördüğü çerçevede tüm Topluluk düzeyinde, tek para politikasını yürütecek bir Avrupa Merkez Bankaları sistemi kurulmuş ve 1 Ocak 1999'dan itibaren "*Euro*" adı verilen tek Avrupa parası, kabul eden ülkeler bakımından kaydi para ve hesap birimi olarak yürürlüğe konulmuştur. Belirlenen takvim uyarınca 2002 yılında ise, ulusal paraların tümüyle tedavülden kalkması ve ekonomik faaliyetlerde sadece euro'nun kullanılması planlanmıştır. Söz konusu gelişmeler, AB sürecinde önemli adımlar niteliğinde olup; paranın, egemenliği yansıtan en önemli sembollerden biri olduğu göz önünde tutulduğunda, euro'nun fiilen kullanıma girmesi ve üye

---

Portekiz, Macaristan, Çek Cumhuriyeti için 12 olarak belirlenmiştir. Nice Andlaşmasındaki oylama mekanizmasına göre de; yasa tasarılarının kanunlaşabilmesi için Bakanlar Konseyinde; Birliğin toplam nüfusunun %62'si, üye ülkelerin çoğunluğu ve nitelikli çoğunluk olmak üzere üçlü çoğunluğun sağlanması gerekmektedir. Bkz. **KODAKÇI**, s. 60-61.

<sup>83</sup> **KARLUK**, s. 288, 289.

<sup>84</sup> Bkz. **FOLLESDAL**, Andreas, "Towards a Stable Finalité with Federal Features? The Balancing Acts of the Constitutional Treaty for Europe", *Journal of European Public Policy* 12:3, June 2005, s.573; **KARLUK**, s. 61,64.

<sup>85</sup> Buna göre, Topluluk üyelerinin, Avrupanın dış politikasının formüle edilmesinde ve uygulanmasında, ortaklaşa hareket etmeleri teşvik edilecektir (**madde 30/1**). Ayrıca bu ortak politikanın, uluslararası kuruluşlarda ve konferanslarda da izlenmesi öngörülmektedir. Tek Senet, siyasi işbirliği konusunda bir başkanlık oluşturmakta ve Konseye liderlik eden ülkenin bunu gerçekleştirmesini benimsemektedir. Bkz. **KARLUK**, s. 59; **BÖRZEL**, s. 226.

devletlerin para birimlerinin ortadan kalkmış olması, Avrupa Birliğinde, ekonomik bütünleşme yönünde bir federasyon modeline ne kadar çok yaklaşıldığının bir göstergesi niteliğinde bulunmaktadır<sup>86</sup>. Sözü edilen duruma ek olarak Andlaşmada, nitelikli çoğunlukla karar alınan bazı alanlarda (araştırma ve teknolojik gelişme, çevre, sosyal politika) Topluluğun yetkileri artırılırken, ayrıca; haberleşme, enerji, tüketicinin korunması, sanayi politikası, sağlık, kültür gibi yeni bazı alanlarda da Topluluğa yetki tanınmıştır. Belirtilen alanlar esas itibariyle, **Maastricht Andlaşması** ile ortaya konulan üç sütunlu yapının birinci sütununda yer alan **Avrupa Toplulukları** alanına dahil olup, daha sonra **Amsterdam Andlaşması** ile Birliğin bu alandaki yetkilerinin bazı konular (tüketimin korunması, kamu sağlığı) bakımından da genişletilmesi söz konusu olmuştur. Amsterdam Andlaşması ile ayrıca, ikinci ve üçüncü sütunlarda (**Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası ile Adalet ve İçişleri Alanında İşbirliği**), üye ülkeler arasında daha geniş işbirliği öngörülürken; üçüncü sütundaki polis işbirliği ve sınır yönetimi gibi bazı alanlar da ilk sütuna aktarılmıştır. Andlaşmanın önemli bir özelliği, “*daha yakın işbirliği*”nin benimsenmesi olup; söz konusu kavram çerçevesinde Amsterdam Andlaşması; daha etkili bir dış ilişkiler öngören, Birlik vatandaşlığı konusuna daha olumlu yaklaşan, kurumsal yapının daha fazla yeterli olmasını amaçlayan bir gelişme olarak belirmektedir<sup>87</sup>.

“*Federal*” ibaresine yer verilmemekle birlikte, **AB Anayasasında** federal eğilimin önemli bir yansıması, Maastricht’te öngörülen sütunlu birleşik yapının tekleştirilmesi ile kendisini ortaya koymuştur. AB’ne açıkça tüzel kişilik tanınan metinde, sütunlu bileşik yapı tamamen ortadan kaldırılmakta, bu bağlamda “**Ortak Güvenlik ve Dış Politika**”, “**Birliğin Dış Faaliyetleri**” başlığı altında ifadesini bulurken; “**Adalet ve İçişlerinde İşbirliğine İlişkin Politikalar**”, Birliğin dış sınırlarının denetimi, sığınma ve göç politikaları ile birlikte; “**Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı**” başlığı altında toplanmaktadır. Bunlardan “**Ortak Güvenlik ve Dış Politika**” alanında temel aktörler; yine Avrupa Konseyi ve üye devletler olmakla birlikte, bu alandaki temel yenilik; Birliğin, ilgili alandaki politikalarını yürütecek bir Avrupa Birliği Dışişleri Bakanı oluşturulmuş olmasıdır. Dolayısıyla sözü edilen alanda yürütülen

---

<sup>86</sup> Bkz. **DARDANELLI**, Paolo, “Conclusions: Comparative Federalism and the Constitutional Treaty”, Regional and Federal Studies, Vol. 15, No. 2, June 2005, s.262; **YLIDIZ**, Mircan, “Bütünleşme Biçimleri ve Avrupa Birliği”, <http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/ekim99/butunn.htm>, 7.10.2005; **FİŞNE**, Mustafa, “Avrupa Birliğinin Doğuşu ve Gelişimi”, Avrupa Birliği Ortak Politikalar ve Türkiye, Ed. Muhsin KAR- Harun ARIKAN, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 64.

<sup>87</sup> Bkz. **KARLUK**, s. 99; **KODAKCI**, s. 53.

politikalar, bundan böyle üye devletlerin ortak faaliyet alanı olmaktan ziyade, Birliğe ait bir alan olarak değerlendirilecektir. “**Adalet ve İçişlerinde İşbirliği**” alanında ise, Birlik faaliyetlerini mümkün kılacak tarzda uluslararası suçlara ilişkin bir tanımlama önerilirken; “**polis ve cezai konularda adli işbirliği**” alanında da, olağan yasama prosedürü çerçevesinde, yasaların ve çerçeve yasaların kabulüyle Birliğe, ilgili alanda işbirliğini geliştirme imkanı tanınmaktadır<sup>88</sup>. Sütunlu birleşik yapının tekleştirilmesi dışında ayrıca Anayasada yer alan; “*Birliğe aidiyetten kaynaklanan hakların askıya alınması*” (madde I-59) ve “*Birlikten gönüllü çekilme*” (madde I-60) hükümleri de; federal anayasalardaki, federe devletin, federal hukuka zarar verici davranışlarının önüne geçilmesini hedefleyen düzenlemelerini çağrıştırdığı gibi<sup>89</sup>; öte yandan, her vatandaşın, hem kendi ülkesinin hem de AB’nin vatandaşı olmasının öngörülmesi de federalizmle örtüşen bir diğer unsur olarak belirmektedir. Sözü edilen düzenleme Maastricht andlaşmasında benimsenen yaklaşımın tekrarı olup; esas itibarıyla, yabancılara karşı ayrımcılık yapılmaması gerektiğinin altı çizilmek suretiyle de çifte vatandaşlığın oluşturulabilmesine imkan tanınmaktadır.

AB bütünleşmesinde federal eğilimi yansıtan bir özellik olarak ortaya çıkan, ancak farklı yorumları da beraberinde getiren bir diğer husus, **subsidiarity (yetki ikamesi) prensibinin** varlığıdır. Maastricht Andlaşması ile AB terminolojisine giren subsidiarity (yetki ikamesi) prensibi uyarınca; münhasır yetkisine girmeyen, ancak paylaşılmış yetkiler alanında kalan bir konuda Birliğin işlem yapma yetkisi başlıca; “*öngörülen hedeflere, üye devletlerin yapacağı işlemlerle yeterince ulaşılamaması*” ve “*kapsamı ya da etkileri bakımından, Birlik işlemlerinin, hedefleri daha iyi gerçekleştirebilecek durumda olması*” koşullarının varlığına bağlı bulunmaktadır<sup>90</sup>.

Belirtilen yönüyle **subsidiarity (yetki ikamesi) prensibinin**; doğrudan federalizme bağlı bir içeriğe sahip olduğu, söz konusu prensip ile, Birlik organlarına yeni bir hukuksal yetki tanındığı ve böylece Birlik hedeflerinin genişlediği ve merkezi otoritenin güçlendirildiği hususları öne sürülmektedir. Bu görüşü savunanlarca subsidiarity (yetki ikamesi) prensibi, Birlik organlarına yönelik bulunmakta ve üye devlet ile Birlik ilişkisini düzenlemektedir.

<sup>88</sup> Bkz. SELÇUK, s. 82-83.

<sup>89</sup> Bkz. SELÇUK, s. 84.

<sup>90</sup> Ayrıca bu koşulların varlığı halinde Birlik işlemleri, öngörülen hedeflere ulaşmak için gerekli olanla yetinmek ve bu sınırı aşmamak zorundadırlar. Bkz. ODER, s. 472-473. VEGGELAND, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

Dolayısıyla söz konusu prensip aracılığı ile, Birlik bünyesinde iki ayrı yetki düzeyi bulunduğu altı çizilmiş olmakta ve merkezdeki otoritenin girişimde bulunması için gerekli koşullar belirlenerek, bunlar yerleşik ve kurallı duruma getirilmektedir<sup>91</sup>. Buna karşılık daha farklı bir yorumla, subsidiarity prensibinin, Birliğin yetkisini genişletme eğilimine bir sınırlama teşkil ettiği, çünkü münhasır yetki dışındaki alanlarda Birliği ancak “*belli sınırlar içinde*” girişimde bulunabilecek bir konuma getirdiği ve bu bağlamda söz konusu prensibin ulusal egemenliğin ya da konfederal eğilimin bir yansıması olarak görülebileceği de ileri sürülmektedir<sup>92</sup>.

Farklı yorumlar çerçevesinde, AB'nin yetkilerine ilişkin olarak “*sınırlı yetki prensibi*”nin geçerli bulunduğu dikkate alındığında, subsidiarity (yetki ikamesi) prensibinin, esas itibarıyla Birliğin yetkisini genişletme eğilimine bir sınırlama getirdiğini ve üye devletlerin bu konudaki hassasiyetlerinin dikkate alındığını söylemek mümkündür. Nitekim **AB Anayasasının**, Birliğin yetkilerini düzenleyen **Başlık III kısmının 1-11. maddenin 3. fıkrasında**, “*Birlik yetkilerinin sınırları, yetkilendirme ilkesine göre belirlenir. Birlik yetkilerinin kullanımı, ikincillik ve oransallık ilkelerine göre icra edilir*” hükmü yer alırken, **2. fıkrada da**; “*Birlik, yetkilendirme ilkesi kapsamında, üye devletler tarafından Anayasada belirtilen hedeflere ulaşmak için, Anayasada kendisine verilen yetkilerin sınırları dahilinde hareket eder. Birliğe Anayasa ile verilmemiş yetkiler üye devletlere aittir*” hükmü öngörülmektedir. Böylece ilgili hükümlerle bir yandan, egemenlik yetkilerinin sınırsız ve belirsiz olarak devredilmediği ortaya konulurken, aynı zamanda ikincillik ve orantılılık ilkeleri

---

<sup>91</sup> Bkz. **CHURCH/ DARDANELLI**, s. 179; **CHRYSSOCHOOU**, s. 758; **DELANEY / SMITH**, s. 133; **VEGGELAND**, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006; **ODER**, s. 472-473; **ÇAKIR**, s. 16; **DEDEOĞLU**, Beril, “Avrupa Birliği Örgütlenme Modeli ve Subsidiarite Prensibi”, *Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet*, Edip F. ÇELİK’e Armağan, Yay. Haz. Turgut TARHANLI, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 104.

<sup>92</sup> Bkz. **VEGGELAND**, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006; **DELANEY, Erin/SMITH, Julie**, “Introduction: Europe’s Constitutional Future-Federal Lessons for the European Union”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No. 2, June 2005, s.133-134; **CHRYSSOCHOOU**, Dimitris N., “Civic Competence and the Challenge to EU Polity-Building”, *Journal of European Public Policy* 9:5, October 2002, s. 758.



ile de Birliğin yetkisini genişletme eğilimine bir sınır çizilmiş olmaktadır<sup>93</sup>. Ancak diğer taraftan, Birlik bütünleşmesinin derinleşmesi ya da bütünleşme konularının genişlemesi ölçüsünde, subsidiarity prensibinin de Birlik yetkilerinin artışı yönünde bir işlev göreceğini ileri sürmek mümkün olabilecektir. Çünkü bütünleşme alanları genişledikçe, öngörülen hedeflerin, Birlik işlemleri ile daha iyi gerçekleştirilebileceği kolaylıkla savunulabilecektir. Dolayısıyla subsidiarity prensibinin konumu, uygulamada, Birlik bütünleşmesinin düzeyine bağlı olarak değişebilecek bir husus olup; bütünleşme derinleştikçe, söz konusu kavram, federal yaklaşımın önemli bir argümanı olarak yorumlanabilirken; ulus devletlerin inisiyatifi arttıkça ya da bütünleşme süreci yavaşladıkça da konfederal eğilime uygun bir içerikte değerlendirilebilecektir.

#### V- SONUÇ

AB bütünleşmesi bağlamında federalist eğilimin, esas itibarıyla monolitik bir yapı arzemesi söz konusu olmayıp; farklı yorumlanma ve algılanma biçimleri mevcut bulunmaktadır. Nitekim bunlar arasında yer alan **devletli federalizmde** AB; bir “*devlet/federal devlet*” olarak sonlanacak bir yapı olarak tasarlanırken; **devletsiz federalizmde** de AB’nin, aynı şekilde “*federalizmle sonlanması*” tasarlanmakla birlikte, federalizmin “*devlet*” dışında da uygulanabilecek bir örgütlenme modeli olduğu kabul edilmektedir.

Farklı yorumlanma ve algılanma biçimleriyle federalizm, esas olarak AB bütünleşmesi içinde farklı dönemlerde değişik biçimlerde yansıma bulmuştur. Her şeyden önce yakın dönemdeki somut bir gelişme olarak *Anayasanın imzalanması*, bir çok yönden federalizme geçiş olarak yorumlanmış ve bu bağlamda örneğin; *yetki dağılımının ve üstünlük/öncelik prensibinin* kabul edildiğine işaret edilmiştir. Bunun dışında AB bütünleşmesinde federal eğilim; *kurumsal düzeyde* olmak üzere, özellikle *Komasyon, Parlamento ve ATAD gibi kurumların birtakım özellikleri ve işlevleri* dolayısıyla ortaya çıktığı gibi; *karar alma süreçlerinde benimsenen oy çokluğu yöntemi* de, Birlik düzeyinde merkezileşmeyi artıran yönüyle, federal eğilimin bir argümanı olarak belirmiştir. Öte yandan genel olarak bütünleşmenin kapsamı bakımından değerlendirildiğinde de; *tek pazar aşamasından, parasal birliğin sağlanmasına ve ortak para biriminin kullanılmasına geçiş ve ayrıca Birlik yurttaşlığının önem kazanması da* AB içinde federal özellikleri artıran gelişmeler olmuştur.

<sup>93</sup> Bunun önemli bir nedeni olarak, subsidiarity prensibinin aynı zamanda AB içindeki demokrasi açığını gidermek için de kullanılması konusunda bkz. **VEGGELAND**, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

Bununla birlikte sözü edilen gelişmelerin varlığı şüphesiz; AB'nin son şeklini aldığı, merkezileşmiş bir federasyon olarak değerlendirilebileceği ya da konfederal unsurların tümüyle etkisini yitirdiği anlamına gelmemektedir. Gerçekte kurucu andlaşmalarda sürekli olarak, “*daha yakın bir birlik sağlanması*” ve “*üye devletlerin işbirliğini artırmaları*” öngörülmekle birlikte; AB bütünleşmesinin federalizmle sonlanacağı ya da sonlanması gerektiği hususunda, esas itibariyle üye devletler arasında bir görüş birliği mevcut değildir. Her ne kadar federalizmin klasik ve genel anlamına uygun şekilde, egemenlik yetkilerinin kullanımı bakımından AB ve üye devletler arasında yetki paylaşımının varlığı öngörülmekte ise de; AB, özü itibariyle anayasal anlamda ya da klasik tipte bir federasyonun tüm unsurlarını bünyesinde taşıyan bir yapılanma niteliğinde bulunmamaktadır. Nitekim klasik federal devletlerde, merkezi düzeyde ele alınan dış politika, güvenlik, savunma gibi konuların AB yapılanmasında üye devletlere bırakılması, belirtilen duruma önemli bir gerekçe teşkil ettiği gibi; birtakım alanlarda benimsenen oy birliği yöntemi yanında ayrıca, kurumsal yapı bakımından değerlendirildiğinde de özellikle, Parlamentonun yasama sürecini başlatan ve bu gücü kullanan tek organ olmayıp, temel karar organı konumundaki kurumun, hükümet temsilcilerinden oluşan Bakanlar Konseyi oluşu ve bunun dışında üye devletlerin, devlet ve hükümet başkanlarından oluşan AB Avrupa Konseyinin, siyasi yönelim ve ilkeleri belirleyecek itici güç olarak öne çıkması da AB'ni klasik tipte bir federasyondan farklılaştırmaktadır. Çalışmamızın II. Kısmını teşkil eden ‘*AB Bütünleşmesinin Biçimi Üzerine Farklı Yaklaşımlar: Konfederal Yaklaşım ve Bugünkü Yapılanma*’ başlıklı incelemede de görüleceği üzere; federal unsurların yanında bu tür konfederal özelliklerin ve argümanların da yer alması, gerçekte AB'ni net bir model olarak tanımlanmaktan uzaklaştırmaktadır. Ancak birtakım federal özellikleri çerçevesinde de AB, esas itibariyle “*tamamlanmamış federalizm*” anlamında; ulus devletlerin varlıklarını sürdürdükleri, güçlü ve merkezi bir federasyon olmayan fakat, federal özelliklerin de tümüyle reddedilmediği yeni bir bütünleşme örneği olarak belirlemektedir. Bu durum federalizm ve AB ilişkisi bakımından, karşılıklı bağımlılığa yol açan şartlar ve uluslararası gelişmelere bağlı olarak beliren zorunluluklar çerçevesinde, farklı ve kendine özgü bir model ortaya koymaktadır.

#### **KAYNAKÇA**

**ALTINBAŞ AKGÜL**, Deniz, “Avrupa'nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?”, <http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006>.

**ARCHICK**, Kristin, “The European Union in 2005 and Beyond”, <http://fpc.state.gov/documents/organization/45220.pdf>, 16.9.2006.

**ARNULL**, Anthony/ **DASHWOOD**, Alan/**ROSS**, Malcolm/**WYATT**, Derrick, European Union Law, Fourth Edition, Sweet&Maxwell, London 2000.

**ARSLAN**, Rıza, “Avrupa Birliğinin Kurumsal Yapısı ve Karar Alma Süreçleri”, Avrupa Birliği Ortak Politikalar Ve Türkiye, Ed. Muhsin KAR\_Harun ARIKAN, Beta Yayınları, İstanbul 2003. (s. 75-98)

**AUER**, Andreas, “The Constitutional Scheme of Federalism”, Journal of European Public Policy 12:3, June 2005. (s. 419-431)

**BOZKURT**, Enver/**ÖZCAN**, Mehmet/ **KÖKTAŞ**, Arif, Avrupa Birliği Hukuku, Genişletilmiş 2. baskı, Asil Yayınları, Ankara 2004.

**BÖRZEL**, Tanja A., “Mind the Gap! European Integration between Level and Scope”, Journal of European Public Policy 12:2, April 2005. (s. 217-236)

**BÖRZEL**, Tanja A./ **RISSE**, Thomas, “Who is Afraid of a European Federation? How to Constitutionalise a Multi- Level Governance System”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0101.html>, 1.10.2005.

**CHRYSSOCHOOU**, Dimitris N., “Civic Competence and the Challenge to EU Polity-Building”, Journal of European Public Policy 9:5, October 2002. (s. 756-773)

**CHURCH**, Clive/**DARDANELLI**, Paolo, “The Dynamics of Confederalism and Federalism: Comparing Switzerland and the EU”, Regional and Federal Studies, Vol. 15, No.2, June 2005. (s. 163-185)

**CICHOWSKI**, Rachel A., “Integrating the Environment: the European Court and the Construction of Supranational Policy”, Journal of European Public Policy 5:3, September 1998. (s. 387-405)

**COSTA**, Olivier, “The European Court of Justice and Democratic Control in the European Union”, Journal of European Public Policy 10:5, October 2003. (s. 740-761)

**ÇAKIR**, Armağan Emre, Avrupa Bütünleşmesinin Siyasal Kuramları, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

**DARDANELLI**, Paolo, “Conclusions: Comparative Federalism and the Constitutional Treaty”, Regional and Federal Studies, Vol. 15, No. 2, June 2005. (s. 259-269)

**DEDEOĞLU**, Beril, “Avrupa Birliği Örgütlenme Modeli ve Subsidiarite Prensipleri”, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, Edip F. ÇELİK'e Armağan, Yay. Haz. Turgut TARHANLI, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995. (s. 100-105)

**DEDEOĞLU**, Beril, “Avrupa’da Siyasal Bütünleşme: “Birlik” Modelinin Yeniden Düzenlenmesi”, Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni

Bakışlar, Der. Faruk SÖNMEZOĞLU, Der Yayınları, İstanbul 1998. (s. 355-378)

**DELANEY**, Erin/**SMITH**, Julie, “Introduction: Europe’s Constitutional Future-Federal Lessons for the European Union”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No. 2, June 2005.(s. 131-143)

**DELANEY**, Erin, “Managing in a Federal System without an ‘Ultimate Arbiter’: Kompetenz- Kompetenz in the EU and the Ante-bellum United States”, *Regional and Federal Studies*, Vol.15, No.2, June 2005. (s.225-244)

**DURA**, Cihan/**ATİK**, Hayriye, *Avrupa Birliği Gümrük Birliği ve Türkiye*, Genişletilmiş 2. baskı, Nobel Yayınları, Ankara 2003.

**EGEBERG**, Morten, ‘How Federal? The Organizational Dimension of Integration in the EU (and elsewhere)’, *Journal of European Public Policy* 8:5, October 2001.(s.728-746)

**ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005.

**FABBRINI**, Sergio/ **SICURELLI**, Daniela, “The Federalization of the EU, the US and ‘Compound Republic’ Theory: The Convention’s Debate”, *Regional and Federal Studies*, Vol.14, No.2, Summer 2004. (s. 232-254)

**FISCHER**, Joschka, “From Confederation to Federation-Thoughts on the Finality of European Integration”, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/english/>. 20.9.2006.

**FİŞNE**, Mustafa, “Avrupa Birliğinin Doğuşu ve Gelişimi”, *Avrupa Birliği Ortak Politikalar ve Türkiye*, Ed. Muhsin KAR- Harun ARIKAN, Beta Yayınları, İstanbul 2003. (s. 55-73)

**FOLLESDAL**, Andreas, “Towards a Stable Finalité with Federal Features? The Balancing Acts of the Constitutional Treaty for Europe”, *Journal of European Public Policy* 12:3, June 2005. (s. 572-589)

**GELBER**, Harry G., *Sovereignty Through Interdependence*, Kluwer Law International, London 1997.

**HAZIR**, Hayati, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler)*, SÜHF Yayınları, Konya 1990.

**HOFFMANN**,Lars/**SHAW**, Jo, “Constitutionalism and Federalism in the ‘Future of Europe’ Debate: The German Dimension”, *German Politics*, Vol. 13, No.4, December 2004.(s. 625-644)

**KARLUK**, Rıdvan S., *Avrupa Birliği ve Türkiye*, 8. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

**KODAKCI**, Devrim, Genişleme, Avrupa Birliğinde Demokrasi Eksikliği ve Çözüm Önerileri, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Ulusal Program Dairesi, Ankara 2004.

**LAMING**, Richard, “Towards a Federal Europe”, <http://www.federalunion.org.uk/europe/towardsfederal.shtml>, 28.8.2006.

**LEPSIUS**, M. Rainer, “The European Union as a Sovereignty Association of a Special Nature”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f1201EN.html>, 28.2.2006.

**MALAMUD**, Andrés, “Spillover in European and South American Integration An Assessment”, <http://136.142.158.105/Lasa2001/MalamudAndres.pdf>, 24. 8. 2006.

**MCCORMICK**, John, Understanding the European Union A Concise Introduction, 3rd Edition, Macmillan, NewYork 2005.

**MISA**, Thomas J./**SCHOT**, Johan, “Inventing Europe: Technology and the Hidden Integration of Europe”, History and Technology, Vol.21, No.1, March 2005. (s. 1-9)

**ODER**, Bertil Emrah, Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul 2004.

**ÖZCAN**, Mehmet, “Avrupa Birliği Anayasasının AB Kurumsal Yapısı Üzerine Etkileri”, AÜEHFD, c. IX, sy. 1-2, 2005.(s. 207-239)

**PIRIS**, Jean-Claude, “Does the European Union have a Costitution? Does it need one?”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/000501.html>, 16.11.2005.

**RISSE**, Thomas, “Neofunctionalism, European Identity, and the Puzzles of European Integration”, Journal of European Public Policy 12:2, April 2005. (s. 291-309)

**SCHMITTER**, Philippe C., “Neo-Neo-Functionalism”, <http://www.ieu.it/SPS/People/Faculty/Curret-Professors/PDFFiles/SchmitterPDFfiles/NeoNeo-functionalismRev.pdf>, 15. 8.2006.

**SPIERMANN**, Ole, “The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order”, European Journal of International Law, Vol. 10, No. 4, 1999. (s. 763-789)

**TALLBERG**, Jonas, “Supranational Influence in EU Enforcement: The ECJ and the Principle of State Liability”, Journal of European Public Policy 7:1, March 2000. (s. 104-121)

**TRECHSEL**, Alexander H., “How to Federalize the European Union...and Why Bother”, Journal of European Public Policy 12:3, June 2005.(s. 401-418)

**UYGUN**, Oktay, Federal Devlet, Çınar Yayınları, İstanbul 1996.

**UYGUN**, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale7.htm>, 23.3.2005.

**VEGGELAND**, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

**WEILER**, J.H.H. / **HALTERN**, Ulrich R., “The Autonomy of the Community Legal Order Through the Looking Glass”, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/96/9610-The-2.html>, 27.10.2005.

**YILDIZ**, Mircan, “Bütünleşme Biçimleri ve Avrupa Birliği”, <http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/ekim99/butunn.htm>, 7.10.2005.

## AB BÜTÜNLEŞMESİNİN BİÇİMİ ÜZERİNE FARKLI YAKLAŞIMLAR: KONFEDERAL YAKLAŞIM VE BUGÜNKÜ YAPILANMA (II)

Yrd. Doç. Dr. Reyhan SUNAY\*

### Özet

AB bütünleşmesinin biçimi üzerindeki bir diğer yaklaşım konfederalizmdir. Konfederal yaklaşım, AB bağlamındaki bütünleşme kuramlarından başlıca ‘hükümetlerarası yaklaşım’ ile örtüşmektedir. Ulus ve ulus devlet kavramlarının korunmasına vurgu yapılan söz konusu kuramda, AB’nin bir ‘devletler topluluğu’ olduğu kabul edilmektedir.

AB içinde konfederal yaklaşımın başlıca yansımaları arasında; oy birliği yönteminin benimsenmesi, dış politika ve savunma konularının üye devletlere bırakılması, temel karar organının Bakanlar Konseyi oluşu, Parlamentonun zayıf bir yapılanmaya sahip bulunması hususları yer almaktadır. Buna karşılık AB birtakım federal özellikleri de taşıması nedeniyle tam bir konfederasyon niteliğinde bulunmamaktadır. AB esas itibarıyla federal ya da konfederal kategorilerin sadece birine indirgenemeyen, her birine ait unsurların birarada karmaşık bir şekilde yer aldığı bir oluşum olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu oluşum; üye devletlerin varlıklarını korudukları, ancak salt devletler birliğinin ötesinde bulunan, federal unsurların da yer aldığı, ancak tam bir federal karakter taşımayan, farklı ve kendine özgü bir yapılanmaya karşılık gelmektedir.

**Anahtar kelimeler:**Konfederalizm, hükümetlerarası yaklaşım, devletler(uluslar) Avrupası, AB Anayasası, subsidiarity prensibi.

### Abstract

Another approach on the integration of European Union is confederalism. Confederal approach is tallying with the ‘intergovernmental approach’ among the integration theories within European Union context. European Union is accepted as a ‘states community’ in such theory that the protection of the concepts of ‘nation’ and ‘nation state’ are emphasized.

Adopting the method of unanimity, leaving the subjects of foreign politics and defense to the member states, Council of Ministers to be the main

---

\* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

decision making council and the matter of the Parliament's weak structuring are among the main reflections of the confederal approach in EU. However, EU is not qualified as a full confederation since it has some federal characteristics. As a matter of fact, EU can not be demoted only into federal or confederal categories; it is evaluated as a structure in which every element from both approaches take place in a complex way. Such structure corresponds to the formation in which member states keep their existence but being beyond the only union of states; in which there are federal elements but not having a full federal character and a structure which is different and specific.

**Key Words:** Confederalism, intergovernmental approach, states (nations) Europe, EU Constitution, principal of subsidiarity.

## I- GİRİŞ

*“Daha esnek bir Avrupa”* biçiminde yansıma bulunan konfederalizm, AB bütünleşmesinin biçimi üzerindeki bir diğer yaklaşımı oluşturmaktadır. Söz konusu yaklaşım, merkezi ve güçlü bir Avrupa yapılanmasına karşılık; ulusal değerlerin korunduğu, ortak karar alma organlarının ekonomik ilişkiler bağlamında bir kısım konularla sınırlandırılacağı ve ortak bir iç güvenlik ve dış politika yapılanmasından kaçınacak şekilde, bir *“ulus devletler birliği”* olarak ortaya çıkmaktadır. Tarihsel bakımdan federalizme göre daha yeni olan konfederal yaklaşımda merkezi ve güçlü bir yapılanmaya karşı çıkılmakta, onun yerine hükümetler düzeyinde bir iş birliğinin sağlandığı ve ulus devletlerin sağlam zeminine dayalı bir yapı desteklenmektedir. Bu yönüyle konfederal yaklaşım, federal yaklaşıma karşı geliştirilmiş tepkici bir tez niteliğinde bulunmaktadır.

Tepki niteliği çerçevesinde konfederalizm 1960'lı yıllardan bu yana; *“devletler (uluslar) Avrupası”* söylemi bağlamında, AB'nin gelişim aşamalarına, tıpkı federalizm gibi çeşitli biçimlerde yansıtılmıştır. Bu durum AB Anayasası metni bakımından da geçerli olup; Anayasa sonuç itibarıyla federal özelliklerin yanında, konfederal nitelikli bir takım öneri ve görüşlerin de hukuki düzeyde karşılık bulduğu bir metin olarak ortaya çıkmıştır.

Belirtilen çerçevede çalışmamızın bu kısmında da, öncelikle konfederal yaklaşımı, temel argümanlarını ve hukuki metinlere hangi biçimlerde yansıtıldığı hususlarını ele alacağız. Bunun dışında ise ayrıca çalışmamın ilk kısmında ele alınan federal yaklaşımla da bağlantılı olacak şekilde, mevcut yapının hangi unsurları ve prensipleri içerdiğini ortaya koymaya çalışacağız.

## II- GENEL OLARAK KONFEDERAL YAKLAŞIM

Geniş anlamıyla konfederasyon; iki ya da daha fazla devlet tarafından oluşturulan, federal devletten daha gevşek nitelikli tüm siyasi örgütlenmeleri ifade etmektedir. Bu bağlamda NATO ve AGİT gibi kurumsal yapılara ve karar



alma mekanizmalarına sahip birliklerin yanısıra; ikili ticaret andlaşmaları ile kurulan geçici nitelikli örgütlenmeleri de konfederasyon kavramı ile adlandırmak mümkündür. Bunun yanında daha dar kapsamlı ve somut düzeydeki tanımı çerçevesinde ise konfederasyon; egemen devletlerin, egemenliklerini yitirmeksizin ortak ve sınırlı menfaatlerini sağlamak amacıyla oluşturdukları, gelişmiş ortak kurumlara sahip birlikler için kullanılmaktadır. Bu anlamda konfederasyonda egemen devletler, belirli amaçlara ulaşmak için süreklilik arzeden bir genel yönetim (ortak organlar) oluşturmaktadırlar. Üye devletler ile oluşturulan genel yönetim arasında eşitlik söz konusu olmayıp, konfederal organlar üye devletlere bağlı bulunmaktadır<sup>1</sup>.

Belirtilen yönleriyle gerçekte bir devletler topluluğu niteliğinde olan konfederasyonda, üye devletler egemenliklerini ve uluslararası kişiliklerini korumakta ve egemen devletler olarak uluslararası ilişkilere girebilmektedirler. Dış politikanın ve askeri güçlerin kontrolünün de esas olarak üye devletlerin elinde bulunduğu bu yapılanmadan, devletlerin ayrılma hakları da bulunmaktadır<sup>2</sup>. Bunun dışında, gücün bağımsız devletler tarafından kullanıldığı konfederal sistemde, merkezi/genel yönetim, yetkisini devletlerden almakta olup; bu yönetimin, halk üzerinde doğrudan bir otoritesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla konfederasyonda halkın, merkezi/genel yönetimle ilişkisi dolaylı bir nitelik arz etmektedir. Sözü edilen durum da, gücün; merkezi yönetimle devletler arasında bölündüğü, her bir yönetim düzeyinin yetkilerini halktan aldığı ve halk üzerinde doğrudan bir otorite kullandığı federal sistemlerden farklı bir özellik olarak ortaya çıkmaktadır<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Bkz. **ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005; **UYGUN**, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale7.htm>, 23.3.2005; **HAZİR**, Hayati, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler), SÜHF Yayınları, Konya 1990, s. 34.

<sup>2</sup> **MCCORMICK**, John, Understanding the European Union A Concise Introduction, 3rd Edition, Macmillan, NewYork 2005, s.6; **UYGUN**, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale7.htm>, 23.3.2005; **ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005.

<sup>3</sup> Bkz. **MCCORMICK**, s. 7.

Hukuki niteliği itibarıyla uluslararası andlaşma ile kurulan konfederasyonda, belirtilen özellikler çerçevesinde üye ülkelerin kimliği ve organları esas olup; üye devletleri zorlayan bir yaptırım gücü bulunmamaktadır. Üye devletlerin, ulusal bağımsızlıklarını koruma esasına dayanan bu yapılanmada, konfederal organların kendilerine verilen yetkilerin dışına çıkmaları söz konusu olmayıp; asıl karar alma ve son sözü söyleme yetkisi üye devletlere ait bulunmaktadır. Bu itibarla konfederal yapıda, devletlerin tümünü kapsayan yeni bir üst devlet kurulması söz konusu olmamakta; burada üye devletler, kendi egemenliklerini genel yönetime ya da yüksek bir otoriteye devretmeyip; bu otoriteye yalnızca birtakım sınırlı haklar tanımaktadırlar<sup>4</sup>.

AB bakımından da konfederalist yaklaşım esas olarak, ülkelerin ulusal egemenliklerinden vazgeçmeksizin, işbirliğine girme konusundaki anlaşmalarına dayanmaktadır. Bu yaklaşımda da, üye devletlerin tümünü kapsayan yeni bir “*üst devlet*” kurulması amaçlanmamakta, egemen devletlerin kendi ulusal yapılarını koruyacakları bir örgütlenme çerçevesinde biraraya getirilmeleri öngörülmektedir. Bu doğrultuda konfederal yaklaşım, AB bağlamındaki bütünleşme kuramlarından başlıca “**hükümetlerarası yaklaşım**” ile örtüşmekte olup; Birlik düzeyinde söz konusu kuram; federalist ya da yeni işlevselci yaklaşımlarca vurgulanan “*merkezi*”lik ve “*uluslarüstülük*” unsurlarına karşı bir tepki ve karşı iddia olarak ortaya çıkmıştır. Ulus ve ulus devlet kavramlarının korunmasına vurgu yapılan ve böylece üye devletlerin “*Andlaşmaların Efendileri*” olarak değerlendirildikleri hükümetlerarası yaklaşıma göre; “*bütünleşme*” olgusuyla, “*ulusların otoritesinin ve bütünlüğünün korunması*” birbirine karşıt hususlar olmayıp; böyle bir olguyla gerçekleştirilmek istenen; aralarındaki anlaşmazlıkların giderilmesi için, savaşı bir olasılık olmaktan çıkararak ve birbirlerine çeşitli yönlerden bağımlı bulunan devletleri, ortak sorunların çözülebilmesi bakımından, kendi bütünlüklerini yitirmemek koşuluyla biraraya getirmektir. Böylece hükümetlerarası yaklaşımda, “*biraraya gelme edimi*”, “*bütünleşme*” kavramıyla eş anlamlı olarak değerlendirilmiş olmakta ve buna göre; ortak kurumların sayısının ve yetkilerinin en alt düzeyde tutulduğu böyle bir bütünleşmede, ulusların bütünlüğü ve otoriteleri de korunmuş olmaktadır<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Bkz. ALTINBAŞ AKGÜL, Deniz, “Avrupa’nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?”, [<sup>5</sup> Bkz. SAWIŃSKA, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002, \[226\]\(http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf,”</a></p></div><div data-bbox=\)](http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006; MCCORMICK, s. 6-7.”</a></p></div><div data-bbox=)

Ulusal olanı ve devleti merkeze alan hükümetlerarası yaklaşımın bu çerçevedeki önemli bir argümanı, AB'nin uluslararası hukukun geleneksel kalıpları çerçevesinde ele alınabileceğidir. Nitekim bu doğrultuda; AB hukukunun ve özellikle kurucu andlaşmaların, özerk ve uluslarüstü bir hukuk düzeni oluşturmadığı, bunların uluslararası hukukun geleneksel kuralları ile kavranılabileceği; öte yandan ATAD'nın Birlik hukukunun ve özellikle Birlik organlarının yetkilerinin üstün ve tek yorumcusu sıfatını taşıyamayacağı; üye devletlerin, Birliğe devrettikleri yetkilerin içeriğini belirlemede son sözü söyleme yetkisine sahip oldukları ileri sürülmektedir<sup>6</sup>. Hükümetlerarası yaklaşımda AB esas itibariyle; “*egemen devletlerin karşılıklı etkileşim biçimi*” ya da “*bir eşgüdüm formu*” gibi algılanmakta ve “*özerk devletlerin hukuk ve eylem topluluğu*” anlamında AB'nin, “*bir devletler topluluğu*” olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla devlet unsurunun ve üye devletlerin özgünlüğünün vurgulandığı bu yaklaşımda, sonuç itibariyle işbirliğine dayalı, hükümetlerarası bir yapı savunulmaktadır<sup>7</sup>.

İşbirliğine dayalı bir yapıyı savunan özelliği ile hükümetlerarası yaklaşım, Avrupa bütünleşmesini esas itibariyle, 1960'lerden başlayarak, **De Gaulle**'ün, Atlantik'ten Urallar'a uzanan Avrupa düşüncesi bağlamında “*vatanlar Avrupası*” söylemine oturtmuş durumdadır. 1950'lerden itibaren Avrupa federalistlerinin argümanları arasında yer edinen uluslarüstülüğe karşıt bir düşünce olarak ortaya çıkan “*vatanlar Avrupası*”; federal Avrupa söylemi olan “*vatanların Avrupası*”nın aksine, uluslarüstü (supranational) olmayan, egemen devletlerin klasik işbirliğine dayalı bir Avrupa bütünleşmesini öngörmektedir. Nitekim “*vatanlar Avrupası*” kavramı çerçevesinde De Gaulle; Avrupanın gerçeğinin ve köşe taşlarının devletler olduğunu, devletlerin dışında ve üstünde kalan bir şeyin halklar tarafından kabul edilmeyeceği gibi, etkili de olmayacağını, bu süreçte devletlerarası kuruluşların oluşturulmasının daha uygun olacağını belirtmektedir. De Gaulle'e göre; yalnızca teknik bir değer

---

12.10.2006; **RISSE**, Thomas, “Neofunctionalism, European Identity, and the Puzzles of European Integration”, *Journal of European Public Policy* 12:2, April 2005, s. 300; **EGEBERG**, Morten, “How Federal? The Organizational Dimension of Integration in the EU (and elsewhere)”, *Journal European Public Policy* 8:5, October 2001, s. 729; **ÇAKIR**, ARMAĞAN Emre, *Avrupa Bütünleşmesinin Siyasal Kuramları*, Beta yayınları, İstanbul 2001, s.19-20.

<sup>6</sup> Bkz. **ODER**, Bertil Emrah, *Avrupa Birliğinde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul 2004, s.386; **NEYER**, Jürgen, “Explaining the Unexpected: Efficiency and Effectiveness in European Decision-Making”, *Journal of European Public Policy* 11:1, February 2004, s.24.

<sup>7</sup> Bkz. **ODER**, s. 385.

taşıyan bu kuruluşlar, otoriteye ve siyasi etkilige sahip bulunmayıp, işbirliğine dayalı hükümetlerarası bir yapı çerçevesinde işleyeceklerdir<sup>8</sup>.

Fransa eksenli olarak ortaya çıkan bu yaklaşımın, sonraki dönemlerde de İngiltere tarafından savunulması söz konusu olmuştur<sup>9</sup>. AB'ne üye olmasından itibaren İngiltere, esas itibariyle ekonomik ve siyasi bütünleşmenin geliştirilmesine yönelik her yeni teşebbüste, belli bir sınıra kadar bütünleşmeyi savunan ve egemenlik yetkilerinin başka bir üst birime devrini gerektirmeyen konfederalist ya da ulus devletçi bir tutum ortaya koymuştur<sup>10</sup>. Bu bağlamda üyeliğinin başlangıcında, Topluluğun bütçesine yönelik yaptığı itirazlar<sup>11</sup>;

---

<sup>8</sup> Bkz. **SAWIŃSKA**, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002, <http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf>, 12.10.2006; **ODER**, s. 114, 381; Öte yandan **De Gaulle**'ün sözü edilen düşünceleri, 1960'lı yılların başlarında, Fransız hükümetinin "*Fouchet Planları*" aracılığıyla savunduğu "*Siyasal Birlik*" tasarımının da özünü oluşturmaktadır. Buradaki Birlik; ulusalüstü kurumsal bir yapıya karşı çıkarak, bütünleşmeden çok, üye devletlerin egemenliklerinin vurgulandığı, işbirliği üzerine kurulu bir yapılanmaya karşılık gelmekte ve ABD'nin dünya siyasetindeki baskın konumunu dengelemek için bir "*Avrupa Devletleri Avrupası*" oluşturulmasına yönelmektedir. Bkz. **ODER**, s.380-381.

<sup>9</sup> Bkz. **SAWIŃSKA**, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002, <http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf>, 12.10.2006. İngiltere, esas olarak ulusal egemenlikten feragat etmeyi gerektirmeyen bir serbest ticaret bölgesinin kurulmasından yana olduğu için başlangıçta AT'na muhalefet etmiş, diğer bazı Avrupa devletleri ile birlikte 1959 yılında, Avrupa Topluluğundan daha dar kapsamlı olan Avrupa Serbest Ticaret Alanı'nı (EFTA) kurmuştur. Ancak daha sonra 1961 yılında AT'na üyelik için başvurmuş, Fransa'nın vetosu nedeniyle üyeliği ancak 1973'de mümkün olmuştur. Bkz. **FİŞNE**, Mustafa, "Avrupa Birliğinin Doğuşu ve Gelişimi", Avrupa Birliği Ortak Politikalar ve Türkiye, Ed. Muhsin KAR-Harun ARIKAN, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.67.

<sup>10</sup> Bkz. **RISSE**, s. 300; **FİŞNE**, s.67-68.

<sup>11</sup> İngiltere'nin temel itirazı; Topluluk bütçesinin, genel olarak ortak tarım politikasını finanse etmek üzere düzenlenmiş olmasıdır. Tarımın milli gelir içindeki payının düşüklüğüne bağlı olarak İngiltere, Topluluk bütçesinden en az pay alan ülke konumuna gelmiş ve bu itibarla sisteme karşı çıkmıştır. Bkz. **BAYDAROL**, Can, "Avrupa'nın Yeniden Yapılanması Sürecinde Genişleme", [http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa\\_Birligi/AB\\_genisleme.htm](http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa_Birligi/AB_genisleme.htm), 2.11.2005.

Topluluğun kendisini dayandırdığı “uluslarüstü” niteliğin de ciddi şekilde tartışılmasına yol açmış ve böylece İngiltere, 1960’lı yıllarda Fransa’nın federalizme karşı takındığı tutumu; 1970’li yıllarda, bu ülkenin yerine geçerek sürdüren AT’nun büyük devleti konumuna gelmiştir<sup>12</sup>.

İngiltere’nin bu tutumu sonraki yıllarda da devam etmiş olup, 1988 yılında Belçika’da vermiş olduğu bir konferansta **M. Thatcher**; “Avrupa Birleşik Devletleri” fikrine karşı olduğunu, Avrupayı; ulusal kimliklerini koruyan, birbirlerine saygı gösteren ve daha kolay anlaşılan bir milletler topluluğu olarak görmek istediğini açıklamıştır<sup>13</sup>. Öte yandan Fransa Cumhurbaşkanı **Jacques Chirac**’ın; 2000 Haziranında Berlin’de Alman Meclisinde yaptığı konuşmada ortaya koyduğu, “yeni Avrupa Projesi”<sup>14</sup> bağlamında ortaya çıkan “Birleşik Devletler Avrupası” modeli ve bu doğrultuda savunulan “ulusal devletlerin federasyonu”<sup>15</sup> önerisine karşılık; İngiltere’nin

<sup>12</sup> Bkz. **BAYDAROL**, Can, “Avrupa’nın Yeniden Yapılanması Sürecinde Genişleme”, [http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa\\_Birligi/AB\\_genisleme.htm](http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa_Birligi/AB_genisleme.htm), 2.11.2005.

<sup>13</sup> **Thatcher** konuşmasında genel olarak, Avrupayı oluşturan bağımsız ülkelerin; kendilerine özgü geleneklerini, kültürlerini ve gerçek kimliklerini korumaları ile Avrupanın daha güçlü olabileceğini öne sürmektedir. **Thatcher**’a göre; “Avrupanın birleşmesini, Amerika’yı model alarak düşünmek mümkün değildir....Bizler, Avrupa’da birkaç yüzyıldır varolan ulus-devletler şeklinde yaşamaktayız. Hepimizin ulusal gelenekleri, kültürleri, alışkanlıkları farklıdır. Belki de Avrupa’nın gücünü bu farklılıklar oluşturmaktadır. Fakat böyle köklü gelenekleri ve ulusal hisleri olan Avrupalılara, bir “Avrupa Birleşik Devletleri” kuralım demek, hemen sonuca götürmeyecektir”. Bkz. **KARLUK**, Rıdvan S., Avrupa Birliği ve Türkiye, 8. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 60.

<sup>14</sup> “Yeni Avrupa Projesi” esas itibarıyla şu unsurları kapsamaktadır. **1-AB** “iki vitesli” olarak genişlemeli ve gelişmelidir. Bunun anlamı; bir kısım üyelerin, bütünleşme yolunda hızla giderken, diğerlerinin daha geride kalmasıdır. **2-Fransa**, Almanya ile birlikte, bir “öncü grup” oluşturmalı, dolayısıyla bu iki ülke, AB’nin “itici gücü” olmalıdır. **3-** İki yıl içinde AB’nin yeni Anayasası hazırlanmalıdır. **4- AB**; siyasal ve ekonomik bütünleşmeyi gerçekleştirirken, bir “süper devlet” olmamalı ya da ulus devletin yerini almamalıdır. Bkz. **KOHEN**, Sami, “AB’ni Tanımak”, Milliyet, 1.7.2000.

<sup>15</sup> **Chirac**’ın, “Birleşik Devletler Avrupası” çerçevesinde ortaya koyduğu model, süper devlete dayanmayan, ancak gevşek bir Avrupanın da ötesinde bir yapılanmaya karşılık gelmektedir. Bu anlamda Chirac’ın önerisi; De Gaulle’ün “vatanlar Avrupası” kavramından daha ileride, ancak süper devlet aşamasına

öne sürdüğü “ulusal devletlerin birliği” kavramı da, AB’ni daha az merkezîyetçi ve esnek yapıda tutmak amacındadır. Ulus devlet önceliği çerçevesinde İngiltere, esas olarak merkezîyetçi federal bir devlet yapısına karşı çıkmaktadır<sup>16</sup>. Bu yönüyle İngiltere’nin AB tasavvuru, belli bir sınıra kadar bütünleşmeyi içeren, ancak ulus devletlerin rolünün devam ettiği ve bu bakımdan asıl karar alma ve son sözü söyleme yetkisinin ulus devletlerde olduğu bir yapılanma olarak belirmektedir.

Ulus devletlere yaptığı vurgu ile hükümetlerarası yaklaşımın bir çok açıdan, genel bir uluslararası ilişkiler yaklaşımı olan **gerçekçilik (realizm)** ile de bir tutulduğu görülmektedir. Uluslararası sistemin anarşik bir karakter taşıdığını ve bu sistemde devletlerin ve hükümetlerin temel karar verici konumda olduklarını savunan realist yaklaşıma göre; devletler, çatışma riskinin yüksek olduğu uluslararası sistemde, ulusal hedeflerini gerçekleştirmek için birbirleriyle işbirliği yapmaktadırlar. Nitekim II. Dünya Savaşı sonrasında “adım adım oluşan Avrupa Toplulukları” da, aynı amaçla hareket eden devletlerin çabaları sonucunda kurulmuştur. Bu çerçevede realist görüş doğrultusunda AB, üye devletlerin kendi sosyo-ekonomik durumlarını iyileştirmeye ve güçlendirmeye yönelik bir girişim olup; devletlerin egemenlik yetkilerinin bir kısmını devretmeleri kendi çıkarları için yaptıkları akılcı bir tercih olmaktadır<sup>17</sup>. Bununla birlikte realistler; egemenlik yetkilerinin devrine rağmen, üye devletlerin üstünde bir süper devlet oluşumunun söz konusu olmadığını; kaldı ki, ulus devletin yerini ulusüstü bir devlet modelinin almasının yapay ve son derece tehlikeli bir sonuç doğuracağını, AB bakımından da;

---

varmayan, “devletsiz federalizm” yaklaşımı doğrultusunda, ulus devletlerin varlıklarını korudukları bir yapıyı içermektedir.

<sup>16</sup> Nitekim bu bağlamda, Bakanlar Konseyi içinde oybirliği gerektirmeyen yetki alanlarının genişlemesi eğilimine destek vermemekte ve ayrıca yasama yetkilerini Konsey ile paylaşan Avrupa Parlamentosunun daha da güçlenmesine ve icra yetkileri olan AB Komisyonunun bir Avrupa hükümetine dönüşmesine karşı tavır almaktadır. Bkz. SAWIŃSKA, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002, <http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf>, 12.10.2006.

<sup>17</sup> Bkz. LYNCH, Philip, “Sovereignty and the European Union: Eroded, Enhanced, Fragmented”, Reclaiming Sovereignty, Eds. Laura BRACE-John HOFFMAN, Printer, London 1997, s. 50, 58.

devletlerin, bazı alanlarda karar alma yetkisini tekellerinde tuttuklarını, bunların başında da; savunma, güvenlik ve dış politikanın geldiğini belirtmektedirler<sup>18</sup>.

Konfederalist yaklaşım çerçevesinde hükümetlerarası görüşün, yukarıda belirtilenlerin dışında ayrıca, bir başka bütünleşme kuramı olan **işlevselci görüş** ile de bağdaştırılması söz konusudur. İşlevselci görüş açısından bütünleşme; devletler arasında, teknik ve ekonomik temele dayalı bir ilişkiler ağı ile gerçekleştirilebilecektir. İşlevselciliğin en önemli temsilcisi **David Mitrany**; bütünleşmenin federalizm biçimini almasına, dünya barışının engelleneceği gerekçesiyle karşı çıkmakta ve yalnızca, siyasal kaygılardan ve bölgesellikten uzak kalabilmiş ve işlevsel temelde yapılanmış teknik nitelikteki örgütlerle ortaklaşa refahın sağlanabileceğini belirtmektedir<sup>19</sup>. Ekonomik ve teknik işbirliğinin esas alındığı işlevselci görüş; bütünleşme sürecinde özellikle diplomatların yerine deneyimli bürokratların/teknokratların önemine vurgu yapmakta ve ayrıca bütünleşmenin süreklilik gösteren ve başka alanlara yayılarak büyüyen bir özelliğe sahip olduğunu öne sürmektedir<sup>20</sup>.

Belirtilen özellikleri bakımından işlevselciliğin, Avrupa bütünleşmesi tarihindeki somut etkisini, savaşın iki temel hammaddesi olan kömür ve çeliği, ulusalüstü bir yapı ile denetim altına alan **AKÇT**'nin kuruluşunda da gözlemlemek mümkündür. AKÇT'nun karar organı olan *Yüksek Otorite*; taraf devletlerin temsilcilerinden değil, AKÇT adına çalışan Avrupa bürokratlarından oluşan bir kuruldur. Teknik ve uzmanlaşmış bir organ olarak Yüksek Otoritenin yetkileri, ancak görevlerini yerine getirebilecek düzeyde tutulmuş olup; sözü edilen durum, işlevselciliğin tipik bir yansıması olarak belirlemektedir. Öte yandan AKÇT Andlaşmasının Önsözünde yer alan; "*Avrupanın, önce gerçek bir dayanışmayı oluşturacak somut başarılarla ve ekonomik gelişmenin ortak temelini sağlanması ile inşa edileceği*" yönündeki ifade de, işlevselci anlayışın izlerini taşımaktadır. Nitekim bu bağlamda AKÇT Andlaşmasına temel oluşturan **Schuman Bildirisinde** de; bütünleşmenin siyasal alandan ziyade, gerçekleşme olasılığı daha yüksek olan teknik ve sınırlı bir alanla

<sup>18</sup> Bkz. **MCCORMICK**, s. 13,17; **PIERSON**, Christopher, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000, s. 260; **EGEBERG**, s. 729.

<sup>19</sup> Bkz. **MCCORMICK**, s. 13-14; **ÇAKIR**, s. 26-27; **SAWIŃSKA**, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002, [http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/ other/oth010702-6-en.pdf](http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf), 12.10.2006.

<sup>20</sup> Bkz. **ODER**, s. 374-375.

başlatılmasının tercih edildiği ve bunun daha pratik bir yöntem olarak değerlendirildiği görülmektedir<sup>21</sup>.

Söz konusu bakış açısından işlevselcilik, ihtiyaçlara uygun bir ortaklık oluşturulmasını ve bütünleşmenin teknik yönünü vurgulamaktadır<sup>22</sup>. Bu bağlamda AB, teknik ve teknokratik bir model olarak algılanmakta ve AB'nin sürekliliği de; kararlı siyasal elitlerin, özellikle ödev bilincine sahip teknokratların/bürokratların tavrına bağlı görülmektedir. İşlevselciliğin, “ekonomik ve teknik alandan diğer alanlara yönelen bütünleşme yaklaşımı”nı esas itibarıyla, AB sürecindeki bazı aşamalar ve gelişmeler bakımından da gözlemlemek mümkündür. Nitekim önce **AKÇT** ve **AET**'nin, sonra **AT Andlaşmasının** pazar eksenli hükümleri, **Maastricht Andlaşmasının**; siyasal birlikten önce parasal birliğe yönelen yaklaşımı ve düzenlemeleri, çok vitesli Avrupa ve esneklik kavramları ve AB hukuk düzeninin; esnek, ekonomik ve teknik nitelikteki unsurları bütünleşmenin; sürekli, gelişimci, ekonomik ve teknik yönüne işaret etmeleri çerçevesinde işlevselciliğin birer yansımaları durumundadırlar<sup>23</sup>.

Buraya kadar belirtildiği şekilde; işlevselci, realist ve hükümetlerarası görüşlerin özellikleri doğrultusunda konfederalist yaklaşım; AB bakımından ulus devletlerin güçlerinin ve etkinliklerinin korunması çerçevesinde, daha az merkezîyetçi ve esnek bir yapı öngörmekte ve buna bağlı olarak, daha ziyade refahı geliştirecek türde ekonomik ve teknik konularla ilgilenen bir birlik tasavvuruna dayanmaktadır. Söz konusu tasavvurda AB, özerkliklerini

---

<sup>21</sup> Bkz. **ODER**, s. 375; **MCCORMICK**, s. 14; **ÇAKIR**, s. 31; **BÖRZEL**, Tanja A., “Mind the Gap! European Integration between Level and Scope”, Journal of European Public Policy 12:2, April 2005, s.219; **DELANEY**, Erin / **SMITH**, Julie, “Introduction: Europe’s Constitutional Future- Federal Lessons for the European Union”, Regional and Federal Studies, Vol.15, No. 2, June 2005, s.133.

<sup>22</sup> Bkz. **LAFFAN**, Brigid, “The European Union Polity: A Union of Regulative, Normative and Cognitive Pillars”, Journal of European Public Policy 8:5, October 2001, s. 724. Ancak bu husus, siyasi bütünleşmeyi açıklamakta yetersiz kaldığından, “yeni işlevselcilik” akımının da doğmasına yol açmıştır. Yeni işlevselciler; genel olarak teknik işbirliğinin, siyasal bütünleşmeyi de desteklediğini savunmaktadırlar. Bkz. **MCCORMICK**, s.16; **SCHMITTER**, Philippe C., “Neo-Neo-Functionalism”, <http://www.iue.it/SPS/People/Faculty/Curret-Professors/PDFFiles/SchmitterPDFFiles/NeoNeo-Functiona lismRev.pdf>, 15.8.2006.

<sup>23</sup> Bkz. **ODER**, s. 377-378.



bütünüyle koruyan devletlerin oluşturduğu bir bütündür. Bu bağlamda Avrupa Birliğinden anlaşılan, üye devletlerin toplam gücü olup; böyle bir yapılanmada, ulusal kimliklerin ve ulusal değerlerin dönüştürülmesi de söz konusu değildir. Dolayısıyla hem AB içi hem de dış dünya ile ilişkiler, üye devletlerin ulusal karakterleri ve çıkarları doğrultusunda şekillendirilmeye çalışılmakta ve bu çerçevede *konfederalist yaklaşım açısından AB*; ulusal değerlerin korunduğu, ortak karar alma organlarının; ortak bir iç güvenlik ve dış politika yapılanmasından kaçınacak türde, ekonomik ilişkiler bağlamında birtakım yetkilerle sınırlandırıldığı bir “ulus devletler ittifakı (birliği)” biçiminde değerlendirilmektedir.

AB'ne ilişkin bu türden bir değerlendirmenin somut bir örneğini *Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 1994 tarihli Maastricht kararında* da görmek mümkündür. Söz konusu kararda Maastricht Andlaşmasını uygun bulan yasayı Bonn Anayasasına aykırı görmeyen Mahkeme, onay kanunu üzerinden, Birlik hukukunun denetimi yetkisini kendisinde saklı tutarken; AB bütünleşmesi bakımından da, ulus devlet merkezli bir bütünleşme anlayışını ortaya koymaktadır. Mahkeme esas itibarıyla AB'ni, “*egemen devletlerden oluşan bir devletler birliği*” olarak nitelendirmekte ve Birliğe üye devletlerin, uluslararası alanda hükümetler üzerinden tasarrufta bulduklarını ve bu şekilde bütünleşmeyi yönlendirdiklerini belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, devletlerden oluşan bu Birliğin; ulusal kimliğe saygı gösteren, egemenlik yetkileri kullanan ve bunun için gerekli olan demokratik meşruiyeti de, ulusal parlamentolar üzerinden üye devletlerin halklarından sağlayan bir Birlik olduğunu açıklamaktadır<sup>24</sup>. Nitekim Mahkemeye göre; “*Maastricht Andlaşması, bir Avrupa devleti değil, üye devletlerden oluşan ve onların ulusal kimliğine saygı duyan bir devletler birliği kurmaktadır*”. Buna bağlı olarak Mahkeme, AB'nin, “*Avrupa halkına dayanan bir Avrupa devleti değil, devlet biçiminde örgütlenmiş Avrupa halklarının, giderek daha sıkı birliğini gerçekleştirecek olan bir devletler birliği*” olduğunu ve ayrıca, üye devletlerin AB'ni, “*ödevlerinin bir kısmını birlikte yerine getirmek ve bu amaçla egemenliklerini ortaklaşa kullanmak için*” kurduklarını belirtmektedir<sup>25</sup>. Öte yandan

<sup>24</sup> Bkz. **WIELAND**, Joachim, “Germany in the European Union- The Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht”, European Journal of International Law, Vol. 5, No.2, 1994, s. 4.

<sup>25</sup> Bkz. **BRUNKHORST**, Hauke, “A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution”, <http://www.arena.uio.no/publications/wp03-14.pdf>, 25.8.2005; **ODER**, s. 440-441; **THORNELOE**, David, “The Maastricht Judgement”, <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/maastricht.html>, 2.10.2006.

Mahkemenin somut olarak üzerinde durduğu bir husus, Birliğin ve Topluluk organlarının yetkilerinin ve karar alma usullerinin, Alman Federal Meclisinin karar ve denetim yetkilerinin içini boşaltmadığıdır<sup>26</sup>. Dolayısıyla Mahkemeye göre Almanya, Maastricht sonrasında da; yetkisi, üye devletlerden kaynaklanan ve Alman egemenlik alanında yalnızca Andlaşmayı uygun bulan yasa ile bağlayıcı olabilen bir devletler birliğinin üyesi olacaktır<sup>27</sup>. Bu görüş doğrultusunda aynı zamanda üye devletler de, **“Topluluğu kuran andlaşmaların Efendileri”** olarak değerlendirilmektedirler. Buna göre, Topluluğun ve onun oluşturduğu hukuk düzeninin, tarafların iradesinden bağımsız bir nitelik kazanması söz konusu olmayıp; bu itibarla üye devletler, Topluluk organlarının onayı olmaksızın kurucu andlaşmaları değiştirerek, Topluluğun yetkilerini yeniden düzenlemek ve hatta devretmiş buldukları egemenlik haklarını geri almak yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Nitekim Mahkemeye göre; **“Almanya, sınırsız süreli Avrupa Birliği Andlaşmasına uzun süreli üyelik iradesiyle bağlılığını gösteren, ancak üyeliğini karşı yönde bir işlemle ortadan kaldıracabilecek olan “Andlaşmaların Efendileri”nden biridir”**<sup>28</sup>.

Mahkemenin söz konusu tesbitleri, daha sonraki dönemde; Topluluğun, bu niteliklerle birebir örtüşmediği gerekçesiyle yoğun olarak eleştirilmekle birlikte; ilgili karar, konfederalist yaklaşımın ulusal yargıdaki yansıması olarak dikkat çekmiştir. Nitekim, bütünleşmenin temel bileşeninin üye devletler olduğunun vurgulandığı kararda; Maastricht Andlaşması ile bir Avrupa

---

<sup>26</sup> Bu bağlamda; Topluluk ve Birlik yetkilerinin niteliğinin, ulusal yetkiyi etkisiz hale getirmediğine işaret eden Mahkeme, Topluluk yetkilerinin özünün; Maastricht sonrasında da ekonomik nitelikli olduğunu, dış politika ve güvenlik politikası ile adalet ve içişleri alanındaki Birlik yetkilerinin ise, hükümetlerarası işbirliği sürecinde kullanıldıklarını ve dolayısıyla Topluluğun işlem sürecine ya da ulusüstü karar alma düzeneğine dahil olmadıklarını ifade etmiştir. Bkz. **ODER**, s. 441; **THORNELOE**, David, “The Maastricht Judgement”, <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/maastricht.html>, 2.10.2006.

<sup>27</sup> Bkz. **WIELAND**, s. 5-6; **HOFFMANN**, Lars / **SHAW**, Jo, “Constitutionalism and Federalism in the ‘Future of Europe’ Debate: The German Dimension”, *German Politics*, Vol. 13, No. 4, December 2004, s.629.

<sup>28</sup> Bkz. **WIELAND**, s.5; **DELANEY**, Erin, “Managing in a Federal System without an ‘Ultimate Arbiter’: Kompetenz-Kompetenz in the EU and the Antebellum United States”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No. 2, June 2005, s. 232; **HOFFMANN / SHAW**, s. 629.

devletinin kurulmadığı tespiti yapılmakta ve bu doğrultuda, Birlik hukukunun supranasyonel özelliği de reddedilerek, AB'nin, sonuç itibariyle hükümetlerarası bir nitelik taşıdığı belirtilmektedir.

### III- KONFEDERAL YAKLAŞIMIN KURUMSAL VE GENEL DÜZEYDEKİ YANSIMALARI

Konfederalist yaklaşımın kurumsal düzeydeki önemli yansımalarından biri AKÇT'nu kuran Paris Andlaşması ile, uluslararası bir kurum olarak öngörülen Yüksek Otoritenin yanında, hükümetlerarası bir nitelik taşıyan Bakanlar Konseyinin kurulmasıdır. Bütünleşme süreci boyunca **Bakanlar Konseyi**, karar alma mekanizmasındaki en önemli kurum olma konumunu korumuştur. Bu itibarla Konseyin belirtilen konumu dolayısıyla, üye devletlerin, genel olarak ikincil nitelikli hukukun geliştirilmesinde güçlü bir etkiye sahip bulunmaları söz konusu olmaktadır<sup>29</sup>. Konsey, esas itibariyle AT Andlaşmasının açık kurallarına göre bir Topluluk organıdır. Ancak her şeyden önce üye devlet bakanlarından oluşan yapısı nedeniyle hükümetlerarası bir özellik taşıdığı gibi, ayrıca ona yardımcı bir kurul olarak görev yapan, ulusal memurlardan oluşan yapısı da, onun bu **Daimi Temsilciler Komitesinin (COREPER)** niteliğini pekiştiren faktörlerden biri olmaktadır. Öte yandan yapısal özelliği itibariyle de Bakanlar Konseyi, üye devletlerin doğrudan çıkarlarının ifade edildiği bir organdır. Ulusal çıkarlar burada ifade edilmekle kalmayıp, işlem sürecinde de sonuca ulaşabilmek için aynı zamanda dengelenmek zorunda da kalmaktadırlar<sup>30</sup>.

AB'nin kurumsal yapısı içinde Parlamentonun da varlığına karşılık, tasarıların yasalaşmasında temel karar organı Konsey olup; Konseyin hükümetlerarası nitelik taşıması, karar almada başvurulan yöntemle de ilgili bulunmaktadır. Fransa'nın, 1960'lı yıllarda, Birlik içindeki uluslararası özelliklere yönelik tepkisine paralel olarak ortaya çıkan "*boş koltuk krizi*" sonrasında varılan **Lüksemburg uzlaşması**, Topluluğun karar alma usulünde "*de facto*" bir değişikliğe yol açarak, seksenli yılların başlarına değin, Konseyde

<sup>29</sup> Bkz. **GRAVER**, Hans Petter, "National Origins of European Law: Towards an Autonomous System of European Law?", <http://www.arena.uio.no/publications/wp00-24.htm>, 16.7.2006; **HOLMAN**, Otto, "Asymmetrical Regulation and Multidimensional Governance in the European Union", *Review of International Political Economy* 11:4, October 2004, s.722.

<sup>30</sup> Bkz. **MCCORMICK**, s. 6; **ODER**, s. 386-387; **LEWIS**, Jeffrey, "Informal Integration and the Supranational Construction of the Council", *Journal of European Public Policy*, 10:6, December 2003, s. 998-1001; **HOLMAN**, s. 722.

oyçokluğu ile karar alınmasını engelleyici bir işlev görmüştür. Bu durum federalist eğilimlerin bastırılmasına neden olurken, hükümetlerarası eğilimin de güçlenmesini sağlamıştır<sup>31</sup>. **Tek Senetle** birlikte “oyçokluğu” uygulaması yeniden başlatılmakla birlikte, oybirliği gerektiren alanların varlığı ve böylece üye ülkelerin veto haklarının korunması, ulusal çıkarların ve dolayısıyla üye devletlerin güçlerinin ve etkinliklerinin korunmasına imkan sağlamaktadır<sup>32</sup>. Bakanlar Konseyinin yapısı ve işleyişi bu şekliyle, **AB Anayasasında** da korunmaktadır. Her ne kadar Anayasada Bakanlar Konseyinin, Avrupa Parlamentosu ile ortaklaşa olarak yasama ve bütçe ile ilgili fonksiyonları yürüteceği belirtilmekte ise de; Parlamentonun, yasama sürecini başlatma yetkisi bulunmadığı gibi; Bakanlar Konseyinin, temel karar organı konumu da varlığını sürdürmektedir. Öte yandan, aksi belirtilmedikçe Bakanlar Konseyinin nitelikli çoğunlukla karar alacağı belirtilmekle birlikte, ulusal çıkarları yakından ilgilendiren bazı konularda oybirliği sisteminin devam etmesi; konfederalist yaklaşımın bir uzantısı olarak ortaya çıktığı gibi, ayrıca Anayasanın I-18/1. maddesinde; AT Andlaşmasınının 308. maddesine benzer esneklik hükmünün<sup>33</sup> varlığı da, Bakanlar Konseyinin sistem içindeki ağırlığını güçlendirmektedir.

Hükümetlerarası eğilimin ve bu çerçevede konfederalist yaklaşımın, kurumsal yapıdaki bir diğer yansıması; başlangıçta kurucu andlaşmalarda öngörülme AB **Avrupa Konseyinin**, uygulamada ortaya çıkması ve son aşamada AB Anayasasında bağımsız bir organ sıfatıyla yer almasıdır. 1960’lı yıllarda “zirve toplantıları” olarak adlandırılan ve üye devletlerin, devlet ve hükümet başkanlarının belirli aralıklarla biraraya gelmeleri suretiyle yapılan toplantıların; 1974 Paris Zirvesinde varılan uzlaşma sonucunda sürdürülmesi kararı alınması, AB Avrupa Konseyinin olgusal bir durum olarak ortaya

---

<sup>31</sup> Bkz. **ODER**, s. 382-384; **ARNULL**, Anthony/**DASHWOOD**, Alan/**ROSS**, Malcolm/**WYATT**, Derrick, European Union Law, Fourth Edition, Sweet & Maxwell, London 2000, s. 50-51; **BAYDAROL**, Can, “Avrupa’nın Yeniden Yapılanması Sürecinde Genişleme”, [http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa\\_Birligi/AB\\_genisleme.htm](http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa_Birligi/AB_genisleme.htm), 2.11.2005; **GELBER**, Harry G., Sovereignty Thorough Interdependence, Kluwer Law International, London 1997, s. 207.

<sup>32</sup> Bkz. **EGEBERG**, s. 736-737.

<sup>33</sup> İlgili hükme göre; “Birlik tarafından gerçekleştirilen bir faaliyetin, Anayasa tarafından belirlenen hedeflerden birine ulaşılması amacıyla, III. Bölümde tanımlanan ilkeler çerçevesinde gerekli olması ve Anayasanın gerekli yetkileri vermemesi durumunda, Konsey, Komisyonun teklifi üzerine ve Avrupa Parlamentosunun onayını aldıktan sonra oybirliği ile gerekli önlemleri alacaktır”.

çıkmasına neden olmuştur. Avrupa Konseyinin hukuksal temel kazanması ise Avrupa Tek Senedi ile gerçekleşmiş olup; daha sonra kabul edilen Maastricht Andlaşması ile de Avrupa Konseyinin işlevi, daha geniş ve açık bir biçimde tanımlanmıştır. Maastricht Andlaşmasının 4/1. maddesine göre Avrupa Konseyi; Birliğe, gelişmesi için gerekli itici gücü vermekte ve genel siyasal hedefleri saptamakta olup; bu işlev kısaca, “*yönlendirme işlevi*” olarak da adlandırılmaktadır<sup>34</sup>.

Konseyin önemli bir özelliği, üye ülkelerin ulusal çıkarlarını, Komisyon ve diğer kurumlar nezdinde korumasıdır. Bu bağlamda söz konusu organ, *Birlikçiliğe* karşı, *ulusalci* bir yaklaşıma sahip bulunmaktadır<sup>35</sup>. Öte yandan Avrupa Konseyinin; itici güç olma ile genel siyasal yönelimleri ve öncelikleri belirleme işlevi; AB Anayasasında da yinelenmekte ve aksi belirtilmedikçe, kararların, oybirliği ile alınacağı öngörülmektedir. Anayasada Konseyin esas olarak, yasama işlevine sahip olmadığına altı çizilmekle birlikte, Topluluk organları içinde sayılması<sup>36</sup>, onun konumunu güçlendirici bir husus olarak ele alınabileceği gibi; bunun dışında ayrıca Avrupa Konseyi Başkanının öngörülmesinin de, kurumlararası dengeyi, Avrupa Konseyi lehine bozucu bir unsur olarak değerlendirilmesi mümkündür<sup>37</sup>. Nitekim Avrupa Konseyi tarafından 2,5 yıllık bir dönem için nitelikli çoğunlukla seçilecek olan ve ayrıca AB'nin siyasi yönünü de tayin edecek olan Başkanın görevleri arasında, Avrupa Konseyi çalışmalarını yürütmek ve Konsey içindeki uyumun ve fikir birliğinin sağlanması yönünde çaba sarfetmek yer almaktadır. Ancak bunun yanında, ulusal düzeyde görev alamayacağı belirtilen Başkan için; Başkanlık düzeyinde, Birlik temsilcisi sıfatını taşıyan ve Birlik çıkarlarını savunacak bir konum da öngörülmektedir. Nitekim Anayasaya göre; Konsey Başkanı, Birlik Dışişleri Bakanının yetkilerini ihlal etmeden, ortak dış politika ve güvenlik politikasını ilgilendiren konularda “*kendi düzeyinde*” Birliğin etkili bir biçimde temsilini

<sup>34</sup> ODER, s. 387, 390-394; LEWIS, s. 1005-1006; ARNULL/DASHWOOD/ROSS/WYATT, s.22-23.

<sup>35</sup> Bkz. MCCORMICK, s. 6.

<sup>36</sup> AB Avrupa Konseyi yararına gerçekleşen bu dönüşümün, öncelikle; bütünleşmenin ilk yıllarına egemen olan federal eğilimin Komisyona tanıdığı rolle bağdaşmadığı gibi; bundan sonraki aşama bakımından da, daha sıkı bir birliktelik olan “*Avrupa Federal Devleti*”ne yönelme olasılığını azalttığı şeklinde yorumlanabileceği konusunda bkz. ODER, s. 395-396.

<sup>37</sup> Aynı yönde bkz. FOLLESDAL, Andreas, “Towards a Stable Finalité with Federal Features? The Balancing Acts of the Constitutional Treaty for Europe”, Journal of European Public Policy 12:3, June 2005, s. 578.

sağlayacaktır. Bu yönüyle de Konsey Başkanı, AB Avrupa Konseyinde ulusal olanın baskınlığını dengeleyen bir işlevle donatılmış olmaktadır<sup>38</sup>.

Konfederalist yaklaşımın kurumsal düzeydeki bir başka yansıması, **Parlamentonun** zayıf yapısı olarak belirmektedir. Doğrudan seçimle gelen bir organ olarak Parlamentonun yapısı ve işleyişi, ulus devletlerin istekleri dışındaki kararların gelişmesine belli ölçüde açık olmakla birlikte, söz konusu organın yasama sürecindeki yetkileri sınırlı bulunmaktadır. Her ne kadar bütünleşmenin hızlandığı son on yılda; Maastricht, Amsterdam ve Nice Andlaşmalarıyla yetkileri tedrici olarak artırılmışsa da, Parlamento, tek başına AB'nin yasama organı niteliğinde değildir. Öte yandan Birliğin temel icra organı konumundaki **Komisyon**; Birlik çıkarlarını temsil eden ve Avrupa bütünleşmesinde genel yararı gözeten bir kurum olmakla birlikte, yapısında ve oluşumunda üye devletlerin etkinliği bulunduğu gibi; bunun dışında ayrıca, uluslararası ticaret görüşmelerine bir bütün olarak AB adına katılmakla birlikte, üye ülkeler üzerinde karar alan bir Avrupa hükümeti niteliğinde de değildir. Her ne kadar federal eğilim doğrultusunda başlangıçta Komisyonun; **“kurucu andlaşmaların motoru”** olduğu ve zamanla bir Avrupa hükümetine evrileceği savunulmuşsa da, bütünleşme süreci içinde özerk yapısı ve işlem sürecinin girişimcisi olma işlevi korunmakla birlikte; siyasal yönelim ve ilkeleri belirleyecek itici güç olma işlevi, hükümetlerarası nitelikte AB Avrupa Konseyinde toplanmıştır<sup>39</sup>. Bu durum AB Anayasası için de geçerli olup Anayasaya göre ayrıca Komisyon Başkanının, AB Avrupa Konseyinin nitelikli çoğunlukla aldığı bir kararla yapacağı teklif üzerine, Avrupa Parlamentosu tarafından, üyelerinin çoğunluğuyla seçileceğine ilişkin düzenleme de, federal ve konfederal özelliklerin bir arada düşünüldüğünün bir göstergesi olmaktadır.

Konfederalist yaklaşımın AB içindeki yansıması, kurumsal mekanizma dışında bütünleşme alanları bakımından da tespit edilebilmektedir. Bunlar esas itibariyle; adalet ve içişleri, dış politika, güvenlik ve savunma politikası gibi siyasi bütünleşme alanına giren konular olup; örneğin Maastricht'te, adalet ve içişleri kapsamında; göç ve iltica konularıyla, uyuşturucu madde kaçakçılığı ve örgütlü suçlarla mücadelede, üye ülkeler arasında işbirliğine gidilmesi yolu benimsenmiştir. Bununla birlikte aynı Andlaşmada sözü edilen konuların,

---

<sup>38</sup> Bkz. **FABBRINI**, Sergio/**SICURELLI**, Daniela, “The Federalization of the EU, the US and ‘Compound Republic’ Theory :The Convention’s Debate”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 14, No. 2, Summer 2004, s.247; **ODER**, s. 407-408.

<sup>39</sup> Bkz. **ODER**, s. 396-397.

aşamalı olarak bir ortak politika şekline dönüştürülmesi de öngörülmüş olup, nitekim daha sonra Amsterdam'da; vize, iltica, göç gibi konuların Topluluk karar mekanizmalarına dahil edilmeleri söz konusu olmuştur. Ancak mevcut yapılanmada; adalet ve içişlerine dahil olan her konuda, ulusüstü düzeyde karar alma yönteminin benimsenmemesi, konfederal yaklaşımın bir uzantısı olarak belirmektedir. Aynı şekilde dış politika ve güvenlik politikası alanında da, üye ülkelerin ulusal çıkarlarının üstünde ve onları bağlayan ulusüstü bir yapının oluşması söz konusu değildir. Bunun temel nedeni; üye ülkelerin, sözü edilen alanlardaki egemenlik yetkilerini ulusüstü otoriteye devretmede çekingen davranmalarıdır. Dolayısıyla dış politika ve güvenlik alanı, realist görüşün argümanları doğrultusunda Topluluk karar mekanizmasının dışında tutulmuştur<sup>40</sup>. Bununla birlikte, bütünleşme süreci içinde dış politika ve güvenlik politikasının amaçları ve içeriği geniş tutulmuş olup; bir yandan ortak bir dış politikanın belirlenmesi söz konusu olurken, diğer yandan **Avrupa Güvenlik ve Savunma Politikasının (AGSP)** ivme kazanmasıyla, “ulus devlet” ile “ortak yapılar” arasında denge kurulmaya çalışıldığı gözlenmektedir<sup>41</sup>. Ancak böyle bir gelişim sürecinin varlığına rağmen, söz

<sup>40</sup> Bkz. **CHURCH**, Clive/**DARDANELLI**, Paolo, “The Dynamics of Confederalism and Federalism: Comparing Switzerland and the EU”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No. 2, June 2005, s. 179; **ÜLGER**, İrfan Kaya, *Avrupa Birliğinde Siyasal Bütünleşme (Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikasının Oluşumu)*, Gündoğan Yayınları, Ankara 2002, s. 178-180; **RISSE**, s. 301-302.

<sup>41</sup> Nitekim 1970’li yıllarda, “*Avrupa Siyasi İşbirliği Mekanizması*” çerçevesinde başlatılan ve 1987 yılında yürürlüğe giren **Avrupa Tek Senedi** ile biraz daha geliştirilerek kurumsallaştırılan “*dış politika ve güvenlik politikası*” alanı, Maastricht Andlaşması ile AB’nin dayandığı ikinci sütun şeklinde düzenlenmiştir. Sözü edilen alanda politikalar, hükümetlerarası bir nitelik taşımakla birlikte, AB üyeleri, “*bağlılık ve karşılıklı dayanışma ruhu içinde, aktif bir biçimde ve samimiyetle, Birliğin dış politikasını ve güvenlik politikasını desteklemeyi ve AB’nin çıkarlarına aykırı olan veya uluslararası ilişkilerde kaynaştırıcı bir güç olarak, onun etkinliğine zarar vermesi muhtemel olan herhangi bir hareketten sakınmayı taahhüt etmişlerdir.*” (AB Andlaşması madde J-1 (4))

**Maastricht** çerçevesinde dış politika ve güvenlik politikası; AB’nin güvenliğini ilgilendiren tüm konuları kapsamakta ve uzun vadede, nihai olarak ortak bir savunma sistemine yol açabilecek olan bir ortak savunma politikasının tesis edilmesini de içermektedir. Buna göre; “*Batı Avrupa Birliği*”nin (BAB) genişletilerek, AB’nin savunma işlevini yüklenmesi öngörülmüştür. Yine Andlaşmaya göre; Konsey, ulusal politikalar için temel esaslar belirleyen bir ortak pozisyon ve uyumlu bir yaklaşım için bir temel tanımlayabilir ve üye

konusu alanda yaptırım gücü sınırlı olup; ayrıca ortak dış politika ve güvenlik politikasının (ODGP) hükümleri ve uygulamaları sonrası dönemde de, AB bakımından, uluslararası toplumda siyasi etkinliğinin zayıflığına ilişkin değerlendirmede herhangi bir değişiklik olmamıştır.

Bütünleşme alanlarının kapsamına bağlı olarak, konfederalist eğilimin Avrupa bütünleşmesindeki yerinin tespit edilmesi bakımından önem teşkil eden bir diğer husus; karar alma süreçlerinde, birtakım alanlarda benimsenen oybirliği yöntemi olmaktadır. AT Andlaşmasında ve AB Anayasasında, esas itibariyle aksi öngörülmediği sürece, Bakanlar Konseyi için, “**çoğunluk kuralı**”, genel kural olarak benimsenmektedir. Ancak sözü edilen metinlerde oybirliğini öngören hükümlerin çokluğu, gerçekte oyçokluğunun genelliği ilkesini önemli ölçüde sınırlamaktadır. Oybirliği yönteminin esas olarak, Avrupa bütünleşmesi bakımından, “**Avrupa Birleşik Devletleri**”ne karşı, “**Anavatanlar Avrupasını**”

---

devletler, uluslararası konfederasyonlarda ve uluslararası kuruluşlar içinde bu ortak pozisyonları desteklerler.

Dış politika konusu, daha sonra **Amsterdam Andlaşmasının** hazırlandığı dönemde de Hükümetlerarası Konferansların önemli gündem maddelerinin başında yer almış ve Andlaşmada, AB'nin çıkarlarının uluslararası düzeyde daha etkili korunabilmesi için, “*etkili ve tutarlı bir dış politika*” izleyeceği öngörülmüştür. Dış politika alanında **AB Anayasasında** da esas itibariyle, hükümetlerarası işbirliği yöntemi korunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu alan Topluluk karar yetkisine dahil bulunmamaktadır. Ancak bununla birlikte, Maastricht Andlaşmasında olduğu gibi, üye devletler arasında daha güçlü bir “*ortak davranış*” da öngörülmektedir. Nitekim madde 1-16'ya göre; “*üye ülkeler, bağlılık ve karşılıklı dayanışma ruhu içinde, aktif ve şartsız olarak Birliğin ortak dış ve güvenlik politikasını desteklerler ve Birliğin çıkarlarına aykırı veya etkinliğini tehlikeye düşürmesi muhtemel eylemlerden kaçınırlar*”. Ayrıca ortak dış politika ve güvenlik politikasının uygulanmasında AB Avrupa Konseyi, Birliğin stratejik çıkarlarını ve amaçlarını tespit etmekte; Bakanlar Konseyi ise, Devlet veya Hükümet başkanları tarafından verilen yönerge çerçevesinde politikaların genel çerçevesini hazırlamaktadır. Gerekli kararları ise, AB Avrupa Konseyi ve Bakanlar Konseyi almaktadır. Öte yandan AB Anayasasına göre; “*AB Avrupa Konseyinin oybirliği ile karar almasını takiben, ortak savunma politikası oluşturuluncaya kadar, üye ülkeler; istedikleri takdirde, kendi aralarında karşılıklı savunma konusunda daha yakın bir işbirliği tesis edebileceklerdir. Söz konusu işbirliğine dahil olan bir üye ülkenin; kendi topraklarında silahlı bir saldırıya maruz kalması halinde, işbirliğine dahil diğer üyeler, imkanları dahilinde bu ülkeye yardım edeceklerdir*”. Bkz. **BÖRZEL**, s. 226-228; **ARCHICK**, Kristin, “The European Union in 2005 and Beyond”, <http://fpc.state.gov/documents/organization/45220.pdf>, 16.9.2006.



ya da “*Topluluk çıkarları*”na karşı, “*ulusal çıkarlar*”ı ön plana çıkaran hükümetlerarası yaklaşımın bir özelliği olduğunu söylemek mümkündür<sup>42</sup>. Sözü edilen anlayış içinde oybirliği gerektiren konuların çokluğu, Avrupa bütünleşmesinde henüz, çoğunlukla alınacak kararların kabul görülemeyeceği alanların yoğunluğuna da işaret etmektedir. AB sürecinde esas itibariyle oyçokluğu ile karar verilen alanların genişletilirken, oybirliği ile karar alınan alanların daraltılması söz konusu olmuştur. Nitekim; Tek Senet, Maastricht, Amsterdam ve özellikle Nice bu durumu öngören somut gelişmeler niteliğindedirler. Ancak sözü edilen süreçte başlıca; vergilendirme, sosyal politika ve ortak dış politika bağlamında belirli konularda işlemler ile ortak dış politika ve güvenlik politikası, savunma, birtakım hukuk politikaları, AB vatandaşlığından kaynaklanan bazı hakların geliştirilmesine ilişkin işlemler ve sınırötesi boyutları olan özellikle ciddi suçlara ilişkin alanların belirlenmesi gibi konularda oybirliği sisteminin devam etmesi söz konusudur. Bu durum büyük ölçüde Anayasa bakımından da korunmakta ve bu bağlamda AB bütünleşmesi yönünden oybirliği genellikle, üye devletlerin çıkarlarının ve beklentilerinin uzun dönemde değişmeyeceği konular bakımından benimsenmekte olup; bunlar, geleneksel olarak ulusal egemenlik yetkisinin kullanımına sıkı sıkıya bağlı olduğu düşünülen ya da ekonomik veya sosyal gerekçelerle siyasal açıdan kritik görülen konulara ilişkin bulunmaktadır<sup>43</sup>. Sözü edilen konularda girişimde bulunma yetkisi, Bakanlar Konseyine ait bulunmakta ve konfederalist yaklaşım doğrultusunda; belirtilen alanlarda üye devletleri de, iradelerine aykırı olarak herhangi bir kararı kabul etmeye zorlamak mümkün olmamaktadır<sup>44</sup>.

Konfederalist yaklaşım çerçevesinde, üye devletlerin gücünü ve ulusal egemenliği pekiştirici bir unsur olarak üzerinde durulan bir başka husus; Maastricht Andlaşması ile kabul edilen ve genel olarak, AB'nin münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, bir sorunun tek başına üye devletler tarafından çözülmediği ve toplu olarak girişimde bulunmanın daha verimli etkiler

<sup>42</sup> **BAYDAROL**, Can, “Avrupa’nın Yeniden Yapılanması Sürecinde Genişleme”, [http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa\\_Birligi/AB\\_genisleme.htm](http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa_Birligi/AB_genisleme.htm), 2.11.2005; **ODER**, s.383; **GELBER**, s. 207.

<sup>43</sup> Bkz. **ODER**, s. 430, 433-434; **DELANEY**, s. 235.

<sup>44</sup> Bu durum öncelikle, belirli alanlardaki işlemlerin nasıl şekilleneceği konusunda, Bakanlar Konseyindeki çoğunluğun eğilimlerine tam bir güven duyulmadığının bir göstergesi olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bir başka açıdan oybirliğinin; siyasal ve ekonomik bakımdan etkili ve nüfus yönünden de yoğun olan devletlerin, bu niteliklere sahip olmayan azınlığı yönlendirmesini engelleyen bir araç olduğu düşünüldüğünde, “*oydaşmacı demokrasinin*” bir yansıması olarak da görülebileceği konusunda bkz. **ODER**, s. 430-432.

doğurmasının mümkün olduğu hallerde Birliğin işlem yapabileceğini öngören **subsidiarity (yetki ikamesi) prensibi** olmaktadır<sup>45</sup>. Gerçekte söz konusu prensip, birtakım özellikleri çerçevesinde federal yaklaşımın da önemli argümanları arasında bulunmaktadır. Ancak diğer taraftan bu prensibin; Birliğin yetkisini genişletme eğilimine bir sınırlama getirdiği, münhasır yetki dışındaki alanlarda, Birliği “*ikincil olma yükümlülüğü*” altına soktuğu ve bu bakımdan Maastricht Andlaşmasının 6. maddesinde yer alan Birliğin, üye devletlerin ulusal kimliklerine saygı göstermesini öngören yükümlülükle de birlikte düşünülmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda, Birliğin; “*ancak belli durumlarda*” ve “*belli sınırlar içinde*” girişimde bulunabileceği de dikkate alınarak, ikincillik prensibinin; ulusal egemenliğin ve buna paralel olarak konfederal eğilimin bir yansıması olduğu ileri sürülmektedir<sup>46</sup>.

Belirtilen argümanlar doğrultusunda söz konusu prensibin, Maastricht Andlaşmasında yer alma gerekçesinin her şeyden önce; “*Birliğin, üye ülkelere aşırı müdahalesini ortadan kaldırma ve üye ülkelerin siyasal denetimleri ile Adalet Divanının hukuksal denetimini artırma*” olarak saptandığına işaret edilmektedir. Buna göre, subsidiarity prensibi uyarınca; bir konuda ülkesel veya bölgesel düzeyde daha etkili sonuçlar alınması söz konusu olduğunda, girişimlerin bu düzeyde gerçekleştirilmesi gerekecektir. Böyle bir anlam çerçevesinde, söz konusu prensibin işlevi ise; otoritenin etkili dağılımını ve karar süreçlerine vatandaşların katkısını garanti etmek şeklinde belirlemek ve böylece AB'nin yetkilerinin artışına bir ölçüde sınırlama getirilerek, üye devletlerin hassasiyetleri dikkate alınmış olmaktadır<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Bkz. VEGGELAND, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

<sup>46</sup> Bkz. VEGGELAND, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006; CHRYSSOCHOOU, Dimitris N, “Civic Competence and the Challenge to EU Polity-Building”, *Journal of European Public Policy* 9:5, October 2002, s.758.

<sup>47</sup> Bkz. TANCHEV, Evgeni, “Sovereignty and Distribution of Authority in the Federations and in the Constitution of the European Union”, <http://www.adalet.gov.tr/avrupatoplulugu/2july2004.htm>, 14.9.2005; CHRYSSOCHOOU, s. 758. Bu bağlamda **subsidiarity prensibinin**, aynı zamanda bağımsız otoritelerin de süreç içinde etkili kılınmasıyla; yetkinin “*aşağıya doğru*” (ulus devletlere) aktarımından çok, “*dışarıya doğru*” (bağımsız otoritelere) aktarımına karşılık geldiği konusunda bkz. VEGGELAND, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance:

Subsidiarity prensibi bu şekilde, konfederalist yaklaşımın argümanları ile büyük ölçüde örtüşen bir anlam kazanmaktadır. Ancak böyle olmakla birlikte, söz konusu prensibin anlamının ve işlevinin, aynı zamanda bütünleşmenin kapsamına ve niteliğine bağlı olarak değişebileceği ve buna göre konfederal ya da federal özellikler taşıyabileceği de dikkate alınmalıdır. Bu konuda AB Anayasasına bakıldığında, Anayasada söz konusu prensibin, esas itibarıyla, üye devletlerin yetki alanını yansıtacak biçimde ve bunların “merkezi ya da bölgesel ve yerel” unsurlarını vurgulayan bir anlamla düzenlendiği görülmektedir<sup>48</sup>. Buna göre “Birlik; münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, alınacak önlemin hedefine merkezi ya da bölgesel ve yerel düzeyde, üye devletler tarafından yeterince ulaşılamaması ve bu hedeflere, önerilen önlemin kapsamı ve etkileri nedeniyle Birlik düzeyinde daha iyi ulaşılabilmesi halleriyle sınırlı olmak üzere ve yalnızca bu ölçüde işlem yapılabilir”. Ayrıca Anayasada **orantılılık prensibi** de korunarak; “Birlik önleminin içeriği ve biçimi, Anayasanın hedeflerini yerine getirmek için gerekli olanı aşamaz” denilmektedir. Üye devletlerin yetki alanına yapılan vurgu, esas itibarıyla, Anayasaya ekli “İkincillik ve Orantılılık Prensiplerinin Uygulanmasına İlişkin Protokol” çerçevesinde öngörülen siyasal denetim sistemi ile de pekiştirilmektedir. Protokolün öngördüğü siyasal denetim sisteminin en önemli unsuru ulusal parlamentolar olup; bununla esas itibarıyla, Birlik bakımından “girdi meşruiyeti”nin artırılması hedeflenmektedir<sup>49</sup>. Dolayısıyla Anayasa çerçevesinde ikincillik prensibinin; genel olarak münhasır yetkiye girmeyen alanlarda, Birliğin yetkilerinin ön plana çıkarılmasından ziyade, belli sınırlar ve koşullar içinde öngörüldüğü, özellikle ulusal parlamentolar tarafından gerçekleştirilecek bir nevi siyasi öndenetim kapsamında ve aynı zamanda Birlik

Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

<sup>48</sup> Bkz. **DELANEY / SMITH**, s. 135; **HOFFMANN / SHAW**, s. 637.

<sup>49</sup> Nitekim ilgili düzenlemeye göre; yeni bir Avrupa tasarısının, ulusal ya da bölgesel düzeyde ele alınmasının daha iyi olacağı düşünülmesi halinde, ulusal parlamentolara tasarımı geciktirmek için “sarı kart” yetkisi verilmiş olmaktadır. İlgili düzenleme gereğince eğer; üye devletlerin parlamentolarının 1/3’i bu tutumlarını muhafaza ederlerse, Avrupa Komisyonu, önerilerini gözden geçirmek zorunda kalacaktır. Bkz. **FABBRINI/SICURELLI**, s. 250; **FOLLESDAL**, s. 579; **VEGGELAND**, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

bünyesinde demokratik meşruiyeti sağlayıcı önlemler çerçevesinde değerlendirilen bir prensip olarak ortaya çıktığını söylemek mümkündür<sup>50</sup>.

AB Anayasasında, sözü edilen prensip dolayısıyla üye devletlere ve onların yetki alanlarına yapılan vurgunun, başka hükümler bakımından da geçerli olduğu görülmektedir. Her şeyden önce AB Anayasası için federal özelliği çağrıştıran “**Anayasa**” terimi yerine, “**Anayasal Andlaşma**” ifadesi kullanılmakta olup, bununla esas itibarıyla; “**AB’nin ulus devletlere dayanan bir yapısı olduğunun ve AB Anayasasının da, ulusal anayasaları ikame etmediğinin**” teyit edildiğini ileri sürmek mümkündür. Öte yandan Anayasanın madde I-10/1’de yer alan Birlik vatandaşlığına ilişkin hükümde de, “*üye devletlerin yurttaşları, Birlik vatandaşlarıdır. Birlik vatandaşlığı; ulusal yurttaşlığa ilavedir, onun yerini alamaz*” denilirken; madde I-5’de de, “*Birlik; bölgesel ve yerel özerk idareler de dahil olmak üzere, üye devletlerin anayasal ve siyasal temel yapılarının özünde varolan ulusal kimliklerine, Anayasa karşısında üye devletlerin eşit olduğu hususuna, ülkenin toprak bütünlüğünün garanti altına alınması ile hukukun ve düzenin korunmasını ve iç güvenliğinin sağlanmasını da içeren temel ülke işlevlerine saygı gösterir*” denilmektedir. Bunun dışında ulusal parlamentoların, yasa önerilerine veya kendilerini ilgilendiren diğer konulara ilişkin görüşlerini ifade etme olanakları artırılarak, AB’nin işleyişindeki rolleri güçlendirilmektedir. Nitekim bu bağlamda yukarıda değinilen, “*İkincilik ve Orantılılık Prensiplerinin Uygulanmasına İlişkin Protokol*” çerçevesinde AB ülkelerine, “*AB yasalarını frenleme*” yetkisi verilmekte olup; buna göre, bir AB ülkesinin parlamentosu, AB yasalarının aşırı ve zamansız olduğuna karar verirse, alarm sistemini çalıştırarak bir yasanın kabul edilmesini engelleyebilecektir<sup>51</sup>.

Belirtilenlerin yanında ayrıca AB Anayasası ile, üye devletlerin gönüllü olarak Birlikten çekilmelerine de imkan tanınmaktadır<sup>52</sup>. Devlet anayasaları

---

<sup>50</sup> Aynı yönde bkz. **FABBRINI / SICURELLI**, s. 250; **VEGGELAND**, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”, <http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

<sup>51</sup> Bkz. **FOLLESDAL**, s. 579; **FABBRINI/SICURELLI**, s. 250.

<sup>52</sup> Nitekim Anayasanın I-60. maddesi, herhangi bir üye devletin kendi anayasal gerekliliklerine uyararak Avrupa Birliğinden ayrılmaya karar verebileceğini düzenlemektedir. Avrupa Birliğinden ayrılma, üye devletin AB ile yapacağı bir uluslararası andlaşma ile olacaktır. Söz konusu andlaşma, Birlik adına, Avrupa Parlamentosunun onayı alındıktan sonra, nitelikli çoğunlukla hareket eden Bakanlar Konseyi tarafından yapılmaktadır.

açısından bakıldığında, ayrılmanın ancak federal devlet anayasalarında öngörülebileceği, bu itibarla ayrılma normunun, ilk etapta federal eğilimin bir yansıması olduğu ileri sürülebilir. Fakat buna karşılık, AB'nin klasik anlamda bir devlet olmadığı ve onun Anayasasının da klasik anlamda bir devlet anayasası olmadığı dikkate alındığında; ayrılma normunun, AB ve Anayasası için daha farklı bir kapsamda ele alınması gerektiğini ifade etmek de mümkündür. Örneğin bu bağlamda Anayasanın ilgili hükmünün, her şeyden önce Birlik organlarına devredilen egemenlik yetkilerinin “*geri alınamaz ve süresiz*” olmadığını ortaya koyduğunu ve bu itibarla ulusal duyarlık ya da direnç olarak beliren eğilimin izlerini taşıdığını belirtmek mümkündür<sup>53</sup>. Söz konusu yaklaşımdan hareket edildiğinde, Anayasada ayrılma normunun yer almasının özel siyasal nedenlerle ilişkili olduğu, bununla esas itibariyle, uzun vadede AB'nin sürekliliğinin ve üye devletlerin birlikteliğinin korunmasının amaçlandığı sonucuna varılabilecektir. Nitekim bu doğrultuda, üye devletlerin, “*Anayasadaki usule göre kullanacakları ayrılma yetkisi*”nin, AB'nin öngördüğü yapıyla uyuşamayacak olanlara serbestlik tanıyan ve AB'nin geleceğine ilişkin kaygılar taşıyan üye devletleri rahatlatıcı bir nitelik taşıdığına ve böylelikle, Avrupa bütünleşmesinin geçmişine oranla, ulus devlet tercihlerine ağırlık tanıyan bir yaklaşımın ürünü olarak belirdiğine dikkat çekilmektedir<sup>54</sup>. Bunun gibi, üye devlet tercihlerinin esas alındığı hükümetlerarası yaklaşımın bir uzantısı olarak, daha önce AT Andlaşmasının 11. ve 11/a maddeleri ile AB Andlaşmasının 43-45. maddelerinde genel ilkeleri düzenlenen “*güçlendirilmiş işbirliği*” de, AB Anayasasında yer verilen yöntemlerden bir diğeridir. Anayasaya göre, Birliğin münhasır yetkisine girmeyen alanlarda üye ülkeler, kendi aralarında ve seçtikleri konularda daha yakın işbirliğine gidebileceklerdir. Sözü edilen yöntem; “*esneklik*”, “*çok vitesli Avrupa*”, “*à la carte bütünleşme*”, “*değişken geometri Avrupa*” kavramları gibi<sup>55</sup>; bütünleşmenin bir örnek

<sup>53</sup> Nitekim sözü edilen argüman çerçevesinde “*ayrılma normu*” ile Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Maastricht kararında açıklandığı biçimde, üye devletlerin “*efendilik*” konularının öne çıkartıldığı konusunda bkz. ODER, s. 167.

<sup>54</sup> Bkz. ODER, s. 166,167.

<sup>55</sup> İlgili kavramlar içerik itibariyle, daha çok bütünleşmek isteyen üye devletler ile daha az bütünleşmeden yana olan ya da bütünleşmenin bazı unsurlarından başışık tutulmayı isteyen üye devletler arasındaki ilişkilere yöneliktir. Nitekim bazı üye devletlerin; duyarlı oldukları alanlarda, kurucu andlaşmalara ekli protokoller ile bütünleşmenin hukuksal çerçevesinden başışık kılınmaları, bu konuda izlenen yöntemlerden biri olup; bunun somut bir örneği olarak, Maastricht sürecinde İngiltere, 1992 tarihli bir Protokol ile sosyal politikaya

yapısını, dağınık bir görünüme büründüren kavramlar olarak ortaya çıkmakla birlikte; ulusal duyarlılıklara paralel olarak aynı zamanda bütünleşmeyi, farklılıklara rağmen sürdürmenin de araçları olarak belirlemektedirler<sup>56</sup>.

#### IV- BUGÜNKÜ YAPILANMA

Bütünleşmenin biçimi üzerine AB içinde kendini gösteren gelişmeler, esas itibariyle bir yönüyle süper devlet oluşumuna doğru gidildiğini gösterirken, diğer yönüyle hükümetlerarası eğilimin devam ettiğinin bir göstergesi olarak belirlemektedirler. Nitekim AB içinde ulus devletler halâ güçlerini koruduklarından Birlik, bu yönüyle gerçekte *“devletlerin işbirliği”* olarak algılanabilirken; bunun yanında bazı alanlarda ortak politikaların benimsenmesi ve ulusalüstü otoritelerin yetkilerinin varlığı da, Birliği *“federal yapı”*ya yakın kılan özellikler olmaktadır.

Belirtilen duruma bağlı olarak Birliğin, esas itibariyle oluşum halinde bulunduğu, sonunda alacağı biçimin bugünden kestirilemeyecek bir sistem olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır. Öte yandan AB Anayasasının hazırlanmasından sonra dahi, bu durumun geçerliliğini koruduğu, Maastricht'te yeniden yapılanan ve Amsterdam ve Nice Andlaşmaları ile bugünkü şeklini alan Birliğin, uluslararası hukukta ve anayasa hukukunda yerleşmiş anlamlarıyla klasik bir devlet olmaktan uzak bulunduğu gibi; yapı itibariyle de yalnızca federal veya konfederal şeklinde *“net”* ya da *“tek”* bir model ortaya koymadığı ileri sürülmektedir<sup>57</sup>.

AB günümüzde, Maastricht'te yapılanmış biçimiyle, esas olarak, tüzel kişiliğe sahip **“Topluluklar”** ile **“Ortak Güvenlik ve Dış Politika”** ve **“Adalet ve İçişlerinde İşbirliği”** sütunlarından oluşan birleşik bir yapılanma görünümündedir. AB Andlaşmasına göre, bu yapının, yalnızca Avrupa Topluluklarına ilişkin olan birinci sütunu ulusüstü karakter taşımakta olup; ikinci ve üçüncü sütunlarda yer alan, Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikası ile Adalet ve İçişlerinde İşbirliği Topluluklar karar mekanizmasının dışında tutulmuştur. Her ne kadar; Adalet ve İçişleri kapsamında yer alan bazı konular (vize, göç, iltica), daha sonra **Amsterdam Andlaşması** ile birinci sütuna aktarılmakla birlikte, ikinci ve üçüncü sütunlarıyla hükümetlerarası modelin bir yansıması olarak beliren Birlik, bu alanlar bakımından tüzel kişiliğe sahip

---

ilişkin işlemlerin dışında tutulmuş ve para politikası alanındaki yetkilerini ulusal hukuka göre kullanmayı sürdürmüştür. Bkz. **ODER**, s. 166.

<sup>56</sup> Bkz. **HEEG**, Susanne/**OBENBRÜGGE**, Jürgen, “State Formation and Territoriality in the European Union”, Geopolitics, Vol. 7, No. 3, Winter 2002, s. 80; **ODER**, s. 167.

<sup>57</sup> Bkz. **EGEBERG**, s. 728.

olmayan ve uluslararası ilişkilerde sorumlu tutulamayan bir yapı konumundadır<sup>58</sup>. Andlaşma imzalama yetkisi, AB'nin bir parçası olan Avrupa Topluluğu tarafından, kendi alanına giren konularda kullanılmakta olup; AB, dış politikası kapsamında yaptığı siyasi taahhütlere uluslararası hukuk açısından geçerlilik kazandırmak istediği zaman ise, özel bir düzenleme geliştirecek ve AT sütunu kapsamındaki dış ilişkiler araçlarını kullanabilecektir. Bu çerçevede Roma Andlaşmasının 235. maddesine göre; Topluluk ile üçüncü ülkeler arasında imzalanan ortaklık andlaşmaları, öncelikle bir “*dış politika girişimi*” olmaktadır<sup>59</sup>. Bunun dışında AT sütununun aksine, ikinci ve üçüncü sütun kapsamındaki konularda harcamalar, üye devletler tarafından AT'nun çeşitli mali kaynakları ile ilişkili olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla AB'nin; bir bütün olarak, sütunların ortak bir hukuksal çerçevede kenetlenmiş biçimde işlemesine dayanak oluşturacak şekilde bir tüzel kişiliği bulunmadığı gibi, bütün sütunları kapsayacak ortak bir bütçesi de bulunmamaktadır<sup>60</sup>.

Söz konusu özellikler çerçevesinde AB içinde esas itibariyle, hem uluslararası hem de ulusüstü karakter taşıyan unsurların birarada karmaşık bir şekilde yer aldığı, dolayısıyla bugünkü yapının da karma bir nitelik taşıdığı ortaya çıkmaktadır<sup>61</sup>. Bu karma yapı; ekonomik ilişkiler çerçevesinde, ortak pazar aşamasına geçilmesi, ekonomik ve parasal birlik sağlanması ve tek para kullanılması yolundaki gelişmeler açısından ulusalüstü bir nitelik arzederken; dış politika, güvenlik, savunma, adalet ve içişlerine ilişkin birtakım alanlardaki esaslar bakımından da hükümetlerarası bir nitelik göstermektedir<sup>62</sup>. Öte yandan AB'nin kurumsal yapısı da, “**ulusalüstülük**” ile “**hükümetlerarası**” modelin birlikte yer aldığı, kendine özgü bir uygulamayı yansıtmaktadır. AB içinde esas olarak, üye devletlerden bazı Birlik kurumlarına önemli oranda bir yetki devri gerçekleşmiş olmakla birlikte; üye devletler, Birlik kurumlarına yaptıkları atamalarla ve özellikle **Bakanlar Konseyi** aracılığıyla güçlerini büyük ölçüde

<sup>58</sup> Bkz. SELÇUK, Engin, “Anayasasını Arayan Avrupa: Avrupa Anayasal Antlaşma Tasarısı Üzerine”, Hukuk ve Adalet, y. 1, sy. 3, Temmuz-Eylül 2004, s. 66; ODER, s. 251.

<sup>59</sup> Bkz. KARLUK, s. 108.

<sup>60</sup> KARLUK, s. 108.

<sup>61</sup> Bkz. NEYER, s. 35.

<sup>62</sup> Bkz. FABBRINI / SICURELLI, s. 236, 250,251; DEDEOĞLU, Beril, “Avrupa Birliği Örgütlenme Modeli ve Subsidiarity Prensipleri”, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet, F. Edip ÇELİK'e Armağan, Yay. Haz. Turgut TARHANLI, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 105.

muhafaza etmektedirler<sup>63</sup>. Nitekim, hükümet temsilcilerinden oluşan ve ulusal çıkarların temsilinin sağlandığı Konseyin yasama organı özelliğini koruması ve bazı alanlarda oybirliği ile karar alınması<sup>64</sup>, AB'nin konfederasyon özelliğini güçlendirmektedir. Ancak buna karşılık Bakanlar Konseyinde hukuki düzenlemeler, önemli oranda da oyçokluğu ile belirlenmekte olup; bu yolla kabul edilen normlar, ulusal çıkarları sebebiyle karşı oy kullanan üye devletler tarafından da zorunlu olarak uygulanmak durumundadırlar<sup>65</sup>. Aynı şekilde **Komisyon** da, Birlik çıkarlarını temsil eden yönüyle uluslararası nitelikte bir kurum olup; bu çerçevede, Parlamento ve Konsey arasında ya da farklı ulusal ekonomik ve toplumsal çıkarlar arasında, tarafsızlığından kaynaklanan arabuluculuk rolü üstlenmektedir<sup>66</sup>. Fakat bunun yanında, yapısı itibarıyla “*supranasyonel*” nitelikli bir organ olmaktan çok, “*hükümetlerarası*” eğilime yakın olan Komisyon, doğrudan doğruya AB vatandaşları ya da Avrupa Parlamentosu tarafından seçilmediğinden, ulusal düzeyde seçimle iş başına gelmiş hükümetler kadar güçlü bir konumda da bulunmamaktadır<sup>67</sup>. Benzer şekilde Avrupa kamuoyunu temsil eden **Avrupa Parlamentosu** da, karar alınmasında rol almakta ve Konsey ile Komisyonu demokratik olarak denetlemekle birlikte, Birlik formasyonunu belirleme yetkisine sahip bulunmamaktadır<sup>68</sup>. Bununla birlikte **ATAD**, Birlik hukuku çerçevesinde, başlangıçtan bu yana tipik federal sistemlerde bulunan Anayasa Mahkemelerinin yerine getirdiği işlevi üstlenmiş durumdadır. Nitekim AB'nin, yalnızca klasik hukuk öğretisi içinde değerlendirilemeyeceği yönündeki görüşü doğrultusunda

---

<sup>63</sup> **MCCORMICK**, s. 8; **DEDEOĞLU**, Beril, “Avrupa’da Siyasal Bütünleşme: ‘Birlik’ Modelinin Yeniden Düzenlenmesi”, Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar, Der. Faruk SÖNMEZOĞLU, Der Yayınları, İstanbul 1998, s. 376; **LEWIS**, s. 99 vd.

<sup>64</sup> Bu durumun Birlik bakımından “*federalist açık*” (*federalist deficit*) oluşturduğu konusunda bkz. **TRECHSEL**, Alexander H., “How to Federalize the European Union...and Why Bother”, Journal of European Public Policy 12:3, June 2005, s. 406.

<sup>65</sup> Bkz. **LEWIS**, s. 1003 vd.; **KARLUK**, s. 181,182.

<sup>66</sup> **KARLUK**, s. 181.

<sup>67</sup> **MCCORMICK**, s. 8.

<sup>68</sup> **DEDEOĞLU**, Siyasal Bütünleşme, s. 363.



ATAD; “*üstünlük*”, “*doğrudan etki*” gibi prensiplere vurgu yapan kararlarıyla, Birliğin federal özelliklerini ön plana çıkaran bir yaklaşım sergilemektedir<sup>69</sup>.

Gerek bütünleşme alanlarının kapsamı, gerekse kurumsal yapı bakımından ortaya çıkan karma nitelik esas itibarıyla, Birliğin ve üye ülkelerin birbirlerine karşı olan konumları bakımından da gözlenmekte olup; üye ülkeler bir yandan ayrı kimlikleri olan birimler olarak değerlendirilirken, diğer yandan da AB, kendi bayrağı ve marşı olan farklı bir yapılanma olarak belirmektedir. Nitekim **Maastricht Andlaşmasında**, üye devletlerin ulusal kimliğine, devlet niteliklerine ve karakteristik ulusal yapılarına saygıdan sözedilirken; Andlaşma ayrıca, Avrupa halklarının bütünleşmesini esas alan bir ruha da sahip bulunmakta ve daha sonra kabul edilen **Amsterdam Andlaşması** hükümleri ile de bu yaklaşım pekiştirilmektedir.

Tüm bu özellikleri doğrultusunda, karma bir nitelik taşıyan AB bakımından esas itibarıyla, federal yapı ile konfederal yapı arasında yer alan, “**ara model**” değerlendirmesini yapmak mümkündür<sup>70</sup>. Böyle bir model bağlamında ise AB, her şeyden önce; işbirliğinin ötesinde bütünleşme amacı taşıyan ve uluslararası örgütlerden daha sıkı nitelikteki yapısıyla “**konfederasyonun ötesinde bir Birlik**” görünümü arz etmektedir. Nitekim bunun somut dayanaklarından ilki, konfederasyonda sadece üye devlet vatandaşlığı bulunurken; Avrupa Birliğinde hem üye devlete, hem de AB’ne vatandaşlık bağının söz konusu olmasıdır. Ayrıca konfederasyonda, dış politika; bütünüyle üye devletlerin yetkisinde iken, AB; kısmi de olsa, bütünleşme kapsamına giren konularda üye devletleri bağlayan uluslararası andlaşma yapma yetkisine sahip bulunmaktadır. Yine konfederasyonda, üye devletler arasındaki uyuşmazlıkları yargısal yolla çözen bir organ mevcut değilken; Avrupa Birliğinde uyuşmazlıkları nihai olarak karara bağlayan bağımsız bir organ bulunmaktadır. Öte yandan konfederasyonda organlar, yetkilerini üye devletlerden almakta olup, bu yetkiler üye devletler tarafından tek taraflı olarak değiştirilebilmekte iken; Avrupa Birliğinde yetkiler, kurucu andlaşma olarak nitelendirilen belgelerden alınmakta ve üye devletler de bunları tek taraflı olarak değiştirememektedirler<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Bkz. **CICHOWSKI**, Rachel A., “Integrating the Environment: The European Court and the Construction of Supranational Policy”, *Journal of European Public Policy* 5:3, September 1998, s. 387 vd.

<sup>70</sup> Nitekim bu modeli yansıtabilecek şekilde kullanılan “*arasındalık*” (*betweenness*) terimi için bkz. **EGEBERG**, s. 742.

<sup>71</sup> Bkz. **MCCORMICK**, s. 5; **ELAZAR**, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”, <http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005;

Söz konusu farklılıklar dikkate alındığında AB'nin, "**konfederasyondan çok federasyona yakın olduğu**" hususunu ileri sürmek mümkündür. AB'nin bu niteliğini yansıtan özelliklerini ise somut olarak; AB hukukunun kendine özgü yapısı, Tek Senetten bu yana bütünleşme kapsamına giren konuların yaygınlaştırılması, oyçokluğu ile karar alınan alanların genişletilmesi ve Birlik kurumlarının güçlendirilmesi olarak sıralamak mümkündür. Her şeyden önce Birlik hukukunun, ulusal hukuktan ayrı bir hukuk olarak bağımsızlığı söz konusu olup; bu hukuk, tüm üye devletleri bağlamakta ve ayrıca Birlik hukukunun, bireyler bakımından doğrudan etkisi ve herhangi bir çatışma durumunda da ulusal hukuklar karşısında önceliği söz konusu olmaktadır. Ayrıca Maastricht Andlaşması bakımından Birliğe üyelik zamanla sınırlı olmayıp, belirli bir zamanın geçmesi ile Birliğin yetkileri sona ermediği gibi, bunun dışında üye ülkeler, Birlik organlarının onayı olmaksızın, Birliğin yetkilerini ve hukuksal niteliklerini de tek başlarına düzenleyememektedirler. Belirtilenlerin yanında ayrıca; Birlik ile üye ülkeler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir dizi anayasal nitelikteki normun varlığı, yetki paylaşımının söz konusu olması ve Avrupa Toplulukları sütununun mali özerkliği ya da Topluluğun; finansmanını, özel vergilerle ve harçlarla kendisinin karşılaması ve bu suretle geniş bir bütçe hacmine sahip bulunması da federal özelliği içeren hususlar olmaktadır<sup>72</sup>. Bu bağlamda esas itibarıyla tek pazarın tamamlanması ve ortak para biriminin kullanılmaya başlanması, AB bakımından, "**mali federalizm**" olgusu olarak nitelendirilirken<sup>73</sup>; ortak dış politika ve güvenlik politikası ile hukuk ve adalet alanlarındaki işbirliğinin güçlendirilmesi yönündeki eğilimle de, sözü edilen alanların supranasyonel yapıya dahil edilmeye çalışıldığı belirtilmektedir<sup>74</sup>. Nitekim süreç içinde ortak dış politika ve güvenlik politikası alanında, "**çoğunlukla**" karar verilen alanlar genişletilirken; polis ve yargıda işbirliği konusunda da Amsterdam Andlaşması, üye

---

**HAKYEMEZ**, Yusuf Şevki, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 253-254.

<sup>72</sup> Bkz. **WEILER**, Joseph, "Federalizm ve Anayasacılık: Avrupa'nın Sonderweg'i", Çev. T. K., Cogito, sy. 39, Bahar 2004, s. 283; **BÖRZEL**, s. 229.

<sup>73</sup> Bkz. **DARDANELLI**, Paolo, "Conclusions: Comparative Federalism and the Constitutional Treaty", Regional and Federal Studies, Vol. 15, No. 2, June 2005, s. 262.

<sup>74</sup> Bkz. **ARSAVA**, A. Fusun, Nice Anlaşması Sonrasında Avrupa Birliği'nin Geleceği, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2003, s. 27; **BÖRZEL**, s. 229.

devletlerden bağımsız organ olarak ATAD'na, Maastricht Andlaşmasında öngörölmüş olan bazı tedbirleri denetleme yetkisi tanımıştır<sup>75</sup>.

Söz konusu gelişmeler ve özellikler çerçevesinde AB bütünleşmesinin esas olarak; federal modeli benimseyenlerin girişimi ile oluşturulduğuna, değişikliğe uğramış bir biçimde de olsa federalist yaklaşımın, Birlik bütünleşmesi bakımından önemli ölçüde anlamını korumayı sürdürdüğüne dikkat çekilmektedir<sup>76</sup>. Nitekim bu noktada, hükümetlerarası yaklaşıma ilişkin bazı unsurları içermekle birlikte, Maastricht Andlaşmasının 1/2. maddesinde yer alan, “*Avrupa halklarının daima daha sıkı birliğini gerçekleştirmesinden*” söz eden düzenlemesinin, Avrupa bütünleşme sürecinin açık, dinamik ve aynı zamanda siyasi ve böylece münhasıran ekonomik olmayan karakterini vurguladığı belirtilmektedir<sup>77</sup>. Öte yandan bu bağlamda, federalist yaklaşımı genel düzeyde Birlik bütünleşmesi bakımından anlamlı ve dinamik kılan bir hususun, aynı zamanda kurumsal yapının bazı özellikleri olduğunu ve bu doğrultuda esas olarak Birlik organlarına andlaşmalarla sağlanan hukuki statünün de, federalist yaklaşımın önemli bir yansıması olarak belirlediğini söylemek mümkündür. Nitekim ulusal çıkarların temsil edildiği **Bakanlar Konseyi**, gerçekte hükümetlerarası bir konferans niteliğinde olmayıp, bir Topluluk organıdır ve ayrıca Birliğe devredilen egemenlik yetkileri çerçevesinde de Birlik tasarrufu ihdas etmektedir. Bunun yanında **Komisyon** ve **ATAD** da, bağımsız Birlik organları olup, bu organların üyeleri, üye devletlerin temsilcileri konumunda bulunmamaktadırlar. Aynı şekilde doğrudan seçimle oluşan **Parlamentonun**, geçmişte yalnızca görüş belirtilen bir platform konumundan; Avrupa Komisyonunu istifaya zorlayabilen, AB ile ilgili yasa değişikliklerinin çoğunu değiştirme ya da reddetme yetkisi bulunan, bütçe üzerinde belirli bir denetim yetkisine sahip olan kurum statüsüne ulaşması da AB açısından federal özellikleri pekiştiren hususlar olmaktadır<sup>78</sup>. Ancak bunun yanında AB içinde federal özellikler bu şekilde yer bulmakla birlikte; AB, şüphesiz anayasal anlamda ya da klasik tipte bir federasyonun tüm unsurlarını bünyesinde taşıyan bir yapılanma niteliğinde de bulunmamaktadır. Bu noktada her şeyden önce, egemenlik yetkilerinin kullanımı bakımından, AB ve üye devletler arasında

<sup>75</sup> Bkz. **ARSAVA**, s. 27; **LYNCH**, s. 55.

<sup>76</sup> Bkz. **MALAMUD**, Andrés, “Spillover in European and South American Integration An Assessment”, <http://136.142.158.105/Lasa2001/MalamudAndres.pdf>, 24.8.2006.

<sup>77</sup> **HERTEL**, Supranationalität als Verfassungsprinzip: Normativität und Legitimation als Elemente des europäischen Verfassungsrechts, Berlin 1999, s. 153 vd., nakl. **ARSAVA**, s. 28.

<sup>78</sup> Bkz. **LEWIS**, s. 1003 vd.; **FABBRINI/SICURELLI**, s.237.

yetki paylaşımının varlığının, tipik bir federalizm anlamına gelmediğine dikkat çekilmektedir. Nitekim klasik anlamda bir devlet olmayan AB'nin, klasik bir federasyonun sahip olduğu anlamda egemenliğe de sahip olmadığını belirten **McCormik**, söz konusu yapılanma içinde **“Birlik ve üye devletlerin birarada buldukları”** değerlendirmesini yapmaktadır<sup>79</sup>. Bu anlayış çerçevesinde AB'nin; üye ülkelerin bir araya gelerek kendilerine ait egemenlik yetkilerinden bir kısmını, Avrupa'da siyasal ve yasal bir otorite meydana getirmek amacıyla sınırladıkları, ancak üye devletlerin egemenliklerini sürdürmeye devam ettikleri bir yapı olduğu kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Dolayısıyla bu yaklaşım doğrultusunda AB bütünleşmesinin; ulus devletlerin bütün konularda bağlı oldukları, kurumlarının ve egemenliklerinin tümüyle ortadan kaldırıldığı ve böylece üye devletlerin, devlet niteliklerinin silindiği bir yapılanma olduğu sonucuna varılamayacağı gibi; AB açısından tam olarak, **“Avrupa Birleşik Devletleri”** ya da **“merkezi bir Avrupa Devleti”** nitelendirmesini yapmak da mümkün değildir<sup>81</sup>.

Bütünleşme konularının kapsamı bakımından değerlendirildiğinde bu tür bir tespitin somut dayanaklarından biri esas itibariyle; ekonomik konular bakımından kararların, büyük ölçüde ulusüstü düzeyde alınmasına ve sözü edilen alanlarda ortak politikaların geçerliliğine rağmen; dış politika, güvenlik, savunma gibi siyasi konularda bütünleşmenin tam olarak gerçekleşmemiş olmasıdır. Politikaların, devletlerarası işbirliği temelinde karara bağlandığı bu alanlarda sorumluluk, üye devletlere ait bulunmakta ve ayrıca ilgili alanlarda, üye ülke politikaları arasında da büyük farklar söz konusu olabilmektedir. Öte yandan Avrupa Toplulukları sütunu dışında kalan; ortak dış politika ve güvenlik politikası ile adalet ve içişleri alanında işbirliği konularında, AB'nin kendine ait bir bütçesinin ya da kendi kaynaklarını ulusal devletlerden bağımsız olarak oluşturabilme yetkisinin bulunmayışı da, tam ya da klasik anlamda bir federal yapının mevcut olmadığını bir göstergesi olarak belirlemektedir<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Bu yapıyı açıklamak üzere ise **McCormik**; AB'ne üyeliğin, egemenliğin kaybı anlamına gelmediğini, burada söz konusu olanın **“egemenliğin yeniden dağılımı”** olduğunu belirtmektedir. **MCCORMICK**, s.10-12.

<sup>80</sup> Bkz. **CHRYSSOCHOOU**, s.761.

<sup>81</sup> Bkz. **BÖRZEL**, s.229-231.

<sup>82</sup> Bkz. **TRECHSEL**, s.405; **BÖRZEL**, s.229; **DELANEY/SMITH**, s.132. Bu bağlamda **McCormick**'e göre AB'ne üye devletler, örneğin ABD modelindeki federe devletlerin yapamadığı birçok şeyi (andlaşma imzalamak, kendi vergi sistemlerini oluşturmak, bağımsız bir orduya sahip olmak, ortak para birimine dahil olmayan devletler açısından kendi para birimlerini kullanmak vb.)

Bunun dışında kurumsal yapının bazı özellikleri bakımından ele alındığında da; örneğin federal devlet sisteminde söz konusu olan, birisi, üye devletleri eşit üye esasına göre; diğeri ise, devletleri nüfus esasına göre temsil eden çift meclisli bir Parlamente'nin da AB düzeyinde bulunmadığı görülmektedir. Böyle bir niteliğe sahip olmayan **Parlamente'nin**, her ne kadar kısmi yetkileri bulunmakla birlikte, yasama sürecini başlatan ve bu gücü kullanan tek organ olmadığı gibi, Birlik formasyonunu belirleme yetkisi de bulunmamaktadır. Bunun yanında **Komisyon**, işlevi bakımından uluslararası nitelikte bir kurum olarak belirlemekle birlikte, temel karar organı konumundaki kurum, hükümet temsilcilerinden oluşan **Avrupa Birliği Bakanlar Konseyidir**. Öte yandan, üye devletlerin, devlet ve hükümet başkanlarından oluşan Avrupa Birliği Avrupa Konseyinin, siyasal yönelim ve ilkeleri belirleyecek itici güç olarak öne çıkması da, "*Avrupa federal devleti*" modelini zayıflatıcı bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır<sup>83</sup>. Bütün bu özellikleri dikkate alarak **Weiler**, bugünkü şekliyle AB'nin kurumsal yapısının, üye ülkelerin hükümetlerine etkili bir biçimde söz sahibi olma güvencesi sunmaya devam ettiğini, bu itibarla kurumsal açıdan AB'nin, federasyondan çok konfederasyona yakın olduğunu belirtmektedir<sup>84</sup>.

Bütünleşme alanları ve kurumsal yapılanma hususları yanında AB açısından ayrıca, bir Avrupa ulusunun ya da halkının bulunmadığı, oysa federasyonun, kurucu devletlerin üstünde ortak bir ulusal kimliğin oluşturulmasını gerektirdiği de ileri sürülmektedir. Nitekim bu bağlamda; yasal açıdan Maastricht'te AB vatandaşlığı öngörülmeyle birlikte, Maastricht Andlaşmasının tek bir Avrupa halkından değil, "*Avrupa halkları arasında kesintisiz ve daha sıkı bir birlik*" oluşturulmasından söz ettiğine işaret

---

yapabilmektedirler. Buna paralel olarak AB kurumları da, ABD modelindeki federal yönetimin sahip olduğu tüm yetkilere (genelleştirilmiş bir vergi sistemi, ortak bir ordu ve ortak bir dış politika) sahip bulunmamaktadırlar. Bu çerçevede yazar, AB'nin tam bir federal yapıda olması için öncelikle; bütün üye devletler için tek bir para biriminin geçerli olması, ortak bir vergi sisteminin oluşturulması, Anayasanın kabul edilmesi, doğrudan seçilen bir Avrupa hükümetinin bulunması, ortak bir ordunun kurulması ve AB kurumlarının, dış ilişkilerde bütün üye devletler adına hareket edebilmeleri hususlarının gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. **MCCORMICK**, s. 10-11, 12.

<sup>83</sup> Bkz. **ODER**, s.395-396.

<sup>84</sup> **WEILER**, s. 282-283; Ayrıca bkz. **CHURCH/DARDANELLI**, s.181; Aynı şekilde Parlamento istisna tutulursa, üye devlet vatandaşlarının doğrudan AB kurumları ile ilişkili olmadıkları, söz konusu ilişkinin hükümetler aracılığıyla kurulduğu ve bu durumun kurumsal yapıyı konfederasyona yakın kıldığı konusunda bkz. **MCCORMICK**, s.8.

edilmektedir<sup>85</sup>. Öte yandan bu husus, ulusal düzeyde Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Maastricht kararına da temel oluşturmuş ve ilgili kararında Mahkeme, “*Avrupa Birleşik Devletlerinin asla olamayacağını, çünkü siyasi anlamda bir Avrupa halkının bulunmadığını*” belirtmiştir<sup>86</sup>. Benzer şekilde **Weiler**, Avrupa Birliğinde; federasyonlarda olduğu türde “*oluşturucu bir güç olarak*” anayasal demos varsayımının bulunmadığını, yasal açıdan öngörülmüş olsa bile, gerçekte siyasal ve toplumsal bir gerçeklik olarak Avrupa demosunun hiçbir zaman, anayasal bir sürecin benimsenmesi yoluyla geçerlilik kazanmadığını belirtirken<sup>87</sup>, aynı şekilde **Chrysochoou** da; AB’nin, halkın tek taraflı tercihi ile oluşturulan bir yapılanma olmayıp, devletler arasında akdedilen anlaşmalarla oluşturulmuş bir siyasal yapılanma olduğunu ve bu anlamda AB kurumlarının karar alma ve uygulama güçlerini doğrudan vatandaşlardan değil, üye devletlerin liderlerinden ve hükümetlerinden aldıklarını ve bu itibarla “*oluşturucu bir güç*” olarak doğrudan vatandaşlardan gelen bir otoriteden

---

<sup>85</sup> Bkz. **TRECHSEL**, s. 405; **UYGUN**, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale7.htm>, 23.3.2005. Bununla birlikte diğer taraftan, örneğin Amerika’da tüm kurucu birimlerin vatandaşları için ortak bir ulus bilincinin zaman içinde oluşturulmasına benzer bir sürecin, Avrupada da yaşanabileceğine işaret edilirken (bkz. **UYGUN**, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale7.htm>, 23.3.2005); aynı şekilde, ulus oluşumunun esas olarak bir bilinçlenme olduğu ve böyle bir bilinçlenme sürecinin ulusal sınırlar ötesine de uzanabileceği ileri sürülmektedir. Nitekim bu görüşü savunan **Habermas**’a göre AB açısından, ulusal devlete has meşrulaştırma biçimlerinden farklı olarak, “*siyasi kamuoyu yoluyla da bir Avrupa halkı*” oluşabilecektir. Bkz. **HABERMAS**, Jürgen, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, Çev. Medeni BEYAZTAŞ, Bakış Yayınları, İstanbul 2002, s. 42-43, 130 vd.

<sup>86</sup> **BRUNKHORST**, Hauke, “A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution”, <http://www.arena.uio.no/publications/wp03-14.pdf>, 25.8.2005; **THORNELOE**, David, “The Maastricht Judgement”, <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/maastricht.html>, 2.10.2006. Aynı şekilde **McCormick** de, AB’nin kendi bayrağı ve marşı bulunmakla birlikte, vatandaşların çoğunun hala büyük ölçüde kendi ulusal bayraklarına ve marşlarına bağlılık içerisinde bulduklarını, bu durumun siyasi anlamda bir Avrupa halkının oluşumunu engellediğini belirtmektedir. **MCCORMICK**, s. 8.

<sup>87</sup> **WEILER**, s. 284.

yoksun olup, devlet yetkililerinden gelen bir otoriteye dayandıkları hususunu ileri sürmektedir<sup>88</sup>.

AB sözü edilen hususlar doğrultusunda, klasik tipte bir federasyonun ya da merkezi bir Avrupa devletinin tüm unsurlarını bünyesinde taşımamakla birlikte, birtakım federal özellikleri çerçevesinde de esas itibariyle, “**proto-federal**” ya da “**kendine özgü bir federalizm**” şeklinde değerlendirilmekte ve bu bağlamda AB’nin yarı federal model ya da tamamlanmamış federalizm anlamında “**pre-federal**” modele karşılık geldiği belirtilmektedir<sup>89</sup>. Bu model içinde ulus devletler varlıklarını sürdürmekle birlikte, gevşek bir hükümetlerarası organizasyonun daha ötesinde bir yapılanma söz konusu olmakta ve devletler arasında federasyona varmayacak ölçüde sıkı bir işbirliği sağlanmaktadır. Bu çerçevede AB bütünleşmesinin; ulusal anayasal düzenler ile AB anayasal düzeni arasındaki etkileşimi artırmaya ve çatışma olasılıklarını en aza indirmeye çalışan bir yapı olarak<sup>90</sup>; güçlü ve merkezi bir federal devlet olmayan, ancak federal özelliklerin de tümüyle reddedilmediği yeni bir bütünleşme olduğu ileri sürülmektedir. Nitekim **Khan**’a göre “*AB; ne bir federasyon, ne bir uluslararası organizasyon, ne de bir birleşmiş üst devlettir. Mevcut üç topluluktan daha farklı bir oluşum olarak AB; tek bir ekonomik pazardan daha fazla bir olgudur, üye devletler örgütünden daha fazla bir şeydir, tamamen otonom bir varlıktan ise daha az bir şeydir*”<sup>91</sup>. Aynı şekilde **Hirst** ve **Thompson** da Birliğin; merkezi bir devlet olmadığı, bu itibarla gelişmesinin ABD gibi merkezi, federal bir devleti model alamayacağı, Birliğin daha ziyade geleneksel anayasal kategorilerin bire bir uygulanamayacağı yeni bir politik varlığın yansıması olduğunu belirtmektedirler. Yazarlara göre; üniter, federal veya konfederal bir devlet niteliğinde olmayan AB’nin gerçekte; ortak kurumlar, üye devletler ve halklardan oluşmuş karmaşık bir idare şekli olarak görülmesi gerekli olup, bu yapı içinde ulus devletler de hala önemli bir role sahip bulunmaktadır<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> **CHRYSSOCHOOU**, s. 761.

<sup>89</sup> Bkz. **CHRYSSOCHOOU**, s. 756; **TANCHEV**, Evgeni, “Sovereignty and Distribution of Authority in the Federations and in the Constitution of the European Union”, <http://www.adalet.gov.tr/avrupa-toplulugu/2july2004.htm>, 14.9.2005; **DEDEOĞLU**, Siyasal Bütünleşme, s. 363,376.

<sup>90</sup> **ODER**, s. 510.

<sup>91</sup> **KHAN**, L. Ali, *The Extinction of Nation- States: A World without Borders*, Kluwer Law International, London 1996, s. 165-167, nakl. **YÜKSEL**, Mehmet, *Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001, s. 219; Aynı yönde bkz. **EGEBERG**, s. 741; **DELANEY / SMITH**, s. 132.

Klasik ve teknik anlamda, Birliğin tam bir federal devlet olmadığına işaret eden ve AB'nin, kendine özgü federalizm çerçevesinde ele alınması gerektiğini ortaya koyan bu model, esas itibarıyla ayrıntılarının tanımlanmasını zorunlu kılan bir model olup; bu bağlamda Birlik yönünden federalizm niteliğinin herşeyden önce, bir hukuksal ve siyasal felsefe olarak belirlediğine dikkat çekilmektedir. Nitekim Avrupa'nın bu anlamda zaten bir federasyon olduğunu belirten **Elazar**; federal prensibin, federal devletteki özgül uygulama biçimiyle karıştırılmaması gerektiğini belirtirken<sup>93</sup>; aynı şekilde **Pescatore** de; federalizmin yöntemlerinin, sadece devletleri düzenleme aracı olmadığını ileri sürmektedir. Yazara göre; “*Federalizm, hem yerel hem de uluslararası düzeyde kendisini, bütün politik bağlamlara, aşağıdaki iki temel koşul yerine getirildiği yerde ve zamanda uyarlayan bir politik, hukuksal felsefedir: Özerkliğe ve katılımcı varlıkların yasal çıkarlarına duyulan gerçek bir saygı ile birlikte birlik arayışı*”<sup>94</sup>. Öte yandan **Auer** de, federalizmin; kurumların ve yasal düzenlemelerin belirttiğinden ya da öngördüğünden daha çok, bir süreç olduğuna işaret etmektedir. Yazara göre; AB bakımından bugüne kadar yerleştirilen birtakım özellikler, bu sürecin devam etmekte olduğunu göstermektedir<sup>95</sup>. Dolayısıyla bu yöndeki değerlendirmeler çerçevesinde AB'nin; teknik açıdan bütün unsurlarıyla olmasa da, öz itibarıyla ya da siyasal ve hukuksal felsefe olarak federalizm niteliğine sahip olduğu sonucuna varılabileceği gibi; esas itibarıyla kurucu andlaşmaların önsözünde yer alan, “*Avrupa halkları arasında daha sıkı bir birliğin kurulması*” yönündeki ifade de, bu yaklaşımın normatif düzeydeki önemli bir dayanağı olarak belirmektedir.

Birlik yönünden federalizm niteliğinin ikinci özelliği ise, “*esnek*” (*flexibility*) bir yapılanmayı ifade etmesi olarak ortaya çıkmaktadır. **Amsterdam Andlaşması** ile belirginlik kazanan bu model, üyeler arasında eşitsiz gelişme gösteren devletlerin varlığı dolayısıyla kabul edilmiş olup; bu tür ülkelerin sisteme uyumu için, esnek bir yapılanma gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Böylece Birlik içerisindeki dengesizliklerin ortadan kaldırılması amacına

---

<sup>92</sup> **HIRST**, Paul/**THOMPSON**, Grahame, Küreselleşme Sorgulanıyor, Çev. Çağla ERDEM-Elif YÜCEL, 3. baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2003, s. 185-186.

<sup>93</sup> **ELAZAR**, Daniel J., “Europe and the Federal Experience”, <http://www.jcpa.org/dje/articles/eur-fed-bruges.htm>, 7.11.2005.

<sup>94</sup> **PESCATORE**, Pierre, Preface, “Courts and Free Markets”, T. Sandalow & E. Stein, Courts and Free Markets, cilt 1, Clarendon Press, Oxford 1982, s. iX-X, nakl. **WEILER**, s. 282.

<sup>95</sup> Bkz. **AUER**, Andreas, “The Constitutional Scheme of Federalism”, Journal of European Public Policy, 12:3, June 2005, s. 430.



yönelik olarak esnek yapılanma; farklı gelişmişlik düzeylerine sahip ülkeleri, kopmalara yol açmadan bütünleşme sürecine dahil etme işlevi ile donatılmış olmaktadır. Sözü edilen model, belirli alanlarda oybirliğini zorunlu kılabilirdiği gibi; zayıf ülkelere yardım eden güçlü üyelerin, bu ayrıcalıklarını, siyasal karar alma mekanizmalarına taşımalarını da içerebilmektedir<sup>96</sup>.

Esnek yapılanma esas itibarıyla, kurumsal yapı ile Birlik ve üye ülkeler arasındaki ilişkiler bakımından da belirleyici olup, kurumlardan bazılarının yetkileri güçlü iken ve uluslararası nitelikte karar alınırken; bazılarının yetkileri daha zayıf olup, konfederal bir nitelik arzedeilmektedir. Belirtilen duruma bağlı olarak, bazı konularda (ortak pazar, tek para) Birlik kurumları, üye devletlerden daha özerk davranabilirlerken; bazı konularda da (dış politika kararları) üyeler, Birlik kurumlarına oranla daha özerk davranabilmektedirler<sup>97</sup>.

Söz konusu örnekler doğrultusunda farklı uygulama biçimleri ortaya koyan federalizmin, AB yönünden arzettiği bir başka somut özelliği ise, güçlü bir merkez yapı ya da “devlet”li/ “süper devlet”li bir oluşumu içermemesidir. **Tanchev**, bu durumu; AB’ni, tarih içinde oluşmuş federasyon oluşumlarından farklı kıldığını ve böylece federalizmin farklı türlerinin de bulunabileceğini ortaya koyduğunu belirtmektedir<sup>98</sup>. Nitekim bu doğrultuda federalizmin, uluslararası gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan zorunluluklar ile de tanımlanması mümkün olup<sup>99</sup>; AB bakımından söz konusu oluşum; ulus devleti dışlamayan, üye devletlerin “devlet” niteliğini sona erdirmeyen ve bu bağlamda giderek daha yaygın bir şekilde kullanılmaya başlanan bir ifadeyle “**işbirliği federalizmi**”ni yansıtan bir oluşum olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu yapıyı açıklamak üzere örneğin **Church** ve **Dardanelli**, İsviçre modelinde olduğu gibi, AB’nin de esas itibarıyla işbirliğine dayalı federalizmin birtakım özelliklerini yansıttığını, bunlar arasında en belirgin olanının; yetki devredilen alanlarda hukuk oluşumunun Birlik düzeyinde sağlanmasına karşılık,

<sup>96</sup> Bkz. **DEDEOĞLU**, Siyasal Bütünleşme, s. 367 vd.

<sup>97</sup> Bkz. **DEDEOĞLU**, Siyasal Bütünleşme, s. 363-364.

<sup>98</sup> **TANCHEV**, Evgeni, “Sovereignty and Distribution of Authority in the Federations and in the Constitution of the European Union”, <http://www.adalet.gov.tr/avrupatoplulugu/2july2004.htm>, 14.9. 2005. Aynı şekilde federalizmin; mutlak, değişmez ya da statik bir kavram olmadığı, birçok faktöre bağlı olarak, farklı durumlarda ve dönemlerde değişik biçimler alabileceği konusunda bkz. **MCCORMICK**, s. 11.

<sup>99</sup> Bkz. **DEDEOĞLU**, Siyasal Bütünleşme, s. 363.

uygulanmasının, ulusal düzeyde gerçekleştirilmesi olduğunu belirtirlerken<sup>100</sup>; **Fabbrini** ve **Sicurelli** ise, daha somut nitelikli olmak üzere AB bakımından işbirliğine dayalı federalizmi; yetkilerin fonksiyonel dağılımına yönelik olarak, bazı konularda (birtakım sosyal politikalar, dış ilişkiler, savunma) üye devletlerin yetkili olmasına karşın, bazı konularda (ticaret, balıkçılık, rekabet) ortak politikaların, Birlik düzeyinde belirlendiği bir yapı olarak tanımlamaktadırlar. Yazarlara göre, AB bakımından federalizmin bu şekli esas itibarıyla, klasik ya da geleneksel federalizmin tersine çevrildiği bir yapıyı yansıtmaktadır. Çünkü geleneksel federal sistemlerde, örneğin pazarın işleyişi gibi birtakım konular genellikle yerel birimlere (federe devletlere) bırakılırken, Avrupa Birliğinde bunlar Birlik düzeyinde ele alınmakta; buna karşılık, dış politika ve savunma gibi geleneksel federal sistemlerde merkez tarafından belirlenen bazı politika alanları da, Avrupa Birliğinde üye devletlere bırakılmaktadır<sup>101</sup>.

Buraya kadar yapılan açıklamalar esas olarak, klasik tipte bir devlet olmayan AB'nin alacağı biçimin de, klasik tipte bir kategoriyle birebir örtüşmeyip, kendine özgü bir nitelik arzettiğini ortaya koymaktadır. Bu süreçte öncelikle, her bir üyenin sahip olduğu yetki, kaynaklar ve çıkarlar; bunları etkileyen dış faktörlerle birleştiğinde, farklı federasyon oluşumlarına yol açmaktadır. Nitekim Birliğin az gelişmiş üyeleri; bazı konularda uluslararası düzeyde karar alınmasını, kendilerine yansıyan sonuçları bakımından asimetrik bir gelişmenin kaynağı olarak değerlendirebilmektedirler. Bu noktada ortaya çıkan temel sorun; ekonomik, siyasal ve sosyal alana ilişkin birtakım düzenlemelerin Birlik tarafından uluslararası bir yapılanma ile gerçekleştirilmesi durumunda; üyelerin, bütün içerisinde asimile edilebilmeleri ihtimalinin ortaya çıkması ve bu takdirde, farklı ulusal çıkarların nasıl aynı başlık altında toplanacağıdır<sup>102</sup>. Dolayısıyla AB bakımından; ulusal çıkarların tespiti ve bunlar yönünde faaliyette bulunma ayrıcalığını, devlet egemenliğinden farklı bir düzlemde gerçekleştirme konusunda tam bir görüş birliği söz konusu değildir.

---

<sup>100</sup> **CHURCH / DARDANELLI**, s.180. Ayrıca bkz. **DARDANELLI**, s. 262-263.

<sup>101</sup> Bkz. **FABBRINI / SICURELLI**, s.237; Avrupa Birliğinde işbirliği federalizminin aynı yönde değerlendirilmesi konusunda ayrıca bkz. **DELANEY**, s. 227 vd.; Öte yandan **Delaney** ve **Smith** de, sözü edilen özelliği dolayısıyla AB'nin "paylaşılan yetkiler sistemi" olarak görülebileceğini belirtmektedirler. Yazarlara göre, söz konusu yapı tam federal olmayan, ancak federal özelliklerin de bünyesinde yer aldığı bir yapıya karşılık gelmektedir. Bkz. **DELANEY / SMITH**, s.131.

<sup>102</sup> Bkz. **DEDEOĞLU**, Siyasal Bütünleşme, s. 364-366.

Ulusal çıkarların, her zaman ve her koşulda ortak olmaktan geçmediğine ya da geçmeyebileceğine işaret eden bu durum, sıklıkla “**ulusal egemenlik**” ile “**Birlik egemenliği**”ni karşı karşıya getirebilmektedir<sup>103</sup>. Nitekim AB içinde, bugüne kadar federal yapıya yönelme eğilimlerinin, merkezîyetçi anlayışa sahip olan diğer devletlerin hassasiyetleri ile dengelendiği görülmektedir<sup>104</sup>. AB’nin tam bir federatif karakter kazanmasını engelleyen bu eğilim, Birlik yönünden; **Hirst** ve **Thompson**’un vurguladığı şekilde “*hiçbir yerleşik anayasal şemaya uymayan bir yapılanma*” ortaya çıkarmış durumdadır. Salt; “**federal**” veya “**konfederal**” ya da “**devletler birliği (ittifakı)**” niteliğinde olmayan bu yapılanma içerik itibarıyla; ulus devletlerden oluşan ve bir devlete özgü olan egemenlik yetkilerinden önemli bir kısmını kullanabilen, ancak Birlik üyelerinin de varlıklarını korudukları, AB politikaları çerçevesinde olmakla birlikte üye ülkelerin, iç ve dış egemenlikten kaynaklanan kimi yetkilerini tek başlarına kullanmayı sürdürdükleri, kısmen supranasyonel, kısmen uluslararası karaktere sahip bir Birlik olarak ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>.

AB işaret edilen nitelikleri doğrultusunda günümüzdeki şekliyle, “*devleti/süper devleti*” model almayan, ancak “*devlet*”e benzeyen, esnek yapılı, fakat geleneksel uluslararası örgütlerin çok ötesinde yoğunluğa sahip bir yapılanma konumundadır<sup>106</sup>. Bu bağlamda ise üniter, federal ya da konfederal kategorilerin sadece birine indirgenemeyen, ancak herbirine ait unsurların bir kısmını bünyesinde barındıran bir oluşum olarak belirmektedir. Nitekim bu özelliğe dikkat çekerek AB’nin, hiçbir yerleşik anayasal şemaya uymadığını belirten **Hirst** ve **Thompson**; AB içinde, ulus devletlerin hala önemli bir role sahip olduklarını, özellikle siyasi meşruiyet ve demokratik sorumluluk açısından önemli bir merkez olarak kalmaya devam ettiklerini; buna karşılık AB’nin de zayıf bir yapılanma olmayıp; özellikle yetki devredilen alanlarda tek egemen bir varlık olarak hareket ederken; üye devletlerin de bu alanlarda serbest ve bağımsız politika belirleme yetkilerinin sınırlandırıldığını belirtmektedirler<sup>107</sup>. Böylece işaret edilen hususlar çerçevesinde AB; üye devletlerin silinmediği, ancak salt devletler birliğinin ötesinde bulunan; federal unsurların da yer aldığı, ancak tam bir federal karakter taşımayan, **yarı federal** ya da **tamamlanmamış**

<sup>103</sup> Bkz. **DEDEOĞLU**, Siyasal Bütünleşme, s. 365.

<sup>104</sup> Örneğin Birlik yurttaşlığının yürürlüğe konulması (AT Andlaşması 17. madde vd.) ve uluslararası düzeyde Birliğin kimliğinin vurgulanması (AB Andlaşması 2/1. madde), diğer taraftan “*ulusal kimliğe saygı*” prensibiyle dengelenmiş durumdadır. Bkz. **ARSAVA**, s. 2-3.

<sup>105</sup> **EGERBERG**, s. 741; **HAKYEMEZ**, s. 259; **DELANEY/SMITH**, s. 132.

<sup>106</sup> **ODER**, s. 395-396; **DELANEY / SMITH**, s. 132.

<sup>107</sup> **HIRST / THOMPSON**, s. 185-186.

**federalizm** şeklinde **pre-federal model** olarak adlandırılabilir olan, farklı ve kendine özgü bir yapılanma konumunda bulunmaktadır.

Söz konusu yapı esas itibarıyla **AB Anayasası** bakımından da korunmakta olup; AB sonuç itibarıyla merkezi ya da güçlü bir devlet/süper devlet olarak ortaya çıkmamaktadır. Nitekim AB'nin resmi açıklamalarında da, "*federal Avrupa*" gibi kimilerine korku veren kavramlardan kaçınmak gereğinin altı çizilmekte; federasyonun bir amaç değil, her şeyden önce bir araç olduğu; asıl amacın, 28 üyeli bir AB'nin sorunsuz işleyişini sağlamak olduğu vurgulanmaktadır<sup>108</sup>. Bu çerçevede, hazırlanışında kurumsal yapının iyileştirilmesi, demokratik işleyişin sağlanması ve meşruluğun güçlendirilmesi gibi birtakım pratik amaçların etkili olduğu Anayasada da; AB açısından her şeyden önce, konfederal ya da federal şeklinde net bir model ortaya konulmamaktadır. Anayasa ile esas itibarıyla, varolan kurumların federatif ve konfederatif bir yönetim karışımına uyarlanması söz konusu olup<sup>109</sup>; hem konfederalizmin hem de federalizmin birikimlerinin ve kaygılarının dikkate alındığı görülmektedir<sup>110</sup>. Buna göre üye devletler silinmemekte, ancak federal

---

<sup>108</sup> Bkz. **ALTINBAŞ AKGÜL**, Deniz, "Avrupa'nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?", <http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006>.

<sup>109</sup> Bu bağlamda örneğin **Church** ve **Dardanelli**, AB Anayasasının federal devlete geçişi sağlayan bir metin olmaktan çok, varolan yapının sadeleştirildiği ve takviye edildiği bir belge olarak görülebileceğini ileri sürerek; Birlik ve üye devletler arasında yetkilerin açıkça bölünmekle birlikte, bu durumun radikal bir değişikliğe yol açmayıp; anahtar konumdaki birçok politika alanının, İsviçre gibi federal devletlerde merkezi düzeyde ele alınırken, Avrupa Birliğinde bu tür alanların devletlerin kontrolünde bırakılmaya devam edildiklerini ileri sürmektedirler. Yazarlara göre söz konusu durum, Birliğin yapısına ve işleyişine yönelik başka özelliklerle de birleştiğinde, federal ve konfederal unsurların birarada yer aldıkları bir yapılanmaya yol açmaktadır. **CHURCH/DARDANELLI**, s.181.; Aynı yönde bkz. **FABBRINI/ SICULERI**, s.251.

<sup>110</sup> Nitekim Konvansiyon çalışmalarına damgasını vuran temel eğilimler de, bir yandan federasyonu ve bir "*süper devlet*" kurulmasını talep edenlerle, diğer yandan AB yapısının, "*ulus devletler düzeyinde*" kalmasını savunanlar olmuştur. Bu doğrultuda Anayasasının içeriğinde de açıkça, daha çok kaynaşmış bir Avrupa yanlılarının talepleri ile gevşek bir devletler birliği yanlılarının talepleri arasında bir paralellik ve denge kurulmaya çalışıldığını gözlemlemek mümkündür. Bkz. **ALTINBAŞ AKGÜL**, Deniz, "Avrupa'nın Geleceği: Avrupa

unsurlara da yer verilmektedir. Dolayısıyla bir taraftan ulusal egemenlik gözden çıkarılamazken, diğer taraftan sıkı bir birlikten de vazgeçilememektedir. Nitekim üye devlet olgusunun yansımaları, hem ulusal kimliğe saygı çerçevesinde prensip düzeyinde ve hem de kurumsal yapı ve işleyiş düzeyinde ifade bulurken; diğer yandan, Birliğe açıkça tüzel kişilik tanınmakta, oyçokluğu ile karar alınan alanlar genişletilmekte, yeki paylaşımı açıkça düzenlenmektedir. Bununla birlikte Anayasa, mevcut yapılanmada olduğu gibi AB’ni, konfederalizmin ötesinde, ancak federalizmin gerisinde bir Birlik olarak ele almaktadır. Dolayısıyla, Anayasa ile de yarı-federal yapı korunmakta, AB’nin “*kendine özgü federalizm*” niteliği geçerliliğini sürdürmektedir.

#### V- SONUÇ : AB’NİN GELECEĞİ

AB’nin gelişim süreci ile birlikte, güncelliğini yitirmeyen önemli bir husus, AB’nin geleceği olup; bu hususu başlıca; Birlik yapılanmasının devam edip etmeyeceği, daha güçlü bir Birliğe gidip gidilmeyeceği ya da Birliğin hangi biçim altında varlığını sürdüreceği yönündeki sorular çerçevesinde ele almak mümkündür.

Bunlardan Birlik yapılanmasının devam edip etmeyeceği konusu; öncelikle bu yapının kurulma gerekçesinin ne olduğu, Avrupayı, birleşmeye ve bütünleşmeye sevkeden sebeplerin şu anda geçerliliklerini koruyup korumadıkları veya nasıl bir anlam kazandıkları gibi bir takım temel sorulara verilecek cevaplarla ilişkili bulunmaktadır. Avrupa bütünleşmesinin esas olarak; “*Avrupa ulusları arasındaki kanlı savaşlar tarihine bir son vermek ve faşizm sonrası dönemde kendini toparlamaya başlayan Almanya’nın potansiyel olarak tehdit edici gücünü denetim altına almak*” gibi başlangıçtaki siyasi amaçlarının büyük ölçüde önemini yitirdiğini<sup>111</sup>, ancak AB ülkeleri için, kendi ulusal çıkarları doğrultusunda ekonomik refah seviyelerini yükseltmenin hala öncelikli sırada yer aldığını söylemek mümkündür. Soğuk savaşın sona ermesi ile ekonomi ve uluslararası ticaretin önem kazanması, buna bağlı olarak rekabet gücünün artırılması ihtiyacının ve ayrıca küresel bir güç olarak hareket

---

Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?”,[<sup>111</sup> \*\*HABERMAS\*\*, Jürgen, “Avrupa’nın Niçin Bir Anayasaya Gereksinmesi Var?”, Çev. Kemal ATAKAY, Cogito, sy. 39, Bahar 2004, s. 304.](http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m.,22.10.2006; ARCHICK, Kristin, “The European Union in 2005 and Beyond”, http://fpc.state.gov/documents/organization/45220.pdf, 16.9.2006.”</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

edilebilmesinin, daha çok alanda işbirliğine gidilmesini ve AB devletlerinin ortak hareket etmelerini zorunlu kıldığı açıktır<sup>112</sup>.

Belirtilen hususlar doğrultusunda AB'nin varlığı açısından her şeyden önce bunu zorunlu kılan sebeplerin bulunduğunu ileri sürmek mümkündür. Ancak AB Anayasasının Mayıs ve Haziran 2005'te iki ülkede yapılan referandumlarla reddedilmesinin ardından, AB'nin geleceği konusundaki kuşku da önemli ölçüde artış göstermiş olup; bu süreçte başlıca iki görüş karşı karşıya gelmiş durumdadır. Bir grup; Avrupa'nın derin krizde olduğu ve kalıcı bir biçimde bölünebileceği, küresel güç olma iddiasının sona erdiği, ekonomik açıdan bölgesel bir güç olunabilirse de, siyasi konular bakımından bu hususun gerçekleşmesinin oldukça zor olduğu yorumunda bulunurken; diğer grup, daha temkinli bir yaklaşımla; krizin atlatılabileceğini, üye ülkelerdeki referandum sonuçlarının beklenmesi gerektiğini, nitekim Anayasanın ekinde yer alan bir deklarasyonda; "*Anayasanın, üye devlet temsilcileri tarafından imzalanmasının ardından iki yıl içinde, üye devletlerin sadece 4/5'ü tarafından onaylanması durumunda, Devlet ve Hükümet Başkanları Konseyinin konuyu görüşeceği*" hükmünün yer aldığını belirtmişlerdir. Bu grupta yer alanlar öncelikle, Anayasanın reddedilme nedenlerinin saptanarak, "*özellikle daha geniş ve daha çok bütünleşmiş bir Avrupa'nın*" yol açtığı tepkiler kapsamında, gerçekte uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde kabul edilmiş olan ve "*Anayasa*" biçiminde adlandırılrsa da, esas itibarıyla bir *Anayasal Andlaşma* olan metnin, yeniden tartışmaya ve incelemeye konu olabileceğini ileri sürmektedirler. Bu yaklaşım için de olanlara göre red oyları; esas olarak AB projesinin seçkinliği niteliğine ve daha geniş bir Avrupa için, örneğin sosyal haklardaki azalmaya yönelik, tabandan gelen muhalefeti yansıtmaktadır<sup>113</sup>. Dolayısıyla ihtiyatlı olarak nitelendirilebilecek bu tutum çerçevesinde, iki ülkedeki referandum sonuçları, AB projesinin sona ermesine yol açabilecek biçimde yeterli bir neden

---

<sup>112</sup> Bkz. ALTINBAŞ AKGÜL, Deniz, "Avrupa'nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?", <http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006>.

<sup>113</sup> Nitekim bu yaklaşıma paralel şekilde **Habermas**, Anayasasının Fransa ve Hollanda'daki reddinin; "*insanların refahtan feragat etmeye, toplumsal ve kültürel bedel ödemeye hazır olmadıklarının bir göstergesi*" olduğunu ve ayrıca oyların çoğunun; "*Avrupa'nın bütünleşme sürecinin devam etmesine değil, daha ziyade bu şekilde devam etmesine*" yönelik bulunduğunu belirtmektedir. **HABERMAS**, Jürgen, "AB: Ya Diriliş Ya da Felç", [http://www.radikal.com.tr/yazici.php?haberno=155760&tarih=-14/06/2005&yollayan\\_sayfa=http%3A...28.8.2006](http://www.radikal.com.tr/yazici.php?haberno=155760&tarih=-14/06/2005&yollayan_sayfa=http%3A...28.8.2006).

olmayıp; AB'nin gelişiminde rol oynayan ekonomik ve stratejik nedenler, Avrupayı birarada tutmaya ve yeni koşullar altında “*daha güçlü bir Birlik*” olmaya doğru götürmeye devam edecektir.

Sözü edilen yaklaşımın bu çerçevedeki önemli bir argümanı, AB'nin geleceğinin küreselleşmeden bağımsız olarak düşünülmesinin mümkün olmadığıdır. Bu görüş taraftarlarına göre AB; “*derin bir bölgesel-küreselleşme deneyimi*” olup, tek tek ulus devletlerin güçlerinin azaldığı küreselleşme sürecinde; devletlerin, söz konusu şartlarla, “*güçlerini birleştirerek*” mücadele etmeleri gerekli olup; ayrıca bu durum, bütünleşmenin daha fazla derinleştirilmesi için de önemli bir neden olarak belirmektedir<sup>114</sup>. Öte yandan söz konusu görüş taraftarları aynı zamanda bütünleşmenin derinleştirilmesinin; üye devletlerin egemenlik konusundaki tutumlarıyla da bağlantılı olduğuna ve bu bağlamda “*bütünleşme*” ile “*egemenlik*” kavramlarının karşıt anlamlarda ele alındığına, oysa bunun her zaman böyle olması gerekmediğine de dikkat çekmektedirler. Nitekim bu düşünce doğrultusunda; birbirleri ile bütünleşen egemenliklerin her koşulda kayba uğramalarının gerekmediği, bazen sisteme katılan devletlerin, egemenliklerini; birleştirmek yoluyla, ulus devlet sınırları dışına taşıma olanağını daha kolay buldukları, “*egemenlik havuzu*” adı verilen bu durumun, gerçekte Avrupa devletlerinin birbirlerini asimile etmeden ulaşma beklentisi içerisinde oldukları durum olduğuna vurgu yapılmaktadır<sup>115</sup>. Böylece realist görüşe de paralel biçimde, AB'nin varlığının ve bütünleşmenin derinleşmesinin, özellikle uluslararası politik ekonomide yaşanan gelişmeler çerçevesinde, ulus devletlerin kaybetmiş oldukları eylem kabiliyetinin yeniden kazanılmasını sağlayabileceğine işaret edilmektedir<sup>116</sup>.

AB'nin devamının ve güçlerin birleştirilmesinin önemli ve acil nedenleri bu şekilde ortaya konulmuş olmakla birlikte, şüphesiz Birlik bütünleşmesinin hangi biçim altında sürdürüleceği yönündeki tartışma da, bu süreçteki önemli yerini korumaktadır. Bu çerçevede üyeler arasında farklı konumda ve koşullarda yer alan devletlerin bulunması, esas itibarıyla bütünleşmenin alacağı biçim konusundaki federal ve konfederal yaklaşımların da temel nedeni olarak belirmektedir.

<sup>114</sup> Bkz. LAMING, Richard, “Towards a Federal Europe”, <http://www.federalunion-org.uk/europe/to-wardsfederal.shtml>, 28.8.2006.

<sup>115</sup> Bkz. DEDEOĞLU, Siyasal Bütünleşme, s.366.

<sup>116</sup> Bkz. HABERMAS, Jürgen, “AB:Ya Diriliş Ya da Felç”, [http://www.radikal.com.tr/yazici.php?haberno-155760&tarih=14/06/2005&yollayan\\_sayfa=http%3A...28.8.2006](http://www.radikal.com.tr/yazici.php?haberno-155760&tarih=14/06/2005&yollayan_sayfa=http%3A...28.8.2006).

Birliğin gelişim sürecinde, uluslararası düzende değişimler ve gelişmeler de dikkate alınarak, söz konusu temel neden etrafında günün koşullarına göre; bazen sözü edilen yaklaşımlardan biri ön plana çıkarken, bazen her ikisinin de aynı ölçüde savunulduğu ve bunların hukuki ve kurumsal boyutta da yansıma buldukları gözlenmektedir. Nitekim başlangıçta, “*Avrupadaki yapılanmanın federal politikalarla mümkün olabileceği*” fikri, güçlü bir eğilim olarak ortaya çıkmakla birlikte; bu eğilim, Avrupa Savunma Topluluğu gibi başarısızlıkla sonuçlanan bazı siyasi teşebbüslerin ardından geri planda kalmış ve 1960’larda hükümetlerarası eğilim güçlenmiştir. 1980’li yıllarda ise Avrupa Tek Senedi; Roma Andlaşmasında yapılan birtakım değişikliklerle, üye devletler ile Topluluk yetkileri arasındaki dengeyi, Topluluk lehine çevirme amacıyla olan, ancak öncelikle bunun gerçekleşmesi için uygun koşulların sağlanması gerektiğini vurgulayan bir belge olmuştur<sup>117</sup>. Öte yandan 1993’de yürürlüğe giren Maastricht Andlaşması da “*daha yakın bir Birlik*”i gerçekleştirme ve yetkilerin Topluluğa kaydırılması doğrultusunda, Birliği federalizme ulaştırma amacı taşıyan, ancak diğer taraftan hükümetlerarası eğilimin özelliklerini de içinde barındıran bir metin olarak ortaya çıkmıştır<sup>118</sup>. Maastricht’le birlikte, tamamlanmamış ya da yarı federalizm anlamında pre-federal model olarak öngörülen yapı, gerçekte AB’nin mevcut yapısını şekillendirmekte olup; esas itibariye, üye ülkelerde onaylanma aşamasında bulunan AB Anayasası da aynı şekilde, Birliği konfederasyonun ötesinde ancak federasyonun gerisinde bir yapı olarak düzenlemiştir.

Her şeyden önce AB’nin gelişiminde, bütünleşmenin biçimi bakımından bugüne kadar olduğu gibi; AB Anayasası hazırlanırken de, daha güçlü ve derinleştirilmiş bir bütünleşmeyi savunan federal yaklaşım ile ağırlığı ulus devletlere veren konfederal görüş karşı karşıya gelmiştir. Dolayısıyla AB’nin geleceğinin de sonuç itibariyle, siyasi bütünleşmeyi hızlandırmak isteyen ülkelerle, bu konuda çekimser davranan ve gevşek bir devletler birliğini savunan ülkeler arasında varılacak bir uzlaşma ile belirleneceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

AB’nin gelecekte federal bir biçim almasını savunanlar esas itibariyle; karar alma süreci yavaş işleyen ve sürekli sorunlar üreten esnek bir konfederal örgütlenme ile, Avrupa’nın rekabet gücünün sınırlı kalacağını; dış ilişkiler, savunma ve güvenlik konularında da münhasır yetkisi bulunan bir federal yönetimin kurulmasıyla, AB’nin diğer bloklar ve ulus devletler karşısında avantajlı konuma geçeceğini; özellikle yeni katılan devletler de hesaba

---

<sup>117</sup> Bkz. **DEDEOĞLU**, Örgütlenme Modeli, s.101.

<sup>118</sup> Bkz. **DEDEOĞLU**, Örgütlenme Modeli, s.101 vd.



katıldığında, 20'den fazla ülke ile işleyebilmenin ve siyasi ve ekonomik konularda küresel bir güç olarak hareket edebilmenin, ancak federal bir yapının kurulmasıyla mümkün olabileceğini belirtmektedirler<sup>119</sup>. Federal yaklaşımı benimseyenler böyle bir yapının kurulabilmesi için özellikle, Birlik içindeki seçkin yapının değiştirilerek; demokratik meşruiyetin sağlanması, politikaların şeffaflaştırılması, Birlik kurumlarının işleyişine halkın dahil edilmesi gibi hususların da önemine işaret ederek, her şeyden önce halkın dışlandığı ve demokratik meşruiyetten yoksun bir Avrupa'nın güçlü bir Birlik olarak yoluna devam edemeyeceğini ileri sürmektedirler. Öte yandan federal bir yapının kurulması için, salt siyasi ve ekonomik nedenlerin de yeterli olmayacağı, daha ileri bir yapılanmaya esas itibarıyla, “*ortak geleceğe dönük inandırıcı bir perspektifle*” meşruluk kazandırılması gerektiği de belirtilmektedir<sup>120</sup>. Sözü edilenlerin dışında ise, daha ileri düzeyde bir bütünleşmenin, üye devletlerin bu yöndeki çabalarına bağlı olarak gerçekleşebileceğine, Birlik yapılanmasının federal yöne doğru bir baskı oluşturmakla birlikte, ulus devlet yapılanmasının da buna karşı bir direnç gösterebileceğine işaret edilmektedir. Bununla birlikte federal yaklaşımı savunanlar, esas olarak daha ileri ve güçlü bir bütünleşmenin, ulus devletlerin zayıflamasına değil, Birlik yoluyla daha da güçlenmelerine yol açacağını, ayrıca değişen dünya şartlarında AB'nin üstlendiği rolün de yeniden tanımlanmasının zorunlu olduğunu ileri sürmektedirler.

AB'nin gelecekte federal biçim almasını savunanlara karşılık, daha esnek bir bütünleşme yanlısı olanlar ise, Birliğin konfederal bir model çerçevesinde ve hükümetlerarası bir yaklaşım doğrultusunda biçimlenmesi gerektiğini belirtmektedirler. Bu yaklaşımda egemen devletlerin, kendi ulusal yapılarını koruyacakları bir yapılanma çerçevesinde biraraya getirilmeleri öngörülmektedir. Devlet unsurunun ve üye devletlerin egemenliklerinin vurgulandığı ve işbirliğine dayalı hükümetlerarası bir yapının savunulduğu söz konusu yaklaşımda esas itibarıyla, Avrupa'nın birleşmesinin; Amerika model alınarak düşünülmemesi, Birliğin ulus devletlerden oluştuğu ve her birinin köklü geleneklere ve kültüre sahip olduğu ve bunların korunması ölçüsünde Avrupa'nın daha güçlü olabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşte olanların

<sup>119</sup> **CHURCH/DARDANELLI**, s. 178; **LAMING**, Richard, “Towards a Federal Europe”, <http://www.federalunion.org.uk/europe/towardsfederal.shtml>, 28.8.2006; **UYGUN**, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/makale7.htm>, 23.3.2005; **SAWIŃSKA**, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002, <http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf>, 12.10.2006.

<sup>120</sup> Bkz. **HABERMAS**, Avrupa'nın Niçin Bir Anayasaya Gereklinmesi Var?, s. 305-306.

önemli bir dayanağı; Avrupa ulusları arasında sosyal ve siyasi anlamda ortak bir aidiyet duygusunun bulunmadığı ve buna paralel olarak, ulusal kimliklerin üstünde bir Avrupa üst kimliğinden söz edilemeyeceği hususu olmaktadır. Dolayısıyla konfederal yaklaşım çerçevesinde AB'nin gelecekte, daha kontrollü ve daha esnek bir bütünleşme yönünde ilerlemesi gerektiği belirtilmekte olup; ulusal egemenlik ile bölgesel bütünleşmenin uyumlu ve birbirini kontrol ederek devam etmesinin savunulduğu bu yaklaşım; AB'ni sonuç itibarıyla, daha az merkezîyetçi ve ulus devlet önceliği çerçevesinde daha esnek bir yapıda tutmak amacını taşımaktadır<sup>121</sup>.

Birbirinden oldukça farklı yöndeki yaklaşımlar dikkate alındığında AB bütünleşmesinin, gerçekte yakın bir gelecekte, üye ülkelerin tamamının paylaşabileceği tek bir model üzerinde biçimlenebileceğini söylemek mümkün görünmemektedir. Nitekim üye sayısı arttıkça, heterojenlik de artmakta ve iki yaklaşım arasındaki farklılık daha da belirginleşmektedir. Bu durumun, tam bir federasyona geçişi ya da dış politika, savunma ve güvenlik gibi konuların uluslararası düzeyde karara bağlandığı bir yapının kurulmasını zorlaştıracağı açıktır<sup>122</sup>. Bununla birlikte AB, bugünkü gelişme düzeyi ile klasik bir uluslararası organizasyon biçimine gerileyecek bir yapılanma olarak da görünmemektedir. Dolayısıyla görülebilir bir gelecekte; federal özelliklerin, birtakım konfederal unsurlarla birlikte varolacağı, bundan sonraki süreçte de radikal bir değişim öngörülmediği müddetçe AB'nin, yarı-federal özellik taşıyan mevcut temel yapısı üzerinde devam edeceği ve gelişimini sürdüreceği yorumunda bulunmak yanlış olmayacaktır.

#### KAYNAKÇA

ALTINBAŞ AKGÜL, Deniz, “Avrupa'nın Geleceği: Avrupa Birleşik Devletleri Federasyonu Mu?”

[http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006.](http://66.102.9.104/search?q=cache:UJSUbVz4qIYJ:www.avsam.org/english/yayinlar/stratejikanaliz/m., 22.10.2006)

ARCHICK, Kristin, “The European Union in 2005 and Beyond”, <http://fpc.state.gov/documents/organization/45220.pdf>, 16.9.2006.

---

<sup>121</sup> Bkz. AUER, s. 428; SAWIŃSKA, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002, <http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf>, 12.10.2006.

<sup>122</sup> Aynı yönde bkz. CHURCH/DARDANELLI, s. 178, 181; DELANEY/SMITH, s. 131.

ARNULL, Anthony/DASHWOOD, Alan/ROSS, Malcolm/WYATT, Derrick, *European Union Law, Fourth Edition*, Sweet & Maxwell, London 2000.

ARSAVA, A. Fusun, *Nice Anlaşması Sonrasında Avrupa Birliği'nin Geleceği*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 2003.

AUER, Andreas, "The Constitutional Scheme of Federalism", *Journal of European Public Policy*, 12:3, June 2005. (s. 419-431)

BAYDAROL, Can, "Avrupa'nın Yeniden Yapılanması Sürecinde Genişleme",

[http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa\\_Birligi/AB\\_genisleme.htm](http://www.mustafatasar.gen.tr/Avrupa_Birligi/AB_genisleme.htm), 2.11.2005.

BÖRZEL, Tanja A., "Mind the Gap! European Integration between Level and Scope", *Journal of European Public Policy* 12:2, April 2005. (s. 217-236)

BRUNKHORST, Hauke, "A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution",

<http://www.arena.uio.no/publications/wp03-14.pdf>, 25.8.2005.

CHURCH, Clive/DARDANELLI, Paolo, "The Dynamics of Confederalism and Federalism: Comparing Switzerland and the EU", *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No. 2, June 2005. (s. 163-185)

CHRYSSOCHOU, Dimitris N, "Civic Competence and the Challenge to EU Polity-Building", *Journal of European Public Policy* 9:5, October 2002. (s. 756-773)

CICHOWSKI, Rachel A., "Integrating the Environment: The European Court and the Construction of Supranational Policy", *Journal of European Public Policy* 5:3, September 1998. (s. 387-405)

ÇAKIR, ARMAĞAN Emre, *Avrupa Bütünleşmesinin Siyasal Kuramları*, Beta yayınları, İstanbul 2001.

DARDANELLI, Paolo, "Conclusions: Comparative Federalism and the Constitutional Treaty", *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No. 2, June 2005. (s. 259-269)

DEDEOĞLU, Beril, "Avrupa Birliği Örgütlenme Modeli ve Subsidiarity Prensipleri", *Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet*, F. Edip ÇELİK'e Armağan, Yay. Haz. Turgut TARHANLI, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995. (s. 100-105)

DEDEOĞLU, Beril, "Avrupa'da Siyasal Bütünleşme: 'Birlik' Modelinin Yeniden Düzenlenmesi", *Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni*

Bakışlar, Der. Faruk SÖNMEZOĞLU, Der Yayınları, İstanbul 1998. (s. 355-378)

DELANEY, Erin, “Managing in a Federal System without an ‘Ultimate Arbiter’: Kompetenz-Kompetenz in the EU and the Ante-bellum United States”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 15, No. 2, June 2005. (s. 225-244)

DELANEY, Erin / SMITH, Julie, “Introduction: Europe’s Constitutional Future- Federal Lessons for the European Union”, *Regional and Federal Studies*, Vol.15, No. 2, June 2005. (s. 131-143)

EGEBERG, Morten, “How Federal? The Organizational Dimension of Integration in the EU (and elsewhere)”, *Journal European Public Policy* 8:5, October 2001.(s. 728-746)

ELAZAR, Daniel J., “Federal Systems of the World: A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements”,

<http://www.jcpa.org/dje/books/fedsysworld-intro.htm>, 28.10.2005.

ELAZAR, Daniel J., “Europe and the Federal Experience”, <http://www.jcpa.org/dje/articles/eur-fed-bruges.htm>, 7.11.2005.

FABBRINI, Sergio/SICURELLI, Daniela, “The Federalization of the EU, the US and ‘Compound Republic’ Theory :The Convention’s Debate”, *Regional and Federal Studies*, Vol. 14, No. 2, Summer 2004. (s. 232-254)

FİŞNE, Mustafa, “Avrupa Birliğinin Doğuşu ve Gelişimi”, *Avrupa Birliği Ortak Politikalar ve Türkiye*, Ed. Muhsin KAR-Harun ARIKAN, Beta Yayınları, İstanbul 2003. ( s. 55-73)

FOLLESDAL, Andreas, “Towards a Stable Finalité with Federal Features? The Balancing Acts of the Constitutional Treaty for Europe”, *Journal of European Public Policy* 12:3, June 2005. (s. 572-589)

GELBER, Harry G., *Sovereignty Thorough Interdependence*, Kluwer Law International, London 1997.

GRAVER, Hans Petter, “National Origins of European Law: Towards an Autonomous System of European Law?”,

<http://www.arena.uio.no/publications/wp00-24.htm>, 16.7.2006.

HABERMAS, Jürgen, *Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti*, Çev. Medeni BEYAZTAŞ, Bakış Yayınları, İstanbul 2002.

HABERMAS, Jürgen, “Avrupa’nın Niçin Bir Anayasaya Gereksinmesi Var?”, Çev. Kemal ATAKAY, *Cogito*, sy. 39, Bahar 2004. (s. 302-322)

HABERMAS, Jürgen, “AB: Ya Diriliş Ya da Felç”,

[http://www.radikal.com.tr/yazici.php? haberno = 155760&tarih-=14/06/2005&yollayan\\_sayfa=http%3A...28.8.2006](http://www.radikal.com.tr/yazici.php? haberno = 155760&tarih-=14/06/2005&yollayan_sayfa=http%3A...28.8.2006).

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

HAZIR, Hayati, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler), SÜHF Yayınları, Konya 1990.

HEEG, Susanne/OBENBRÜGGE, Jürgen, “State Formation and Territoriality in the European Union”, *Geopolitics*, Vol. 7, No. 3, Winter 2002. (s. 75-88)

HIRST, Paul/THOMPSON, Grahame, Küreselleşme Sorgulanıyor, Çev. Çağla ERDEM-Elif YÜCEL, 3. baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2003.

HOFFMANN, Lars / SHAW, Jo, “Constitutionalism and Federalism in the ‘Future of Europe’ Debate: The German Dimension”, *German Politics*, Vol. 13, No. 4, December 2004. (s. 625-644)

HOLMAN, Otto, “Asymmetrical Regulation and Multidimensional Governance in the European Union”, *Review of International Political Economy* 11:4, October 2004. (s. 714-735)

KARLUK, Rıdvan S., Avrupa Birliği ve Türkiye, 8. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

KOHEN, Sami, “AB’ni Tanımak”, *Milliyet*, 1.7.2000.

LAFFAN, Brigid, “The European Union Polity: A Union of Regulative, Normative and Cognitive Pillars”, *Journal of European Public Policy* 8:5, October 2001. (s. 709-727)

LAMING, Richard, “Towards a Federal Europe”, <http://www.federalunion-org.uk/europe/towardsfederal.shtml>, 28.8.2006.

LEWIS, Jeffrey, “Informal Integration and the Supranational Construction of the Council”, *Journal of European Public Policy*, 10:6, December 2003. (s. 996-1019)

LYNCH, Philip, “Sovereignty and the European Union: Eroded, Enhanced, Fragmented”, *Reclaiming Sovereignty*, Eds. Laura BRACE-John HOFFMAN, Printer, London 1997.(s.42-61)

MALAMUD, Andrés, “Spillover in European and South American Integration An Assessment”, <http://136.142.158.105/Lasa2001/MalamudAndres.pdf>, 24.8.2006.

MCCORMICK, John, *Understanding the European Union A Concise Introduction*, 3rd Edition, Macmillan, NewYork 2005.

NEYER, Jürgen, “Explaining the Unexpected: Efficiency and Effectiveness in European Decision-Making”, *Journal of European Public Policy* 11:1, February 2004. (s. 19-38)

ODER, Bertil Emrah, Avrupa Birliğinde Anayasa ve Anayasacılık, Anahtar Kitaplar Yayınevi, İstanbul 2004.

PIERSON, Christopher, Modern Devlet, Çev. Dilek Hattatoğlu, Çiviyazıları, İstanbul 2000.

RISSE, Thomas, “Neofunctionalism, European Identity, and the Puzzles of European Integration”, Journal of European Public Policy 12:2, April 2005.(s. 291-309)

SAWIŃSKA, Anna, Political Origins of the Debate on the Future of the European Union 2000-2002,

<http://europa.eu.int/constitution/futurum/documents/other/oth010702-6-en.pdf>, 12.10.2006.

SCHMITTER, Philippe C., “Neo-Neo-Functionalism”,  
<http://www.iue.it/SPS/People/Faculty/Curret-Professors/PDFFiles/SchmitterPDFFiles/NeoNeo-Functiona lismRev.pdf>, 15.8.2006.

SELÇUK, Engin, “Anayasasını Arayan Avrupa: Avrupa Anayasal Antlaşma Tasarısı Üzerine”, Hukuk ve Adalet, y. 1, sy. 3, Temmuz-Eylül 2004. (s. 59-97)

TANCHEV, Evgeni, “Sovereignty and Distribution of Authority in the Federations and in the Constitution of the European Union”, <http://www.adalet.gov.tr/avrupatoplulugu/2july2004.htm>, 14.9.2005.

THORNELOE, David, “The Maastricht Judgement”, <http://www.jura.uni-sb.de/Entscheidungen/abstracts/maastricht.html>, 2.10.2006.

TRECHSEL, Alexander H., “How to Federalize the European Union...and Why Bother”, Journal of European Public Policy 12:3, June 2005. (s. 401-418)

UYGUN, Oktay, “Ulusüstü Siyasi Birlikler ve Küreselleşme”, <http://www.stratejik.yildiz.edu.tr/maka-le7.htm>, 23.3.2005.

ÜLGER, İrfan Kaya, Avrupa Birliğinde Siyasal Bütünleşme (Ortak Dış Politika ve Güvenlik Politikasının Oluşumu), Gündoğan Yayınları, Ankara 2002.

VEGGELAND, Noralv, “EU Subsidiarity and Distributed Public Governance: Does Sub-National Democracy Work?”,

<http://www.arena.uio.no/ecsa/papers/NoralvVeggeland.pdf>, 16.10.2006.

WEILER, Joseph, “Federalizm ve Anayasacılık: Avrupa'nın Sonderweg'i”, Çev. T. K., Cogito, sy. 39, Bahar 2004. (s. 282-300)

WIELAND, Joachim, “Germany in the European Union- The Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht”, European Journal of International Law, Vol. 5, No.2, 1994. (s. 1-8)

YÜKSEL, Mehmet, Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye, Siyasal Kitabevi, Ankara 2001.





## YENİ CEZA KANUNU'NDA İRTİKAP SUÇU (M. 250)

Yrd. Doç. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ\*

### GİRİŞ

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanununun Özel Hükümler başlıklı İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” yer almaktadır. Bu Kısımın İlk Bölümü “Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlığı ile 765 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar” başlıklı 3. Babında toplam oniki fasılda yaptırım altına alınan fiillerden oluşmaktadır. Yeni Kanunun bu fiilleri “Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı Suçlar” bölüm başlığı ile düzenlemesi yerinde olmuştur<sup>1</sup>. Böylelikle bu bölümdeki suç tipleriyle bir yandan bizzat kamu görevlilerinin vatandaşların kamu idaresine olan güvenini sarsan, kamu idaresinin işleyişindeki düzeni ihlal eden birtakım hareketleri ile sivil kişilerin kamu görevinin yerine getirilmesini engelleyen veya kamu idaresinin işleyişini ihlal eden hareketlerinin yaptırım altına alındığı ifade edilmiş olmaktadır<sup>2</sup>.

Toplam yirmi maddeden oluşan bu bölümde 765 sayılı Türk Ceza Kanununa göre yeni bir suç tipine yer verilmemiş, ancak yeni Kanunda yasama ekonomisine gidilerek aynı nitelikteki ihlali belirten, ancak kazuistik bir yöntemle farklı maddelerde düzenlenmiş olan suç tipleri tek bir madde altında toplanmıştır. Örneğin görevi kötüye kullanmanın çeşitli görünüm şekilleri 765 sayılı Kanunun 228, 230 ve 240. maddeleriyle cezalandırılmışken, yeni Kanunda “Görevi Kötüye Kullanma” başlıklı bir hükümlerle 257. maddede yaptırım altına alınmıştır<sup>3</sup>. Yine bu bölümde yer alması uygun görülmeyen bazı fiiller de Kanunun başka kısımlarında veya bölümlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, “kamu

---

\* DPÜ. Kütahya İİBF. Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Aynı yönde bkz: Yenidünya, A. Caner, (2005), “2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme”, in: **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi**, 2005/5, s. 121.

<sup>2</sup> Bkz: Yarsuvat, Duygun (1965), “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Naci Şensoy Hatıra Sayısı**, C.: XXX, 1965/3-4, s. 670.

<sup>3</sup> Üzülmöz, İlhan (2005), “Yeni Ceza Kanununda Zimmet Suçu (M. 247-249)”, in: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2005/5 216-217.

görevlilerine huzurlarında ve yerine getirdiği vazifeden dolayı hakaret suçu” (m. 266), yeni Ceza Kanununda ayrı bir suç tipi olarak değil, şerefe karşı suçlar arasında hakaret suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 125/3, a). Aynı şekilde 765 sayılı Kanunda “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar” kapsamında yer alan işkence suçu (m. 243), yeni Ceza Kanununda “kişilere karşı suçlar” arasında “işkence” başlığı ile 94 ve 95. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Aşağıda yeni Ceza Kanununda da Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı suçlar arasındaki yerini koruyan irtikap suçu ele alınacaktır.

### **I- SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER**

Kanun koyucu, kamu görevlisinin, görevinin sağladığı nüfuzu veya güveni kötüye kullanarak, kendisine veya üçüncü bir kişiye yarar sağlaması veya bu yolda vaatte bulunması için kişileri icbar veya ikna etmesi ya da onda mevcut olan hatadan yararlanmasını ifade eden irtikap fiillerini Kanunun 250. maddesiyle yaptırıma bağlamıştır<sup>4</sup>. Bu maddeye göre; “(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

5237 sayılı Kanun irtikap bakımından 765 sayılı Kanuna paralel bir düzenleme getirmekle birlikte, irtikap-kamu görevi bağlantısını irtikapın bütün gerçekleştiriliş şekilleri bakımından ayrı ayrı formüle etmiştir. Böylelikle 765 sayılı Kanunun irtikap bakımından öngördüğü düzenlemede kapsamı geniş olmakla veya içeriği itibarıyla 240. maddeyle karıştırılabilir olmakla eleştirilen “Memuriyet sıfatı veya görevini kötüye kullanma” ibareleri terk edilerek, bunun yerine icbar suretiyle irtikap bakımından “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanma”, ikna suretiyle açısından “görevinin sağladığı güveni kötüye kullanma” ibareleriyle irtikap- kamu görevi bağlantısı kurulmuştur<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Suç tipinin hukukumuzdaki tarihi gelişimi için bkz: Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner (2005), **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Ankara 2005, s. 587 vd.

<sup>5</sup> Aynı yönde bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 577.

## II- KORUNAN HUKUKİ YARAR

Bir hukuk toplumunda, sosyal hayatın devamı bakımından önemli olan ve kamu hizmeti olarak isimlendirilen bir takım faaliyetler, bizzat devlet tarafından veya devlet dışındaki kamu tüzel kişilerince yerine getirilmektedir<sup>6</sup>. Toplumdaki bütün fertler adına yürütülen bu faaliyetlere kamu görevi, bu görevi yerine getiren kişilere ise kamu görevlisi denilmektedir<sup>7</sup>. Bir kamu görevini yerine getirmekle görevlendirilen kişi, bu görev dolayısıyla bir kamu hukuku yükümlülüğü altına girmektedir. Kamu görevlisi üstlenmiş olduğu görevi sadakatle yerine getirmek, bireylerin kamu idaresine karşı duymaları gereken güveni sarsmamak zorundadır<sup>8</sup>. Kanun koyucu vatandaşların kamu idaresine duymaları gereken güveni sarsan fiillerin bir görünüm şekli olan irtikap fiillerini cezalandırarak, kamu idaresinin itibarını, halkın devlet memurlarına karşı duyması gereken inanç ve itimadı, kamu görevlilerinin dürüst ve iyi şöhret sahibi olmalarındaki devlete ait yararları korumuş olmaktadır. İrtikabın yaptırım altına alınmasıyla aynı zamanda kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanarak muhatap oldukları kişilere zarar vermelerini engellemek, böylelikle kamu görevlilerinin kendi konumlarından yararlanarak çıkar elde etmelerini önlemek de amaçlanmıştır<sup>9</sup>. Kanun koyucu irtikap fiillerini, kamu görevlisinin konumunun sağladığı gücü haksız ekonomik çıkar elde etme aracı olarak kullanmasını engellemek amacıyla yaptırım altına almaktadır. Dolayısıyla irtikap suçunun faili, devletin mali yararlarını ihlal ettiği için değil, halkın kamu görevlisine olan itimadının sürekli olmasındaki toplum yararını zedelediği için cezalandırılmaktadır<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Kamu idaresi kavramı, devletin ve diğer kamu kurumlarının faaliyetlerini içermektedir. Dolayısıyla Kanunun Kamu Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar başlıklı bölümünde sadece teknik ve dar anlamda devletin idari faaliyetleri değil, devletin yasama, yürütme ve yargılama faaliyetiyle, bir bütün olarak hizmet üreten ve veren kurum olarak korunmuş, bu çerçevede devletin faaliyetine zarar veren, zaafa uğratan fiiller idareye karşı işlenmiş suç sayılmıştır. Bkz: Soyaşlan, Doğan (2005), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara 2005, s. 492.

<sup>7</sup> Özgenç, İzzet (2002), **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, 1. Bası, Ankara 2002, s. 134.

<sup>8</sup> Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat (2006), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2006, s. 654.

<sup>9</sup> Erman, Sahir/Özek, Çetin (1992), **Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992, s. 66; Özgenç (2002), s. 162.

<sup>10</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 593.

### **III- FAİLİ VE MAĞDURU**

İrtikap kamu görevlileri tarafından işlenebilen mahsus bir suçtur. Kamu görevlisi kavramı Kanunun tanımlar başlıklı 6. maddenin 1. fıkrasının (c) bendinde “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” anlaşılır şekilde tanımlanmıştır<sup>11</sup>. “Kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin kamusal bir faaliyet olmasıdır”<sup>12</sup>. Mevzuatla belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde kamu adına gerçekleştirilen her türlü hizmet kamusal faaliyeti belirtir. Devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının icrası kapsamında yürüttüğü faaliyete, bu fonksiyonları yerine getiren organlara atama, seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılıp çalışan kişiye kamu görevlisi denir<sup>13</sup>. Kısaca, kamu görevini, kamu otoritesine bağlı olarak yerine getirilen faaliyet; kamu görevlisini ise, bu faaliyeti yerine getiren kişi olarak nitelendirmek mümkündür.

Suçun oluşumu bakımından fiilin gerçekleştirildiği sırada kamu görevlisi sıfatını taşıyor olmak yeterlidir. Kişinin sonradan bu sıfatını kaybetmesinin suçun mevcudiyetine herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Kamu görevlisi olmadığı halde kamu görevlisi olduğunu söyleyerek yarar sağlayan, kamu görevini gasp eden kişi kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi suçu (m. 262) ile birlikte duruma göre yağma veya dolandırıcılık suçlarından da sorumlu olur (m. 148, 157)<sup>14</sup>.

Ayrıca özel kanunlar gereğince sadece ait oldukları kuruluşun para, mal ve belgeleri hakkında bir suç işlemeleri halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilen kişiler bu tür bir ihlali oluşturmayan irtikap

---

<sup>11</sup> Belirtelim doktrinde 5237 sayılı yeni Ceza Kanununun öngörmüş olduğu kamu görevlisi tanımını olumlu bulanlar olduğu gibi, “kamusal faaliyetin yürütümü” gibi belirsiz bir kriterin uygulamada kimlerin memur olduğunu belirlemede yaşanan sorunlara çözüm olmayacağını belirterek eleştirenler de bulunmaktadır. Bkz: Mahmutoğlu, Fatih Selami (2004), “TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanununun Tasarısı Hakkında Görüş”, in: **Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar** (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004, s. 362; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan**, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, in: **Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar** (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004, s.336.

<sup>12</sup> Bkz: Madde gerekçesi.

<sup>13</sup> Soyaslan (2005), s. 494.

<sup>14</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 595; Bakıcı, s. 183.

suçunun faili olamazlar<sup>15</sup>. Hemen belirtelim ki özel kanunlarda kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilen kişiler ilgili kanunlarda değişiklik yapılınca ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar kamu görevlisi gibi cezalandırılmaya devam edileceklerdir (5349 s. Kanununun Geçici 1. Madde) . Ancak bu tarihten sonra TCK. m. 5 gereğince bunların kamu görevlisi gibi cezalandırılmaları mümkün değildir.

Suçun mağduru, her şeyden önce kamu görevlisince yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya zorlanan veya ikna edilen kişidir. Ancak, suçun oluşumu için mutlaka yarar sağlayacak veya bu yolda vaatte bulunacak kişinin icbar ve ikna edilmesi şart değildir. Bazen icbar ve ikna edilen kişi ile irtikap edilen yararın sahibi başka kişiler olabilir. Bu gibi hallerde icbar ve ikna edilen kişinin mağdur; irtikap edilen yararın sahibi olan kişiyi suçtan zarar gören olarak kabul etmek gerekmektedir<sup>16</sup>.

İrtikap suçunda icbar ve ikna edilen kişinin yanı sıra kamu idaresinin de mağdur olacağını kabul eden yazarlar bulunmaktadır<sup>17</sup>. Bu kabulde suçun Kanundaki sistematik yeri etkilidir. Yukarıda belirtildiği gibi bu suçla kişilerin kamu görevlilerinin görevlerinin gereği olan yükümlülüklere aykırı davranmayacakları yönündeki güvenin korunduğu dikkate alındığında, icbar edilen kişinin yanı sıra toplumu oluşturan herkesi bu suçun mağduru saymak gerekir<sup>18</sup>.

#### **IV- SUÇUN UNSURLARI**

##### **A- Maddi Unsur**

##### **1- Genel Olarak**

Kanunun 250. maddesinde, 765 sayılı Kanunun 209. maddesine paralel olarak yararlanma olayının gerçekleştiriliş biçiminden hareketle üç türlü irtikap düzenlenmiştir. İrtikabın işleniş (gerçekleştiriliş) şekilleri, irtikap suçunun seçimlik hareketlerini değil, farklı ağırlıkta ihlalleri belirten bağımsız suçları oluşturmaktadır<sup>19</sup>. Buna göre; maddenin ilk fıkrasında icbar suretiyle irtikap, 2.

<sup>15</sup> Erman/Özek (1992), s. 68.

<sup>16</sup> Özgenç (2002), s. 174.

<sup>17</sup> Önder, Ayhan (1994), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1994, s. 139; **Özgenç**, s. 152. Karşı görüş için bkz: Dönmezer, Sulhi (1984), **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1984, s. 116; Özgenç (2002), s. 174.

<sup>18</sup> Özgenç (2002), s. 174.

<sup>19</sup> Malkoç, İsmail (2004), "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar -"İrtikap", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (31.03.2004).

fıkrasında ikna suretiyle irtikap ve nihayet 3. fıkrasında hileden yararlanmak suretiyle irtikap tanımlanmıştır. Aşağıda Kanunda yapılan bu ayırmadan hareketle irtikap suçları ele alınacaktır. Ancak daha önce irtikap suçlarının ortak konusunu oluşturan “yarar sağlanması” ve “yarar sağlamak için vaatte bulunulması”nın mahiyetini belirlemek gerekmektedir.

## 2- Yarar Sağlanması-Yarar Sağlama Vaadinde Bulunulması

765 sayılı Kanununun 209. maddesinde “para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına” şeklinde gösterilen irtikap suçunun maddi konusu yeni Kanunda “yarar sağlanması” veya” bu yolda vaatte bulunulmasının sağlanması” şeklinde gösterilmiştir. Para verilmesi de yarar sağlamak anlamına geleceğinden yeni Kanunda gereksiz tekrardan kaçınılması yerinde olmuştur.

Yarar sağlamayı, herhangi bir menfaatin, çıkarın, faydalanmanın ve kârın elde edilmesi şeklinde geniş yorumlamak gerekmektedir<sup>20</sup>. İnsana maddi ve manevi olarak fayda sağlayan, katkısı olan her şey, madde anlamında yarar olarak değerlendirilmelidir<sup>21</sup>. Sağlanan yararın miktarı ne suçun oluşumuna ne de ceza üzerine etkilidir<sup>22</sup>. Kamu görevlisinin sağladığı yarar, para, para hükmünde senet, belge, taşınır veya taşınmaz mal olabileceği gibi, bir malın verilmesini sağlamak, senet kırmak, bir borcun vadesini uzatmak, icra takibini durdurmak, bir konutta kısmen veya tamamen kirasız oturmak da olabilir<sup>23</sup>. Maddede yararın sağlanmasından bahsedildiğinden, bunu failin veya üçüncü şahsın suç konusu yararı elde etmiş, faydayı sağlamış veya yarar üzerinde tasarruf yetkisini elde etmiş olması şeklinde anlamak gerekmektedir<sup>24</sup>.

İrtikap suçu yarar sağlamak hususunda vaatte bulunulmasını sağlamak suretiyle işlenebilir. Yarar sağlama vaadi, yarar sağlamak hususunda mağdurdan söz alınmasıdır<sup>25</sup>. Vaat, verilen sözü yerine getirme yükümlülüğü altına sokan herhangi bir şekilde, doğrudan doğruya veya araya bir vasıta konularak gerçekleştirilebilir. Vaat hukuka aykırı bir muameleye ilişkin olduğundan

---

<sup>20</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 599.

<sup>21</sup> Önder (1994), s. 142.

<sup>22</sup> Erman/Özek (1992), s. 79.

<sup>23</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 599-600.

<sup>24</sup> Özgenç (2002), s. 171. Artuk/Gökçen/Yenidünya'ya göre sağlamak, vaatte bulunmaktan ileri, vermeden daha önceki safhayı ifade etmektedir. Bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 600.

<sup>25</sup> Bakıcı, Sedat (1998), **Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet-İrtikap-Rüşvet Suçları**, Ankara 1988, s. 186.

herhangi bir şekilde tabii değildir<sup>26</sup>. Yarar sağlamak yolunda vaatle bulunulmasının sağlanması suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Vaat edilen yararın elde edilmesi gerekmediği gibi vaat edilen yararın sonradan yerine getirilmemesi suçun teşebbüs aşamasında kaldığını da göstermez<sup>27</sup>. Zira, kanun koyucu, izlenen suç siyaseti gereğince yarar vaadinde bulunulması hâlinde de kamu görevlisinin tamamlanmış irtikap suçunun cezasıyla cezalandırılmasını öngörmüştür<sup>28</sup>.

Ayrıca yararın ve yarar vaadinin bizzat kamu görevlisine veya üçüncü bir şahsa sağlanmış olması gerekmektedir. Madde yarar sağlanacaklar arasında gösterilen “başkası”nı, fail dışındaki üçüncü kişiler şeklinde anlamak gerekmektedir<sup>29</sup>. Dolayısıyla devlet ve kamu tüzel kişileri madde anlamında başkası değildir<sup>30</sup>.

### 3- İcbar Suretiyle İrtikap

Kanununun 250. maddesinin 1. fıkrasına göre tipik bir fiilin varlığından söz edilebilmesi için kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması veya bu yolda vaatle bulunması için bir kimseyi icbar etmesi gerekmektedir. Suçun oluşumu icbarın kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasıyla gerçekleştirilmesine bağlıdır. Bu nedenle, öncelikle görevin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılmasının mahiyetini, bunu takiben de icbarın anlamını belirlemek gerekmektedir.

765 sayılı Kanununun 209. maddesinde “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle” şeklinde ifade **edilen irtikap-kamu görevi bağlantısı**, yeni düzenlemede “görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak” biçiminde formüle edilmiştir. Buna göre, kamu görevini veya kamu görevlisi sıfatını kötüye kullanarak yarar sağlamaya zorlamak değil, görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak başkalarını yarar sağlamaya veya bu yolda vaatle bulunmaya zorlamak irtikabı oluşturacaktır. İrtikabın bu türünde görevin sağladığı başkalarını etkileyebilme gücünün kötüye kullanılması söz konusudur. İrtikap suçu kamu görevlisi tarafından yürütülen görevin sağladığı etkileme

<sup>26</sup> Erman/Özek, s. 81; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 601.

<sup>27</sup> Tezcan/Erdem/Önok, s. 662.

<sup>28</sup> Bkz: Madde gerekçesi.

<sup>29</sup> Karşı görüş için bkz: Tezcan/Erdem/Önok, s. 662.

<sup>30</sup> Yarg. 5. CD. 04.05.1983, 670/1559 (Bakıcı, s. 200). Yarg. 5. CD. 21.02.1979, 4064/403 (Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık (1999), **Türk Ceza Kanunu’un Yorumu**, C.: II, Ankara 1999, s. 2338.

gücü kullanılarak işlenilebilir<sup>31</sup>. Görevin kamu görevlisine sağladığı nüfuzun mahiyeti, her bir kamu görevlisi açısından statüsünü belirleyen mevzuata göre tespit edilir. Kamu görevlisi, konumu ve sahip olduğu yetkiden kaynaklanan nüfuzunu kendisine bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağlamak amacıyla zorlama vasıtası olarak kötüye kullanmaktadır. Buna göre işgal ettiği konum gereği sahip olunan yetkinin sağlamış olduğu nüfuzun kötüye kullanımını oluşturmayan, sadece sıfatın kötüye kullanımını teşkil eden hareketlerle irtikap suçu işlenemeyecektir<sup>32</sup>. Başka bir anlatımla yeni düzenlemede kötüye kullanılan nüfuzun görevle ilgili olması aranmıştır<sup>33</sup>.

Buna göre 5237 sayılı Kanununun 250. maddesindeki irtikap-kamu görevi bağlantısı 765 sayılı Kanununun 209. maddesinin öngördüğü düzenlemeden ayrılmaktadır. Eski TCK. irtikap suçunun oluşumu bakımından “memuriyet sıfatının ve görevinin kötüye kullanılması”nı aramış; bu bağlamda görevin kötüye kullanılması kamu görevlisinin objektif olarak kendi görev ve yetki alanına giren bir işlemi yaparken haksız çıkar sağlamak amacıyla bundan yararlanması şeklinde; buna karşılık sıfatın kötüye kullanılması ise kamu görevlisinin üstlendiği görevle ilgisi olmasa bile, haksız yarar elde etmek amacıyla bir kimseyi icbar etmek hususunda kamu görevlisi unvan ve sıfatının ileri sürülmesi, kamu görevlisine talep fırsat ve vesilesini veren kamu görevinden bağımsız olarak, haksız surette yarar sağlamak için kamu görevlisi sıfatından yararlanılması<sup>34</sup>, yani objektif nitelikteki görevin dışında, subjektif mahiyetteki sıfattan yararlanılması hali olarak anlaşılmıştı<sup>35</sup>. Memuriyet sıfatını kötüye kullanma geniş kapsamlı bir kavram olduğundan, kamu görevlisi olan herkes göreviyle ilgili ve yer bakımından yetkili olsun veya olmasın bu sıfatını ileri sürerek icbar, ikna ve hatadan yararlanma suretiyle yarar temin ettiği bütün hallerde irtikap suçunu işlemiş sayılmaktaydı<sup>36</sup>. Bu nedenle Yargıtay suçun kapsamı genişlediği için sırf sıfatın kötüye kullanıldığı kimi hallerde görevle bağlantı kurulamayan veya görev alanının sınırları içine girmeyen hususlarda tasarruflarda bulunulduğu gerekçesiyle irtikap suçunun değil, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğu yönünde kararlar vermişti<sup>37, 38</sup>.

---

<sup>31</sup> Bkz: Madde gerekçesi

<sup>32</sup> Bkz: Soyaslan, s. 504.

<sup>33</sup> Toroslu, Nevzat (2005), **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 285.

<sup>34</sup> Önder (1994), s. 140; Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 597.

<sup>35</sup> Erman/Özek (1992), s. 69; Özgenç (2002), s. 166.

<sup>36</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 597.

<sup>37</sup> Erman/Özek (1992), s. 69.



Görevle bağlantı kurulamaması veya görev alanının sınırları dışında kalan bir hususun bulunduğu bu gibi hallerde aslında görevi kötüye kullanmadan da söz edilemeyecek olmasına rağmen görevi kötüye kullanmadan failerin sorumlu tutulması ortada zorlama bir yorumun bulunduğu göstermektedir. Bu nedenle, doktrinde, sıfatı kötüye kullanmanın açık bir tarifinin yapılması veya sıfatın kötüye kullanmanın yer bakımından yetkili olma hali ile sınırlandırılması önerilmekteydi<sup>39</sup>. Nitekim yeni Kanunda irtikap suçunda kamu görevlisinin nüfuzu kötüye kullanmasının görevle bağlantılı olan hususlarda olması aranarak, suç tipi daha objektif bir kritere bağlanmıştır. Bu çerçevede örneğin bir kaymakamın bir şahıstan tutuklatacağı gerekçesiyle menfaat elde etmesi tutuklatma kaymakamın görevi olmadığından irtikapı oluşturmaz. Kaymakamlık sıfatının bu maksatla kullanılması irtikapı oluşturmaz. Buna karşılık kaymakamın bir kimsenin işlediği suçu yetkili mercilere bildireceğinden bahisle para alması halinde icbar suretiyle irtikap vardır. Çünkü CMK. böyle bir yetkiyi ona vermektedir. Ancak hemen belirtelim ki, doktrinde irtikap-kamu görevlisi bağlantısı bakımından yeni Kanunun öngördüğü düzenlemenin 765 sayılı Kanun 209. maddesinde olduğu şekliyle anlaşılması gerektiğini belirten yazarlar vardır<sup>40</sup>.

Suçun oluşumu bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle bir kimseyi yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya *icbar etmesi* gerekmektedir. Suçun maddi unsurunu oluşturan icbardan ne anlaşılması gerektiği maddede ve madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Gerekçede sadece icbarın, yağma suçunun oluşumuna neden

<sup>38</sup> “(Cezaevi koruma ve infaz memuru olan sanığın, tahliyenin yakarım diyerek hükümlülerden para almasının, tek başına infazı yakmaya yetkili olmadığından irtikap suçunu oluşturamayıp görevi kötüye kullanma suçunu teşkil ettiğinden bahisle cezalandırılmasına ilişkin karar, irtikap suçu olduğundan bahisle temyiz edilmiş, vasa ilişkin itirazlar özel dairece reddolunmuştur.) Ancak, 1-Sanığın şikayetçilerden aldığı paraların tümünü C.Savcısının olaya el koyması üzerine geri vermiş bulunması karşısında, hakkında TCK.nun 240. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına yer olup olmadığı tartışılmaması,” Yarg. 5. CD. 02.11.1982, 2852/3866 (Bakıcı (1988), s. 200-201). “Trafik polisi olmayan bu işlemlerle de görevlendirilmeyen polis memurlarının trafik suçunu işleyenlerden yasal kovuşturma yapılmaması için para almalarının irtikap veya rüşvet değil, görevi kötüye kullanmadır” Yarg. 5. CD. 27.08.1980, 2599/2721 (Önder (1994), s. 141).

<sup>39</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 598.

<sup>40</sup> Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 656.

olan cebir veya tehdit boyutuna varmaması gerektiği, eğer icbar bu boyuta varacak olursa yağma suçunun oluşacağı belirtilmiştir<sup>41</sup>.

Maddede icbar olarak nitelendirilen cebir, maddi veya manevi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yeni Ceza Kanunu bakımından maddi cebir, Kanunun 108. maddesine göre kişi üzerinde maddi güç kullanımını ifade etmektedir. Kişi üzerinde maddi güç kullanımı söz konusu ise, sağlanan yararın mahiyetine göre Kanundaki irtikap dışındaki diğer suçlar oluşacaktır. Manevi cebir ise, tehdidin yanı sıra diğer manevi cebir hallerini kapsar. Diğer deyişle kanun koyucu icbarı sadece tehdit olarak da kabul etmemiştir. Zira kanun koyucu cebirle tehdidi birbirinden ayırmıştır (m. 106, 108). Buna göre eğer icbarı sadece tehdit olarak düşünseydi doğrudan tehdidi suçun unsuru haline getirirdi. Dolayısıyla icbarı 106. madde anlamında sair bir kötülükle tehdit ve diğer manevi cebir halleri

---

<sup>41</sup> Doktrinde Kanunun tehdit (m. 106), (m. 108) ve yağma (m. 148) suçları bakımından öngördüğü düzenlemeden hareketle, gerekçenin bir anlamının olmadığı, irtikap suçuna ilişkin maddeye açıkça manevi cebir ifadesinin yazılması gerektiği belirtilmektedir. “İfade edelim ki, 2004 TCK.nun tehdit suçuna ilişkin hükmünde (m.106/1,2) tehdit; *“kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair kötülük edeceğinden bahisle tehdit etmek”* şeklinde tanımlanmıştır. Yağma suçuna ilişkin 148 inci maddede de; *“kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit etmek”*ten bahsedilmiştir. Bu itibarla 1926 TCK.nun 191 ve 495 inci maddeleri arasında mevcut olan tehdidin ağırlığına ilişkin ayırım 2004 TCK’da terk edildiğinden, irtikap suçunun gerekçesinde yer alan açıklamanın hiçbir hukuki değeri bulunmamaktadır. Ayrıca cebir, 2004 TCK.nun 108 inci maddesinde kasten müessir fiile göre tayin edilecek cezanın artırılacağı hükme bağlanarak bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir. 1926 TCK.nun 209 uncu maddesinde geçen “icbar” kelimesi uygulamada ve doktrinde “manevi cebir” olarak anlaşılmakta ve bu manevi cebrin tehdit (ağır ve haksız bir zarara uğratacağı beyanı, m.191/1) ile olması, yağma boyutuna ulaşmaması (şahsen veya melen büyük bir tehlikeye düşüreceği beyanı, m.495/1) gerektiği belirtilmekteydi<sup>41</sup>. 2004 TCK.nun mevcut düzenlemeleri karşısında irtikap suçundaki “cebir” kavramının, özellikle maddi cebir olarak yasada anlaşılması (m.108), diğer taraftan manevi cebir arasındaki derece farkına işaret edilmemiş olması (m.106, 148) dolayısıyla uygulamada önemli sorunları beraberinde getireceği muhakkaktır. Maalesef maddenin gerekçesi de, bu konuda 2004 TCK. düzenlemelerini değil, 1926 hükümlerini dikkate alarak yazılmış gibidir. Kanaatimizce maddeye en azından cebrin “manevi” niteliğine işaret eden bir ibare eklenmesi yerinde olacaktır” (Yenidünya (2005), s. 124).

olarak anlamak gerekmektedir. Buna göre, tehdidin icbar suretiyle irtikap suçunun unsurunu oluşturabilmesi yağma suçunda aranan ağırlıkta olmamasına bağlıdır<sup>42</sup>. Diğer deyişle, eğer tehdidin konusunu kişinin kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştirileceği ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratılacağı oluşturuyorsa bu durumda yağma suçu oluşacaktır (m. 148)<sup>43</sup>, <sup>44</sup>. Görevin sağladığı nüfuzu kötüye kullanıp, yağma suçunda aranan ağırlıkta olmayan

<sup>42</sup> Bakıcı (1988), s. 186-187; Özgenç (2002), s. 164; Önder (1994), s. 143. Bu çerçevede, hırsızlık suçundan dolayı karakola getirilen kimseyi falakadan kurtardığından bahsederek para alan polisin (Yarg. 5. CD. 4.8.1959, 4087/4141) ve mağduru yolundan alıkoyacağı tehdidi ile mağdurdan menfaat sağlayan memurun (Yarg. 31.1.1959, 7173/590) fiillerinin irtikap suçunu oluşturduğu kabul edilmiştir. Bkz: Dönmezer (1984), s. 115.

<sup>43</sup> “Araştırma ekibine dahil olan ve görevli bulunan sanıkların olay günü Bitlis’den Tatvan istikametine yol alan müdahile ait otoyolu durdurarak yaptıkları aramada 8 milyon lira civarında değeri olan yabancı parayı (dinar) bulup, müdahilin üzerinden de kol saatini, bir miktar Türk parasını, makas ve hesap makinasını tehdit etmek suretiyle zorla aldıkları ve kendisini serbest bıraktıkları, müdahilin arama sırasında veya sonra görevlilere menfaat temin ve vaadinde bulunmadığı, sanıkların bilahare aldıklarını aralarında paylaştıkları, toplanan elverişli delillerden anlaşılmalı olup karar yerinde de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre, sanıkların mağduru serbest bırakmalarına kadarki tüm eylemlerinin TCK.nun 495, 522, 251. maddelerine uyduğu gözetilmeyerek cebri irtikap olarak nitelendirilmesi,” Yarg. 5. CD. 26.05.1982, 1285/1891 (Bakıcı (1988), s. 201).

<sup>44</sup> “Bu açıklamalar ışığında olaya bakıldığında da; zimmet suçundan mahkûm olan Bünyamin ile birlikte belediye halinde çalışan ve onun denetleme yetkisi bulunmayan sanık Metin Yıldırım’ın öğrendiği zimmet olayını Bünyamin’e söyleyip kendisine para vermediği takdirde şikâyet edeceği tehdidinde bulunduğu, Bünyamin’in olayın açığa çıkmasını önlemek amacıyla bu tehdit neticesi önce 400.000 lira, daha sonra da 650.000 lira para ve çeşitli altın ziynet eşyası verdiği sanığın aldıklarıyla yetinmeyip “şikâyet” tehdidini sürdürmesi üzerine Bünyamin’in durumu savcılığa bildirdiği şeklinde başlayıp gelişen eylem gasp suçunu oluşturur.” Yarg. CGK. 17.04.1989, 93/147 (Savaş/Mollamahmutoğlu (1999), s. 2332).

Ancak hemen belirtelim ki; Yargıtay’ın ulaştığı olaydaki fiilin irtikap oluşturmadığı yönündeki sonuç doğru olmakla birlikte, fiilin yağmayı oluşturacağı yönündeki nitelemesi doğru değildir. Somut olayda sanık mağdura zarar verebilecek ve içinde bulunduğu gayrimeşru durumu açıklama tehdidiyle yarar sağlamaktadır. Bu nedenle fiil şantaj suçunu oluşturmaktadır (765 s. TCK. m. 192; 5237 s. TCK. m. 107).

tehditle menfaat temin eden veya bu yolda vaatte bulunulmasını sağlayan kamu görevlisi irtikap fiilini işlemiş olacaktır. Kamu görevlisi, açıkladığı istekler yerine getirilmezse mağdurun işini hiç veya usulüne uygun yapmayacağını söylemek suretiyle onu korkutmaktadır<sup>45</sup>. Örneğin, “acil ameliyat zarureti ile karşı karşıya kalmış bulunan mağdurdan, bu korkunun etkisi altında bulunması suretiyle ameliyat için para alan devlet hastanesi operatörü irtikap suçunu işlemiş olur”<sup>46</sup>.

Manevi cebir sadece tehditten ibaret değildir, tehdit dışındaki diğer manevi baskılar da bu kapsamda değerlendirilir. İrtikap suçunun unsurunu oluşturan manevi cebir, mağdurun iradesini baskı altında tutmaya elverişli olmak şartıyla doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde yapılan her türlü zorlayıcı hareketleri ifade eder. İcbardan maksat, iradenin oluşumunu etkileyecek ve yapmak istediğinden başka bir hareketi yapmasına neden olacak biçimde baskı yapılmasıdır<sup>47</sup>. “İstenilen para veya bono verilmediği takdirde gayrimenkule az değer takdir edileceğinin ve işlerin uzatılacağı”<sup>48</sup>, “Para verilmediği takdirde hastanın hastaneye yatırılmayacağı”<sup>49</sup>, “Para verilmedikçe muameleleri yapmayacağını ve böylece fertlerin haklarını iptal etmek durumuna düşürüp onlardan para alan muhtarın”<sup>50</sup> durumda olduğu gibi.

“İcbar teşkil eden fiillerin etkisinde kalan kişi, hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen, karşılaşılabileceği daha ağır zararların önüne geçebilmek için, bu baskının etkisiyle, kamu görevlisinin şahsına veya gösterdiği üçüncü kişiye bir yarar sağlamaktadır”<sup>51</sup>. Bu nedenle, failin gerçekleştirdiği icbarın, mağduru etkilemeye elverişli olması gerekir. Elverişlilik her somut olayda hakim tarafından ayrıca değerlendirilecektir. Objektif olarak baskı altına almaya elverişli icbarın bulunması yeterlidir, ayrıca somut olayda mağdurun bundan etkilenmiş olması şart değildir<sup>52</sup>. Diğer deyişle, kamu görevlisinin sahip olduğu gücü kişinin aleyhine kullanacağını açıkça bildirmesi veya bunu hissettirmesi suçun oluşumu bakımından yetirli olup, kişinin icbara karşı koyabilme gücünün

---

<sup>45</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 603.

<sup>46</sup> Dönmezer (1994), s. 117.

<sup>47</sup> Yarg. CGK., 18.05.1999, 5-119/121 (Özgenç (2002), s. 164, dpn: 6).

<sup>48</sup> Yarg. CGK. 03.04.1961, 64/31 (Önder (1994), s. 144).

<sup>49</sup> Yarg. CGK. 06.02.1956, 20/22 (Önder (1994), s. 144).

<sup>50</sup> Yarg. 6. CD. 16.07.1960, 3731/5931 (Önder (1994), s. 144).

<sup>51</sup> Bkz: madde gerekçesi.

<sup>52</sup> Erman/Özek (1992), s. 74-75; Özgenç (2002), s. 167-168.

ortadan kalkmış olması şart değildir<sup>53</sup>. Objektif olarak elverişli bir icbarın somut olayda mağduru etkilememesi ve dolayısıyla yarar sağlamaması veya yarar vaadinde bulunmaması durumunda irtikaba teşebbüs söz konusu olacaktır<sup>54</sup>. Buna karşılık kamu görevlisinin belli bir ağırlığa ulaşmayan veya ciddi olmayan etkisi icbar kapsamında değerlendirilmez ise de, kişinin maruz kaldığı zorlamadan kolaylıkla kurtulma imkanının bulunmasına rağmen kamu görevlisinin istediği haksız yararın sağlanması durumunda hangi suçun oluştuğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Doktrinde belli bir yoğunluğa ulaşmamış, ciddi olmayan veya kolaylıkla kurtulma imkanı bulunan cebre rağmen haksız yarar sağlanması veya yarar vaadinde bulunması halinde rüşvet suçunun oluşacağı belirtilmektedir<sup>55</sup>. Yargıtay'ın buna benzer olaylarda bazen rüşvet suçunun<sup>56</sup>, bazen ise görevi

<sup>53</sup> Önder (1994), s. 144.

<sup>54</sup> Erman/Özek (1992), s. 74-75; Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 659. “Şikayetçi A.nın sanığın manevi zor kullanarak yasadışı çıkar sağlama yolundaki isteğini geri çevirdiği, manevi zorla yiyicilik cebri irtikâp suçunun niteliğine göre bu suça ancak eksik derecede kalkışma olanağı bulunduğu gözetilmeyerek,” Yarg. 5. CD. 28.01.1997, 2452/2610 (Malkoç, İsmail (2002), **(Son Değişiklik Ve İhtihatlarla) Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C.: II, Ankara 2002, s. 1719). Aynı yönde bkz: Yarg. 5. CD. 11.07.2001, 3098/4859 (Malkoç (2002), s. 1732-1733).

<sup>55</sup> Özgenç (2002), s. 169.

<sup>56</sup> “Tapu sicil müdürü olan sanığın, damadı adına vekaleten almak istediği gayrimenkulün satış işlemi için 26.2.1997 tarihinde kendisine başvuran müştekiye işlem için 30.04.1997 tarihine gün vermek istediği, müştekinin satıcının yaşlı olduğunu ve tekrar buraya gelmesinin zor olacağını söyleyip bir an önce bu işin yapılmasını ısrarla istemesi üzerine sanığın da “bak kardeşim dairenin bazı eksikliklerini yaptırдық, bazı noksanlıklarımız var, 5.000.000 verersen tapu işlerini öncelikle bu gün hallederim” dediği, müştekinin de bu teklifi kabul ettiği ve paranın aynı gün öğleden sonra verilmesini müteakip yapılan operasyonla ele geçirildiği anlaşılmış, oluş mahkemece de benzer biçimde kabul edilmiş olmasına göre, tehdit edici ve icbar oluşturan herhangi bir söz ve davranışı olmayan ve henüz memuriyetine ait vazifesini de süistimal etmeyen sanığın işlem için gün tespiti sırasında müştekiden 5.000.000 lira para istemesi ve bu teklifin müşteki tarafından hemen kabul edilmiş olması nazara alındığında karşılıklı rızaya dayanan bir anlaşmayı içeren bu eylemi yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için rüşvet alma niteliğinde bulunduğu halde yanlış nitelendirilmesi sonucu cebri irtikâp olarak kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yarg. 5. CD. 30.09.1998, 2335/3445 (Yaşar, Osman (2001), **İhtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2001, s. 468).

kötüye kullanma suçunun olduğu yönünde çelişkili kararlarına rastlanmaktadır<sup>57</sup>. Ancak, hemen belirtelim ki, bu söylenenler 765 sayılı Kanun uygulaması bakımından geçerlidir. Dolayısıyla yeni Kanunun kabul ettiği sistem çerçevesinde konunun yeniden değerlendirilmesi zorunludur. Ayrıca bu değerlendirmenin Yargıtay'ın 765 sayılı Kanununun 209. madde uygulamasında somut olayda irtikabın mı yoksa rüşvetin mi oluştuğunu belirlemek bakımından geliştirmiş olduğu kriter dikkate alınarak yapılmalıdır. Yargıtay'a göre kamu görevlisine veya gösterdiği şahsa yarar sağlayan kişi meşru bir zeminde ise irtikâp, gayri meşru zeminde ise rüşvet suçu veya rüşvetin oluşmadığı hallerde ise görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır<sup>58</sup>. Görüşümüze göre ne 765 sayılı

---

<sup>57</sup> “ Maddede yer alan cebir, manevi cebirdir. Manevi icbarın belirli bir şiddete ulaşması, ciddi olması, mağdurun, baskının etkisinden kolaylıkla kurtulma olanağının bulunmaması gereklidir. Sanığın istediklerinin yasa dışı olduğu mağdur tarafından bilinmekte, ancak zorlama nedeniyle faile çıkar sağlanmaktadır.

Olayımızda sanık, iki istihkak için ellibin liradan yüzbin lira istemiş, verilmediği takdirde istihkakını hemen alamayacağını Cuma günü, yani iki sonra gelmesini, daha sonra ise parayı temin ederek saat 14.00 de gelmesini şikâyetçiye söylemiştir. Şikâyetçinin ikinci gelişinde ise “gönlünden ne koparsa ver” demiştir. Paranın hiç ödenmeyeceği veya uzun süre ödemenin geciktirilerek sürüncemede bırakılacağı veya haksız bir muameleye maruz kalacağı şeklinde belirli bir şiddete ulaşmış manevi cebrin etkisiyle ve hakkını elde etmek zorunluluğu karşısında haksız olarak istediği bilinen paranın sanığa verildiğinden söz edilemez. İcbar, belirli bir boyuta ulaşmış muhatap olan şikâyetçiyi etkilememiştir. Ağır bir zarara uğramadığı düşüncesiyle ve gururunun incindiğinden bahisle aynı gün şikâyette bulunulmuştur. Sanığın “gönlünden ne koparsa ver” demesi de, manevi cebrin belli bir şiddete ulaşmadığının göstergesidir. Şikâyetçi, ne verirsen ver demesi üzerine kendiliğinden ellibin lira vermiştir.

Açıklanan hususlar gözününde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır (Oyçokluğu ile).” Yarg. CGK. 06.11.1989, 5-265/335 (Savaş/Mollamahmutoğlu (1999), s. 2329-2330).

<sup>58</sup> “Bu genel açıklamalardan sonra yeniden olayımıza bakıldığında: Emniyet memurlarının, vaki ihbar üzerine, sanığın suistimallerini kanıtlamak için gönderdikleri ve sanığın da hasta olmadığını bildiği tanık Nuh'un, sanık tarafından yapılması gereken veya geciktirilmek tehlikesine maruz, haklı sayılabilecek bir işi bulunmadığına göre, sanık doktorun “parayı ödemez isen, ben de raporu vermem” biçimindeki söz ve davranışlarının, bu şahıs üzerinde belli bir şiddete ulaşmış manevi bir baskı aracı olarak değerlendirilmesi olanaksızdır. Esasen Nuh, istediği parayı sanık doktora manevi bir baskı altında

Kanunun 209. maddesi bakımından ne de 5237 sayılı Kanunun 250. maddesinde açısından mağdurun meşru zeminde bulunması suçun bir unsurunu oluşturmaktadır<sup>59</sup>, <sup>60</sup>. Dolayısıyla elverişli bir icbarın bulunduğu hallerde somut olayda meşru zeminde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın mağdurun bundan etkilenerek faile yarar sağladığı veya yarar vaadinde bulunduğu hallerde irtikabın oluştuğunu, elverişli cebre rağmen mağdurun bundan etkilenmediği hallerde ise teşebbüs aşamasında kalmış irtikabın varlığını kabul etmek gerekir. Buna karşılık mağduru zorlayamaya elverişli bir cebir bulunmamasına rağmen mağdurun kamu görevlisine yarar sağladığı veya vaatte bulunduğu hallerde ise, mağdurun meşru zeminde bulunup bulunmadığına bakarak hangi suçun oluştuğuna karar vermek gerekmektedir. Mağdur haklı bir işini gördürmek için ortada elverişli bir cebir olmamasına rağmen kamu görevlisine yarar sağlayacak olur ise, yeni Ceza Kanununun 257. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan şekliyle görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Esasen söz konusu maddede irtikabı oluşturmadığı takdirde görevinin gereklerine uygun davranmak için veya bu nedenle kişilerden çıkar sağlanması yaptırım altına alınmaktadır. Buna karşılık mağdurun iradesini zorlayacak elverişli bir cebir bulunmamasına rağmen kamu görevlisine yapmaması gereken bir işi yapması, yapması gereken bir işi yapmaması için çıkar sağlanacak olunursa 252. maddede bağlamında rüşvetten sorumluluk gündeme gelecektir.

kalması nedeniyle değil, zabitanın talimatını yerine getirmek için vermiştir. Bu itibarla, sanığın eylemi cebri irtikâp olarak nitelendirilemez.

Olayımızda unsurları bakımından rüşvet suçu da oluşmamıştır. Şöyle ki; iş sahibi olarak gözükten Nuh, sanığın yasa dışı davranışlarının saptanabilmesi için zabıtaca bir ajan olarak görevlendirildiğinden, gayrimeşru bir zemin içerisinde bulunmadığı gibi; sanık doktorla, serbest iradesi ile rüşvet anlaşması yaptığının kabulü de mümkün değildir. Bu anlaşma yapılmıştır, fakat bu rüşvet anlaşması değil, sanığın yasa dışı davranışlarının meydana çıkarılması yönünden polis görevlileri ile tanık Nuh arasında yapılmış bir anlaşmadır. Bu anlaşma rüşvet suçunun unsurlarına dahil bulunmamaktadır.

Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda, yasa ve nizamlara aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu kabulde zorunluluk bulunduğundan, yerel C. Savcısı ve sanık vekilinin temyiz itirazlarının bu nedenlerle kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir (oybirliği ile).” Yarg. CGK. 25.04.1983, 113/197 (Savaş/Mollamahmutoğlu (1999), s. 2333-2334).

<sup>59</sup> Aynı yönde bkz: Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 659; Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 603, dpn: 498.

<sup>60</sup> Karşı görüş için bkz: Özgenç (2002), s. 169-170; Önder (1994), s. 144.

İcbar suretiyle irtikap suçunun oluşabilmesi, icbar teşkil eden hareketlerin yarar veya yarar vaadi sağlanmadan yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, “Sayaç memuru olan sanığın şikayetçinin fazla tahakkuk ettirilen su sarfiyatına itirazı üzerine kontrol için görevlendirildiği, sayaçta yazılı 2055 sayısının 2 rakamını sıfırlamak suretiyle 55 tona indirdikten sonra el emeği olarak 1500 lira istediği şikayetçinin bu kadar parası olmadığını söylediği ve sanığın ayrıldığı, takip eden günlerde isteğini ısrarla tekrarlaması üzerine şikayetçinin durumu emniyete bildirdiği, ... işin bitiminden sonra paranın istenmesinden ve alınmasından ibaret eylem”i<sup>61</sup> irtikabı değil görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır.

Suçun oluşumu için icbarın mutlaka kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekli ise de, fiilin muhatabının mutlaka mağdur olması zorunlu değildir. İcbara maruz kalanla yarar sağlayan veya yarar vaadinde bulunan farklı kişiler, örneğin vekil-müvekkil, baba-oğul olabilir<sup>62</sup>. Yine maddeye göre yararın mutlaka failin şahsına sağlanmış olması zorunlu değildir. Başkasına yarar sağlamak veya yarar vaadi sağlamak suretiyle de irtikap suçu işlenebilir<sup>63</sup>.

İcbar şeklindeki hareketler açıkça gerçekleştirilebileceği gibi, örtülü olarak da gerçekleştirilebilir<sup>64</sup>. Zorlamanın açık olduğu hallerde irtikabın varlığını tespit kolaydır. Örneğin “Gereği olmadığı halde mağdurları karakol nezarethanesine koyup döven ve serbest bırakmak için 15.000 lira alan Jandarma Karakol Komutanının eylemi”<sup>65</sup> açıkça icbar suretiyle irtikabı oluştururken, kamu görevlisinin mağduru açıkça zorlamamakla beraber hareketleriyle korkutup yarar sağladığı hallerde de irtikabın oluştuğunu kabul etmek gerekir<sup>66</sup>.

#### 4- İkna Suretiyle İrtikap

TCK.'nın 250. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen ikna suretiyle irtikap suçu, kamu görevlisinin kendisine veya başkasına yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmaya bir kimseyi görevinin sağladığı güveni kötüye

---

<sup>61</sup> Yarg. 5. CD. 21.01.1987, 2787/203 (Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 602).

<sup>62</sup> Yargıtay bir şirketin vekili sıfatıyla hareket eden kimseden hak ediş raporlarını imzalamak için para istenmesi halinde icbarın bulunduğunu kabul etmiştir (Yarg. 5. CD. 21.03.1984, 4113/1156, Erman/Özek (1992), s. 75, dpn: 9).

<sup>63</sup> Dönmezer (1984), s. 117; Erman/Özek (1992), s. 75.

<sup>64</sup> Önder (1994), s. 144.

<sup>65</sup> Yarg. 5. CD. 23.11.1983, 3344/3949 (Önder (1994), s. 145).

<sup>66</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 606.



kullanarak gerçekleştirdiği hileli davranışlarla ikna etmesiyle işlenmektedir. Yeni Kanunda irtikabın bu türün bakımından *irtikap-kamu görevi bağlantısı* 765 sayılı Kanunda olduğu gibi “memuriyet sıfatını veya görevini kötüye” kullanmak şeklinde değil, fiilin mahiyetine uygun olarak “görevin sağladığı güvenin kötüye kullanmak” şeklinde formüle edilmiştir. Dolayısıyla ikna suretiyle irtikap suçunun oluşumu bakımından kamu görevlisinin görevinin sağladığı güvenin kötüye kullanılmasını teşkil eden hileli davranışlarının bulunması gerekmektedir. İrtikabın bu türünde kamu görevlisi, bireylerin kamu görevlilerinin görevlerinin gereklerine uygun bir şekilde dürüstçe hareket edecekleri yolundaki itimatlarına ve emniyet hislerine aykırı hareket ederek, onları hileli davranışlarla aldatmakta, aslında gerekmediği halde onlardan gereklimiş gibi yarar veya yarar vaadi temin etmektedirler.

İkna suretiyle irtikap bakımından yeni Kanunun 765 sayılı Kanunundan ayrıldığı diğer bir husus, iknayı sağlamaya yönelik aracı belirlemiş olmasıdır. Yeni düzenlemede iknanın, hileli davranışlarla gerçekleştirileceği açıkça belirtilmiştir. Oysa 765 sayılı Kanunda sadece iknadan söz edilmiş, bunu sağlamaya yönelik araçların mahiyeti belirlenmemiştir. Bu nedenle doktrinde iknayı temine yönelik hareketlerin çeşitli şekillerde ortaya çıkabileceği kabul edilmekteydi<sup>67</sup>. Buna göre yeni Kanunun öngörmüş olduğu düzenleme itibarıyla, ikna suretiyle irtikabın oluşabilmesi için öncelikle hile teşkil eden davranışların bulunması gerekmektedir. Ancak, bu hileli davranış kamu görevinin sağladığı güven kötüye kullanılarak gerçekleştirilmiş olmalıdır. Eğer hile görevin sağladığı güvenin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilmemiş ise, dolandırıcılık suçu oluşacaktır<sup>68</sup>.

Bu suç kamu görevlisinin hileli davranışlarla mağduru ikna etmesiyle işlenmektedir. Hileli davranışların ürünü olan ikna en yalın haliyle, failin, mağduru sağlanması veya vaat olunması gerekmeyen yararın, sağlanması veya vaat olunması gerektiği yönünde inandırması, onda böyle bir kanı oluşturmasını ifade eder<sup>69</sup>. İknada mağdur sağladığı yararın veya vadin aslında gerekmediğini bilmemektedir<sup>70</sup>. Mağdurda hileli davranışlar neticesinde yararın veya vadin

<sup>67</sup> Erman/Özek (1992), s. 76.

<sup>68</sup> Aynı yönde bkz: Özgenç (2002), s. 183.

<sup>69</sup> Erman/Özek (1992), s. 76.

<sup>70</sup> “İkna suretiyle irtikap suçu, memurun ödenmesi gerekmeyen bir paranın ödenmesi gerektiğine kişiyi ikna etmesiyle oluşur. Fert, ödediği paranın yasal olmadığını bilemez. Memur, yalan beyanı ile onu kandırması, kişinin rızası aldatılmak suretiyle elde edilmiştir.” Yarg. 5. CD. 21.01.1993, 1942/4121 (Malkoç (2002), s. 1744).

sağlanması gerektiği yolunda irade oluşturulmaktadır<sup>71</sup>. Buna göre icbar suretiyle irtikap ile ikna suretiyle irtikap mağdurun iradesini etkilemek için kullanılan araç yönünden birbirinden ayrılmaktadır. Kamu görevlisi mağdura isteği yönünde hareket etmemesi halinde görevinin gereklerine aykırı hareket ederek işini yapmayacağını doğrudan veya dolaylı olarak belirtmişse icbar suretiyle irtikap, buna karşılık kamu görevlisi gerçekleştirdiği değişik hileli davranışlarla mağduru aldatarak haksız kazanç elde etmişse ikna suretiyle irtikap söz konusu olacaktır<sup>72</sup>.

Kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen hileli davranışların mağduru yarar sağlamaya veya yarar vaadinde bulunmaya yönlendirme açısından elverişli olması gerekir. Bu nedenle mağdurun iradesini etki altına almaya elverişli olmayan hareketler, örneğin tavsiye hile teşkil etmeyecektir<sup>73</sup>. Hilenin mağdurun iradesini ifsada elverişli olup olmadığını somut olayda hakim takdir edecektir. Mağdur yanılmamış olsa bile somut olayda objektif olarak yanılmaya elverişli bir hilenin varlığı ikna suretiyle irtikapı oluşturur, ancak mağdur yanılmadığından tamamlanmış değil, teşebbüs aşamasında kalmış bir suç söz konusu olur<sup>74</sup>. Uygulamada “Fail, görevi gereği kendisine müracaat eden, evliliklerinin ve çocuklarının nüfusa kaydını talep eden şahıstan, bu muameleler herhangi bir harç ve resme tabi olmadığı halde, tabiiymiş gibi gösterip mağduru ikna ederek ondan pul, zarf ve kağıt masrafı altında para alması”<sup>75</sup>, “Banaz İlçesi Tapu Sicil Müdürü olan sanığın, adına kayıtlı taşınmazla ilgili olarak cins tashihi için başvuran müştekiden işlemlerin gerektirdiği eğitime katkı payı olarak sadece 5.000.000 lira alması gerekirken, memuriyet görevini kötüye kullanmak suretiyle bir takım hesaplar yapıp, yasal olarak harç ve masrafın 69.750.000 lira olduğundan ısrar ve müştekiyi ikna ederek ertesi gün 70.000.000 lira”<sup>76</sup> alınması, “Sanık, “ameliyatta kullanılmak için ilaç gerekli olduğu ve bu ilacın, ancak karaborsadan sağlanabileceğini” söyleyip, mağduru inandırmak suretiyle yasa dışı çırak el etmesi”<sup>77</sup> ikna suretiyle irtikap sayılmıştır. Buna karşılık “Sanığın telefon haber kağıtları ve faturaları üzerindeki rakamları

---

<sup>71</sup> Önder (1994), s. 147; Erman/Özek (1992), s. 77.

<sup>72</sup> Erman/Özek (1992), s. 78.

<sup>73</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 608; Erman/Özek (1992), s. 78.

<sup>74</sup> Özgenç (2002), s. 185/186; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan (2002), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Bası, İzmir 2002, s. 173.

<sup>75</sup> Yarg. CGK. 11.07.1960, 5-35/45 (Önder (1994), s. 147).

<sup>76</sup> Yarg. 5. CD. 10.05.2001, 6569/3234 (Malkoç (2002), s. 1733).

<sup>77</sup> Yarg. 5. CD. 09.11.1982, 2998/4013 (Önder (1994), s. 148).

değiştirip tebliğ ederek yatırılan fazla paraları mal edinilmesi”<sup>78</sup> olayında ikna suretiyle irtikap kabul edilmemiştir.

İkna suretiyle irtikap suçunu oluşturan hilenin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>79</sup>. Mağdurda mevcut bir yanılığdan faydalanarak yarar sağlandığı hallerde hatadan yararlanma suretiyle irtikap söz konusu olacaktır<sup>80</sup>.

### 5- Hatadan Yararlanma Suretiyle İrtikap

İrtikap mağdurun hatasından yararlanarak işlenebilir. Bu husus 250. maddenin 3. fıkrasında, “*İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle hatadan yararlanma suretiyle irtikap 765 sayılı Kanununun 209. maddesinin 3. fıkrasından farklı olarak ikna suretiyle irtikap suçuyla bağlantılı bir şekilde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere hatadan yararlanma suretiyle irtikap esasen ikna suretiyle irtikabın bir işleniş şekline ibarettir. Dolayısıyla hatadan yararlanma suretiyle irtikapta kamu görevlisi görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak mağdurda mevcut olan ve kendi icrai hareketinden kaynaklanmayan yanılığdan haksız çıkar sağlamak için faydalanması söz konusudur<sup>81</sup>. Ancak kanun koyucu kamu görevlisinin mağduru yanılığa düşürecek herhangi bir davranışı bulunmadığından hatadan yararlanma suretiyle irtikap için ikna suretiyle irtikaba göre ceza siyaseti açısından daha hafif bir yaptırım öngörmüştür.

İrtikabın bu türünde kamu görevlisi kişiyi hataya düşürecek herhangi bir davranışta bulunmamıştır. Ancak, fail, mağdurun düştüğü hataya engel olmamış, bundan yararlanarak haksız çıkar sağlamıştır. Kamu görevlisinin mağdurun sağladığı yarar kapsamına giren çıkarın haksız ve gereksiz olduğunu, verilmemesi gerektiğini bilmesine rağmen susarak, yarar elde etmesi durumu söz konusudur. Mağdurun düştüğü hatanın kimden kaynaklandığı önemli değildir. Hata bizzat kişinin bilgisizliğinden ve dalgınlığından kaynaklanabileceği gibi üçüncü kişilerin aldatici nitelikteki hareketlerinde de kaynaklanabilir. Ancak, failin aldatici nitelikteki hareketlerinden kaynaklanan bir hata var ise, bu durumda ikna suretiyle irtikap suçu oluşacaktır<sup>82</sup>. Örneğin memurun herhangi bir hareketi olmaksızın hataya düşen mağdurun bordroya

<sup>78</sup> Yarg. 5. CD. 14.05.1991, 1338/2480 (Malkoç (2002), s. 1745).

<sup>79</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 609.

<sup>80</sup> Bkz: Madde gerekçesi.

<sup>81</sup> Erman/Özek (1992), s. 78.

<sup>82</sup> Önder (1994), s. 148; Malkoç (2002), s. 1717.

yapıştırılmak üzere verdiği pulların fazlasını mal edinen memurun fiili hatadan istifade suretiyle gerçekleştirilen irtikap olarak değerlendirilmiştir<sup>83</sup>.

### **B- Manevi Unsur**

İrtikap kasten işlenebilen suçlardandır. Somut olayda fail görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak icbar, görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak ikna ve hatadan yararlanma şeklinde hareketleri gerçekleştirdiğini, bu yolla kendisine veya başkasına aslında sağlanması gerekmeyen bir yarar veya yarar vaadinde bulunulmasını sağladığını bilmesi ve istemesi suçun oluşumu bakımından yeterlidir<sup>84</sup>. Yeni Kanunda, 765 sayılı TCK.'nun aksine “haksız olarak” ibaresine suç tipinde yer verilmemiştir. Dolayısıyla 765 sayılı Kanuna göre ayrıca failin sağladığı yararın haksız bir yarar olduğunun bilincinde olması gerekli iken<sup>85</sup>, yeni Kanunda böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle 765 sayılı Kanun uygulamasında failin elde ettiği yararın hukuka aykırı olduğu bilincinde olmadığı, örneğin kendi hakkını elde etmek bilinciyle hareket ettiği hallerde irtikaba ilişkin kastının bulunmadığı, dolayısıyla bu gibi hallerde irtikap suçunun değil, duruma göre ihkak-ı hak veya görevi kötüye kullanma suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi<sup>86</sup>. Buna karşılık yeni Kanun yarar sağlamak kastıyla hareket edilmesini suçun oluşumu bakımından yeterli gördüğünden, görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak kendisinin veya bir yakınının alacağını tahsil etmek de yarar sağlama sayılabileceğinden artık irtikap suçu oluşacaktır<sup>87</sup>.

## **V- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ**

### **A- Teşebbüs**

İrtikap suçunun tamamlanma anı bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Baskın olan ve taraftar olduğumuz ilk görüşe göre irtikap bir zarar suçudur ve ancak yararın sağlanmasıyla tamamlanır<sup>88</sup>. Zira, yarar sağlama yukarıda da belirtildiği gibi, yararın failin veya üçüncü kişinin malvarlığına aktarılmasını, failin veya üçüncü kişinin suç konusu şey üzerinde tasarruf

---

<sup>83</sup> Yarg. CGK. 23.02.1942 (Önder (1994), s. 148-149).

<sup>84</sup> Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 663.

<sup>85</sup> Özgenç (2002), s. 174-175.

<sup>86</sup> Bakıcı (1988), s. 185.

<sup>87</sup> Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 655.

<sup>88</sup> Dönmezer (1984), s. 117; Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, C.: II, 5. Bası, İstanbul (Tarihsiz), s. 711; Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 663-664; Özgenç (2002), s. 175; Erman/Özek (1992), s. 82; Soyaslan (2005), s. 507.

yetkisini ele geçirmiş olmasını gerektirmektedir<sup>89</sup>. Buna göre, icbarın mağduru zorlamaya elverişli olup mağdurun bundan etkilenmediği, yine iknaya elverişli hileli davranışların mevcudiyetine rağmen mağdurun aldatılmadığı hallerde teşebbüs aşamasında kalmış irtikaptan söz edilecektir. Bu görüş taraftarları yararın sağlanmasıyla suçun tamamlandığı konusunda hem fikir iseler de, yarar vaadinin sağlandığı hallerde suçun tamamlanma anı bakımından farklı düşünmektedirler. İrtikabın yarar vaadinde bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığını düşünenler olduğu gibi<sup>90</sup>, yarar vaadinin sağlanması halinde de suçun vadin yerine getirilerek yararın sağlanmasıyla tamamlanacağını, ancak konun koyucunun ceza siyaseti gereğince tamamlanmış suç gibi ceza yaptırımını öngördüğünü kabul edenler de bulunmaktadır<sup>91</sup>. Bu görüşe göre yarar vaadinin sağlanmasının söz konusu olduğu hallerde irtikabın tamamlanmış bir fiil gibi cezalandırılabilir olduğu aşamayla, tamamlanma anını ayırmak özellikle iştirak hükümlerinin uygulanabilirliği bakımından önem arz etmektedir. Buna göre eğer suçun vaatte bulunulmasının sağlanmasıyla tamamlandığı kabul edilecek olursa, sağlanacak yararı kamu görevlisine götüren kişinin suça iştirakinin esasını açıklamak mümkün olmayacaktır<sup>92</sup>.

Diğer görüş irtikabı şekli bir suç olarak kabul etmektedir. Buna göre, kamu görevlisinin yarar sağlaması gerekmeksizin yarar sağlamaya ve bu yolda vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik icbarın ve hileli davranışların gerçekleştirilmesiyle tamamlanmaktadır<sup>93</sup>. Dolayısıyla failin icbara ve iknaya ilişkin hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa teşebbüs söz konusu olacaktır<sup>94</sup>. Hemen belirtelim ki gerek 765 sayılı Kanunun 209. maddesinin, gerekse 5237 sayılı Kanunun 250. maddesinin öngörmüş olduğu formülasyon irtikabın şekli bir suç olduğunu kabule elverişlidir. Gerçekten madde metninin ifade biçimi, yarar sağlamaya veya bu yolda vaatte bulunmayı sağlamaya yönelik icbar veya iknaya suçun oluşacağı, sanki yararın elde edilmesinin veya bu yolda vaatte bulunmuş olmasının gerekmediği sonucunu çıkarmaya uygundur. Bu nedenle maddedeki düzenlenmenin suçun tamamlanması bakımından yararın sağlanmasının gerekli olduğunu vurgulayacak şekilde formüle edilmesi yerinde

<sup>89</sup> Erman/Özek (1992), s. 81; Özgenç (2002), s. 171; Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 663.

<sup>90</sup> Tezcan/Erdem (2002), s. 175; Erman/Özek (1992), s. 82.

<sup>91</sup> Özgenç (2002), s. 175.

<sup>92</sup> Özgenç (2002), s. 175.

<sup>93</sup> Erem, Faruk (1993), **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, C.: II, Ankara 1993, s. 1320; Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 612.

<sup>94</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 612.

olacaktır. Örneğin “görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak gerçekleştirdiği icbarla kendisine veya başkasına yarar sağlayan veya bu yolda vaat sağlayan (vaatte bulunduran) kamu görevlisi” şeklinde somutlaştırması düşünülmelidir.

### **B- İştirak Ve İctima**

İrtikaba iştirak bakımından genel hükümler uygulanır. Ancak iştirak hükümlerinin uygulanması bakımından irtikabın sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen özgü bir suç olduğunu göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Zira, Kanunun 40/2. maddesine göre özgü suçlarda özel faillik niteliğini taşıyan kişiler fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Buna göre irtikap fiillerini birlikte gerçekleştiren, yani fiil üzerinde müşterek hakimiyet kuran kamu görevlileri fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Suçun işlenişine azmettiren veya yardım eden olarak iştirak eden kamu görevlileri, sadece azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır (m. 38-39). Buna karşılık sivil kişiler suçun işlenişine iştirak etmişlerse, suçun işlenişine olan katkılarına göre azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaklardır.

İrtikap görevin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmektedir. Dolayısıyla irtikap, görevi kötüye kullanma suçunun ayrıca düzenlenmiş özel bir şeklini oluşturur ve faile ayrıca görevini kötüye kullanmadan ceza verilmez. Ayrıca irtikap suçunu tehditle işlendiği hallerde, tehdit 106. maddedeki tehdit suçunun da unsuru olduğundan, bileşik suç hükümlerine göre hareket etmek gerekmektedir<sup>95</sup>.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından fiilin aynı kişiye karşı aynı suç işleme kararının icrası kapsamında birden fazla işlenmesi gerekmektedir (m. 43). İrtikap suçu mağdur bakımından özellik gösteren bir suç tipidir. Bu suçta icbara ve iknaya yönelik hileli davranışlara maruz kalan kişilerin yanı sıra toplumu oluşturan herkesin de mağdur olacağı kabul edilmektedir<sup>96</sup>. Dolayısıyla aynı suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda icbar veya iknaya yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı muhakkaktır. Zincirleme suç hükümleri mağduru belli bir kişi olmayan suç tipleri bakımından da uygulama alanı bulacaktır (m. 43). İrtikap aynı zamanda toplumu oluşturan herkese karşı işlenen bir fiil olduğundan, mağduru belli kişi olmayan suç tipleri arasında yer almaktadır (m. 43/1, son cümle). Bu nedenle aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik kişilere karşı

---

<sup>95</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 612-613.

<sup>96</sup> Özgenç (2002), s. 174.

gerçekleştirilen irtikap fiilleri bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır<sup>97</sup>.

#### **VI- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ**

Kanun koyucu irtikapın gerçekleştiriliş şekillerine göre farklı cezalar belirlemiştir. İcbar suretiyle irtikap ağır bir ihlâli belirttiğinden beş yıldan on yıla kadar yaptırım öngörülmüştür (250/1). Kişiyi zorlayarak, zor durumundan faydalanarak, korkutarak veya tehdit ederek yarar sağlayan ve yarar sağlama vaadi temin eden kamu görevlisi, ağır yaptırımla karşılaşacaktır. Buna karşılık görevin sağladığı güveni kötüye kullanarak gerçekleştirilen hileli davranışlarla mağdurun ikna edilmesi suretiyle yarar sağlanması icbara nazaran daha hafif bir ihlâl olarak değerlendirilmiştir. İrtikapın bu türü için üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. İcna suretiyle irtikap kamu görevlisinin mağduru kandırmaya yönelik aktif hareketinin bulunmasını gerektirmektedir. Buna karşılık kişide mevcut hatadan yararlanma suretiyle yarar sağlanması irtikapın hafif halini oluşturmaktadır. Bu nedenle bu fiil için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

İrtikap takibi şikayete bağlı suçlardan olmadığından re'sen kovuşturmaya tabidir. Ancak suçun failinin kamu görevlisi olması nedeniyle 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun<sup>98</sup> hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Ancak 4483 sayılı Kanunun 2/2. maddesinde “suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklı” olduğu belirtildiğinden, bu suç tipi bakımından 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu<sup>99</sup> hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Bu Kanunun 17. maddesine göre irtikap suçundan veya bu suça iştirak etmekten sanık olanlar hakkında 4483 sayılı Kanuna göre değil, 3628 sayılı Kanuna göre kovuşturma yapılacaktır. 3628 sayılı Kanunun 19. maddesine göre suç haberini alan savcılık, doğrudan soruşturmaya başlayacak, ancak durumu kamu görevlisinin mensup olduğu daireye haber verecektir. Yapılan soruşturma neticesinde yeterli delil bulunursa dava açılacak, aksi takdirde takipsizlik kararı verilecektir<sup>100</sup>. Ancak 3628 sayılı Kanunda<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Aynı yönde bkz: Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 613. Karşı görüş için bkz: Tezcan/Erdem/Önok (2006), s. 664.

<sup>98</sup> Bkz: 4/12/1999 tarih 23896 sayılı Resmi Gazete.

<sup>99</sup> Bkz: 4.5.1990 tarih 20508 sayılı Resmi Gazete.

<sup>100</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya (2005), s. 615.

<sup>101</sup> 2547 sayılı Kanunun 53. maddesinde 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun

sayılan suçların üniversite personeli tarafından işlenmesi halinde; bu kişiler hakkında 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kurulu Kanununun 53. maddesinde öngörülen usul çerçevesinde soruşturma yürütülecek, yine bu maddeye göre oluşturulan kurulların son soruşturmanın (kovuşturmanın) açılması yönünde verecekleri kararlar kovuşturma aşamasına geçilebilecektir. Ancak kovuşturmanın açılması yönünde verilecek karar da tek başına yeterli değildir, ayrıca kovuşturmanın yapılabilmesi için Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden izin alınması gerekmektedir.

### SONUÇ

5237 sayılı Kanunun irtikap suçuna ilişkin 250. maddede öngörülen düzenleme esas itibarıyla 765 sayılı Kanunun irtikaba ilişkin 209. maddesiyle örtüşmektedir. Ancak yeni Kanunda irtikaba ilişkin düzenleme suçun unsurları yönüyle belirgin hale getirilmiştir. Öncelikle irtikabın gerçekleştiriliş şekilleri bakımından irtikap-kamu görevi bağlantısı ayrıca belirlenmiştir. İrtikap-kamu görevi bağlantısı icbar yoluyla irtikap bakımından, görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanmak suretiyle icbar etmek şeklinde; ikna suretiyle irtikap bakımından görevinin sağladığı güveni kötüye kullanarak ikna etmek şeklinde belirlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca ikna suretiyle irtikap suçunun unsurları da 765 sayılı Kanunun 209. maddesine göre belirgin hale getirilmiştir. İknanın hileli davranışlarla gerçekleştirileceği belirtilmiş, ancak hileli davranışların kamu görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirilmiş olması da aranmıştır.

765 sayılı Kanunda icbar suretiyle irtikap için altı yıldan az olmamak üzere ağır hapis, ikna suretiyle irtikap bakımından dört yıldan altı yıla kadar ağır hapis ve hatadan yararlanma suretiyle irtikap bakımından ise iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken; yeni düzenlemede icbar suretiyle irtikap bakımından beş yıldan on yıla kadar hapis, ikna suretiyle irtikap bakımından üç yıldan beş yıla kadar hapis ve irtikabın en hafif halini oluşturan hatadan yararlanma suretiyle irtikap bakımından bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Buna göre yeni Kanunda irtikap suçları bakımından 765 sayılı Kanuna göre daha hafif yaptırımlar öngörülmüştür. Yeni Kanunda irtikap suçu

---

Kapsamına giren suçlardan bahsedilmekle birlikte, 1609 sayılı Kanunun yerini 3628 sayılı Kanun almıştır. Dolayısıyla 53. maddedeki 1609 sayılı Kanuna yapılan atıflar 3628 sayılı Kanuna yapılmış saymak gerekmektedir.



bakımından cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiştir (karşılaştığımız 765 s. TCK. m. 219).

#### KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner (2005), **5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Bası, Ankara 2005.

Bakıcı, Sedat (1998), **Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçlar, Açıklamalı Zimmet-İrtikap-Rüşvet Suçları**, Ankara 1988.

Dönmezer, Sulhi (1984), **Özel Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1984.

Erem, Faruk (1993), **Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler**, C.: II, Ankara 1993.

Erman, Sahir/Özek, Çetin (1992), **Ceza Hukuku Özel Bölüm. Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar**, İstanbul 1992

Gözübüyük, Abdullah Pulat, **Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**, C.: II, 5. Bası, İstanbul (Tarihsiz)

Mahmutoğlu, Fatih Selami (2004), “TBMM Adalet Alt Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanununun Tasarısı Hakkında Görüş”, in: **Türk Ceza Kanununun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar** (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004.

Malkoç, İsmail (2002), **(Son Değişiklik Ve İçtihatlarla) Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, C.: II, Ankara 2002.

Malkoç, İsmail (2004), “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar -“İrtikap”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/103.doc> (31.03.2004).

Önder, Ayhan (1994), **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 4. Bası, İstanbul 1994.

Özgenç, İzzet (2002), **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, 1. Bası, Ankara 2002.

Savaş, Vural/Mollamahmutoğlu, Sadık (1999), **Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu**, C.: II, Ankara 1999.

Soyaslan, Doğan (2005), **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara 2005.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan (2002), **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 2. Bası, İzmir 2002.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, in: **Türk Ceza**

**Kanunun Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar** (Editör: Ergül Teoman), Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat (2006), **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 3. Bası, Ankara 2006.

Toroslu, Nevzat (2005), **Ceza Hukuku Özel Kısım**, 1. Baskı, Ankara 2005.

Üzülmez, İlhan (2005), “Yeni Ceza Kanununda Zimmet Suçu (M. 247-249)”, in: **Hukuki Perspektifler Dergisi**, 2005/5.

Yarsuvat, Duygun (1965), “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Naci Şensoy Hatıra Sayısı**, C.: XXX, 1965/3-4.

Yaşar, Osman (2001), **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Ankara 2001.

Yenidünya, A. Caner, (2005), “2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme”, in: **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi**, 2005/5.

## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YARGILAMA YETKİSİ ve “ERMENİ SOYKIRIMINI” İNKARI SUÇ SAYAN DÜZENLEME

Yrd. Doç. Faruk BİLİR\*

### ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin inceleme ve yargılama yetkisi, konu, kişi, yer ve zaman bakımından sınırlıdır. Yani, Mahkeme'nin yapılan bir başvuruyu inceleyebilmesi için, konu, kişi yer ve zaman bakımından yetkili olması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece Sözleşmede ve ek protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili olarak sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Yani başvuru konusu olan hak ve özgürlüğün Sözleşme ve Protokoller kapsamında bulunması gerekir. Mahkeme'nin kişi yönünden yetkisi, Mahkeme'ye kimlerin başvurabileceği ve Mahkeme'ye kime karşı başvurulabileceği ile ilgilidir. Taraf devletlerin Sözleşme ihlalinden sorumluluğu, yer açısından otoritesinin geçerli olduğu alandır. Başvurucu tarafından iddia edilen ihlal aleyhine başvuruda bulunulan ülkenin yargı yetkisi içinde gerçekleşmişse, Sözleşme yer bakımından uygulanabilir. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden, feshi ihbar edilmesine veya üye tarafın Avrupa Parlamentosu'ndan istifa etmesine kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ilgili ülke için bağlayıcıdır. Fransız Parlamentosu 12.10.2006 tarihinde, “Ermeni soykırımını” inkar etmenin suç sayılmasına ilişkin kanun teklifini kabul etmiştir. Teklifin kanunlaşması halinde Fransa'ya karşı AIHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ihlali gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne devlet başvurusu ve bireysel başvuruda bulunmak mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Ermeni soykırımı”, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Mahkeme, Yargılama yetkisi.

### ABSTRACT

The authority of the European Court of Human Rights to examine and adjudicate is limited with respect to subject, person, place and time. In other words, in order for the Court to be able to examine an application, it must be authorized with respect to subject, person, place and time. European Convention on Human Rights provides a limited protection only with respect to the rights

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

and freedoms included in the Convention and the supplementary protocols thereof. This means that the right and freedom subject to the applications must be included within the scope of the Convention and the Protocols. The authority of the Court with respect to persons is related to who may apply the Court and against whom the Court may be applied. The responsibility of the states for the infringement of the Convention as the parties thereof covers the area where their authority is valid with respect to location. In case the violation being claimed by the applicant has occurred within the adjudicatory power limits of the state against which the application is made, the Convention may be practiced on the basis of place. European Convention on Human Rights is binding upon the related state from the Convention's coming into force until the announcement of its annulment or resignation of the member party from the European Parliament. French Parliament accepted the bill of the law that stipulates that the denial of the "Armenian Genocide" is to be deemed a crime, on the date of 12.10.2006. In case of the bill becoming a law, it is possible to make a state application and individual application to the European Court of Human Rights against France for the reason of the violation of the Article 10 of the European Convention of Human Rights stipulating the freedom of expression.

**Keywords:** European Court of Human Rights, "Armenian Genocide", European Convention on Human Rights, Court, adjudicate.

### GİRİŞ

Avrupa Konseyi, on Batı Avrupa devleti tarafından, bir Avrupa işbirliği örgütü olarak, 5 Mayıs 1949'da kurulmuştur. Türkiye ise 8 Ağustos 1949'da, Avrupa Konseyinin kurucu antlaşması olan Statüyü imzalayarak Avrupa Konseyine üye olmuştur. Avrupa Konseyi'nin amacı, üye devletlerin ortak mirasları olan ideal ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek için ekonomik, kültürel, toplumsal, bilimsel, hukuksal ve yönetsel alanlarda işbirliği yapmalarını sağlamaktır. Avrupa Konseyi savunmayla ilgili konular dışında toplumların tüm temel sorunları ile ilgilenmektedir. İnsan hakları, hukuki işbirliği, medya, eğitim, kültür, spor, gençlik, sağlık, yerel yönetimler, bölgesel planlama, çevre, aile ve sosyal güvenlikle ilgili sorunlar Avrupa Konseyi'nin ilgi alanındadır. Kuruluş statüsünde ekonomik konularda da etkinlik gösterilmesi öngörülmekle birlikte, bu alandaki çalışmalar sınırlı kalmaktadır. Avrupa Konseyi statüsünün başlangıç bölümünde, üye devletlerin, "halkların ortak varlığı olan ve her gerçek demokrasinin dayandığı kişi özgürlüğü ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin kaynağı olan düşünsel ve ahlaksal değerlere sarsılmaz biçimde bağlı" olduğu belirtilmiştir. Statünün 3. maddesinde ise, Konsey üyeliği için, devletlerin, hukukun üstünlüğü ilkesini ve yetkisi altında bulunan her

kişinin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma ilkesini kabul etmesi öngörülmüştür<sup>1</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin<sup>2</sup> yargı yetkisi kapsamında bulunanların belirli insan hakları ve temel özgürlüklerini güvence altına alan uluslararası bir antlaşmadır. Söz konusu Antlaşma 4 Kasım 1950 yılında Roma'da imzalanmış ve 1953 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>3</sup>. Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10 Mart 1954 de onaylamıştır. Sözleşme'nin başlıca özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür: 1- Sözleşme bireyi uluslar arası hukukun bir sujesi haline getirmiştir, 2- Bireysel başvuru hakkı Sözleşme'nin en önemli unsurudur (belkemiğidir), 3- Sözleşme bir ortak güvence mekanizması oluşturmuştur, 4- Sözleşme'nin sağladığı güvence ikincildir, 5- Sözleşmeciler devletlerin Sözleşmeden doğan yükümlülükleri karşılıklılık ilkesine ve vatandaşlık bağına dayanmaz, 6- Sözleşme ile sağlanan haklardan yabancılar da yararlanır, 7- Sözleşme yargısal bir denetim mekanizması kurmuştur<sup>4</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bütün taraf devletler için, başka devletlere bağlı olmaksızın var olan, objektif yükümlülükler getirmektedir. Başka bir ifadeyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1. maddesi, içerik ve kapsamı itibarıyla Sözleşme haklarının karşılığı niteliğindeki hakların iç hukukta güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, karşılıklı ve iki taraflı taahhütlerin ötesinde, taraf devletlere insan haklarının korunmasında objektif yükümlülükler getirmektedir<sup>5</sup>. Sözleşme'nin, Avrupa İnsan Hakları

<sup>1</sup> KARAHANOGULLARI, Özlem ERDEM, "Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku", [http://www.danistay.gov.tr/5-AK\\_ve\\_idare\\_Hukuku.htm](http://www.danistay.gov.tr/5-AK_ve_idare_Hukuku.htm).12.11.2006; ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 6.

<sup>2</sup> Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin sayısı, kuruluş tarihinde 9 iken, günümüzde bu sayı 46 ya ulaşmıştır <http://www.avrupakonseyi.org.tr/>.28.11.2006

<sup>3</sup> Sözleşmeyi onaylayan ülkelerin sayısı, 28.11.2006 tarihi itibarıyla 46'dır, <http://www.conventions.coe.int>.

<sup>4</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, s. 13- 16.

<sup>5</sup> ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004, s. 67- 68; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 14- 15; ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004, s. 29; ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Türkiye Kararları, İstanbul 2003, s. 18; AİHM, İrlanda/İngiltere kararında, Sözleşmenin taraf devletlere objektif yükümlülükler getiren özelliği vurgulanmış ve klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, AİHS'nin, sadece taraflar arasındaki karşılıklı yükümlülükleri içermediği, karşılıklı yükümlülüklerin ötesinde, önsözünde ifade edilen, "müşterek güvenceye alınan hakların korunmasını sağlama" taahhüdünden kaynaklanan objektif yükümlülükler

Mahkemesi'nce insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal<sup>6</sup> belgesi olarak tanımlanması bunun sonucudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avrupa'nın kamu düzenini temsil ettiğini vurgulanmaktadır. Sözleşme, Avrupa'da bir ortak hukuki alan yaratmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ve bu kararlarda belirlenen esaslar bütün Avrupa ülkelerinde geçerli olan ortak hukuki standartları yansıtmaktadır<sup>7</sup>. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile, insan haklarının salt bölgesel düzeyde etkili bir biçimde korunması için bir düzen kurulması ve üyelerin bazı yükümlülükler altına sokulması ile yetinilmemiş, bireyin uluslararası hukuktan doğan bazı haklarının olduğu da kabul edilmiştir. Oluşturulan kurumsal yapının faaliyet alanı ile koruma ve denetim mekanizmalarının yetki ve işlevselliğine evrensel bir boyut kazandırılmıştır<sup>8</sup>.

Sözleşmenin 1. maddesine göre sözleşmeciler devletler herkes için sunulan hak ve özgürlükleri güvence altına almalıdır. Bu konuda herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Bu nedenle kişinin milliyeti, yaşı, ırkı, yaşadığı yer ya da görevi göz önünde bulundurulmaz<sup>9</sup>.

---

yüklediğini belirtmiştir, İrlanda/İngiltere, (5310/71), 18.01.1978, ÇALIŞKAN, Bilal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Uyarınca Yargılamanın Yenilenmesi", [http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18\\_sayi.htm.8.11.2006](http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18_sayi.htm.8.11.2006).

<sup>6</sup> Mahkeme Başkanı Luzius Wildhaber Anayasa Mahkemesi'ndeki konuşmasında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Sözleşmenin gerçek amacı Sözleşmeciler Devletlerdeki temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki standartları yükseltmektir. Mümkün olduğu kadar çok sayıda Avrupa vatandaşının bireysel rahatsızlıklarına çözüm aramak yerine, vatandaşların kendi iç sisteminden yardım alabileceği bütün Avrupa'da geçerli temel haklar anayasal düzeninin kurulması konusunda gayretlerimizi yoğunlaştırmalıyız. Yine bu noktada, dolaylı olarak da olsa, ulusal sistemlerde uygun güvencelerin sağlanması gereksinimi ve özellikle ciddi insan hakları ihlallerinde etkin soruşturmaların yapılması ve ulusal mahkemelerin Sözleşmenin içtihat hukukunu uygulamaları gerektiği temalarına yine dönmüş oluyorum". WILDHABER, Luzius, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber'in 25 Nisan Günü Ankara'da Anayasa Mahkemesi'ndeki Konuşması", (Çev. Mehmet Turhan), Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 30-31.

<sup>7</sup> ÇAVUŞOĞLU, s.18;TÜRME, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", Anayasa Yargısı 17, Ankara2000, s. 37.

<sup>8</sup> ANAYURT, s. 56; DOĞAN, Naci, "11 Nolu Protokol Bağlamında Avrupa Konseyi Denetim Sisteminin Kurumsal Yapı ve Yargısal İşleyişi Açısından Kazanımları", <http://www.danistay.gov.tr/4%20-%2011%20NOLU%20PROTOKOL.htm.30.11.2005>.

<sup>9</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 38; ÖZDEK, s. 29; ANAYURT, s. 158; ÇAVUŞOĞLU, s. 18; DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf.12.11.2006](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf.12.11.2006).

Türkiye 1987 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, bireysel başvuru hakkını ve 1990 yılında da Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın zorunlu yargılama yetkisini kabul etmiştir.

Biz bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özelliklerini, denetim mekanizmasını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisini, konu, kişi, yer ve zaman bakımından değerlendireceğiz. Ayrıca bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisi çerçevesinde, Fransız Parlamentosu'nun kabul ettiği, sözde Ermeni soykırımını inkar etmenin suç sayılmasına ilişkin kanun teklifinin kanunlaşması halinde<sup>10</sup>, bu kanuna karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapıp yapılamayacağını da değerlendireceğiz.

#### **A- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ ve DENETİM MEKANİZMASI**

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 numaralı Protokol ile Komisyon ve Divan'dan oluşan iki aşamalı mahkeme ilga edilmiş ve yerine aleniyet ilkesinin geçerli olduğu, tam gün çalışan tek aşamalı mahkeme getirilmiştir. Mahkeme kendi içerisinde üç yargıçlı Komiteler, yedi yargıçlı Daireler ve onyediy yargıçlı bir Büyük Daire şeklinde yapılanmıştır. Mahkeme'nin Daireleri belirli bir süre için Komiteleri oluşturur<sup>11</sup>.

AİHM kendisine yapılan başvuruları öncelikle kabul edilebilirlik açısından değerlendirir. Mahkeme kabul edilebilir bulduğu başvurularda yargılama sürecini başlatır. Bu süreçte ilk önce dostane çözüm yoluna başvurulur. Dostane çözümün gerçekleşmesi sonunda, dava sonuçlanmış olur ve başvuru dava listesinden çıkarılır. Dostane çözüme ulaşamadığı takdirde, Mahkeme davayı esastan karara bağlar. Mahkeme öncelikle, sözleşmecî devletçe başvurucunun Sözleşmede tanınan haklarının ihlal edilip edilmediğine karar verir. Mahkeme daha sonra da eğer şartları oluşmuşsa zarar gören tarafın

<sup>10</sup> Bu kanun teklifi henüz kanunlaşmamıştır. Kanun teklifi Ulusal meclis tarafından kabul edilmiştir. Teklifin kanunlaşabilmesi için Senatonu görüşülmesi ve Senatoca kabul edilmesinden sonra, Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması ve yayımlanması gerekmektedir.

<sup>11</sup> BIÇAK, Vahit, "Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://www.geocities.com/vbicak/art2.htm>. 17.11.2005; ANAYURT, s. 258; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 26- 27; ÖZDEK, s. 47; ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2005, s. 135; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "11 Nolu Protokol'den Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Yeni Türkiye (İnsan Hakları Özel Sayısı II), Temmuz- Ağustos 1998, Yıl:4, Sayı:22, s. 1275.

hakkaniyete uygun bir şekilde tatmin edilmesine de karar verebilir<sup>12</sup>. Sözleşmenin kararların bağlayıcılığı ve uygulanması ile ilgili 46. maddesinde, Mahkeme'nin kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğu, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarının uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderileceği düzenlenmiştir. Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlar, ulusal mahkeme kararlarını ortadan kaldıramaz, onları değiştiremez. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görevi bir temyiz mahkemesi gibi çalışmak değildir<sup>13</sup>. Mahkeme üye ülkelerin yargı kararlarına karşı ulus üstü bir temyiz yeri değildir. Mahkeme'nin yaptığı görev, Sözleşme ve ekli Protokollerde taraf devletlerce belirtilen haklara ilişkin sözleşmeciler devletlerce bir hak ihlalinin bulunması ve bu konuda iç hukuk yollarının tüketilmesi veya tüketilmesini gerektirmeyen ciddi nedenlerin mevcut olması halinde yapılan başvuruya sınırlı bir incelemedir<sup>14</sup>.

Mahkeme'nin verdiği kararlar kurucu değil bildirici niteliktedir. Mahkeme'nin kararları Sözleşme ve ek protokollerinde güvence altına alınan hakların ihlal edilip edilmediğini tespit eder. Mahkeme'nin iç hukuktaki işlemleri ve hukuk kurallarını iptal etme yetkisi yoktur<sup>15</sup>. AHİM kararlarının yerine getirilip getirilmediği Bakanlar Komitesi'nce denetlenmektedir. Sözleşmeciler devletler Mahkeme kararlarının uygulanması için gereken tedbirleri almaları gerekir. Yani Sözleşmeye aykırılığı tespit edilen durumun ortadan kaldırılması, ilgili Devletin sorumluluğundadır. Her sözleşmeciler Devlet, kararın nasıl yerine getirileceğini, buna ilişkin biçim ve içeriği kendisi belirleyecektir<sup>16</sup>. İlgili Devlet ihlali sona erdirmek ve mümkün olduğunca ihlal öncesi durumu

---

<sup>12</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 49; ERDEM, Mustafa Ruhan- KORKMAZ, Ömer, "Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, 2003, s. 183.

<sup>13</sup> ANAYURT, s. 313; ÇAVUŞOĞLU, s. 34; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 124; ANDREOTTI, Onur, "Ulusal Mevzuatın Bir Parçası Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa Konseyi'ne Üye Ülkelerde İnsan Haklarına Saygının Gözetilmesi İçin Bir Kontrol Mekanizması Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://www.abgm.adalet.gov.tr.11.12.2005>

<sup>14</sup> TEZCAN, Durmuş, "Avrupa İnsan Hakları Yargısı ve Türkiye İle İlgili Kararlar", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/diger.htm.13.11.2006>; YILDIRIM, Kadir, "Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 297.

<sup>15</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 124; ANAYURT, s. 313; ÇAVUŞOĞLU, s. 34; KILINÇ, Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Ankara 2006, s. 228.

<sup>16</sup> ÜNAL, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 63.



yeniden sağlayacak şekilde ihlalin sonuçlarını giderme yükümlülüğü altındadır<sup>17</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak Mahkeme'ye iki tür başvuru yolu vardır: Devlet başvurusu<sup>18</sup> ve bireysel başvuru. Devlet başvurusunu düzenleyen Sözleşme'nin 33. maddesine göre her sözleşmeci devlet sözleşme ve protokolleri hükümlerine aykırı bir ihlalden dolayı Mahkeme'ye başvurabilir<sup>19</sup>. Devletler, herhangi bir kişinin hakkının ihlali söz konusu olmaksızın, soyut olarak bir devlet mevzuatı ve uygulamasının Sözleşme'ye aykırı olduğunu ileri sürerler<sup>20</sup>. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, insan haklarını korumayı amaçlayan diğer belgelerden ayıran en önemli özelliği, bireye devleti şikayet edebilme, başka bir ifadeyle, bireye devleti uluslararası bir yargı organı nezdinde dava edebilme yetkisi tanıyan bireysel başvuru hakkını getirmesidir<sup>21</sup>. Bireysel başvuruyu düzenleyen 34. maddeye göre ise, Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların sözleşmeci devletlerden biri tarafından ihlal edildiği ve bundan zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi toplulukları Mahkeme'ye başvurabilir. Sözleşmeci taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler. Sözleşmeye taraf devletler, Sözleşmede ve ek protokollerde belirlenmiş hakların korunması konusunda taahhüt altına girmişlerdir.

Sözleşmenin 35. maddesinde başvurunun kabul edilebilirlik şartları düzenlenmiştir. Bu maddede hem bireysel hem de Devlet başvuruları için ortak iki şart aranmaktadır. Bu şartlardan birincisi iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, diğeri ise iç hukuktaki nihai karardan itibaren altı ay içerisinde başvurunun yapılmış olmasıdır. Ancak devlet belirli bir kişinin haklarının ihlal edildiğini ileri sürmeksizin genel olarak Sözleşme'ye aykırılık iddiası ileri sürmüş ise iç başvuru yollarının tüketilmesi şartı aranmamaktadır. Başka bir ifadeyle, devletin somut veya belirli bir kişinin hak ihlali için değil de genel ve soyut nitelikte Sözleşme'ye aykırılıkları ileri sürmesi bakımından bu şart aranmaz<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> ÇAVUŞOĞLU, s. 35; DOĞRU, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", Anayasa Yargısı17, Ankara 2000, s. 195.

<sup>18</sup> Bugüne kadar toplam 20 devlet başvurusu yapılmıştır, KILINÇ, s. 191.

<sup>19</sup> ANAYURT, s. 80- 81; ÖZDEK, s. 49; GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2004, s. 135.

<sup>20</sup> ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2001, s. 385.

<sup>21</sup> ANAYURT, s. 80; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 33; TUNÇ, Hasan, "Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sijeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı", Polis Dergisi Cumhuriyet'in 80. Yılına Armağan, Yıl: 9, Sayı: 36, Temmuz- Ağustos- Eylül 2003, s. 80.

<sup>22</sup> ANAYURT, s. 203.

Sözleşmenin 35. maddesinde sadece bireysel başvurular için geçerli şartlar kabul edilmiştir<sup>23</sup>. Buna göre: 1- Dilekçe imzasız olmamalıdır (başvuruda bulunanın kimliği belli olmalıdır), 2- Başvuru Mahkeme'ce daha önce incelenmiş bir başvuru ile aynı olmamalıdır, 3- Aynı konuda daha önce başka bir uluslararası yargı organına başvurulmamış olmalıdır, 4- Başvuru, sözleşme ile bağdaşır nitelikte olmalıdır, 5- Başvuru açıkça temelden yoksun olmamalıdır 6- Başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olmamalıdır<sup>24</sup>.

Sözleşme'nin 35. maddesine göre bir Devlet aleyhine başvuruda bulunabilmek için öncelikle o Devletteki iç hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekir. Mahkeme'ye göre, bu kurala uyulup uyulmadığını denetlenmesi sırasında her olayın özel şartlarını dikkate almak gerekir. Bir devlette iç hukuk yollarının sadece teorik olarak tanınması yeterli değildir. Bu kuralın işletilebilmesi için o Devletteki hukuk yollarının fiilen ulaşılabilen ve sonuç alma olanağı bulunan, etkili yollar olması gerekir<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşmenin Oluşturduğu Denetim Mekanizmasının Değiştirilmesine İlişkin 14 Nolu Protokol 13 Mayıs 2004 tarihinde Sözleşmeye taraf Devletlerin imzasına açılan ancak henüz yürürlüğe girmemiş olan 14 Nolu Protokolün 12. maddesiyle kabul edilebilirlik şartlarına başvuran kişinin önemli oranda zarar görmesi unsurunun eklenmesi öngörülmektedir. Yapılan bu değişiklikle, Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması durumunda başvuru kabul edilemez bulunacaktır (14 Nolu Protokol md. 12). Bu değişiklikle kabul edilebilirlik şartları arasında başvuran kişinin ehemmiyetli bir dezavantaja uğrama (önemli bir mağduriyetinin bulunması ya da dikkate değer bir zarara uğramış olma) kriteri eklenmiştir. Yani, başvuran kişi dikkate değer bir zarara uğramış olması gerekir. Eğer başvuran kişinin önemli bir mağduriyeti yok ise bu durumda başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilecektir. Ancak, Sözleşme ve protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumlarında başvuran kişinin önemli bir mağduriyetinin bulunması şartı aranmayacaktır. Bilir, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol" AÜHFD, Cilt: 55, Sayı:1, 2005, Ankara 2006, s. 145- 146; 14 Nolu Protokol ile ilgili ayrıca bkz. AYBAY, Rona, "AIHM'nin İş Yükünün Azaltılması İçin Bir Öneri: Zorunlu Uzlaştırma", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 67, Kasım/Aralık 2006, s. 111- 120.

<sup>24</sup> MADRA, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1981, s. 198 vd; ANAYURT, s. 232- 245; ÜNAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 396- 397; DEMİREL, Naim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılan Bireysel Başvurular İçin Gerekli Şartlar", <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/avrupainsanhaklari.htm> 29.11.2005.

<sup>25</sup> ÖZDEK, s. 58.

İç hukuk yollarının tüketilmesi şartı, Sözleşme ile getirilen hakların korunmasının ilk olarak ilgili devlete ait olması, Sözleşme organlarının koruma mekanizmasının ikincil<sup>26</sup> oluşu anlamına gelmektedir. İhlalin ortadan kaldırılması bakımından öncelik her bir devletin iç hukukuna verilmiştir Bu açıdan iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesi ikili bir işleve sahiptir. “Birinci olarak bu şart gelişi güzel başvurular yoluyla Mahkeme’nin iş yüküne boğulmasını önlemektir. İkinci olarakta davalı devlete en azından sorunun uluslararası merciiilere taşınmadan hatalarını gözden geçirerek düzeltme fırsatı tanımak”<sup>27</sup>. “AİHS’nin amacı ulusal hukuk düzenlerinin yerini almak veya onun yerine kendisini ikame etmek değil, onun muhtemel eksikliklerini gidermeye çalışmaktır”<sup>28</sup>.

Sözleşme'nin 35. maddesi kişilere iç hukuk yollarının her durum ve şartta tüketilmesi gerektiği konusunda bir yükümlülük getirmemektedir. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı AİHM tarafından, mutlak ve aşırı bir şekilcilikle değil, daha esnek ve Sözleşme'nin amacı ve somut olayın özellikleri ışığında değerlendirilmektedir. Başvurucunun içinde bulunduğu durum açısından incelendiğinde iç hukuk yollarının tüketilmesinin istenmesi anlamsız, gereksiz ve zaten kullanılsa da hiçbir değişimin ortaya çıkmayacağı açıkça belirli olan durumlarda, tüketme kuralından kişiler muaf hale gelebilmektedir<sup>29</sup>. Mahkeme başvuranın içinde bulunduğu durumu ve iç hukuk yollarının tüketilmesinin amacını dikkate alarak, iç hukuk yollarının tüketilmesinin makul olarak istenemeyeceği ya da amaca uygun düşmeyeceği veya sorunu çözemeyeceği açıkça belli olan durumlarda ilgilinin iç hukuk yolunu tüketmesine gerek olmadığına karar vermektedir. Ayrıca bazı durumlarda Mahkeme olayda özel koşulların varlığına dayanarak iç başvuru yollarının tüketilmesine gerek olmadığı mütalaasında bulunmaktadır<sup>30</sup>. Mahkeme'nin içtihatlarıyla ortaya çıkan muafiyet durumlarını şu şekilde sıralamak mümkündür<sup>31</sup>: 1-Sözleşme'ye aykırılık oluşturan idari uygulamalar<sup>32</sup>, 2- Başvurunun sürüncemede

<sup>26</sup> AİHM, Eckle/Almanya, (8130/78), 15.07.1982, DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, Ankara 2003, s. 475.

<sup>27</sup> ANAYURT, s. 198.

<sup>28</sup> ANAYURT, s. 200.

<sup>29</sup> ANAYURT, s. 216.

<sup>30</sup> AYGÜN, Ahmet Şinasi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 35: Kabul Edilebilirlik Koşulları”, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde35.htm>.21.11.2006.

<sup>31</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 70- 72; ANAYURT, s. 216- 220; ÖZDEK, s. 56- 57.

<sup>32</sup> AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, (5310/71), 18.01.1978, pr. 159.

kalması<sup>33</sup>, 3- Başvurunun engellenmesi<sup>34</sup>, 4- Açık bir ulusal kanun hükmünün bulunması ve kanun ile Sözleşme hükmünün açıkça çatışması<sup>35</sup>, 5- Yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunması<sup>36</sup>, 6- İç hukuk yolunun etkisiz olması<sup>37</sup>.

İnsan haklarının ihlali durumunun düzeltilebilmesi için, iç hukukta öngörülmüş, fiilen ulaşılabilen ve sonuç alma imkanı bulunan adli ve idari iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra başvuru yapılabilir. Süre şartı iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmiş olmasıyla yakından ilgilidir. Başvuru, başvuru konusu ihlalin gerçekleştiği andan veya iç hukuk kuralları çerçevesinde verilen kesin karar tarihinden itibaren altı aylık süre içinde yapılmalıdır. Hak ihlalin tek bir tasarruftan kaynaklanması ve bu tasarrufa karşı iç hukuk yolunun bulunmaması durumunda, ortada 35. madde anlamında kesin bir karar olamayacağından dolayı, altı aylık süre tasarrufun gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>38</sup>. İhlale karşı iç hukukta bir başvuru yolu öngörülmüşse, bu durumda altı aylık süre, iç hukuktaki başvuru yolları hiyerarşisindeki en üst merciin kararından itibaren başlayacaktır<sup>39</sup>. Sözleşmeden kaynaklanan bir hakkın devamlı ihlali söz konusu ise, ihlal tekrarlanarak süreklilik gösterdiğinden sürenin belli başlangıcı yoktur<sup>40</sup>. Ancak ihlal sona ermişse bu durumda, sürenin başlangıcının hak ihlalinin sona erdiği tarihten itibaren başlayacağını söylemek mümkündür. Bu durumda en geç ihlalin sona erdiği

---

<sup>33</sup> AİHM, Deweer/Belçika, (6903/75), 27.02.1980, pr. 29; AİHM, TANLI/Türkiye Davası, (26129/95), 10.04.2001, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/Tanli.doc>, 28.01.2007.

<sup>34</sup> AİHK, Reed/İngiltere, (7630/76), 06.10.1979, DR 19, s. 113.

<sup>35</sup> AİHK, Campbell- Birleşik Krallık, (7511/76), 15.12.1977, DR 12, s. 49; AİHM Kalaç/Türkiye, (61/1996/680/870), 01.07.1997, pr. 23.

<sup>36</sup> AİHK, De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, (2832/66), 18.06.1971, DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İctihatları, s. 76- 77.

<sup>37</sup> AİHM, Akdivar ve diğerleri/Türkiye, (21893/93), 16.09.1996, pr. 70.

<sup>38</sup> AİHM, "iç hukuk yollarının olmaması durumunda veya etkisiz olduklarına karar verildiği takdirde, altı aylık zamanaşımının şikayet konusu olayın tarihinden itibaren işlediğini kabul etmektedir", AİHM, Adalı/Türkiye Kararı, (38187/97), 31.03. 2005; AİHM, Hazar ve Diğerleri – Türkiye (62566/00), 10. 01. 2002; "Başvuranın başta bir iç hukuk yolundan yararlandığı ve bu hukuk yolunu etkisiz kılan şartların ancak daha sonraki bir aşamada farkına vardığı veya varmış olması gerektiği istisnai durumlarda özel yaklaşımlar uygulanabilir. Böyle bir durumda, altı aylık süreç, başvuranın bu şartların farkına vardığı veya varmış olması gerektiği zamandan itibaren hesaplanabilir, AİHM, Adalı/Türkiye Kararı, (38187/97), 31.03. 2005; Laçın – Türkiye, (23654/94), 15. 05.1995 tarihli Komisyon kararı.

<sup>39</sup> ÜNAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 394.

<sup>40</sup> ÜNAL, Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Ankara 1997, s. 178.

tarihten 6 ay içinde başvuru yapılabilir. Eğer ihlal bir kanundan kaynaklanmaktaysa bu durumda, kanun yürürlükte kaldığı sürece başvuru yapılabilir. Dolayısıyla bu durumda 6 aylık süre kuralı uygulanmaz<sup>41</sup>.

Bireysel başvuruların kabul edilebilirliği hususunda ilk incelemeyi komiteler yapmaktadır. Komiteler, bireysel başvuruların, daha fazla incelemeyi gerektirmediği hallerde, oybirliği ile kabul edilemezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Bu karar kesindir. Komitelerin, başvuruların kabul edilemezliği veya kayıttan düşürülmesi ilişkin kararlarını oybirliğiyle alması zorunludur (AİHS. md. 28).

Komiteler tarafından başvurunun kabul edilemezliğine veya kayıttan düşürülmesine karar verilmediği takdirde daireler, bireysel başvuruların kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar verir. Yine devlet başvurularının kabul edilebilirliği ve esası hakkında karar vermeye de daireler yetkilidir (AİHS. md. 29)<sup>42</sup>. Ancak, daire önünde görülen dava, Sözleşme ve Protokollerinin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğuruyorsa veya sorunun çözümü Mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişkili olacaksa, o dairenin henüz hüküm vermemiş ve taraflardan birinin de itiraz etmemiş olması halinde, daire, yargı yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçebilir (AİHS. md. 30).

Sözleşmenin 37. maddesinde Mahkeme'nin başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verebileceği haller düzenlenmiştir. Buna göre, başvuru sahibi başvurusunu takip etme niyetinde değilse, mesele çözümlenmişse veya herhangi bir nedenden dolayı başvurunun incelenmesine devam edilmesi hususunda artık haklı bir gerekçe görülmezse başvurunun kayıttan düşürülmesine karar verilir<sup>43</sup>. Ancak söz konusu başvuru, Sözleşme ve

<sup>41</sup> BOZKURT, Enver- KANAT, Selim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Ankara 2004, s. 63.

<sup>42</sup> ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 75.

<sup>43</sup> Keser ve Diğerleri/Türkiye Davasında Hükümet, başvuru, 1 Aralık 2002'de ölmüş olduğunu ve varislerinin, başvurusunu takip etmediğini belirtmiştir. Bu nedenle AİHM'den, ilgili başvuruca başvurusunun AİHM'nin kayıtlarından düşürülmesini istemişlerdir. AİHM'de başvuruca ölümünü müteakiben varisleri tarafından davanın incelenmesinin takibi için hiçbir talepte bulunulmamış olduğunu belirtmiş ve vekillerinin de Hükümet'in, başvurusunun kayıttan düşürülmesine ilişkin görüşlerine cevap vermediğini tespit etmiştir. Bu koşullar altında AİHM, başvuruyu AİHS'nin 37/1(c) maddesi bağlamında başvuruca sunmuş olduğu şekliyle incelemeye devam etmenin adil olmadığı sonucuna varmıştır. Keser ve Diğerleri/Türkiye, (33238/96 ve No. 32965/96), 02.02. Şubat 2006; "Başvuranın, bu konuda yapılan kesin uyarılara rağmen, ortada hiçbir neden yokken kendisi için ayarlanan muayeneye gelmeyerek, bu şekilde kendi başvurusuna ait olguların tespit edilmesini engellememiş olması gerektiğini gözlemlemek AİHM için yeterlidir. Sonuç olarak AİHM mevcut davada, AİHS'nin 29/3 maddesinin uygulanmasına son verilmesine ve 37/1(c) maddesi uyarınca başvuranın

Protokollerinde tanımlanan insan haklarına riayet gerektiriyorsa, Mahkeme başvurunun incelenmesine devam eder.

### **B- MAHKEME'NİN YARGILAMA YETKİSİ**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin inceleme ve yargılama yetkisi, konu, kişi, yer ve zaman bakımından sınırlıdır. Yani, Mahkeme'nin yapılan bir başvuruyu inceleyebilmesi için, konu, kişi yer ve zaman bakımından yetkili olması gerekir.

#### **1- Mahkeme'nin Konu Yönünden Yetkisi**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece Sözleşmede ve ek protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili olarak sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Yani başvuru konusu olan hak ve özgürlüğün Sözleşme ve Protokoller kapsamında bulunması gerekir. Bu hak ve özgürlüklerde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sadece 1–18 maddeler arasında düzenlenmiş olan ve ek protokollerle getirilen temel özgürlüklerle sınırlıdır. Sözleşme tüm hak ve özgürlükleri kapsayıp güvence altına almamaktadır. Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlı olduğunu ve bunların batı demokrasisinin ulaştığı düzeyin belki altında kaldığını söylemekte mümkündür. Sözleşme ve Protokollerde yer alan hak ve özgürlüklere bazı devletlerce iki yönlü kısıtlama getirilmiştir. Bunlardan birincisi, ilgili devletlerce Sözleşme'nin onaylanması sırasında, bazı maddelerine çekince konulması. İkincisi de, Protokollerin bazı devletlerce onaylanmamasıdır<sup>44</sup>.

1998 yılında yürürlüğe giren 11 Nolu Protokol öncesinde sözleşmeciler devletlerin, bireysel başvuru hakkının bir beyanla tanımları gerekmekteydi. Yani Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükler açısından, bireylerin bunları doğrudan gerçekleştirme imkanı bulunmamaktaydı. 11 Nolu Protokolle birlikte bireyler kendilerine bu Sözleşme ile tanınan hakları ve özgürlükleri, doğrudan gerçekleştirme imkanı elde etmişlerdir. Çünkü 11 Nolu Protokolle birlikte sözleşmeciler devletlerin bireysel başvuru hakkını bir beyanla tanıma zorunluluğu bulunmamaktadır. Artık Sözleşme'nin imzalanmasıyla birlikte bireysel başvuru hakkı da kabul edilmiş sayılmaktadır<sup>45</sup>. Başka bir ifadeyle, bu protokolle ihtiyari yargı yetkisi bildirim yerine zorunlu yargı yetkisinin kabulü benimsenmiştir. AİHS'nin öngördüğü bireysel başvuru ve Mahkeme'nin bu

---

incelenmesine devam edilmesine artık lüzum kalmadığına karar vermiştir” Elif ATEŞ/Türkiye Davası, (14390/04), 20.10. 2005.

<sup>44</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 11.

<sup>45</sup> TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002, s. 55.

husustaki yargısal yetkisinin, sözleşmeci devlet tarafından Sözleşme'den bağımsız olarak ayrıca tanınmasına gerek yoktur.<sup>46</sup>

Mahkeme her konuda yetkili olmayıp, ancak, Sözleşme'nin ihlal iddialarına bakmakla yetkilidir. Bir başvuru, konusu itibariyle Sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin değilse Mahkeme tarafından incelenemeyecektir. Sözleşme ve Protokollerde garanti altına alınan haklara, konut hakkı, sağlık hakkı, kamu hizmetlerinde yer alma hakkı, meslek edinme hakkı, ülke vatandaşlığı kazanma, iltica hakkı, suçlunun takibini isteme, yabancı işçi hakları gibi haklar dahil değildir<sup>47</sup>. Ayrıca, Sözleşme dil özgürlüğünü ve yargılamanın yenilenmesi hakkını güvence altına almamıştır. Sözleşme, ekonomik ve sosyal hakları da kapsamamaktadır. Ekonomik ve sosyal haklardan yalnız mülkiyet hakkı ve sendika özgürlüğü Sözleşme'nin kapsamı içinde yer alırken, çalışma hakkı gibi sosyal haklardan yararlanma hakları Sözleşme'nin kapsamı dışındadır<sup>48</sup>.

Sözleşme'de yer almayan haklara dayanarak yapılan ve bu sebeple de reddedilen başvuruların sayısı oldukça fazladır. Aleyhinde başvuruda bulunulan ülkenin bu hakları korumak üzere yükümlülük üstlenmiş olması şarttır. Eğer başvuru Sözleşme'de ya da onun ek protokollerinde yer almayan hakların ihlalini iddia ediyorsa, Mahkeme böyle bir başvuruyu konu yönünden Sözleşme ile uyumsuzluk sebebiyle reddedecektir. Mahkeme kendisine yapılan bireysel başvurularda, başvurunun konusunu oluşturan ihlal iddiasının kendi yetki alanına girip girmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu belirlemede Sözleşme'nin ihlaline neden olarak ileri sürülen olay ya da olaylar önem taşımaktadır. Mahkeme, başvuranın olayları Sözleşme açısından değerlendirmesiyle ya da çığnendiğini ileri sürdüğü Sözleşme maddeleriyle bağlı değildir. Mahkeme, başvuranın ileri

<sup>46</sup> DOĞAN, <http://www.danistay.gov.tr/4%20-%2011%20NOLU%20PROTOKOL.htm>.30.11.2005.

<sup>47</sup> MEMİŞ, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000, s. 133; DEMİREL, <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/avrupainsanhaklari.htm> 29.11.2005; SIMMONS, Alan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Başvuru, (Çev. Defne Orhun), İstanbul 2005, s. 25; Komisyon tarafından tarafından birçok başvuru Sözleşme kapsamında olmadığı gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Örneğin, bir ülkeye giriş ve ikamet hakkı, mülteci statüsü tanınması, vatandaşlığın kazanılması, pasaport alma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, asgari yaşam standardına kavuşturulma hakkı, ücretli izin ve diğer sosyal haklar, belirli bir meslek ve sanatı icra etme hakkı, akademik bir ünvanı kazanma hakkı, af (ceza indirimi, cezanın ertelenmesi, şartlı salıvermeden yararlanma) gibi talepler, cezanın belirli bir cezaevinde ve belirli şartlarla infazına ilişkin talepler, ÜNAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 387.

<sup>48</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 51- 52.

sürdüğü olayları değerlendirerek kendi görev alanına giren bir konu olup olmadığını kendisi belirler<sup>49</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Sözleşme organları, Sözleşme ve ek protokollerle getirilen güvencelere zaman içinde genişletici yorum getirerek, Sözleşme' de düzenlemeyen hak ve özgürlükleri, Sözleşme'de ve ek protokollerde korunan haklar kapsamına giren yönleriyle koruma altına alınması yoluna gittikleri görülmektedir. Örneğin suçluların geri verilmesi ile ilgili özel güvenceler Sözleşme'de yer almamıştır. Ancak Mahkeme, içtihatlarıyla bu hususu dikkate almıştır. Mahkeme suçluların geri verilmesi ile ilgili özel güvenceler konusunu, Sözleşme'nin öngördüğü hakların ihlalini oluşturduğu oranda dikkate almaktadır<sup>50</sup>. Mahkeme Bozano/Fransa<sup>51</sup> davasında, gıyabi yargılama

---

<sup>49</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 50.

<sup>50</sup> “Mahkeme, öncelikle yerleşik uluslararası hukuk çerçevesinde ve Sözleşme dahil diğer antlaşmalardan doğan yükümlülüklerine dayalı olarak, Sözleşmecî Devletlerin yabancılardan ülkeye giriş, ülkede ikamet ve ülkeden ihraç edilmelerini denetlemek hakkına sahip olduğunu teyit etmektedir. Mahkeme, ayrıca siyasi iltica hakkının ne Sözleşme ne de Protokollerde yer almadığını belirtmektedir. Ancak, yabancı uyruklu bir kişinin bir Sözleşmecî Devlet tarafından ihracı, 3. Madde çerçevesinde bir sorun oluşturabilir ve eğer bu şahsın ihraç edildiği takdirde gideceği ülkede 3. Madde'ye aykırı bir muameleye maruz kalmak konusunda gerçek bir risk ile karşılaşacağı sağlam ve inandırıcı verilerle saptanmışsa, Sözleşme çerçevesinde şahsın ihraç eden Sözleşmecî Devlet sorumlu olur. Bu koşullarda, 3. Madde zımnen, söz konusu şahsın o ülkeye ihraç edilmemesi yükümlülüğü getirir Ahmed/Avusturya Davası, 17 Aralık 1996 tarihli karar, (Reports 1996-VI); aynı yönde, Soering/Birleşik Krallık Davası, (Seri A No. 161), 07. 07. 1989; Bozano/Fransa Davası, (Seri A No. 111), 18. 12. 1986; Soering–Birleşik Krallık davasında da Mahkeme ilgili kişinin ABD'ne iade edilmesinin bu kişiyi yıllarca idam edilme korkusu içinde yaşamasına neden olacağı için bu durumun gayri insani muamele yasağı kapsamına karar vererek, ilgili kişinin ABD'ne iadesini önlemiştir. Mahkeme bu konuda şu görüşlere yer vermiştir: “Bir Sözleşmecî Devlet'in, kaçak bir şahsı, işlemiş olduğu iddia edilen suç ne kadar ağır olursa olsun, işkence görme tehlikesinin bulunduğu dair ciddi bir ihtimal olduğuna inanılan başka bir Devlet'e bile iade etmesi, AİHS'nin temelinde yatan değerlerle ve AİHS'nin Dibacesinde yer alan “siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir miras” ifadesiyle bağdaşmaz. Bu koşullarda iade, 3. Madde'nin kısa ve genel ifadesinde açık bir şekilde ele alınmasa da, Madde'nin ruhuna ve maksadına aykırı olacaktır ve Mahkeme'nin görüşüne göre bu iade etmeme yükümlülüğü, kaçak şahsın iade edileceği Devlet'te söz konusu Madde'nin yasakladığı gerçek bir insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezaya maruz kalma riskinin bulunduğu durumları da kapsar. AİHS'nin fiili ya da muhtemel ihlallerini belirlemek normal şartlarda Sözleşme kurumlarının görevi değildir. Ancak bir başvuru, iadesi için alınan bir karar uygulandığı takdirde, iadesini talep eden ülkede karşılaşacağı önceden tahmin edilebilir sonuçlar nedeniyle bunun 3. Madde'ye aykırı olacağını öne sürerse, iddiaya konu olan riskin ciddi ve tamiri imkânsız boyutları düşünüldüğünde bu Madde'nin sunduğu



sonucu İtalya'da birçok suçtan mahkûm olan Bozano'yu, Fransa'nın İsviçre'ye sınır dışı ederek İsviçre'nin İtalya'ya iadeyi sağlamasında AİHS'nin 5. maddesiyle korunan güvenlik hakkının bu keyfi davranışla Fransa tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>52</sup>.

Belçika'da, Eğitim Dili Davası- Belçika davasında, Mahkeme konu bakımından yetkisinin Sözleşme ve protokollerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili tüm sorunları kapsadığını belirtmiştir. Bu davada Belçika Hükümeti, başvurucuların Sözleşme'nin ihlal edildiğini ortaya koyamadıklarını, ayrıca Mahkeme'nin önüne getirilen sorunların Sözleşme ve protokol hükümlerine girmediğini, eğitimle ilgili bu konuların Hükümetin münhasır egemenlik alanına girdiğini belirtmiştir. Hükümete göre dil ve eğitim konularıyla ilgili mevzuat, büyük ölçüde Devletin siyasal ve sosyal yapısının bütünlüycü parçasıdır. Hükümete göre, hakları beyan eden bir belge olan Sözleşme, Devletin organizasyonu ile ilgili değildir. Ayrıca bu davada Hükümet, Mahkeme'nin konu bakımından yetkisiz olduğu şeklinde ilk itirazda bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, başvurucuların ortaya koydukları sorunlar esastan ayrılamayan yorum uygulama sorunları olup, Hükümetin bu konudaki itirazı ancak esasa girilerek çözülebilir. Öte yandan Hükümetin ileri sürdüğü münhasır egemenlik alanı kavramı, Mahkeme'nin konu bakımından yetkisine ilişkin itirazın bir yönüdür. Mahkeme'ye göre Sözleşme ve Protokol, sözleşmecî devletlerin egemenlik alanında bulunan kişilerle ilişkilerinde bu devletler tarafından uyulması gereken bazı uluslararası standartları ortaya koyan bir

güvencenin etkin şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu ilkedен uzaklaşmak gerekir. Netice itibarıyla, bir Sözleşmecî Devlet'in kaçak bir şahsı iade etme kararı 3. Madde kapsamında bir sonuç doğurabilir ve böylece şahsı iade edildiği takdirde, iadeyi talep eden ülkede gerçek bir işkence ya da insanlık dışı muamele ya da cezayla karşılaşma riskinin olduğuna inanmak için yeterli neden bulunduğu durumlarda Devlet'in AİHS çerçevesinde sahip olduğu sorumlulukları harekete geçirebilir. Kaçınılmaz olarak, bu sorumluluğun harekete geçirilebilmesi için iadeyi talep eden ülkedeki koşulların AİHS'nin 3. Maddesi'ndeki standartlarla karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerekir. Bununla beraber, genel devletler hukukuna, AİHS'ne ya da diğer belgelere göre şahsı teslim alan ülke hakkında herhangi bir hüküm vermek ya da bu ülkeye sorumluluk yüklemek söz konusu değildir. AİHS kapsamında ortaya çıkan ya da çıkma olasılığı bulunan yükümlülükler, doğrudan bir şahsın yasaklanmış olan bir kötü muameleye maruz kalması sonucunu doğuran bir eylemi gerçekleştirdiği için, şahsı iade eden Sözleşmecî Devlet üzerindedir", Soering/Birleşik Krallık Davası, (Seri A No. 161), 07. 07. 1989; DUTERTRE, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006; TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 55- 56.

<sup>51</sup> Affaire Bozano/Fransa, (seri A, no.111), 18.12.1986.

<sup>52</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 56.

belgedir. Sözleşme'nin 45. maddesine(yeni 32. madde) göre Mahkeme'nin yetkisi bu belgelerin yorumlanması ve uygulanmasıyla ilgili tüm sorunları kapsar. Bu nedenlerle Mahkeme, Hükümetin konu bakımından yetki itirazının reddine ve davayı esaslan incelemeye karar vermiştir<sup>53</sup>.

Mahkeme herşeyden önce konu yönünden başvuruyu çözmeye görevli olup olmadığını tayin etmek durumundadır. Mahkeme'nin konu bakımından başvuruyu çözmeye yetkili olmadığı durumlarda, başvurunun esasına girilmeksizin rededilecek. Aynı şekilde, başvuru konu itibarıyla Sözleşme ve ek protokollerde düzenlenen bir hak ve özgürlükle ilgili olsa da, eğer taraf devletin çekince koyduğu bir alana veya tabi olmadığı bir protokole dayanmaktaysa yine başvurunun esasına girilmeksizin rededilecek<sup>54</sup>. Sözleşmenin 57. maddesine göre, bir sözleşmecî devlet, Sözleşme'nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında, Sözleşme'nin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir kanunun bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince koyabilir. Bu düzenleme genel nitelikte çekinceler koyma hakkı vermez. Bir sözleşmecî devlet tarafından ek protokollerden bazıları henüz imzalanmamış olabilir. Eğer bir devlet, Sözleşme'nin imzası ve onaylama belgesinin sunulması sırasında, Sözleşme'nin belirli bir hükmü hakkında çekince koymuşsa veya protokol aleyhinde başvuruda bulunulan devlet tarafından imzalanmamışsa bu durumda başvuru reddedilecektir. AİHM vermiş olduğu bir kararda<sup>55</sup>, bir devletin yetkilerini uluslararası bir kuruluşa devretmesinin, o Devletin AİHS kapsamındaki sorumluluklarından muaf tutulmasını gerektirmeyeceğini ifade etmiştir. AİHM'e göre, "1. Madde, ilgili kural ya da önlemin türüyle ilgili herhangi bir ayırım yapmaz ve AİHS kapsamında Sözleşmecî Devletlerin "yetki alanının" hiçbir kısmını denetim dışı bırakmaz. Böylece Sözleşmecî Devletlerin sorumluluğu, bu Devletlerde AİHS ve Protokollerinin yürürlüğe girmesini takiben antlaşmalarla ilgili taahhütlerin üstlenilmesinden sonra bile devam eder. Mahkeme, bu bağlamda Devletlerin belli faaliyet alanlarında işbirliği tesis etmek ya da bu işbirliğini güçlendirmek amacıyla uluslararası kuruluşlar kurduklarında ve bu kuruluşlara belli yetkiler ve dokunulmazlıklar verdiklerinde, bunun temel hakların korunması açısından belli sonuçlar doğurabileceğini hatırlatır. Ancak eğer Sözleşmecî Devletler bu yetki ya da dokunulmazlıkların kapsadığı faaliyet alanlarıyla ilgili Sözleşme sorumluluklarından muaf tutulacak olursa bu

---

<sup>53</sup> Belçika'da Eğitim Dili Davası- Belçika (İlk İtirazlar) (1474/62), 09.02.1967, DOĞRU, Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, s. 30.

<sup>54</sup> ANAYURT, s. 244.

<sup>55</sup> Liechtenstein Prensi II.Hans-Adam-Almanya, (42527/98) 02.07. 2001.

AİHS'nin konu ve amacına aykırı olacaktır"<sup>56</sup>. Ayrıca Mahkeme bu kararında şu görüşlere yer vermiştir: "AİHS'nin 19. Maddesi'ne göre Mahkeme'nin görevi,

<sup>56</sup> DUTERTRE,

[http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006; AİHM, Cebelitarık'ta Avrupa Parlamentosu seçimleri düzenlediği için Birleşik Krallık'ın 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'ni ihlâl ettiği kararına varmıştır: "Mahkeme, tarafların 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nin Cebelitarık'ta geçerli olduğuna karşı çıkmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme, Birleşik Krallık'ın 23 Ekim 1953 tarihli bildirgesiyle AİHS'nin Cebelitarık topraklarını AİHS 1. Madde – İnsan haklarına saygı yükümlülüğü kapsayacak biçimde genişletildiğini ve 1 No.'lu Protokol'ün Cebelitarık'ta 25 Şubat 1988'den beri geçerli olduğunu hatırlatır. Bu nedenle AİHS'nin 1.Maddesi anlamında Cebelitarık toprakları üzerinde "yargı yetkisi" bulunduğu açıktır. Yine de Mahkeme, AT'nin bir organı olarak Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapısı bir yana bırakılsa da, Birleşik Krallık'ın AİHS'nin 1. Maddesi'ne göre Cebelitarık'ta Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapılmamasından sorumlu tutulup tutulmayacağına, yani Birleşik Krallık'ın, seçimlerin Topluluk genelinde yapılması gerçeği ötesinde, Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapılmasını "sağlamaktan" sorumlu olup olmadığına karar vermelidir. Mahkeme, AT'nin eylemlerinin Mahkeme tarafından yargılanamayacağını çünkü AT'nin Sözleşmeciler Tarafından biri olmadığını belirtmektedir. AİHS, Sözleşme'den doğan haklar "korunduğu" sürece uluslararası kuruluşlara yetki devri yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu nedenle Üye Devletlerin sorumluluğu bu devir gerçekleştiikten sonra da devam eder. Mevcut davada AİHS'de gerçekleştiği iddia edilen ihlâl, Maastricht Antlaşması ile Avrupa Parlamentosu yetkilerinde yapılan genişleme ile birlikte Birleşik Krallık tarafından 1976 Senedine getirilen bir ekten kaynaklanmaktadır. Konsey Kararı ve 1976 Senedi ve AET Antlaşması'na getirdiği değişikliklerle Maastricht Antlaşması Birleşik Krallık'ın kendi isteğiyle taraf olduğu uluslararası belgelerdir. 1976 Senedi Topluluk'un "normal" bir senedi olmaması, Topluluk hukuk düzeni içinde bir antlaşma olmasından dolayı Avrupa Adalet Divanı'na götürülemez. Maastricht Antlaşması da Topluluk içinde bir senet değil, AET Antlaşmasını değiştiren bir antlaşmadır. Birleşik Krallık, Maastricht Antlaşması'nın diğer taraflarıyla birlikte antlaşma'nın sonuçlarından AİHS'nin 1. Maddesi'ne ve özellikle de 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'ne göre konu bakımından sorumludur. Birleşik Krallık'ın Cebelitarık'ta Avrupa Parlamentosu seçimlerinin yapılması açısından 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nde belirtilen hakları "korumaktan" ne derecede sorumlu olduğunu belirlerken Mahkeme, AİHS'nin teorik ya da zanna dayalı değil pratik ve etkin hakları korumak amacını güttüğünü hatırlatmıştır). Avrupa Topluluğu'nun yasama sürecinden kaynaklanan mevzuatın Cebelitarık halkını, yasama organından geçerek iç hukuka giren bir yasayla aynı şekilde etkilediği inkâr edilemez. Bu noktada Avrupa hukuku ve iç hukuk arasında herhangi bir fark yoktur ve Birleşik Krallık'ın 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nde belirtilen hakları Avrupa mevzuatı olarak "korumasını" istememek için herhangi bir neden olamaz; tıpkı tümüyle iç hukuka ait mevzuatta bu hakların "korunmasını" gerektiği gibi. Özellikle, Birleşik Krallık'ın şikâyete konu olan durum üzerinde etkin kontrole sahip olamayabileceği iddiası bu konumu değiştirmez çünkü Birleşik Krallık'ın sorumluluğu, 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nin Cebelitarık için geçerli hale gelmesinden sonra bazı antlaşma taahhütlerine girmesinden, yani Konsey Kararı ve 1976 Senedi kapsamındaki yükümlülükleriyle birlikte Maastricht Antlaşması'na taraf olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca

Sözleşmeciler Tarafından Sözleşme kapsamında girdikleri taahhütleri yerine getirmelerini sağlamak olsa da, AİHS'nin koruma altına aldığı hak ve özgürlükleri ihlâl etmediği sürece ulusal bir mahkemenin yaptığı iddia edilen, dava verileriyle ilgili ya da hukuki hataları ele almak Mahkeme'nin işi değildir. Ayrıca iç hukuku yorumlamak ve uygulamak ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin işidir. Bu, iç hukukun genel devletler hukuku ya da uluslararası anlaşmalara gönderme yaptığı durumlar için de geçerlidir. Mahkeme'nin rolü bu yorumların sonuçlarının AİHS'ne uygun olduğunu doğrulamaktan ibarettir.<sup>57</sup>

Sözleşme'nin "Ülkesel Uygulama" başlıklı 56. maddesinde "her devlet onaylama sırasında veya daha sonra herhangi bir zamanda, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne göndereceği bir bildirimle bu Sözleşme'nin, uluslararası ilişkilerinden sorumlu bulunduğu bütün ülkelere veya bunlardan herhangi birine, işbu maddenin 4. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, uygulanacağını beyan edebilir" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, Belçika Kongosu'na ilişkin bir kararında Komisyon, Belçika'nın Kongo için ayrıca bir bildirimde bulunmamasını gözeterek, başvurunun yer yönünden yetkisinde olmadığı yönünde hüküm kurmuştur<sup>58</sup>. Sözleşme'nin 56. maddesinde ve maddenin uygulamasına ilişkin Komisyon kararında anlaşıldığı gibi, Sözleşme'nin uygulama alanını uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğu diğer ülkeleri de kapsar biçimde genişletme olanağı devletlere tanınmıştır<sup>59</sup>.

Türkiye bireysel başvuru hakkını kabul ettiğine ilişkin 28.01.1987 tarihli, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne muhatap beyanında şu ifadeye yer vermiştir: "Başvuru hakkının tanınması, sadece Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın uygulandığı sınırlar içindeki topraklarda Türk kamu makamlarının fiillerine veya ihmallerine dair iddiaları kapsar." Buna karşılık olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreteri ise, Türkiye'nin anılan bildirimini diğer

---

Mahkeme, Antlaşma'nın 227. Maddesi'nin 4. fıkrasına göre Birleşik Krallık'ın AT Antlaşması'na taraf olarak AT mevzuatının başlıca alanlarının Cebelitarık'ta geçerli olmasını kabul ettiğini belirtmiştir Bundan dolayı Birleşik Krallık, AİHS'nin 1. Maddesi'ne göre seçimler ister. Yerel ister Avrupa çapında olsun, Cebelitarık'ta 1 No.'lu Protokol'ün 3. Maddesi'nin güvence altına aldığı hakları korumaktan sorumludur", Matthews–Birleşik Krallık (24833/94) 18.02.199; DUTERTRE,

[http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006.

<sup>57</sup> Liechtenstein Prensi II.Hans-Adam–Almanya, (42527/98) 02.07. 2001, DUTERTRE, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006.

<sup>58</sup> AİHK, X/Belçika, 1065/61, 30.05.1961, GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 54.

<sup>59</sup> TUNÇ, s. 88- 89; DEMİREL, <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/avrupainsanhaklari.htm> 29.11.2005.

taraf devletlere tebliğ ettiği 29.01.1987 tarihli yazısında, “Türkiye’nin beyanlarının bunların geçerliliği konusunda ortaya çıkabilecek hukuki sorunları hiçbir şekilde etkilemeyeceği” görüşünü bildirmiştir. Nitekim bu görüş doğrultusunda, Loizidou başvurusunda, Komisyon kendisini yer yönünden yetkisiz görmemiştir<sup>60</sup>. Yargı yetkisi bakımından, kural olarak Türkiye aleyhine yapılan başvuru konusu olayın Türkiye’de meydana gelmesi gerekir. Ülkeler beyanda bulunurken bunu da belirtmektedir. Türkiye de, Kıbrısta Türk askerlerinin eylemlerine ilişkin başvuruları, Türkiye dışında meydana geldiğinden, bu konularda Mahkeme’nin zorunlu yargı yetkisine dahil edilmesini kabul etmeyeceğini beyan ettiği halde Komisyon ve Mahkeme tarafından bu beyan kabul edilmemiştir<sup>61</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi- kanun çatışmasında iç hukukumuz bakımından Sözleşmenin doğrudan uygulanacağını söyleyebiliriz. Ancak, Sözleşmenin Anayasa ile çatıştığı durumlarda, pozitif hukuk açısından Anayasaya itibar olunacaktır. Sorun iç hukuk açısından bu şekilde çözülmüş olsa da, uyumsuzluk Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi denetim mekanizması önüne taşındığı zaman, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme’si, Sözleşme’ye aykırılık tespitinde bulunursa ve aykırılığında Anayasadan kaynaklandığı sonucuna varılırsa, bu durumda Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi çerçevesinde, Anayasa hükümlerinin Sözleşmeye uygun hale getirilmesi gündeme gelebilecektir. Bu bakımdan, Sözleşmenin iç hukuk düzenindeki yerinin ne olduğu konusunun, iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği açısından önem taşır da, Sözleşmenin iç hukuktaki statüsünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme’si kararlarının bağlayıcılığı karşısında, çok fazla bir önemi yoktur<sup>62</sup>. Bu sakıncayı önlemek için öncelikle Anayasayı Sözleşme ile uyumlu hale getirmek gerekmektedir. Bu konuda, aslında çok fazla bir uyumsuzluk olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> TUNÇ, s. 89.

<sup>61</sup> GÖZLER, Kemal, “Bireysel Başvuru ve Kıbrıs Sorunu”, <http://www.anayasa.gen.tr/loizidou.htm>.12.01.2007; ÖZERSAY, Kudret, “Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları Çerçevesinde Kuzey Kıbrıs”, <http://www.dispolitikaforumu.com/aacd.doc>.10.01.2007; TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 30.

<sup>62</sup> ANAYURT, s. 77; BİLİR Faruk, “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, Yıl: 2005, s. 89.

<sup>63</sup> YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, Sayı:1, Mayıs 1994, s. 35- 36; BİLİR, “Anayasanın 90. Maddesinde”, s. 89.

## 2- Mahkeme'nin Kişi Yönünden Yetkisi

Mahkeme'nin kişi yönünden yetkisini belirlerken soruna iki açıdan bakmak gerekir. Bunlardan birincisi Mahkeme'ye kimlerin başvurabileceği, ikincisi de Mahkeme'ye kime karşı başvurulabileceği meselesidir. Mahkeme'ye başvurabilme yetkisine sahip olanları iki grupta toplamak mümkündür. Birinci grup sözleşmecî devletlerdir (devlet başvurusu). İkinci grup ise Sözleşme'nin uygulama alanı içinde bulunan kişiler, kişi toplulukları ve hükümet dışı kuruluşlardır (bireysel başvuru). Başvurular sözleşmecî devlete karşı yapılır. Başvuru için devletin Sözleşme'ye taraf olması gerekir<sup>64</sup>.

Sözleşmenin 33. maddesine göre, her sözleşmecî devlet başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Başvurucu devletler açısından, Sözleşme'yi kabul şartı yeterlidir. Sözleşmenin 34. maddesine göre, Sözleşme ve protokollerinde düzenlenen hakların sözleşmecî devletlerden biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, kişi topluluğu ve hükümet dışı her kuruluş Mahkeme'ye başvurabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği koruma sistemi çerçevesinde özel kişilere veya kurumlara karşı AİHM'e başvurulamaz. Ancak, pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren bazı durumlarda, devlet pasif kalmakla sorumlu tutulabilir. Örneğin, Hollanda'da temyiz kudretinden yoksun, zihinsel özürlü bir küçüğün ırzına geçilmesi olayında, Komisyon devletin, bireyin üçüncü kişiye karşı korunmasında üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediği gerekçesiyle, Hollanda Devleti aleyhine yapılan başvuruyu kabul etmiştir<sup>65</sup>.

Sözleşmecî devletin yetki alanı içerisinde bulunan herkes Sözleşme'nin getirdiği güvenceden yararlanabilecektir. Belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin ihlalinden mağdur olan ile bu ihlali gerçekleştiren taraf devlet arasında zorunlu bir bağın varlığı gerekmektedir. Bununla birlikte söz konusu bağın vatandaşlık, yerleşim yeri (ikametgâh), oturma izni gibi sürekli hukuksal bir bağın olması gerekmemektedir<sup>66</sup>.

Sözleşme'ye göre bireysel başvuruda bulunabilmek için, gerçek kişi, kişi topluluğu veya hükümet dışı topluluk sıfatını taşımak gerekir. Sözleşme, sözleşmecî devletlerin otoritesi altında bulunan sadece gerçek kişileri değil tüzel kişileri hatta tüzel kişiliği olmayan toplulukları da korumaktadır. Ayrıca, başvuru yolu sözleşmecî devlet vatandaşları ile sınırlı değildir. Yani vatandaş, vatansız, yabancı, sözleşmecî devlet vatandaşı veya sözleşmecî olmayan bir

---

<sup>64</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 37.

<sup>65</sup> TUNÇ, s. 82; ÜLGEN, Celal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yöntemi, İstanbul 2006, s. 17.

<sup>66</sup> ANAYURT, s. 158.

devlet vatandaşı başvuru hakkına sahiptir. Bu konuda önemli olan kim olduğu ve nerede olduğu değil, Sözleşme'de düzenlenen bir hak ve özgürlüğün ihlali ile sözleşmeci devlet tasarrufu arasında uygun nedensellik bağının varlığıdır<sup>67</sup>. Ancak yabancıların sözleşme ile güvence altına alınan bazı hakları mutlak değildir. Sözleşmenin 16. maddesi çerçevesinde, sözleşmeci devletler, ifade özgürlüğü (AİHS. md 10), toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (AİHS. md 11), ve ayrımcılık yasağını (AİHS. md 14) yabancıların siyasi faaliyetleri bakımından sınırlandırabilirler<sup>68</sup>.

Hükümet dışı topluluklardan anlaşılması gereken, devlet ve bağlı kamu kurum ve kuruluşlarının dışında kalan tüzel kişiliğe sahip bütün örgüt ve kuruluşlardır. Yani, kamusal bir yetkiyi kullanmayan özel hukuk kuruluşları başvuru hakkına sahiptir<sup>69</sup>. Bu anlamda sivil toplum örgütleri, gönüllü kuruluşlar, resmi sıfatı bulunmayan ve devlet örgütlenmesi içinde yer almayan tüzel kişiliğe sahip (dernekler, vakıflar, sendikalar, dini örgütler ve siyasi partiler gibi) topluluklardır. Bu topluluklar sadece nitelikleri gereği olan kuruluş amaçlarına uygun düştüğü ölçüde Sözleşme ile korunan temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilecekleridir. Örneğin toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (AİHS m. 11), adil yargılanma hakkı (AİHS m. 6), mülkiyet hakkı (Ek 1 No'lu Protokol), ifade özgürlüğü (AİHS m. 10) gibi<sup>70</sup>. Bu kişilerin, üyelerinin haklarının ihlal edildiklerini ileri sürebilme yetkileri yoktur. Başka bir ifadeyle, tüzel kişiliğe sahip topluluklar, üyelerinin haklarını korumak için değil, tüzel kişi olarak bizzat kendi haklarını korumak amacıyla başvuruda bulunabilirler.

Ayrıca, bu toplulukların, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden nitelikleri itibariyle ancak insanlar için söz konusu olabilecek (yaşama hakkı, işkence yasağı gibi) hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri mümkün değildir<sup>71</sup>.

Sözleşme organları başvuru hakkının taraf ehliyeti ile dava ehliyeti arasında bir ayrım yapmamaktadır. Başvuru hakkının Sözleşmenin 33/1. maddesi anlamında bir kişi olduğu gerekçesiyle taraf ehliyeti olan kişinin aynı zamanda dava ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bilindiği gibi ulusal hukukta kişinin dava açabilmesi için hakları kullanma ehliyetine sahip olması gerekir.

<sup>67</sup> ANAYURT, s. 159.

<sup>68</sup> ÖZDEK, s. 34.

<sup>69</sup> ÖZDEK, s. 54; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 37.

<sup>70</sup> DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması, Ankara 2003, s. 84.

<sup>71</sup> BOZKURT, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslar Arası Hukukun Rolü, Ankara 2003, s. 205; TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 65; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 39.

Ancak Sözleşme bakımından bu ehliyet aranmamaktadır. Dolayısıyla, kısıtlılık, akıl hastalığı ve yaş küçüklüğü gibi ehliyet eksiklikleri bireysel başvuru yolunun işletilebilmesi için bir engel oluşturmamaktadır<sup>72</sup>. Örneğin 14 yaşındaki bir kişi tek başına din özgürlüğüne yönelik bir ihlal olduğu gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir. İç hukuka göre tam ehliyetli sayılmayan 18 yaşındaki bir kişi çalışma yükümlülüğünün AIHS'nin 4. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle başvuruda bulunabilir. Bu kişiler doğrudan doğruya ya da yasal temsilcileri aracılığıyla başvuru hakkına sahiptirler<sup>73</sup>.

Kişi topluluklarından anlaşılması gereken ise, birden fazla bireyin bir araya gelmesiyle oluşan topluluklar anlaşılır<sup>74</sup>. Bu toplulukların iç hukuk bakımından herhangi bir tüzel kişiliğe sahip olmaları da gerekmemektedir. Ancak, tüzel kişiliği olmayan kişi topluluklarının Mahkeme'ye başvurabilmeleri için, ya topluluğu oluşturan kişilerin başvuruyu imzalamaları ya da kişi topluluğu adına başvuran kişinin, adına başvurduğu kişilerden temsil yetkisi alması istenmektedir<sup>75</sup>.

Ayrıca bireysel başvurularda, başvurucağın mağdur olması gerekir. İhlalden mağdur olma veya zarar görme şartı bireysel başvuruların devlet başvurularından farklı bir yönünü oluşturmaktadır. Başvuru hakkı devletlere, bir hakkının ihlal edilmesi ya da başvuruda doğrudan bir çıkarının bulunması şartları aranmaksızın tanınmıştır<sup>76</sup>. Yine devlet başvurularından farklı olarak, bireysel başvurularda, başvurucağın, ulusal bir kanunun soyut olarak denetlenmesini isteme hakları ve başka kişilerin mağdur olmasına yol açan yönetsel uygulamalar hakkında da başvurma hakları yoktur<sup>77</sup>. Başvuruda bulunan kişiler ihlalden dolayı zarar görmüş olmalıdırlar. Ancak Mahkeme mağdur kavramını geniş yorumlamaktadır. Mağdur sözcüğü, bir zarar bulunmasa bile bir ihlalin varlığının söz konusu olabileceği bir eylem veya işlemde doğrudan etkilenen kişiyi ifade etmektedir. Başvuruda bulunan kişinin ileri sürdüğü insan hakkı ihlalinin gerçek mağduru olması ve bu nedenle de korunan bir hukuki yarara sahip olması gerekir<sup>78</sup>. Bireysel başvurularda

---

<sup>72</sup> ANAYURT, s. 163- 164; TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 65.

<sup>73</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 65.

<sup>74</sup> ÖZDEK, s. 54.

<sup>75</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 39.

<sup>76</sup> TUNÇ, s. 80.

<sup>77</sup> ÖZDEK, s. 54.

<sup>78</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 33.



menfaatin kişisel olması ve menfaatin doğrudan olması gerekir<sup>79</sup>. Mağdur, Sözleşme'nin ihlalden kişisel ve doğrudan bir zarar veya mağduriyeti ortaya çıkan bu ihlal olmasaydı böyle bir zarar veya menfaat ihlalden söz edilemeyecek olandır. Zarar ile mağdur kavramları her zaman aynı kişide toplanmayabilir. Çünkü zarar kişisel bir durumu anlatırken, mağdur kişisel katkılardan bağımsız olarak objektif bir niteliğe ilişkindir. Zarara maruz kalmaksızın da Sözleşme ihlali nedeniyle, mağdur olunabilir. Şu halde, başvuru kişinin sözü edilen Sözleşme ihlali sonucu bir zarara uğrayıp uğramamasının, mağdur niteliğini taşıması bakımından önem taşımamaktadır. Örneğin Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olarak soruşturma sırasında telefonları dinlenilmiş kişiler açısından Sözleşme'nin ihlali söz konusudur. Ancak bu dinlemenin sonuçları soruşturmada kullanılmamış veya delil olarak değerlendirilmemişse elbette bir zarardan söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda ortada bir zarar olmamakla birlikte, Sözleşme ihlali söz konusudur. Sonuç olarak zarara uğramış olmak mağdur olmak bakımından yeterlidir, ancak gerekli değildir. Mahkeme'ye göre "mağdur" kelimesi, tartışma konusu bir tasarruf veya ihmalden doğrudan etkilenen kimseyi kasetmektedir. Bir ihlalin varlığı, bir zarar bulunması bile mümkündür. Zarar daha çok Sözleşme'nin "hakkaniyete uygun tatmin" başlıklı 41<sup>80</sup>. maddesinin uygulanması ile alakalıdır<sup>81</sup>. "Mağdur sıfatını haiz olmak için gerekli şartlardan birisi de ilke olarak mağduriyetin gerçek, doğmuş, somut ve güncel olmasıdır"<sup>82</sup>.

Mağdur sıfatını taşıyabilmek için Sözleşme'ye aykırılığın somut ve kişisel olarak bir kimsenin hukuk dünyasında ortaya çıkmış olması gerekir. Buna "gerçek mağdur" denir. Başvuru anında henüz menfaatin ihlali söz konusu olmasa da, ihlal tehdidi altında bulunma, gelecekte Sözleşme ihlaliyle karşı karşıya kalma durumları belirli şartlara bağlı olarak kişiye mağdur sıfatını kazandırabilmektedir. "Bir kanun veya uygulama, kişinin henüz menfaatini ihlal etmemekle birlikte, her an ihlal edilebilecekse veya ihlal tehdidi içerisinde bulunduyorsa, bunların kişiye bizzat uygulanmasını beklemeden yani gerçek mağdur olmadan da yapılan başvuru mağdur sıfatı yönünden kabul edilebilir"<sup>83</sup>. Dolayısıyla, bu durumda potansiyel mağdur olduğunu iddia eden kişilerde

<sup>79</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 42.

<sup>80</sup> Sözleşmenin 41. maddesi şu şekildedir: "Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder".

<sup>81</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 40; Eckle/Almanya, (8130/78), 15.07.1982, DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, s. 475.

<sup>82</sup> ANAYURT, s. 176- 177.

<sup>83</sup> ANAYURT, s. 177- 178.

Mahkeme'ye başvuruda yapabileceklerdir. Mahkeme ve komisyonun mağdur kavramına özerk yorum yoluyla çok geniş anlamlar vermeleri sonucunda bireysel başvuru hakkı genişletilmiştir<sup>84</sup>.

Ayrıca Sözleşme organları, doğrudan mağdur ve potansiyel mağdur yanında dolaylı mağdur kavramını da kabul etmektedir<sup>85</sup>. Dolaylı mağdur, mağdur ile arasında yakın bir bağ bulunan kişinin, kendi hakları doğrudan çiğnenmemesine rağmen mağdur durumuna düşmesini ifade etmektedir<sup>86</sup>. Başka bir ifadeyle, bir üçüncü kişinin haklarının ihlali nedeniyle, bir zarara uğrayan bir kişinin mağdur olarak göz önüne alınmasıdır. Bu durum, özellikle mağdurla yakın akrabalık ilişkisinde olanlar veya bir kişinin zarar görmesinden olumsuz olarak etkilenen kişiler için söz konusu olmaktadır. Örneğin doğrudan mağdurun kardeşleri, eşi, çocukları ve annesi dolaylı mağdur olarak kabul edilmektedir<sup>87</sup>. Gerçek mağdurun ölüm veya başka bir nedenle başvuru yetkisini bizzat kullanmasının mümkün olmadığı durumlarda ana, baba, kardeş gibi yakınlarının hem gerçek mağdur adına, hem de başvuru konusu ihlalin kendilerini de mağdur ettiği gerekçesiyle Mahkeme'ye başvurması mümkündür. Aynı şekilde, başvuru yapıldıktan sonra ölen bir kişi yerine, yakınların başvuruyu sürdürmeleri mümkündür<sup>88</sup>. Ölümle birlikte gerçek kişilerin taraf ehliyeti de sona ermektedir. Bununla birlikte başvuru, başvurudan sonra ölmüşse, Mahkeme'ye göre, eğer bu konuda haklı bir çıkar varsa, özellikle de mirasçı olması nedeniyle ihlal yoluyla ortaya çıkan dezavantajlı durum, o kişi bakımından rahatsız edici görülüyorsa ve/veya başvuru özel bir öneme sahipse, mirasçılarını veya yakın akrabalarını tarafından davaya devam edilmesi mümkündür<sup>89</sup>. Belirtmek gerekir ki, dolaylı mağdurdan söz edebilmek için, öncelikle doğrudan bir mağdurun varlığı gerekmektedir. Dolayısıyla doğrudan mağdur yoksa dolaylı mağdurdan da söz edebilmek mümkün değildir<sup>90</sup>.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, bir kanun veya uygulama, kişinin henüz menfaatini ihlal etmemekle birlikte, her an ihlal edilebilecekse veya ihlal tehdidi içerisinde bulunduruyorsa, bunların kişiye bizzat uygulanmasını beklemeden yani gerçek mağdur olmadan da yapılan başvuru mağdur sıfatı yönünden kabul

---

<sup>84</sup> KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 266.

<sup>85</sup> ANAYURT, s. 177; ÖZDEK, s. 54; BOZKURT, s. 229.

<sup>86</sup> ANAYURT, s. 187.

<sup>87</sup> ERGÜL, s. 29.

<sup>88</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 42.

<sup>89</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 98.

<sup>90</sup> ANAYURT, s. 187- 188; TUNÇ, s. 82; ÖZDEK, s. 55.

edilebilir<sup>91</sup>. Bu durumda potansiyel mağdur olduğunu iddia eden kişilerde Mahkeme'ye başvuruda yapabileceklerdir.

Potansiyel mağdur, kanunun veya uygulamanın varlığı sonucu gerçekleşen bir mağdurluktur<sup>92</sup>. Dolayısıyla sözleşmenin hükümleri ile bağdaşmadığı iddia edilen bir kanunun uygulanması ihtimali ile karşı karşıya kişilerde mağdur kabul edilmektedir<sup>93</sup>. Mahkeme, Klass ve Diğerleri davasında, başvurucuların haberleşmesinin ve telefon görüşmelerinin yetkililer tarafından gizli olarak izlenmesini mümkün kılan kanunun ve başvurucuların kendilerine karşı bu tür uygulamaların yapılıp yapılmadığını belirleyememesinin, 8. madde kapsamındaki haklarına müdahale anlamına gelip gelmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, söz konusu kanunun varlığının, bu kanunun uygulandığı kişiler için izlemenin rahatsızlığını da içermektedir; bu rahatsızlık, posta ve telekomünikasyon hizmetleri kullanıcıları arasında haberleşme özgürlüğüne kaçınılmaz olarak zarar vermektedir ve başvurucuların aile ve özel hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına bir kamu otoritesinin müdahalesi anlamına gelmektedir<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> ANAYURT, s. 177- 178.

<sup>92</sup> ÖZDEK, s. 54; AİHM bir kararında, rızası olan yetişkin erkekler arasındaki eşcinsel davranışları özel hukuk kapsamında suç sayan kanunların yürürlükte olmaya devam etmesinin, başvurucuların özel hayata saygı gösterilmesi hakkına sürekli ve bu durumda dayanaksız bir müdahale olduğuna karar vermiştir. Dudgeon/Birleşik Krallık, (Seri A No. 45, 22. 10.1981; AİHM'ne göre: Mahkeme'nin bazı kanunların varlığını değerlendirdiği Dudgeon davasında, 21 yaşın üstünde, rızası olan yetişkin erkekler arasındaki eşcinsel davranışların suç sayılması için "acil bir toplumsal neden" olmadığına karar verilmiştir; ayrıca söz konusu kanunun yürürlükte kalması için ileri sürülen nedenlerden daha önemli olan şu konular vardır: "söz konusu yasal hükümlerin varlığının, başvurucu gibi eşcinsel yönelimleri olan bir kişinin hayatının üzerinde sahip olabileceği olumsuz etkiler. Hayatta eşcinsel davranışlarda bulunulması, kamuoyunda bazılarını şoke etse, kızdırsa veya rahatsız etse bile, sadece rızası olan yetişkinler bu tür davranışlarda bulunduğu takdirde, bu durum cezai yaptırımların uygulanmasına neden olamaz" A.D.T./Birleşik Krallık Kararı, (35765/97), 31. 07. 2000; aynı yönde, Norris/İrlanda (Seri A No. 142), 26. 10. 1988.

<sup>93</sup> ERGÜL, s. 28.

<sup>94</sup> Klass ve Diğerleri/ Almanya, (Seri A No. 78), 18. 11. 1978; DUTERTRE, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006; İrlanda'da yasak olan kürtaaj konusunda, İrlanda Yüksek Mahkemesi de yabancı ülkelerde kürtaaj yapılabileceğine ilişkin bilgi ve yardımda bulunulması yasaklanmıştır. İrlanda da "Open Door" ve "Dublin Well Women" adlı iki dernek, hamile kadınlara bu konuda her türlü bilgileri sundukları için ve maddi yardım yaptıkları için para cezasına çarptırılmıştır. Söz konusu dernekler uygulanan yaptırımın Sözleşmenin 10. maddesine aykırılığı gerekçesiyle başvuruda bulunmuşlardır. Bu başvuruya daha sonradan iki kadın başvurucu da katılmıştır. İrlanda, kadınların herhangi bir yaptırımla karşı karşıya kalmadıklarını, kendilerine yönelik herhangi bir ihlâlin söz

Marckx/Belçika kararında Mahkeme, "bir yasanın kişisel somut anlamda uygulaması olmasa da kişilerin, bizzat yasanın kendisinden kaynaklanan doğrudan etkilerine maruz kalması ve haklarını ve çıkarlarını zedelemesi durumunda bu Sözleşme ihllalarına karşı başvuru yolunu işletmelerinde menfaatlerinin olduğuna yani mağdur sıfatını taşıdıklarına" karar vermiştir<sup>95</sup>.

### 3- Mahkeme'nin Yer Yönünden Yetkisi

Sözleşme'nin 1. maddesine göre, taraf devletlerin "yetki alanında bulunan herkes", Sözleşme'de ve protokoller de düzenlenen hakların sahibidir. Taraf devletlerin Sözleşme ihlalinden sorumluluğu, yer açısından otoritesinin geçerli olduğu alandır<sup>96</sup>. Sözleşmeciler devletlerin "yetki alanı", kural olarak siyasal sınırlar içinde bulunan coğrafi bölgedir. Devletler kendi ülkelerinde meydana gelen ve kendi organlarının neden olduğu Sözleşme'ye aykırı eylem ve işlemlerden sorumludurlar<sup>97</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesiyle, sözleşmeciler devletlere, kendi yargı yetkisine tabi herkese, Sözleşme'de düzenli hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü getirilmiştir. Başvurucu tarafından iddia edilen ihlal aleyhine başvuruda bulunulan ülkenin yargı yetkisi içinde gerçekleşmişse, Sözleşme yer bakımından uygulanabilir. Yargı yetkisine tabi olmadan anşılması gereken ise, devletler hukuku tarafından belirlenmiş ve sınırlandırılmış olan söz konusu devletin egemenlik alanıdır. Bununla birlikte başka bir devletin ülkesi sayılan bir yerdeki sözleşmeciler devletin askeri güçlerinin eylemleri bakımından da devletin Sözleşme'ye uyma yükümlülüğü vardır<sup>98</sup>. Ayrıca, sözleşmeciler devlet vatandaşları ülke dışında yerleşmiş veya ikamet etmiş olsalar da bazı açılardan onun yetki alanı içinde sayılırlar. Bu bakımdan sözleşmeciler devletler ülke dışındaki diplomatik ve konsolosluk

---

konusu olmadığını, bu nedenle Sözleşme çerçevesinde mağdur sıfatlarının bulunmadığını, soyut başvurular niteliğinde olduklarını ileri sürmüştür. AİHM, kadın başvurucuların herhangi bir yasal tedbir veya işleme maruz kalmasalar da amaçları İrlanda Mevzuatı'nın Sözleşme'yle uyumunun tartışılmasını istemek olmayıp, bizzat Mevzuatın Sözleşme'ye ihlâl niteliği taşıyan durumlarının uygulanmasına her an maruz kalabilme riski içerisinde buldukları veya haklarında hemen uygulanabilirliği bulunan bir Sözleşme'ye aykırılık oluşturan durum içerisinde yaşamlarını sürdürdükleri gerekçesiyle mağdur sıfatını taşıdıklarına karar vermiştir n Door ve Dublin Well Women/İrlanda, 29.10.1992; ANAYURT, s. 182- 183.

<sup>95</sup> Marckx/Belçika, 13.07.1979, ANAYURT, s. 180.

<sup>96</sup> ANAYURT, s. 159.

<sup>97</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 53; KILINÇ, s. 185.

<sup>98</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 30.

temsilciliklerinin bazı uygulamalarından dolayı Sözleşme hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilirler<sup>99</sup>. Sözleşmeci devletlerin yetki alanına uçak ve gemi gibi kamu araçları da girmektedir<sup>100</sup>.

Sözleşme, devletlerin yetki alanı dahilinde herkes için geçerlidir. Sözleşmenin 1. maddesi, Sözleşme'nin geçerli olabilmesi için bir kişiyle üye devlet arasında bulunması gereken ilişkiyi tanımlamaktadır. Söz konusu kişi Sözleşme'ye taraf olan devletin yetki alanında bulunmalıdır. Bu şart oldukça esnekler. Yetki alanı terimi geniş bir biçimde yorumlanmaktadır. Yetki alanı, bir ülkenin kendi sınırları içinde kalan alanlarda yetki sahibi olması gibi klasik bir tanımla kısıtlanmaz. Mahkeme'nin yargı yetkisi, kişinin bir devletin yetkisi ya da kontrolüne tabi olduğu her tür durumu kapsar. Bu nedenle yargı yetkisi veya yetki alanı terimi kısıtlayıcı bir durumdan ziyade kapsayıcı bir kriteri belirler<sup>101</sup>. Sözleşme, hak sahipliğini, uluslararası hukukun geleneksel kavramlarıyla değil (vatandaşlık, oturma izni, yerleşim yeri gibi) klasik anlamda yetki alanı içerisinde bulunma kavramıyla belirlemiştir<sup>102</sup>.

Yer bakımından yetki ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin almış olduğu başlıca kararlardan biri de Soering-Birleşik Krallık davası kararıdır<sup>103</sup>. Dava, başvurunun idam cezası alma olasılığının bulunduğu Amerika Birleşik Devletleri'ne iade edilmesi ile ilgiliydi. Mahkeme bu konuda şu görüşlere yer vermiştir: "Bir kişinin kendisi hakkında suçlu iadesi işleminin yürütülme olması nedeniyle usulüne uygun olarak tutulmasına izin veren 5. Madde, fıkra 1.f 'den anlaşıldığı gibi AİHS, kişinin iade edilmeme hakkı gibi bir hakkı koruma altına almaz. Ancak AİHS, kişinin iadesiyle ilgili alınan önlemler AİHS'nden doğan bir hakkı olumsuz bir şekilde etkiliyorsa, bu etkiler fazlasıyla uzak bir ihtimal olmadığı sürece, ilgili AİHS güvencesi uyarınca Sözleşmeci Devlet'e bir yükümlülük getirebilir. Bu davada söz konusu olan, yapılacak iadenin olumsuz sonuçları, iadeyi gerçekleştiren Devletin yetki alanının dışında, kişiyi teslim alan Devlet tarafından uygulanacak bir muamele ya da ceza sonucunda ortaya çıktığında ya da çıkma ihtimali bulunduğu 3. Madde'nin geçerli olup olmadığıdır. AİHS 1. Maddesi 'Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci

<sup>99</sup> ÜNAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 87.

<sup>100</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 53.

<sup>101</sup> DUTERTRE,  
[http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006.

<sup>102</sup> ANAYURT, s. 159.

<sup>103</sup> Soering/Birleşik Krallık Davası, (Seri A No. 161), 07. 07. 1989; DUTERTRE,  
[http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006.

bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar,' der ve Sözleşme'nin kapsamına bölgesel bir sınırlama getirir. Özellikle Sözleşmeciler Devletler'in taahhüt ettiği güvence, kendi 'yetki alanlarında' bulunan şahısların AİHS'nde sıralanan hak ve özgürlüklerinin tanınması ile sınırlıdır. Ayrıca AİHS, kendisine taraf olmayan Devletlerin hareketlerini denetlemez ve Sözleşmeciler Devletlerden Sözleşme standartlarını diğer devletlere dayatmalarını isteyen bir araç değildir. 1. Madde, Sözleşmeciler Devletlerin iadeyle ilgili bazı yükümlülükleri olmasına karşın, bir Sözleşmeciler Devlet'in iade edeceği bir şahsı gideceği ülkede bekleyen koşulların AİHS'nin sağladığı güvencelerin hepsine uyduğuna emin olmadığı sürece şahsı iade edemeyeceği gibi genel bir ilke olarak da algılanamaz. Zira Birleşik Krallık Devletinin belirttiği gibi, AİHS'nin ve özellikle de 3. Madde'nin uygulama kapsamının belirlenmesinde, suçluların iadesinin, suç işleyen kişilerin adalatten kaçmalarını önlemek olan yararlı amacının göz ardı edilmesi mümkün değildir. Söz konusu davada Birleşik Krallık'ın, başvurucunun şikâyetine konu olan Virginia mercilerinin uygulama ve düzenlemeleri üzerinde herhangi bir yetkiye sahip olmadığı bilinmektedir. Ancak bütün bu unsurlar Sözleşmeciler Tarafların 3. Madde uyarınca, iadenin yetki alanları dışında gerçekleşen, önceden tahmin edilebilir olumsuz sonuçlarının tümü ya da hepsinden sorumlu olmadıkları anlamına gelmez. Bir Sözleşmeciler Devlet'in, kaçak bir şahsı, işlemiş olduğu iddia edilen suç ne kadar ağır olursa olsun, işkence görme tehlikesinin bulunduğu dair ciddi bir ihtimal olduğuna inanılan başka bir Devlet'e bile iade etmesi, AİHS'nin temelinde yatan değerlerle ve AİHS'nin Dibacesinde yer alan 'siyasal gelenekler, idealler, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir miras' ifadesiyle bağdaşmaz. Bu koşullarda iade, 3. Madde'nin kısa ve genel ifadesinde açık bir şekilde ele alınmasa da, Madde'nin ruhuna ve maksadına aykırı olacaktır ve Mahkeme'nin görüşüne göre bu iade etmeme yükümlülüğü, kaçak şahsın iade edileceği Devlet'te söz konusu Madde'nin yasakladığı gerçek bir insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da cezaya maruz kalma riskinin bulunduğu durumları da kapsar. AİHS'nin fiili ya da muhtemel ihlallerini belirlemek normal şartlarda Sözleşme kurumlarının görevi değildir. Ancak bir başvurucu, iadesi için alınan bir karar uygulandığı takdirde, iadesini talep eden ülkede karşılaşacağı önceden tahmin edilebilir sonuçlar nedeniyle bunun 3. Madde'ye aykırı olacağını öne sürerse, iddiaya konu olan riskin ciddi ve tamiri imkânsız boyutları düşünüldüğünde bu Madde'nin sunduğu güvencenin etkin şekilde uygulanabilmesini sağlamak için bu ülkeden uzaklaşmak gerekir. Netice itibarıyla, bir Sözleşmeciler Devlet'in kaçak bir şahsı iade etme kararı 3. Madde kapsamında bir sonuç doğurabilir ve böylece şahsı iade edildiği takdirde, iadeyi talep eden ülkede gerçek bir işkence ya da insanlık dışı muamele ya da cezayla karşılaşma riskinin olduğuna inanmak için yeterli neden bulunduğu durumlarda Devlet'in AİHS çerçevesinde sahip olduğu

sorumlulukları harekete geçirebilir. Kaçınılmaz olarak, bu sorumluluğun harekete geçirilebilmesi için iadeyi talep eden ülkedeki koşulların AİHS'nin 3. Maddesi'ndeki standartlarla karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerekir. Bununla beraber, genel devletler hukukuna, AİHS'ne ya da diğer belgelere göre şahsı teslim alan ülke hakkında herhangi bir hüküm vermek ya da bu ülkeye sorumluluk yüklemek söz konusu değildir. AİHS kapsamında ortaya çıkan ya da çıkma olasılığı bulunan yükümlülükler, doğrudan bir şahsın yasaklanmış olan bir kötü muameleye maruz kalması sonucunu doğuran bir eylemi gerçekleştirdiği için, şahsı iade eden Sözleşmeciler Devlet üzerindedir."<sup>104</sup>

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ilk olarak X/Belçika başvurusunda<sup>105</sup> yetki alanı konusundaki görüşlerini ortaya koymuştur. Konuyu 56.madde (eski 63. madde) çerçevesinde değerlendirerek, burada yer alan bildirim koşulunun gerçekleşmemiş olduğunu yani Belçika'nın Kongo için ayrıca bir bildirimde bulunmamasını gözeterek başvuruyu reddetmiştir. Bu başvuruda davacılar eski Belçika Kongosu'nun olayın geçtiği tarih itibarıyla Belçika ulusal topraklarının bir parçasını oluşturduğunu, dolayısıyla buradaki Sözleşme ihlallerinden de Belçika'nın sorumlu olduğu, herhangi bir bildirim gerek bulunmaksızın, doğrudan Sözleşme'nin 1. maddesi çerçevesinde sorumluluğun işletilebileceğini ileri sürmüşlerdi<sup>106</sup>.

Yargı yetkisi bakımından, kural olarak Türkiye aleyhine yapılan başvuru konusu olayın Türkiye'de meydana gelmesi gerekir. Ülkeler beyanda bulunurken bunu da belirtmektedir. Türkiye de, "Kıbrısta Türk askerlerinin eylemlerine ilişkin başvuruları, Türkiye dışında meydana geldiğinden, bu konularda Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisine dahil edilmesini kabul etmeyeceğini" beyan ettiği halde Komisyon ve Mahkeme tarafından bu beyan kabul edilmemiştir<sup>107</sup>.

Loizidou-Türkiye davasında, AİHM "yetki alanı" kavramını ülke topraklarıyla sınırlı olmadığını, Sözleşmeciler devletler, kendi yetkili makamlarının devletin sınırlarını aşan etkilere neden olan eylemlerinden, bunlar ister ulusal sınırların içinde ister dışında gerçekleşsin, sorumlu tutulabileceğini ifade etmiştir. Daha sonra AİHM şu görüşlere yer vermiştir: AİHS'nin konusu ve amacı bağlamında, bir Sözleşmeciler taraf, yasal olsun olmasın, askeri bir eylem sonucunda sınırları dışında bir bölgeyi fiilen kontrol altına alırsa ortaya belli sorumluluklar çıkabilir. Bu bölgede AİHS'nde belirtilen hak ve özgürlükleri

<sup>104</sup> Soering/Birleşik Krallık Davası, (Seri A No. 161), 07. 07. 1989; DUTERTRE, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006.

<sup>105</sup> X/Belçika, (1065/61), 30.05.1961.

<sup>106</sup> ANAYURT, s. 160; TUNÇ, s. 88; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 53- 54.

<sup>107</sup> TEZCAN, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/diger.htm>.13.11.2006.

güvence altına alma yükümlülüğü, ister doğrudan silahlı kuvvetlerin yürüttüğü bir harekâtle, ister bir yerel yönetim aracılığıyla kurulmuş olsun, bölge üzerinde kurulan kontrolden kaynaklanır.<sup>108</sup>

23.3.1995 tarihli Loizidou kararında Mahkeme, Kuzey Kıbrıs'taki büyük miktardaki askeri birliklerin varlığının, Türk ordusunun adanın bir kısmında etkin bir denetim kurduğunu, KKTC'nin politika ve eylemleri için sorumlu tutulmasına neden olduğunu, bu tür politika veya eylemlerden etkilenenlerin, bu nedenle Türkiye'nin yargı yetkinse girdiğini ifade etmiştir. Bu kararında Mahkeme, şikayet edilen hususların, Türkiye'nin yargı yetkisine girdiğini ve Sözleşme uyarınca Türkiye'nin sorumluluğuna neden olduğuna karar vermiştir<sup>109</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, devletlerin yetki alanına, taraf devletlerin yalnızca organlarının değil, özel kişi ve kuruluşlarının yol açmış olduğu Sözleşme ihlalleri de dahil edilmektedir. Bunun sonucu olarak, taraf devletin Sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüklerin devlet dışında özel kişi ve kuruluşlarca sunulması devleti Sözleşme'den doğan sorumluluktan muaf hale getirmemektedir<sup>110</sup>. AİHM, Costello ve Roberts/İngiltere davasında, özel okulda uygulanan bedensel cezalandırma biçimindeki disiplin uygulamasının, eğitim hakkının kimin tarafından yürütüldüğüne bakılmaksızın devletin disiplin sistemiyle ilgili sorumluluk alanına girdiğini, bunun da devlet okullarındaki öğrencilerle aynı eşitlik ilkesine tabi olduğunu bu nedenle de özel kişilerce yapılmış olmasının devleti sorumluluktan kurtaramayacağını ifade etmiştir<sup>111</sup>.

#### **4- Mahkeme'nin Zaman Yönünden Yetkisi**

Uluslararası hukukun genel ilkelerine göre, devletin, bir sözleşmeyi onayladıktan ve sözleşme iç hukukunun parçası olduktan sonra, o sözleşmeyle bağlı olmasıdır. Şüphesiz bu kural Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için de geçerlidir<sup>112</sup>. Sözleşmeciler devletler, kural olarak onay tarihinden önce meydana gelen olaylardan sözleşmeye göre sorumlu tutulmamaktadırlar. Bu durum, uluslararası hukukta sözleşmelerin geriye yürümemesinin bir sonucudur<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> Loizidou/Türkiye ön kararı (A Serisi, No. 310), 23.3.1995; DUTERTRE, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006.

<sup>109</sup> Loizidou/Türkiye ön kararı (A Serisi, No. 310), 23.3.1995.

<sup>110</sup> ANAYURT, s. 162.

<sup>111</sup> ANAYURT, s. 162.

<sup>112</sup> ÜNAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 388; TUNÇ, s. 88.

<sup>113</sup> ÖZDEK, s. 39.



Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden, feshi ihbar edilmesine veya üye tarafın Avrupa Parlamentosu'ndan istifa etmesine kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ilgili ülke için bağlayıcıdır. Bir başvuru aleyhine başvuruda bulunulan devletin maddi hukuk bağlılığı ya da bireysel başvuru hakkını kabul etme zamanına bağlı olarak zaman itibarıyla sözleşme ile uyumsuz sayılabilir<sup>114</sup>. Bir uluslararası sözleşmenin yürürlüğe girmesine ilişkin ilke (onaylama ve devletin kendisi açısından yürürlüğe girme ve bundan sonra kendisi açısından sözleşme hükümleriyle bağli olup) ile bireysel başvuru hakkının kabulü farklı olup, Sözleşmenin onaylanması bireysel başvuru hakkının kabul edilmesi anlamına gelmeyip, bunun için ayrıca ve açıkça özel bir beyanda bulunulması gerekir. Ancak bu beyandan sonra ortaya çıkacak ve sözleşme ile korunan temel hak ihlalleri inceleme konusu yapılabilir<sup>115</sup>. Yani, zaman bakımından uygulama konusunda önemli olan bireysel başvurunun kabulü tarihidir. 11 Nolu protokolle birlikte sözleşmeciler devletlerin bireysel başvuru hakkını bir beyanla tanıma zorunluluğu bulunmamaktadır. Artık Sözleşmenin imzalanmasıyla birlikte bireysel başvuru hakkı da kabul edilmiş sayılmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu protokolle ihtiyari yargı yetkisi bildirim yerine zorunlu yargı yetkisinin kabulü benimsenmiştir. AİHS'nin öngördüğü bireysel başvuru ve Mahkeme'nin bu husustaki yargısal yetkisinin, sözleşmeciler devlet tarafından Sözleşme'den bağımsız olarak ayrıca tanınmasına gerek yoktur. Dolayısıyla, sözleşme veya ek protokoller, bir ülke tarafından sözleşme ve protokollerin kabul edilmesinden sonraki olaylar bakımından ilgili ülkeler açısından bağlayıcı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki 11. Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra, zaman itibarıyla yetkiyi ilişkin sorunların önemli bir bölümü pratik değerlerini tamamen kaybetmişlerdir. Bu sorunlar, bundan böyle, ancak Sözleşme'ye yeni katılan devletler için, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi düzeyinde ya da protokollerin onaylanması aşamasında sözkonusu olabilir<sup>116</sup>.

Sözleşmenin Feshi İhbar başlıklı 58. maddesine göre, "Bir Yüksek Sözleşmeciler Taraf, bu Sözleşme'yi ancak Sözleşme'ye taraf olduğu tarihten itibaren geçecek beş yıllık bir süre sonunda ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne altı ay önceden haber verilecek bir ihbarla feshedebilir. Genel Sekreter bunu, diğer Yüksek Sözleşmeciler Tarafına bildirir. Bu fesih işlemi, feshin geçerli sayıldığı tarihten önce işlenmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olan bir fiil dolayısıyla, ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu

<sup>114</sup> DEMİREL, <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/avrupainsanhaklari.htm> 29.11.2005.

<sup>115</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 66; KILINÇ, s. 188- 189.

<sup>116</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 56.

doğurmaz. Aynı şartlarla, Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Sözleşme'ye de taraf olmaktan çıkar”.

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 10 Mart 1954 yılında kabul edilen 6366 sayılı Kanun ile onaylamış ve onay belgesini 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi'ne vererek Türkiye açısından Sözleşme'nin bağlayıcı olmasını sağlamıştır. Ancak Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisine ilişkin beyanını, 22 Ocak 1990 tarihinde bildirmiştir. Ek protokoller bakımından da onaylama tarihinden sonra oluşacak olaylar bakımından Mahkeme'nin yetkisi başlayacaktır<sup>117</sup>. Mahkeme, Mansur/Türkiye davasında başvuru konusu davanın makul sürede sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığının belirlenmesinde, Türkiye'nin AİHM'in yargı yetkisini 22 Ocak 1990 tarihinde kabul ettiğini tespit ederek, süre belirlenmesinde bu tarihi esas almıştır<sup>118</sup>.

Sözleşmenin taraf devlet için yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen bir ihlalin sonuçları yürürlüğe girdikten sonra da devam etmekte ise başvuru zaman yönünden yetkisizlik nedeni ile reddedilmemektedir. Sözleşmenin yürürlüğe girmeden sonraki aşaması bakımından Mahkeme zaman bakımından uygulama

---

<sup>117</sup> Nitekim Yağız- Türkiye davasında mahkeme esasa girmeden zaman bakımından yetkisizlik sebebiyle davanın reddine karar vermiştir. Yağız/ Türkiye davasında Hükümet zaman itibarıyla yetki yetersizliği gerekçeleriyle davanın kabulüne ilişkin itiraz öne sürmüştür. Bu itirazında Hükümet, 22 Ocak 1990 tarihinde Türkiye ilgili tarih “itibarıyla meydana gelen olaylara dayalı kararlar da dahil olmak üzere, olaylar ile ilgili başvurularda” Mahkemenin zorunlu yetkisini kabul etmiş olduğunu yinelemiştir. “Başvuranın iddialarının” 15 ve 16 Aralık 1989 tarihi sonrasında cereyan ettiğinden dolayı davanın Mahkeme'nin yetkisinin dışında olduğunu belirtmiştir. Başvurucu ise, bunun aksine, Sözleşme'nin 46. Maddesi uyarınca bildirilen Türkiye bildirgesinin yürürlüğe giriş tarihinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne sunulmuş tarihi değil, aynı yıl içinde Mahkeme'nin zorunlu yetkisini tanıyan 25 Eylül tarihli Bakanlar Kurulu kararının 27 Eylül 1989 tarihli Resmi Gazetede yayımlandığı tarih olduğunu öne sürmüştür. Mahkeme ise, başvuru konusunun maruz kaldığı olayın Türkiye tarafından Mahkeme'nin zorunlu yetkisinin tanınmasından bir ay önce (15 ve 16 Aralık 1989 tarihinde) meydana gelmiş olması sebebiyle, Mahkeme davaya ilişkin esasların görülmesi konusunda yetkisi (zaman bakımından yetkisiz olduğu gerekçesiyle) olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, “Genel Sekreterliğe tebliğ, başvuran tarafından öne sürülen şekilde sadece bir formaliteden ibaret olmayıp, Mahkeme'nin zorunlu yetkisinin tanınmasının yürürlüğe giriş tarihini teşkil etmektedir. Sözleşme'nin 46. Maddesi uyarınca sunulmuş olan bildirgenin şartları da tüm talepleri ortadan kaldırmaktadır: Bu bildirge... sunulmuş tarihi itibarıyla üç yıl süresince geçerli olup, işbu Bildirge'nin sunulmuş tarihi itibarıyla cereyan eden olaylara ilişkin kararlar da dahil olmak üzere, anılan tarih itibarıyla cereyan eden olaylara ilişkin talepleri kapsamaktadır” (Yağız/Türkiye Davası, 07.08.1996 :190092/91).

<sup>118</sup> Mansur/ Türkiye, (14/1994/461/542), 08.06.1995, ÜNAL, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 90- 91.

konusunda kendisini yetkili görmektedir<sup>119</sup>. Yağcı ve Sargın/Türkiye Davası'nda<sup>120</sup> Türkiye, Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca Türkiye'nin sunmuş olduğu bildirgenin metni dikkate alınarak, 22 Ocak 1990 tarihinden önce meydana gelen olaylara ilişkin şikâyetlerin görülemeyeceği ve zaman itibarıyla yetkisinin sadece anılan tarihten sonrasını kapsadığını ileri sürmüştür. Mahkeme ise, Türkiye'nin Mahkeme'nin zorunlu yargı yetkisini kabul ettiği 22 Ocak 1990 tarihinden sonra bu tarihten önce verilmiş olan bir tutuklama kararının devam etmesi durumunda tutukluluk halinin AİHS m.5/3'ün ihlalini oluşturup oluşturmadığı sorununun ele alınırken Mahkeme yargı yetkisinin kabul edildiği tarihten sonraki sürenin göz önüne alınacağını, dolayısıyla zaman bakımından yetkisizliğin söz konusu olmadığına karar vermiştir<sup>121</sup>.

Kural, geriye yürümezlik olmakla birlikte, Mahkeme, Sözleşme'nin amaç ve özüne uygun olarak, "sürekli ihlal" durumlarına özgü bir istisnayı içtihadlarıyla yerleştirmişlerdir. Buna göre, devlet, Sözleşme ile bağlı olmadan önce başlayan ve Sözleşme ile bağlı olduktan sonra da devam eden ihlallerinden dolayı, Sözleşme ile bağlandığı tarihten itibaren sorumlu olacaktır<sup>122</sup>.

### **C- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YARGILAMA YETKİSİ ÇERÇEVESİNDE, "ERMENİ SOYKIRIMINI" İNKARI SUÇ SAYAN DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Fransız Parlamentosu 12.10.2006 tarihinde, 19 olumsuz oya karşı 106 olumlu oyla "Ermeni soykırımını" inkar etmenin suç sayılmasına ilişkin kanun teklifini kabul etmiştir. Bu düzenlemeyle, Ermeni soykırımının inkarı suç olarak düzenlemekte ve bu suçu işleyenlere 1 yıla kadar hapis ve 45. 000 Euro'ya kadar para cezası öngörülmektedir<sup>123</sup>. Fransız parlamentosu 2001 yılında da kabul ettiği bir kanunla 1915 olaylarını soykırım olarak nitelendirmişti. Yeni yapılan düzenlemeyle, bu nitelendirmeyi kabul etmeyen bir görüşü, basın kanununda sayılan yollardan biriyle açıklayan kişiyi hapis ve para cezasıyla cezalandırma yoluna gidilmektedir<sup>124</sup>. Acaba bu teklif kanunlaştığı zaman, bu kanuna karşı

<sup>119</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 66- 67; GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 55.

<sup>120</sup> Yağcı ve Sargın/Türkiye Davası, (6/1994/453/533-534), 08. 06. 1995;

<sup>121</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s.67.

<sup>122</sup> 23.3.1995 tarihli Loizidou ön kararı (A Serisi, No. 310) ve 10.5. 2001 tarihli Kıbrıs-Türkiye kararı( 25781:94); TUNÇ, s. 88; TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, s. 34.

<sup>123</sup> YAMANER, Melike Batur, "Ermeni Soykırımını İnkâr Suçu AİHM'i Bekleyen Zorlu Sınav", Güncel Hukuk, Kasım 2006/11, s. 39.

<sup>124</sup> SARI, H. Gürbüz, "Ermeni Soykırım İddiaları İnkâr Yasağı ve İfade Özgürlüğü", Güncel Hukuk, Aralık 2006/12, s. 38; "Ermeni olaylarını "soykırım" olarak niteleyen Kanun da, bunun inkarını, ayrı madde ile koyacağı ceza düzenlemesi yerine, insanlığa karşı suçun

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidilebilir mi? Belirtmek gerekir ki, bu düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesine<sup>125</sup> aykırı olduğu ve düzenlemenin Sözleşme ile bağdaşmadığı iddia edilebilir<sup>126</sup>. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Divanının kararlarında ifade hürriyetinin demokratik toplum düzeninin" vazgeçilmez şartı olarak kabul edilmekte ve bu düşünce açıklmaları, hoş gitmeyen ya da toplumu rahatsız eder nitelikte olabilir, ama yine de bunları engelleyen sınırlamaların getirilemeyeceği belirtilmektedir. AİHM'e göre, "İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temel unsurlarından biridir; 10. Madde 2. fıkraya çerçevesinde ifade özgürlüğü yalnızca iyi karşılanan veya rahatsız edici bulunmayan veya kayıtsız kalınan "bilgi" ve "fikirler" için değil, aynı zamanda saldırgan bulunan, sarsıcı bir etki yaratan

inkarını yasaklayan genel düzenlemeye göndererek cezalandırma yolunu seçmiştir. Böylelikle, Yahudi soykırımı gibi yetkili mahkemeler tarafından tespiti yapıldıktan sonra tartışmasız kabul görmüş olaylar ile aynı hukuki sınıflandırma içine sokulmaya çalışılmaktadır. Oysa tartışmanın harereti içinde kaybedilmeye çalışılan nokta, Fransız Meclisinin Ermenilere karşı işlendiğini kabul ettiği insanlık suçunun hangi yetkili makam tarafından "sabit" görüldüğü sorusunun cevapsız kaldığıdır. Her durumda, bir ulusal meclisin bu yetkiyi kendinde görmesi haklı değildir", SARI, s. 38.

<sup>125</sup> AİHS'nin 10. maddesi şu şekildedir: "1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. 2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir".

<sup>126</sup> "İfade özgürlüğünün kullanılmasını –özellikle Türkiye'ye karşı yapılan başvurularda- ateşli bir şekilde savunan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) nasıl bir değerlendirme yapacağı büyük önem kazanmaktadır... AİHM başta olmak üzere uluslar arası denetim organlarının bu konuda yapacakları değerlendirme son derece belirleyici olacaktır. Önemli olan Ermeni soykırımının Yahudi soykırımı gibi tarihsel olarak kanıtlanmış bir olgu sayılıp sayılmayacağıdır. Yahudi soykırımından farklı olarak ortada soykırım yapıldığını belgeleyen bir mahkeme kararı bulunmamakla birlikte, pek çok devlet parlamentosundan Ermeni soykırımının tanındığını açıklayan kararlar çıkmaktadır. İfade özgürlüğünü tehdit eden, bu tanıma kararları doğrultusunda "Ermeni soykırımını" inkar suçunun iç hukuklarda yer almasıdır. AİHM'nden beklenen "Ermeni soykırımı"nın Yahudi soykırımı gibi tarihsel olarak kanıtlanmış bir olgu olmadığını dikkate alması ve İfade özgürlüğünün korunması konusunda şimdiye dek gösterdiği titizliğe uygun olarak karar vermesidir", YAMANER, 39- 41; "Yahudi düşmanlığı ve soykırım inkarı ile Nazi propagandası yapan görüşler, geçmiş acı tecrübeler ve tarihin hafızasıyla, Sözleşme'deki diğer temel hakları tehdit ettiği ve demokratik düzenle bağdaşmadığı için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından korunmamaktadır", SARI, s. 39.

veya rahatsız eden türde bilgi ve fikirler için de geçerlidir. 10. Maddede yer aldığı biçimiyle ifade özgürlüğü bir dizi sınırlamaya tâbidir, ancak bu istisnalar dar biçimde yorumlanmalı ve herhangi bir sınırlama ihtiyacı ikna edici biçimde gerekçelendirilmelidir”<sup>127</sup>. AİHM Lehideux ve Isorni/Fransa Kararında<sup>128</sup> başvuranlar günlük bir gazetede bir komutanın hayatını ve yaptıklarını olumlu bir değerlendirme ile sunan bir ilan yayınlamışlar, bu nedenle de Fransız kanunları uyarınca savaş ve düşmanla işbirliği suçlarının savunmasını yapmaktan dolayı cezaya çarptırılmışlardır. Mahkeme kararında Nazi sempatisini bir düzenlemenin savunulmasının 10. maddenin korumasından yararlanamayacağını tekrar etmiştir. Mahkeme, yayında konu edilen olayların üzerinden kırk yıl gibi uzun bir sürenin geçtiğine işaret etmiş, bu tür sözlerin on, yirmi yıl öncesi ile aynı sertlikle ele alınmasının uygunsuz olacağını saptamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, özel hukuk yolları ile diğer müdahale ve çürütme yolları olanakları varken, bir ceza mahkumiyetinin ağırlığının altını çizerek

<sup>127</sup> Observer ve Guardian–Birleşik Krallık, (Seri A No. 216), 26. 11.1991; ifade özgürlüğünün Sözleşme çerçevesinde niteliği ve muhtevasına ilişkin en kapsamlı açıklama ilk olarak Handyside/ İngiltere kararında yapılmıştır. Divan ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temel dayanaklarından birini oluşturduğunu belirttikten sonra bu özgürlüğün, sadece olağan karşılanan, zararsız ya da önemsiz görülen bilgiler ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden, şaşırtıcı ve endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğunu vurgulamıştır. Divana göre, ifade özgürlüğünü böyle yorumlamak, demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliğin bir gereğidir Handyside/ İngiltere, (5493/72), 07.12.1976; SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara 2001, s. 33; AİHM, birçok kararında, ifade özgürlüğünü o kadar geniş yorumlamıştır ki, saldırgan içerikli, toplumun bir kesimini şoka uğrattıcı ya da rahatsız edici düşüncelerin bile açıklanmasını, demokratik bir toplumda gerekli olan, hoşgörü, açık görüşlülük ve çoğulculuk ilkelerinin yaşama geçirilmesi olarak algılamıştır, BİLEN, Ali, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, <http://www.danistay.gov.tr/4-AIHS-ve-AIHM.htm>.15.12.2006; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10. maddesi ile temel haklardan ifade özgürlüğü güvence altına almakla, demokratik toplumun vazgeçilmez özelliklerinden çoğulculuğu da bir anlamda öne çıkartmaktadır. Fransız Ulusal Meclisinin bir kanun ile 1915 olaylarını “soykırım” olarak nitelendirmeyen ifade beyanlarını hapis cezası ile yaptırıma maruz bırakma girişimi, farklı düşünme ve bunu açıklama imkanını ortadan kaldırdığı oranda bir hak ihlali kaynağı olarak vücut bulacaktır... 1915 olaylarının, üzerinde tartışma yapılabilir ve görüş açıklanabilir olduğunun kabulü ile, Fransız Meclisinin nitelendirmesinin aksindeki beyanların tümüyle “inkarcılık” veya “insanlık suçunu övme” şeklinde yorumlanması imkansız hale gelmektedir. Bu sonuçtan hareketle, ifade özgürlüğüne getirilen müdahale, hiçbir ayırım gözetmeksizin belli bir görüş kategorisini bütünüyle yasakladığı için, AİHS’nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama yetkisinin ölçülü kullanılmadığına işaret etmektedir”, SARI, s. 42- 43.

<sup>128</sup> Lehideux ve Isorn/Fransa, (24662/94), 23.09.1998.

başvuranlara verilen cezanın orantılı olmadığına dikkat çekmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>129</sup>. Bu davada, ceza mahkumiyetine esas olan iki unsur bulunmaktadır: Birincisi, Fransız komutanın savaş sırasındaki eylemleri ve izlediği politikaların asıl amacının görünenden ve tüm kamu oyunun kabul ettiğinden farklı olduğunu ve vatana ihanet teşkil etmediğini ispat etmeye çalışan açıklamalarıdır. İkincisi ise, tarihsel olarak kanıtlanmış önerilere dayanan Nazi uygulamalarını inkar etmesidir. Mahkeme'ye göre, ilk unsur ulusal ve uluslar arası tarihçilerin geneli tarafından kabul edilmemesine rağmen, yine de meydana gelişi ve yorumlanması açısından bir tarihsel tartışmaya konu olabilmektedir. Bu yönüyle ilk unsur, açıkça ortaya konmuş tarihsel olaylar (örneğin Holokost) dan ayrılmakta ve dolayısıyla 17. madde ve 10. madde birleşiminde koruma kapsamı dışında kalan inkarcılık olarak nitelenmemektedir. Bu kabulden hareketle, olayda söz konusu hakka getirilen müdahale, 10. maddenin ikinci fıkrasındaki genel meşru sınırlama koşullarına göre incelenmiş ve korunan menfaat ile ölçsüz bulunarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır<sup>130</sup>.

Garaudy/Fransa davasında Mahkeme'ye göre başvuru, eserinde Yahudi soykırımının boyutu, sonuçları gibi tarihçiler arasında tartışma konusu olmayan açıkça ortaya konmuş tarihsel olayları tartışma konusu yapmaktadır. Ancak, Holokost gibi tartışmasız bir olayın varlığını tartışmaya açmak, görünen bilimsel amacından farklı olarak, nasyonel-sosyalist rejimin övülmesi, yeniden tesis edilmesi hedefine yönelik kabul edilmektedir. Bu nedenle, Yahudilere karşı işlenmiş insanlık suçunun inkarının, ırk temelinde kin ve nefrete teşvik etme görünümünü kazandığı yargısına varılmıştır. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucuya

---

<sup>129</sup> KÜZECİ, Elif, "AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları", [http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma\\_Metinleri/Kuzeci.pdf](http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma_Metinleri/Kuzeci.pdf).04.12.2006; AİHM, Chauvy ve Diğerleri /Fransa başvurusunda tarihsel tartışmalar ile düşünceyi açıklama özgürlüğü ilişkisini incelemiştir. Mahkeme bu başvuruda öncelikle tarihsel gerçeklerin araştırılmasının düşünceyi açıklama özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu ve tarihçiler arasında süregelen tartışmaları sonuca bağlamanın Mahkeme'nin görevi olmadığını belirtmiştir. Mahkeme getirilen sınırlamanın demokratik bir toplum için zorunlu olup olmadığını saptayabilmek üzere bazı incelemelerde bulunması gerektiğini açıklamış ve ilgili kitabın içeriğinin tarihsel yöntemin başlıca kurallarına uymadığına, ayrıca ciddi imaların uygun delillere ve nedensel açıklamalara bağlanmadığına karar vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme'nin kararı 10.maddenin ihlal edilmediği yönünde olmuştur. Ancak, Mahkeme, bu kararında başvuruya konu olan düşünce açıklamasının Holokost gibi varlığı açıkça bilinen bir konuya ilişkin olmadığına da dikkat çekmiştir" Chauvy ve Diğerleri/ Fransa, (64915/01), 29.06.2004, KÜZECİ, [http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma\\_Metinleri/Kuzeci.pdf](http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma_Metinleri/Kuzeci.pdf).04.12.2006;

<sup>130</sup> SARI, s. 39.

uygulanan cezai yaptırımın kamu düzeninin gereklerine uygun olduğuna, başvuru eyleminin 17. maddeye aykırı niteliği dikkate alındığında ifade özgürlüğünün güvencesinden yararlanamayacağına karar vermiştir<sup>131</sup>.

Mahkeme içtihatlarından anlaşılacağı gibi, bir insanlık suçu olarak, soykırımın inkarının cezai yaptırımı tabi tutulabilmesi ve bu yaptırım ile ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için, ırkçı düşmanlığı teşvikte olduğu gibi kamu düzenini bozacak nitelikte olması gerekir. Bu sonucun Yahudi soykırımını inkar eylemlerinde ortaya çıktığını iki gerekçeyle söyleyebiliriz. Birincisi, Nazi düşüncesi ve politikalarının hala taraftar bulabilmesi ve dolayısıyla, kamu düzenini bozacak nitelikte mevcut bir tehlike olması. İkincisi ise, Yahudi soykırımının bir mahkeme kararıyla incelenmiş ve karara bağlanmış olmasıdır. Bu ikinci gerekçeyle AİHM, açıkça ortaya konmuş ve aksi ispatlanmaz tarihsel olaylardan bahsetmektedir. Dolayısıyla, yargı kararıyla kesin hüküm etkisi kazandırılmış tarihin verilerin çarpıtılması suretiyle kamu düzeninin bozulması, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemektedir<sup>132</sup>. Dolayısıyla, Ermeni soykırımını inkar etmenin suç oluşturacağına ilişkin düzenlemenin, hiçbir hukuki temeli bulunmamaktadır. Bu konu, bazı tarihçiler ve bazı devletler tarafından savunulmaktadır. Buna karşın, bazı tarihçiler ve devletler de soykırım iddiasına karşı çıkmaktadırlar<sup>133</sup>. Dolayısıyla ortada yahudi soykırımı gibi, bir mahkeme hükmüyle sabit olmuş bir olay mevcut değildir. Ayrıca, tarih biliminin söz söyleme alanında bulunan bir konuda, farklı şekilde düşünmenin yasaklanması, AİHM içtihatlarında belirtilen meşru sınırlama şartlarına da uygun düşmemektedir<sup>134</sup>.

Bu teklifin kanunlaşması halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne devlet başvurusu ve bireysel başvuruda bulunmak mümkündür. Bu konuda Türkiye Cumhuriyeti Devleti veya herhangi sözleşmeciler devlet Fransa'ya karşı AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ihlali gerekçesiyle bir devlet başvurusunda bulunması mümkündür. AİHS'nin 33. maddesine göre, Sözleşmeciler her devlet, diğer bir sözleşmeciler devletin Sözleşmeyi ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurabilir. Bu maddeye göre, başvuru devletinin aleyhine başvuruda bulunduğu devletin sözleşmeyi ihlal etmesinden dolayı doğrudan veya dolaylı zarar görmesi de gerekmemektedir. Çünkü bir sözleşmeciler devlet soyut olarak başvuruda bulunma hakkına sahiptir<sup>135</sup>. Devlet başvurusu ile

<sup>131</sup> Garaudy/Fransa, (65831/01), 24.06.2003; SARI, s. 39.

<sup>132</sup> SARI, s. 39- 40.

<sup>133</sup> SOFUOĞLU, Cem Murat, " Herşeyin Başladığı ve Herşeyin Bittiği Kent Nürnberg", Güncel Hukuk, Aralık 2006/12, s. 49.

<sup>134</sup> SARI, s. 43.

<sup>135</sup> BOZKURT; s. 225; ÖZDEK, s. 51; İrlanda, Birleşik Krallık'a karşı 1972'de yaptığı başvuruda Birleşik Krallık'ta çıkarılan bir kanunun AİHS'nin 7. maddesinin ihlal ettiğini

bireysel başvuru arasındaki en önemli fark, bireysel başvuruda somut bir mağdur bulunmasına karşılık devlet başvurusunda bunun gerekli olmamasıdır<sup>136</sup>. Belirtmek gerekir ki, kişilerin bir mağduriyeti söz konusu olmaksızın Sözleşme'nin ihlali durumuyla karşılaşılabilir. Örneğin, herhangi bir kanun ya da uygulama nedeniyle hakları çiğnenen bir kişinin varlığı söz konusu olmaksızın da Sözleşme'ye aykırılık olabilir. Devletlere başvuru yetkisi sadece somut bir menfaati korumak için değil Sözleşmeden doğan kamu düzeninin korunması için tanınmıştır. Başka bir ifadeyle devlet başvurularında temel amaç, ortak güvence sisteminin sağlanması olduğundan dolayı objektif menfaatlerin varlığı aranmaktadır. Devletin kendisine zarar verildiğini ileri sürmesine gerek olmadığı gibi böyle bir zararı kanıtlamasına gerek yoktur. Salt ihlal iddiasının ileriye sürülmesi yeterlidir<sup>137</sup>. Ayrıca bu başvuru konusunda Sözleşmeci devlet iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek yoktur. Bir devlet belirli bir kişinin haklarının ihlal edildiğini ileri sürmeksizin genel olarak Sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunuyor ise iç hukuk yollarının tüketilmesi doğal olarak aranmamaktadır<sup>138</sup>.

Bu konuda bireysel başvuruda bulunmak da mümkündür. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'si, özel yaşamın ihlal edilmesi gibi durumlarda sadece bir kanunun varlığı durumunda dahi, bu

---

ileri sürmüştür. İrlanda/ Birleşik Krallık, (5451/72), ÖZDEK, s. 51, 77 nou dipnot; Mahkeme, Colombani/Fransa davasında yabancı bir devlet bakanına hakaret edilmesi nedeniyle bir genel yayın direktörü ile bir gazetecinin hapis cezasına çarptırılmasını Sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10 uncu maddesine aykırı bulmuştur, Colombani/Fransa, (51279/99), 13.02.2002; "AİHM daha önce de, suç alanında özel bir yasa ile artırılan korumanın ilkesel olarak AİHS'nin ruhuna aykırı olduğunu ifade etmiştir. AİHM, Colombani ve diğerleri-Fransa kararında devlet adamlarına ve yabancı diplomatlara karşı işlenen suçlara ilişkin yürürlükten kaldırılan 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız yasasını incelemiş ve güdülen amaçla orantılı olarak karaçalma ve hakaretin yasayla suç sayılmasının, herkes için olduğu gibi devlet başkanları için de, şeref ve haysiyetlerine yönelik bir saldırı ya da hakaret dolu sözlerin cezalandırılmasını sağlamaları açısından yeterli olduğunu hatırlatmıştır. AİHM ancak, ilgili yasa hakkındaki görüşünü, daha doğrusu hakimim kişisel kanaatini açığa vuracak şekilde yasayı yorumladığı ve bu yasayla öngörülen " tarafların durumu" kriterinin bir ayrıcalığı belirtmek için desteğe dönüştürüldüğü keyfi takdir konusundaki düşüncesini yineleyebilir", PAKDEMİRLİ/Türkiye Davası, (35839/97), 22. 02.2005; Fransız Basın Kanununun 36. maddesi yabancı devlet adamlarına ve diplomatik temsilcilerine yönelik hareketleri suç olarak düzenlemekteydi. Bu karar üzerine Fransa söz konusu 09.03.2004 tarihinde yürürlükten kaldırmıştır, YAMANER, s. 39.

<sup>136</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 40.

<sup>137</sup> ANAYURT, s. 83.

<sup>138</sup> TEZCAN- ERDEM- SANCAKDAR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 101; 203-204.



kanunun uygulanması tehlikesi altında bulunan kişileri “potansiyel mağdur” olarak kabul etmiştir<sup>139</sup>. Bir kanundan dolayı kişinin henüz menfaati ihlal olmamakla birlikte, her an ihlal edilebilecekse veya ihlal tehdidi içerisinde bulunuyorsa bu durumda potansiyel mağdurdan söz etmek mümkündür. Bu ibi durumlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkeme’si içtihatları çerçevesinde, kanunun o kişiye uygulanmasını beklemeden bireysel başvuruda bulunabileceğini söylemek mümkündür. Sözleşme hukukunu, AİHM kararlarını da kapsayacak şekilde düşünmek gerekmektedir. AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve sözleşmecî devletlerce yerine getirilmesi sorununa bir ön cevap oluşturmaktadır. Çünkü Sözleşmenin içtihatla birlikte düşünülmesi, sözleşmecî devletler için sadece kendileriyle ilgili kararları değil, Mahkeme’nin her somut olayda Sözleşme’de düzenlenen hakları yorumladığı bütün kararlarının dikkate alınmasını gerekli kılan bir sonuç doğurmaktadır<sup>140</sup>. Ayrıca, sözleşmecî devletler, AİHM kararları ile ortaya çıkan uyumsuzluğu gidermek için, mevzuatlarını Sözleşme’yle uyumlu hale getirme; buna rağmen uygulamada farklılıklar ortaya çıkıyorsa, AİHM’nin anlayış ve yorumuna uygun hale getirme; ve eğer kanun AİHM kararında benimsenen yoruma elverişli değilse, kanunun bu yoruma elverişliliğinin sağlanması için değiştirilmesi yoluna gitmek zorundadırlar<sup>141</sup>. Avrupa İnsan Hakları sözleşmesine taraf olan Fransa da, Mahkeme’nin kararlarını göz önünde bulundurmamak zorundadır. Nitekim Fransa, Colombani/Fransa kararında Mahkeme’nin Fransız Basın Kanunu’nun yabancı ülke devlet adamlarına ve diplomatik temsilcilere yönelik hakeret suçunu düzenleyen 36. maddesine getirdiği eleştirilere dikkate alarak söz konusu maddeyi 2004 tarihinde yürürlükten kaldırmıştır<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> SÜHEYL, Batum, [http://www.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon\\_id=7&ana\\_id=22&lang=TR&h\\_id=56&limit=0](http://www.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon_id=7&ana_id=22&lang=TR&h_id=56&limit=0). 18.10.2006; Bu düzenlemeye ve soykırımı inanmadıkları, yani her an cezalandırılma tehlikesi altında oldukları gerekçesine ve mahkemenin, Klass (1978) kararından başlayarak Malone, Dudgeon, Norris gibi kararları ile bugüne kadar gelen “muhtemel, potansiyel mağdur” kavramına dayanarak dava açılabilir. SÜHEYL, Batum, Vatan Gazetesi, 12.10.2006; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) Türk yargıcı Rıza TÜRMEEN, teklif yasalarsa mağdur olacak kişilere AİHM yolunun açık olduğunu söylemektedir. TÜRMEEN’e göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ifade ve düşünce özgürlüğünü garanti altına alan 10. maddesi bu konu yüzünden mahkûm olacakların AİHM’de Fransa aleyhine dava açmasını mümkün kılmaktadır. Türmen 10. maddeye dayanılarak yapılacak başvuruları AİHM’nin incelemeye alabileceğini ifade etmektedir. Radikal Gazetesi, 10.05.2006.

<sup>140</sup> ÇAVUŞOĞLU, s. 32.

<sup>141</sup> ŞAHBAZ, İbrahim, “AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması”, <http://www.yargitaycb.gov.tr/>. 8.11.2006.

<sup>142</sup> YAMANER, s. 39.

Somut olayda kendini potansiyel mağdur hisseden her Türk vatandaşı başvuruda bulunabilir. Ancak, davanın kabul edilebilirliği açısından özellikle Fransa'da yaşayan kişilerin başvurması gerekmektedir<sup>143</sup>. Başka bir ifadeyle, Fransa'nın yargı yetkisi altında bulunan Türk vatandaşlarının başvuruda bulunması gerekmektedir. Çünkü öncelikle ilgili ülkede yaşayan kişilerin söz konusu düzenlemeye aykırı bir eylemde bulunmaları ihtimal dahilindedir. Söz konusu kişiler ilgili düzenleme bakımından Fransa'nın yargı yetkisi kapsamındadır. Ayrıca Fransa'da ikamet eden kişilerin veya Türk vatandaşı ya da başka bir ülke vatandaşı olmasının önemi yoktur. Çünkü söz konusu düzenlemenin yasakladığı suç herkes tarafından işlenebilir. Ayrıca Fransa'da ikamet etmemekle birlikte geçici süreli (geçici süreli bulunma sırasında da bu suç işlenebileceğinden dolayı), Fransa'da bulunan Türk vatandaşları veya başka ülke vatandaşları da başvuruda bulunabilir. İhlalin, sözleşmeci devletin yargı yetkisi içerisinde gerçekleşmesi yeterlidir. Yani başvurucu tarafından iddia edilen ihlal aleyhine başvuruda bulunulan ülkenin yargı yetkisi içinde gerçekleşmişse, Sözleşme yer bakımından uygulanabilir. Burada önemli olan, Sözleşme'de düzenlenen bir hak ve özgürlüğün ihlali ile Sözleşmeci devlet tasarrufu arasında uygun nedensellik bağının varlığıdır.

### SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Avrupa'nın kamu düzenini temsil etmektedir. Sözleşme, Avrupa'da bir ortak hukuki alan yaratmaktadır. Yani, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ve bu kararlarda belirlenen esaslar bütün Avrupa ülkelerinde geçerli olan ortak hukuki standartları yansıtmaktadır. Sözleşme'nin getirdiği koruma günümüzde uluslararası hukukta, insan hakları alanında en etkili koruma mekanizmasına sahiptir. Mahkeme vermiş olduğu kararlarla Avrupa Ülkelerinde yaşayan insanların günlük yaşantılarına katkı sağladığı gibi, aynı zamanda tüm dünya için minimum adalet standartları koyma işlevini yerine getirmektedir<sup>144</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin benimsendiği düzende, asıl olan insan haklarının iç hukukça korunmasıdır. Sözleşmenin getirdiği koruma ikincil nitelikte, yani tamamlayıcı niteliktedir. Sözleşmeci devletler kendi iç mevzuatlarının sözleşme ile uyumlu olup olmadığını araştırmak ve gerekli değişiklikleri yapma yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi hiç şüphesiz hem insan haklarının korunmasını hemde Sözleşme ve getirdiği koruma sisteminin amacını gerçekleştirecektir.

---

<sup>143</sup> SÜHEYL, Batum, [http://www.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon\\_id=7&ana\\_id=22&lang=TR&h\\_id=56&limit=0](http://www.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon_id=7&ana_id=22&lang=TR&h_id=56&limit=0). 18.10.2006.

<sup>144</sup> BIÇAK, <http://www.geocities.com/vbicak/art2.htm>. 17.11.2005.

Mahkeme Sözleşme'nin ihlal edilip edilmediğini hiçbir zaman re'sen değil, ancak başvuru üzerine inceleyebilir. Bir başvuru yapıldıktan sonra, başvuru konusu olayı teşkil eden fiillerin Sözleşme karşısındaki durumunu re'sen ve serbestçe değerlendirir. Ayrıca yapılan bir başvurunun geri alınması, ilke olarak Mahkeme'nin incelemesini etkilemez. Mahkeme başvurunun incelenmesinde kamu yararı görmezse başvurunun incelemeyi kaldırılmasına karar verebilir. Aksi halde incelemeye devam eder<sup>145</sup>.

Sözleşme tüm hak ve özgürlükleri kapsamına almamıştır. Hatta Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlı olduğunu söylemek mümkündür. Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklere ek protokollerle hak ve özgürlüklerin kapsamı genişletilmektedir. Mahkeme'de içtihatlarıyla, Sözleşme'de korunan haklar kapsamına giren yönleriyle bazı hak ve özgürlükleri de koruma altına alma yoluna gittiği görülmektedir.

Bireysel başvurularda AİHM'in konu bakımından yetkisi devlet başvurularına oranla daha sınırlıdır. Sözleşmeye her türlü aykırılık devlet başvurularına konu olabileceği halde, bireysel başvurularda Sözleşme ve protokollerde garanti altına alınan haklara ilişkin olarak başvuru yapılabilir.

Sözleşmeciler devletin yetki alanı içerisinde bulunan herkes Sözleşme'nin getirdiği güvenceden yararlanabilecektir. Bu anlamda, başvuruda bulunacak kişilerin vatandaş, vatansız, sözleşmeciler devlet vatandaşı, sözleşmeciler olmayan devlet vatandaşı olmasının başvuru açısından gerekli değildir. Aynı şekilde başvuru yapanın, hakkında başvuru yapılan devlet ülkesinde yerleşmiş veya ikamet etmesi gerekmemektedir. Önemli olan Sözleşme'de düzenlenen bir hak ve özgürlüğün ihlali ile Sözleşmeciler devlet tasarrufu arasında uygun nedensellik bağının varlığıdır.

Gerek bireysel başvurular gerekse devlet başvuruları sözleşmeciler devlete karşı yapılır. Sözleşmeciler devletler, kendi yetki alanı içindeki ihlallerden sorumludur. Yetki alanı, sadece anayasal sınırlar içindeki ihlalleri değil, kamu gücünün kullanılması sonucu ülke dışında doğan ihlalleri de kapsamaktadır. Ayrıca, ülke dışında kamu gücünün kullanılması bir anlaşmaya dayanmasının da bir önemi yoktur. Devletler bu ihlallerden de sorumludurlar<sup>146</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre, sözleşmeciler devletler, kendi yargı yetkisine tabi herkese, Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü altındadır. Söz konusu kişi Sözleşme'ye taraf olan devletin yetki alanında bulunmalıdır. Yani onun hakimiyet alanında bulunmalıdır. Mahkeme yetki alanı kavramı da geniş bir biçimde yorumlanmaktadır. Bu kavram,

<sup>145</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 36.

<sup>146</sup> GÖZÜBÜYÜK- GÖLCÜKLÜ, s. 46.

hakkında başvuru yapılan ülkenin uluslararası hukukun geleneksel kavramlarıyla sınırlı değildir.

Mahkeme'nin zaman yönünden yetkisi, Sözleşme ve Protokolların yürürlüğe girmesi ile başlamaktadır. Sözleşme'nin ilgili devlet açısından yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan fakat Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da devam etmiş, ya da devam etmekte olan ihlallere ilişkin başvuru, Sözleşme'nin ilgili devlet açısından yürürlüğe girmesinden önceki aşaması bakımından, zaman bakımından yetkisizlik nedeni ile reddedilmekte; Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonraki aşaması ise zaman yönünden yetki içinde görülmektedir. Andlaşmaların geriye yürümezliği ilkesi AİHS içinde geçerlidir. Ancak Mahkeme sürekli ihlal durumlarında bu kuralın geçerli olmadığını kabul etmekte ve zaman bakımından yetkisilik nedeniyle başvuruyu reddetmemektedir.

#### **KAYNAKÇA**

ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004

ANDREOTTI, Onur, "Ulusal Mevzuatın Bir Parçası Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Avrupa Konseyi'ne Üye Ülkelerde İnsan Haklarına Saygının Gözetilmesi İçin Bir Kontrol Mekanizması Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://www.abgm.adalet.gov.tr.11.12.2005>

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2005

AYBAY, Rona, "AİHM'nin İş Yükünün Azaltılması İçin Bir Öneri: Zorunlu Uzlaştırma", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 67, Kasım/Aralık 2006, s. 111- 120.

AYGÜN, Ahmet Şinasi, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 35: Kabul Edilebilirlik Koşulları", <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde35.htm.21.11.2006>

BİÇAK, Vahit, "Yeni Yapısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", <http://www.geocities.com/vbicak/art2.htm.17.11.2005>

BİLEN, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Çerçevesinde Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", [http://www.danistay.gov.tr/4-AIHS\\_ve\\_AIHM.htm.15.12.2006](http://www.danistay.gov.tr/4-AIHS_ve_AIHM.htm.15.12.2006)

BİLİR Faruk, "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", S.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, Yıl: 2005

BİLİR, Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol" AÜHFD, Cilt: 55, Sayı:1, 2005, Ankara 2006

BOZKURT, Enver- KANAT, Selim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Elkitabı, Ankara 2004

BOZKURT, Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslar Arası Hukukun Rolü, Ankara 2003

ÇALIŞKAN, Bilal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Uyarınca Yargılamanın Yenilenmesi”, [http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18\\_sayi.htm](http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/18_sayi.htm).8.11.2006.

ÇAVUŞOĞLU, Naz, İnsan Hakları Mahkemesi: Kararların Uygulanması, Türkiye Kararları, İstanbul 2003

DEMİREL, Naim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Yapılan Bireysel Başvurular İçin Gerekli Şartlar”, <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/avrupainsanhaklari.htm> 29.11.2005.

DOĞAN, Naci, “11 Nolu Protokol Bağlamında Avrupa Konseyi Denetim Sisteminin Kurumsal Yapı ve Yargısal İşleyişi Açısından Kazanımları”,

DOĞRU, Osman, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri”, Anayasa Yargısı17, Ankara 2000

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, Ankara 2003

DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması, Ankara 2003

DUTERTRE, Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar, [http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/awareness/7.\\_special\\_projects/key\\_case\\_law\\_extracts\\_turkish.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf).12.11.2006.

ERDEM, Mustafa Ruhan- KORKMAZ, Ömer, “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İhlali”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, 2003

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukuku, Ankara 2005

ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2004

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “11 Nolu Protokol'den Sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Yeni Türkiye (İnsan Hakları Özel Sayısı II), Temmuz-Ağustos 1998, Yıl:4, Sayı:22

GÖZLER, Kemal, “Bireysel Başvuru ve Kıbrıs Sorunu”, <http://www.anayasa.gen.tr/loizidou.htm>.12.01.2007

- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2004
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005
- KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 2005
- KARAHANOGULLARI, Özlem ERDEM, “Avrupa Konseyi ve İdare Hukuku”, [http://www.danistay.gov.tr/5-AK\\_ve\\_idare\\_Hukuku.htm](http://www.danistay.gov.tr/5-AK_ve_idare_Hukuku.htm).12.11.2006
- KILINÇ, Bahadır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, Ankara 2006
- KÜZECİ, Elif, “AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, [http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma\\_Metinleri/Kuzeci.pdf](http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma_Metinleri/Kuzeci.pdf).04.12.2006
- MADRA, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1981
- MEMİŞ, Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000
- ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004
- ÖZERSAY, Kudret, “Avrupa Birliği Normları ve AİHM Kararları Çerçevesinde Kuzey Kıbrıs”, <http://www.dispolitikaforumu.com/aacd.doc>.10.01.2007
- SARI, H. Gürbüz, “Ermeni Soykırım İddiaları İnkâr Yasağı ve İfade Özgürlüğü”, Güncel Hukuk, Aralık 2006/12
- SIMMONS, Alan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine Başvuru, (Çev. Defne Orhun), İstanbul 2005
- SOFUOĞLU, Cem Murat, “ Herşeyin Başladığı ve Herşeyin Bittiği Kent Nüremberg”, Güncel Hukuk, Aralık 2006/12
- SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara 2001
- SÜHEYL, Batum, [http://www.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon\\_id=7&ana\\_id=](http://www.bahcesehir.edu.tr/index.php?sablon_id=7&ana_id=)
- ŞAHBAZ, İbrahim, “AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç Hukukta Uygulanması”, <http://www.yargitaycb.gov.tr/>.8.11.2006.
- TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2002

TEZCAN, Durmuş- ERDEM, Mustafa Ruhan- SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004

TEZCAN, Durmuş, “Avrupa İnsan Hakları Yargısı ve Türkiye İle İlgili Kararlar”,

TUNÇ, Hasan, “Uluslararası Hukukta Gerçek Kişinin Sijeliği Sorunu Çerçevesinde Bireysel Başvuru Hakkı”, Polis Dergisi Cumhuriyet’in 80. Yılına Armağan, Yıl: 9, Sayı: 36, Temmuz- Ağustos- Eylül 2003

TÜRMEEN, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuza Etkileri”, Anayasa Yargısı 17, Ankara2000

ÜLGEN, Celal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yöntemi, İstanbul 2006

ÜNAL, Şeref, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2001

ÜNAL, Şeref, Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku, Ankara 1997

WİLDHABER, Luzius, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Luzius Wildhaber’in 25 Nisan Günü Ankara’da Anayasa Mahkemesi’ndeki Konuşması”, (Çev. Mehmet Turhan), Anayasa Yargısı 17, Ankara 2000

YAMANER, Melike Batur, “Ermeni Soykırımını İnkâr Suçu AİHM’i Bekleyen Zorlu Sınav”, Güncel Hukuk, Kasım 2006/11

YILDIRIM, Kadir, “Sözleşmenin ve Divan Kararlarının Uygulanma Niteliği”, Anayasa Yargısı17, Ankara 2000

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. II, Sayı:1, Mayıs 1994





## **Makaleler**

---

**Ekonomi - Maliye**



## SİYASİ YOZLAŞMA KAVRAMI VE KAMU EKONOMİSİ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Okan TAŞAR\*

### ÖZET

Günümüzde, gelişmiş ve demokratik olarak kabul edilen pek çok ülke de dahil olmak üzere, siyasi yozlaşma bütün toplumlarda yaşanan bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Siyasi süreç içerisinde yer alan aktörlerin, çıkarlarını gerçekleştirmek amacıyla mevcut normları ihlal edici davranışları siyasi yozlaşma, eylem boyutu ise yolsuzluk olarak tanımlanmaktadır. Siyasi yozlaşma ise; kamu gücünün ve kamu kaynaklarının, özel fayda için yasadışı kullanılması olarak ifade edilmektedir.

Kamu ekonomisi ve kamu kaynakları üzerinde karar verici konumunda bulunan siyasi iktidarların bu tür faaliyetleri, siyasi yozlaşmayı kilit sorun haline getirmektedir. Özellikle kıt kamu kaynaklarının özel çıkarlara yönelik kullanımı, ekonomileri istikrarsız bir süreç içerisinde sokmaktadır. Kamu harcamalarının rasyonaliteden uzak, siyasi çıkarlar uğruna kullanılması, kamusal hizmetlerin genel ekonomi politikalarına uygun olarak üretilmesine engel oluşturmaktadır. Bu durum ise; toplumların devlete olan güven duygularından, bütçe açıklarına; kaynak israfından, ekonomik istikrarsızlıklara, geniş bir çerçevede önemli sorunlara yol açmaktadır.

Bu çalışmada; siyasi yozlaşmanın kamu harcamaları üzerinde yol açtığı artışlar ve bütçe hedefleri ile gerçekleşen harcama rakamları arasındaki ilişkiler, özellikle seçim dönemleri açısından incelenmektedir. Siyasi yozlaşma kavramının, kamu harcamalarının artışını etkileyen faktörlerden birisi olarak benimsenmesi, kamu kaynaklarının rasyonel kullanımı noktasında önem taşımaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Ekonomi, Kamu Ekonomisi, Siyasi yozlaşma, yolsuzluk, kamu harcamaları

### ABSTRACT

In our time political corruption is an ongoing process to be dealt with in all societies including so called democratic and developed countries. Political corruption is such a behavior that breaks the legal norms for providing an interest to the actors taking place in the political process, and the practice of it

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ekonomi-Maliye Bölümü Öğretim Üyesi.

defined as malpractice (or illegality). Political corruption is described as using illegally public authority and public resource.

By such activities of political actors who are in power and have a right of making decision on the public economy and national resources, the political corruption turns into a key question. In particular, the use of the resources, already insufficient, in favor of private interests creates instabilities within the economies. The use of public expenditures irrationally and for getting political interests prevents to produce public services in accordance with the general laws (principles) of economy. These malpractices give way to many other major problems, such as question of trusting to the state, of budget deficit, of wasting resources, economic instabilities.

In this study, it is examined effects on level of public expenditure of political corruption and relation between budget expenditure targets and realization level of expenditure targets as regard to specially election periods. This is assumption that the concept of political corruption is one of principal factors which have effect on increasing of public expenditure and thus, is extremely important in connection with using rationally public resource.

#### **Keywords**

Economy, Public Sector, Political corruption, Budget Expenditures

#### **GİRİŞ**

Tüm zamanlarda ve tüm mekanlarda; bütün uygarlıkların sözlüklerinde var olan “yozlaşma”, taş yazıtlardan günümüz gazetelerine uzanan, derinliğini ve genişliğini hala tartıştığımız ama varlığından emin olduğumuz bir kavramdır. Bir şarkının sözlerinde ya da bir spor karşılaşmasında yaşanan olumsuz gelişmeler derhal ve oldukça bilimsel bir yaklaşımla, yozlaşma olarak tanımlanmaktadır.

Kabul edilmelidir ki bütün bir toplum tarafından benimsenen ve böylesine yoğun kullanılan bir kavramın, sosyal bilimlerin oldukça geniş çerçevesinde incelenmesi, özelleştirilmesi kolay olmayacaktır. Ancak birbirinden ayrılması asla mümkün olmayan iki alan; politika ve ekonomi belki de yozlaşmanın en tehlikeli ve yok edici sonuçlarını hazırlayan zemin olarak, böylesi bir incelemeyi kaçınılmaz kılmaktadır. Mekan açısından var olan böylesi bir zorluk, zaman açısından da mevcuttur. Zira yozlaşma, sadece içinde bulunduğumuz dönemin değil, bütün bir insanlık tarihinin kavramıdır. Bu nedenle yozlaşma günümüze özgü bir kavram olarak değerlendirilemeyeceği gibi, “başlangıcı” ve “sonu” da net bir şekilde belirlenemeyecektir.

## I.YOZLAŞMA KAVRAMI

### A.Deyimsel Açıdan Yozlaşma

Farklı kültürlerde ve hayatın farklı alanlarında bir takım bozulmaları, olumsuz anlamdaki değişimleri tanımlayan bir sözcük olarak “yozlaşma” deyimini kullanılmaktadır. Farklı kelimelerle ifade edilmesi mümkün olmakla birlikte bu sözcük, yaşanan sürecin özelliklerini, olumsuzluklarını ve tehlikelerini fazlasıyla tanımlama gücüne sahiptir. Bu nedenle “yolsuzluk”, “bozulma”, “çürüme”, “dejenerasyon” gibi terimlerin yerine kullanılması oldukça doğal ve hatta çok daha etkilidir.

Kültürümüzde “yoz” kelimesi; soysuz, kaba, adi, bayağı, kısır anlamında kullanılmakta ve herhangi bir alanda karşı karşıya kaldığımız bozulma, çürüme, olumlu niteliklerin kaybedilmesi sürecini tanımlamaktadır.

En genel tanımıyla yozlaşma; ekonomik, sosyal, siyasi, kültürel v.b. herhangi bir alanda mutlak genel geçerli davranış kalıplarından uzaklaşma veya bozulmadır. Elbette böyle bir tanımlamada öncelikle genel geçerli davranış kalıplarının neler olduğu ve bunların belirlenmesinde hangi kriterlerin dikkate alındığı tartışma konusu olmaktadır. Özellikle zaman boyutunda, bir dönemin davranış kalıplarıyla başka bir dönemin geçerli davranış kalıpları arasında ortak ölçütler bulunması oldukça zor olacaktır. Dolayısıyla yozlaşmanın tanımlanmasında mutlak surette belli bir standarttan söz edilmesi gerekmektedir.

Her ne kadar böyle bir standardın belirlenmesi başka bir zorluğu oluştursa bile yozlaşma; “konumu belli bir otoriteye dayanan kişinin – kendisinden beklenen veya temsil ettiği- kullandığı otoriteye uygun davranış standartlarından, haksız kişisel yarar elde etmek veya benzeri bir nedenle sapmasıdır.”<sup>886</sup> Yapılan tanımlamada ifade edilen “standart” teriminin dışında dikkat çeken bir diğer terim “otorite”dir. Otorite ifadesinin bir “güç”ü tanımladığını benimseyecek olursak yozlaşma; güç sahibi kişinin uygun davranışlardan sapması anlamını beraberinde taşıyacaktır. Başka bir tanımlamada ise yozlaşma; “özel tercihlerin belli bir grup veya kesimin çıkarları doğrultusunda ve toplum açısından olumsuz gelişmelere yol açacak şekilde, yüksek ahlaki değerlerden ve yasalardan kaçınmak suretiyle kamu gücünün kullanılması”<sup>887</sup> olarak ortaya konmaktadır. Yapılan tanımlamada “kamu gücü” ifadesi büyük ölçüde “devlet” kavramıyla örtüşmektedir. Bu noktada yozlaşma ile ilişkili literatür genellikle devlet yapısı ve devlet gücünü temsil eden kişiler (politikacı-bürokrat) ve bu kişilerin çıkar sağlama girişimleri üzerinde

<sup>886</sup> Mustafa Erdoğan, “Siyasal Yozlaşma ve Türkiye Örneği”, **Yeni Türkiye**, Sayı:13, 1997, s.161.

<sup>887</sup> Carl Friedrich,, “Yolsuzluğun Tarihi”, çev. A. Burçin Yereli, A. Eker, C. C. Aktan (ed), **Politik Yozlaşma ve Rant Kollama**, Ankara:1994, s.7.

yoğunlaşmaktadır. Hatta neredeyse yozlaşma kavramı; “refah devleti kimliğinde doğan yeni görevler ve siyasi-idari yapının aşırı merkezileşmesiyle, takdir yetkisinin genişlemesi, kontrolünün güçleşmesi sonucunda oluşan bir süreç”<sup>888</sup> olarak ortaya konmaktadır. Dolayısıyla bu noktada yozlaşma kavramı, bütünüyle siyasi bir boyut kazanmakta ve belki de “siyasi yozlaşma” özel bir terim olmaktan ziyade genel kavram haline dönüşmektedir.

### **B. Siyasi Yozlaşma**

Son yıllarda siyasi yozlaşma, Batı Avrupa demokrasileri de dahil olmak üzere pek çok ülkede kilit sorun haline gelmektedir. Örneğin; “İtalya, İspanya, Belçika, Fransa, Almanya, Yunanistan gibi ülkelerde siyasi partiler sistematik bir şekilde kendi çıkarlarına yönelik olarak kamu yönetimini istismar etmektedirler.”<sup>889</sup> Aynı durum, Türkiye gibi, demokratik kurumların oluşumu açısından tam bir istikrarın sağlanmadığı ülkelerde, haliyle daha büyük bir sorun haline dönüşmektedir. Bu noktada siyasi yozlaşma kavramının tanımlanması ve işleyiş sürecinde etkili olan faktörlerin belirlenerek, özellikle politik aktörlerin rollerine yönelik analizlerin gerçekleştirilmesi, en azından bu sürecin yavaşlatılmasına, daha iyimser bir yaklaşımla durdurulmasına zemin hazırlayacaktır.

#### **1. Siyasi Yozlaşma Kavramı**

Siyasi yozlaşma (political corruption) her şeyden önce siyasi kararların alınmasıyla ilişkili bir sistem analizi gerektirmektedir. Her ne kadar bütün siyasi sistemlerde varlığı tartışılmaz olsa bile, özellikle demokratik toplumlarda kamuoyunun gündeminde yer işgal edebilmektedir. Muhtemelen düşük gelirli ülkelerde daha yaygın olmasına rağmen, tüm politik sistem türlerinde farklı şekillerde ve derecelerde ortaya çıkan siyasi yozlaşma; “ kamu rollerinin ve kaynaklarının özel fayda için yasadışı kullanılması”<sup>890</sup> olarak tanımlanmaktadır. Benzer bir yaklaşımla siyasi yozlaşma; “kuralları ihlal ederek, kişisel çıkarlar için kamu gücünün kullanılması eylemidir.”<sup>891</sup> Bu tanımlama çerçevesinde yozlaşmanın ortaya çıkması ve sürmesi açısından en az üç gerekli şart net bir

---

<sup>888</sup> Vural F. Savaş, “Görünmez El, Rasyonellik ve Yozlaşma: Liberal Yaklaşım”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Kitap:8, s.194.

<sup>889</sup> Jonathan Hopkin, “Political Parties, Political Corruption and The Economic Theory of Democracy”, *Crime, Law&Social Change* 27, 1997, s.255.

<sup>890</sup> Randal J. Verbrugge, “Nonergodic Corruption Dynamics”, **Journal of Public Economic Theory**, 8, 2006, s. 219.

<sup>891</sup> Toke S. Aidt, “Economic Analysis of Corruption: A Survey”, **The Economic Journal**, 113, November 2003, s.632.

şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; “takdir yetkisi gücü, ekonomik rantlar ve zayıf kurumlar”<sup>892</sup> olarak sıralanmaktadır.

Demokrasilerde karar alma süreci, seçmen- bürokrat- politikacı üçgeninde işletilmektedir. Bu aktörler aynı zamanda siyasi yozlaşmanın hem tanımını hem de taraflarını oluşturmaktadırlar. “Politik karar alma mekanizmasında yer alan seçmen, bürokrat, politikacı, çıkar ve baskı gruplarının özel çıkar sağlama amacıyla, toplumda var olan hukuki, dini, ahlaki ve kültürel normları ihlal edici davranış ve eylemlerde bulunmaları politik yozlaşma olarak tanımlanmaktadır.”<sup>893</sup>

Siyasi yozlaşmanın her bir tanımında kamu gücü ve bu gücün standartlara veya kurallara aykırı bir şekilde kullanılmasına vurgu yapılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında ise kamu gücünün kullanımında politikacı ve bürokratlar ön plana çıkarken, yasadışı kullanımı noktasında zorlayıcı olarak seçmenler veya organize olmuş şekliyle çıkar ve baskı grupları açığa çıkmaktadırlar. Bu aktörler tamamen siyasi yozlaşma sürecini oluşturan taraflardır. Tam da bu noktada siyasi yozlaşma bir mübadele işlemi olarak tanımlanmaktadır. “Yozlaşma olarak tanımlanan herhangi bir davranış, özellikle bir “değişim” işlemidir ki, bir alan (müşteri) bir de satan (kamu gücünü temsil eden kişi) bulunmaktadır.”<sup>894</sup> Tamamen gizli ve isteğe bağlı, tarafların karşılıklı rızasıyla gerçekleşen bu süreçte siyasi partiler ve baskı grupları, tekil olarak politikacı ve seçmenler başrolleri paylaşmaktadırlar.

## 2. Siyasi Yozlaşmanın Aktörleri

Öncelikle devletin ekonomideki rolü ile çok yakından bağlantılı olan siyasi yozlaşma, siyasi parti-iktidar ve seçmen-çıkarcı etkileşimi içerisinde oluşmaktadır. “Siyasi yozlaşma sürecinin etkin olduğu bütün ülkelerde iktidar kavramı veya gücü, siyasi partilerce toplumun geliştirilmesinde bir araç olarak değil de, yandaşlarını tatmin edecek bir ganimet olarak algılanmaktadır.”<sup>895</sup> Bu algılama şekli siyasi partilerin yozlaşma süreci içerisinde oynadığı rolün en önemli dayanak noktasıdır. Siyasi partilerin iktidar yapısı içerisinde kendi maddi çıkarlarına yönelmesi ve bu çıkarların kamu kaynakları ve kamu gücünün kullanımını doğrudan belirlemesi, siyasi yozlaşmayı istenmeyen bir sonuç olarak ortaya çıkarmaktadır. Buna ek olarak; iktidar yapısının bir’den fazla siyasi partiden oluşması durumunda, tamamen güç ve çıkar pazarlıklarına dayalı bir koalisyon yönetimini gündeme getirmektedir. Bu durum ise büyük ölçüde

<sup>892</sup> Aıdt, a.g.m., s.632.

<sup>893</sup> A.Yılmaz Gündüz, “Demokratik Süreç İçerisinde Politik Yozlaşma ve Rant Ekonomisi”, **Banka ve Ekonomik Yorumlar**, Yıl:3, Sayı:10, 1996, s.7.

<sup>894</sup> Savaş, a.g.m., s.207.

<sup>895</sup> Gündüz, a.g.m., s.42.

siyasi yozlaşma sürecini ağırlaştırarak farklı bir faktör olarak ifade edilebilmektedir.

Ayrıca siyasi parti sayısının çok olması bunun da “siyasi rekabet özgürlüğü”<sup>896</sup> kavramıyla tanımlanarak, demokrasinin vazgeçilmez şartı olarak kabul görmesi, yozlaşma sürecinde siyasi partilerin etkinliğini arttırmaktadır. Açıkçası, siyasi parti sayısının fazlalığı demokrasilerde siyasi rekabeti artıran ve denetim mekanizmalarının işleyişini kolaylaştıran bir unsur olarak görülebilir ancak diğer taraftan çıkar çatışmalarının boyutlarını arttırıcı bir etkiye de sahip olacağı iddia edilebilir.

Siyasi rekabet içerisinde çok sayıda siyasi partinin varlığı ve bu partilerin faaliyetlerinde ihtiyaç duydukları finansman kaynaklarına ulaşmada kullandıkları araçlar siyasi yozlaşma sürecinde temel ve önemli faktörlerdir. Özellikle esas finansman kaynaklarının “hazine yardımları” olduğu dikkate alınır, siyasi partilerin kamu kaynakları üzerindeki varlığı bir derece daha önem kazanmaktadır. Belki de sadece bu kaynağın elde edilmesine yönelik olarak siyasi parti oluşumlarının yaşanması bile mümkün olabilecektir.

Türkiye’de 2004 - 2005 döneminde siyasi yapılanmalar incelendiğinde somut bazı örnekler ortaya konabilir. Yasal düzenlemelerin gerektirdiği bir dizi kritere ulaşabilme noktasında “milletvekili transferleri” ve grup kurma çabaları, tartışmaları da beraberinde getirmektedir.<sup>897</sup> Bu yaşananların siyasi yozlaşma kavramıyla bire bir örtüştüğünü söylemek yanlış bir ifade olmayacaktır. Toplum iradesini yansıtmaktan uzaklaşan, tamamen maddi bir takım ayrıcalıkları ve kamu gücünün kullanımını hedefleyen, kamu kaynaklarının etkin kullanımını ortadan kaldıran kısaca ekonomik, sosyal, ahlaki açılardan olumsuz etkileri ifade eden bu tür gelişmeler, siyasi yozlaşmanın doğrudan tanımını oluşturmaktadır.

“Türkiye’de siyasetle uğraşmanın maddi anlamda yüksek faturaları içermesi, seçim dönemlerinde adayların harcamalarında sınırlarını aşması ve siyasi parti-aday bütünleşmesiyle oy ticaretine yönelmesi siyasetle uğraşmayı pahalı hale getirmektedir. Bu yapılanma, aynı zamanda parlamento’nun şaibe

---

<sup>896</sup> Coşkun Can Aktan, **Siyasi Yönetim Biçimleri ve Demokrasi**, Konya: Çizgi Kitabevi, 2005, s.11.

<sup>897</sup> Bu ifadeden benzer davranışların daha önceki dönemlerde ortaya çıkmadığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Tam tersine Türkiye’nin siyasi geçmişinde milletvekili transferleri, sadece grup kurarak hazine yardımı alabilme veya Meclis’e girebilme noktasında değil, daha da önemlisi iktidarı elde edebilmek veya hükümeti düşürebilmek amacıyla toplu halde transferler yoluyla da yaşanmıştır.



altında kalmasına zemin hazırlamaktadır.”<sup>898</sup> Seçim dönemlerinde gerçekleşen harcamaların, iktidar döneminde kamu kaynaklarının kullanılması suretiyle finanse edilmesi ihtimali bile, yozlaşma sürecini hızlandırmaktadır.

Özellikle gelişmiş olarak nitelendirilen demokrasilerde daha yoğun olmak kaydıyla “bağış ve yardımlar” siyasi partilerin finansman kaynağı olarak kullandıkları bir başka araçtır. Bu noktada ise; yönü, boyutu ve etkileri daha farklı olan diğer aktör, “çıkar ve baskı grupları” siyasi yozlaşma sürecine dahil olmaktadır. Bu kavram da en az hazine yardımı uygulaması kadar siyasi yozlaşmayı nitelendirmektedir. Zira “çıkar ve baskı gruplarının hükümet politikaları üzerinde belirleyici olma çabaları –tıpkı hazine yardımı uygulamasında olduğu gibi- ekonomik, sosyal ve ahlaki yönden olumsuz bir dizi gelişmeye yol açmaktadır. Örneğin, çıkar ve gruplarının bir kesimin çıkarlarını temsil etmesi ve taleplerini politik karar aşamasına getirmesi, toplum açısından bu sürecin maliyetinin geniş toplum tabakalarına yansımaya yol açmaktadır.”<sup>899</sup> Bu tür bir ekonomik maliyetin yanı sıra toplumun yönetime duyduğu güveni ve adalet beklentisini büyük ölçüde erozyona uğratan siyasi parti-çıkar grubu ilişkisi, siyaset ve siyasetçi kavramının da yıpranmasına başka bir deyişle yozlaşmasına yol açmaktadır.<sup>900</sup> Ayrıca politik sisteme duyulan güvenin erozyona uğraması, kamu kurumlarında algılanan yüksek yolsuzluk oranlarıyla birleştiğinde, “siyasal yabancılaşma”<sup>901</sup> kavramını beraberinde getirmektedir. Nitekim, ankete katılan kişilerin yüzde 25’inden fazlası var olan partilerden hiçbirine oy vermeyeceğini ifade etmektedir.

“Çoğunlukla seçim dönemlerinde, siyasetçilerin “alımı ve satımı” siyaset pazarının karanlık tarafını oluşturmaktadır. Bu süreç genelde iki şekilde oluşmaktadır; çağdaş (kanunların öngördüğü şekilde) ve kanun dışı (el altından para vermek, tatil kentleri ziyareti, sofra düzenlemesi ve daha birçok şekilde).

<sup>898</sup> Hüseyin Yayman, “Siyasal Kültür ve Siyasal Yozlaşma” **Yeni Türkiye**, Sayı:13, 1997, s.705.

<sup>899</sup> Hakan Ay, “Ekonomi Politikalarını Oluşturmada Baskı ve Çıkar Gruplarının Rolü”, Vildan Serin (Ed), **İktisat Politikası**, İstanbul:Afa Yayınları, 1998, s.473.

<sup>900</sup> Bu konuda Türkiye’de gerçekleştirilen pek çok ankette en çok yıpranan kurum olarak siyaset kurumları gösterilirken güven sıralamasında “siyasetçi”, en az güven duyulan unsur olarak tanımlanmaktadır. Örneğin; siyasi partilere güvenenlerin toplumun sadece yüzde 10’unu oluşturduğu TESEV tarafından 2001 yılında hazırlanan bir raporla ortaya konmuştur. Bu konuda bakınız:F.Adaman, A. Çarkoğlu, B. Şenatalar, **Hanehalkı Gözünden Türkiye’de Yolsuzluğun Nedenleri ve Önlenmesine İlişkin Öneriler**, Tesev Yayınları 24, 2001, s.134.

<sup>901</sup> F. Adaman, A. Çarkoğlu, B. Şenatalar, a.g.e.,s.136.

Kanun dışı finanse etmek; siyasi toplulukları ayakta tutmak için çeşitli örgüt ve kesimlerden kanun dışı para transferi anlamını taşımaktadır. Çıkar ve baskı grupları, özellikle getirisi büyük olan piyasalara girerek, rakiplerini siyasi baskı ile saf dışı bırakmaktadırlar. Bu tekelleşme; devlet veya özel toplumların kazandıkları çift yönlü bir siyasi yozlaşma türü olarak tanımlanmaktadır.”<sup>902</sup>

Siyasi yozlaşma sürecini belirleyen faktörlerin büyük bir çoğunluğu siyasi partiler-çıkar grupları etkileşiminde belirginleşmektedir. Özellikle “Türkiye ve ekonomik yapı olarak benzer özellikler gösteren gelişmekte olan ülkelerde siyasi yozlaşma; politikacıların seçim kazanmak için kamu otoritesini ve kaynaklarını ekonomik rasyonaliteden uzak bir şekilde çevrelerine dağıtmalarıdır.”<sup>903</sup> Siyasi yozlaşma, devlet yönetimi ve bürokrasi içerisinde bozulmalar yani rüşvet, kayırmacılık gibi davranış biçimlerinden farklı düşünülmeli ve “bürokratik yozlaşma” kavramından bu noktada ayrıştırılmalıdır. Dolayısıyla siyasi yozlaşma siyasi parti-iktidar-seçmen bağlantısıyla ifade edilmeli ve kamu kaynaklarının kullanımı ve dağılımıyla ilişkilendirilmelidir.

### 3. Yolsuzluk Kavramı ve Siyasi Yozlaşma Eylemleri

Yolsuzluk, genel olarak siyasi yozlaşma olarak tanımlanan kavramın özel boyutu olarak görülebilir. Daha açık bir ifadeyle yolsuzluk, siyasi yozlaşmanın popüler ifadesi veya kamuoyu tarafından bilinen yüzüdür. Toplumlar, siyasi yozlaşma sürecine özgü birçok eylemi yolsuzluk deyimi ile tanımlamaktadırlar. Bu nedenle yolsuzluk kavramının tanımlanması siyasi yozlaşma kavramının tanımından herhangi bir farklılık içermemektedir. Sadece “yolsuzluk siyasi yozlaşma kavramının ifade ettiği anlamdan daha dar bir anlama sahiptir ve siyasi yozlaşmanın birkaç türüne verilen isimdir.”<sup>904</sup> Dolayısıyla siyasi yozlaşma “kavram”, “yolsuzluk” ise eylem boyutu olarak ortaya konulabilir.

Bu noktadan hareketle siyasi yozlaşma eylemleri yani yolsuzluk çeşitleri; rüşvet, irtikap, iltimas, partizanlık, zimmet, rant kollama, hizmet kayırmacılığı, oy ticareti, lobicilik gibi ana başlıklarla ortaya konabilir. Ancak siyasi yozlaşma kavramının tanımı dikkate alınacak olursa; rüşvet, irtikap (zorla rüşvet), iltimas (adam kayırma) ve partizanlık, diğer yolsuzluk türlerinden daha baskın olarak karşımıza çıkmaktadır.

---

<sup>902</sup> Georgi Lübenov Manolov, “Siyaset Pazarının Karanlık ve Görünürdeki Yüzü”, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/11/14-georgi.htm>, 03.02.2005

<sup>903</sup> Mustafa Erdoğan, a.g.m., s.161

<sup>904</sup> Coşkun Can Aktan (Ed), **Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri**, Ankara:Hak-İş Yayınları, 2001, s.51.

Rüşvetin tanımı, yolsuzluk ve hatta siyasi yozlaşma kavramının tanımıyla büyük farklılıklar içermemektedir. Rüşvet; kamu görevlilerinin kamusal mal ve hizmet arzında görev yetkilerini kötüye kullanarak ayrıcalıklı işlem yapmaları ve bunun karşılığında çoğunlukla maddi veya manevi çıkar sağlamaları olarak tanımlanmaktadır. İşlemin hukuki niteliğine göre hafif ve ağır rüşvet olarak ortaya çıkan yolsuzluğun temel özelliği, her iki tarafında isteği ile gerçekleşmesidir. Bu noktada irtikap eyleminden farklılık sergiler. Zira irtikap taraflardan birinin rızası olmadan aynı işlemin gerçekleşmesi olarak ifade edilmektedir. Kamu görevlilerinin kamu gücünü kullanarak karşılarındaki, kişi veya kurumlardan zorla çıkar sağlamaları, tıpkı rüşvet gibi insanlık tarihinin en bilinen uygulamalarından birisidir. Kısaca, “yolsuzluk ve yoksulluk her zaman bizimle birlikte olacaktır.”<sup>905</sup> Rüşvet, irtikap, zimmet gibi yolsuzluk türlerinin siyasi yozlaşmanın eylem boyutu içerisinde bulunduğunu ifade etmekle birlikte yine de bu eylemlerin, daha önce de ortaya koyduğumuz gibi bürokratik yozlaşma kavramıyla özelleştirilmesi, siyasi yozlaşmanın tanınması noktasında önem taşımaktadır. Bu açıdan bakıldığında, siyasi süreç içerisinde daha anlamlı olan yolsuzluk türleri; siyasal kayırmacılık (partizanlık), patronaj, hizmet kayırmacılığı, oy ticareti olarak belirginleşmektedir.

Siyasi partilerin iktidara gelmelerinin ardından kendi üyelerine, seçmen gruplarına veya çıkar ve baskı gruplarına ayrıcalıklı işlem yaparak, bu kişi veya kurumlara haksız çıkar sağlamaları ise partizanlık olarak yolsuzluğun başka bir türünü oluşturmaktadır. Aynı süreçte siyasi partilerin üst düzey bürokratları görevden alarak, kendi yandaşlarını bu görevlere atamaları, hem çok bilindik hem de etkili başka bir siyasi yozlaşma eylemi olan “patronaj veya ganimet sistemi”<sup>906</sup> ni tanımlamaktadır.

Siyasi yozlaşmanın eylem yönünü oluşturan en önemli yolsuzluk türü “hizmet kayırmacılığı” olarak ortaya konulabilir. Çünkü bu yolsuzluk şekli, kamu ekonomisinin kaynak - harcama dengelerini belirleyebilme gücüne dayanmaktadır. Bu özelliği ile siyasi yozlaşmanın ekonomi üzerindeki etkilerini ortaya koymaktadır. “Hizmet kayırmacılığı, siyasi iktidarın gelecek seçimlerde iktidarını sürdürmek amacıyla bütçe tahsisatlarını, oylarını maksimize edecek şekilde seçim bölgelerine tahsis etmesi ve böylece bütçe kaynaklarını dengesiz kullanmasıdır.”<sup>907</sup> Parlamenter sistemlerin kendilerine özgü işleyişine göre değişmekle birlikte hükümet başkanı ve üyelerinin (bakanlar), kamu

<sup>905</sup> Wayne Sandholtz, William Koetzle, “Accounting for Corruption: Economic Structure, Democracy and Trade”, *International Studies Quarterly*, 44, 2000, s.31.

<sup>906</sup> Aktan, *Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri*, s.58.

<sup>907</sup> Aktan, *Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri*, s.59.

kaynaklarının kullanımı noktasında kendi seçim bölgelerine yönelik ayrıcalıkları ön planda tutmaları ve böylece seçilmelerini garanti altına alma çabaları kamu kaynaklarının tam ve etkin kullanımını engellemekte böylece ekonomi üzerinde olumsuz gelişmeleri beraberinde getirmektedir.

## II. SİYASİ YOZLAŞMANIN EKONOMİK ETKİLERİ

Siyasi yozlaşma farklı alanlarda üzerinde tartışılması gereken farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Toplumun ahlaki değer yargılarının değişmesinden, piyasa işleyiş yapısının bozulmasına kadar birbirinden farklı alanları ilgilendirmektedir. Ayrıca sosyal bilimler arasındaki yakın ilişki ve belirsiz sınırlar, bu sonuçların incelenmesini de zorlaştırmaktadır. Hukuki, felsefi, toplumsal, siyasi, idari, iktisadi yönleri aynı anda ve aynı kavramda incelemek, mutlaka bazı yönlerinin görmezden gelinmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bir sınırlama yapılacak olursa; siyasi yozlaşmanın en önemli ekonomik sonucu kıt olan kamu kaynaklarının ekonomik gelişme amacına yönelik olarak kullanılması yerine, politik baskılarla rasyonel olmayan alanlara aktarılmasıdır. İkinci olarak; monopol ayrıcalıkların, kamu ekonomisi lehine ve toplum menfaatine kullanılması amacından sapılarak, belirli ve güçlü baskı gruplarına haksız menfaat olarak dağıtılmasıdır. Son olarak ise; tüm bu gelişmeler nedeniyle bozulan ekonomik dengelerin istikrar ve güven unsurunu yok etmesidir.

Dikkat edilirse bu olumsuz etkilerin tamamı daha çok kamu ekonomisi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Elbette özel ekonomik birimlerin karar ve ekonomik davranışları üzerinde de siyasi yozlaşmanın etkileri olacağı ortadadır-her şeyden önce siyasi yozlaşmanın aktörleri düşünüldüğünde taraflardan birisi özel ekonomik birimlerdir- ancak doğrudan etkiler açısından kamu ekonomisi, siyasi yozlaşmanın olumsuz etkilerine daha açıktır. Kamu ekonomisi ifadesi aynı zamanda, siyasi yozlaşmanın ekonomi üzerindeki etkilerinin makro göstergelerle incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Öncelikle kamu kaynaklarının dağılımında temel belirleyici unsurun ekonomi politikalarının yöneldiği amaçlar olduğu unutulmamalıdır. Ekonomik gelişme, fiyat istikrarı, gelir dağılımı, sektörel planlama söz konusu amaçların bir kısmını oluşturmaktadır. Dolayısıyla yürütülen ekonomi politikasının amaçları aynı zamanda kamu kaynaklarının dağılımını da belirlemektedir.

Bu noktada siyasi yozlaşma kamu kaynaklarının kullanımında ekonomik gerçeklerden uzaklaşarak popülist ekonomi anlayışına geçilmesine basamak oluşturmaktadır. “Popülist ekonomi anlayışı, siyasi iktidarların ekonomi yönetiminde sahip oldukları insiyatifleri, kendi siyasi çıkarları doğrultusunda, muhalefete karşı hissedilir bir siyasi haksız rekabet unsuru olarak

kullanma eğilimleridir.”<sup>908</sup> Ayrıca bu anlayış içerisinde siyasi partiler “oy maksimizasyonu” çerçevesinde kamu kaynaklarını spekülâtif alanlara yönlendirmektedir. Yolsuzluk genellikle kamu gücünü elinde bulunduran bir aktörün sunacağı rantların varlığını gerektirmektedir. Bunun da ötesinde “kamu hizmetlerinin sağlanmasına yönelik piyasa yapısı öncelikle politik yapı tarafından belirlenmektedir. Bu durum ise özellikle çok sıkı kurallarla işleyen bazı sektörlerde kamu görevlilerinin yolsuzluk seviyeleri üzerindeki etkilerini arttırmaktadır.”<sup>909</sup> Bu ise uygulanmaya çalışılan ekonomi politikalarının tersine bir kamu kaynak kullanımına yol açmaktadır.

“Ekonomide böyle bir etkinsizliğe yol açan siyasi yozlaşmayı bütünüyle bir sosyal maliyet olarak kabul etmek mümkündür. Siyasi yozlaşma öncelikle ekonomide kaynak dağılımında ve kullanımında etkinsizliğe, ikinci olarak kamu harcamalarının artışına sebebiyet vermektedir.”<sup>910</sup> İlk etki piyasa işleyiş yapısını ve ekonomik gelişmeyi olumsuz bir yönde etkilerken, ikincisi bütçe açıklarına ve buna bağlı bir takım bozulmalara yol açmaktadır. Özellikle kamu ekonomisi açısından, bütçe hedeflerinden sapmalar ve kamu harcamalarının kompozisyonu özel bir önem taşımaktadır. Bu noktada siyasi yozlaşmanın varlığı temel olarak bütçe rakamlarında ortaya çıkmaktadır.

#### A. Kamu Harcamaları ve Siyasi Yozlaşma

Toplumsal nitelikteki ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak yetkili kamu birimleri tarafından gerçekleştirilen kamu harcamaları, genel olarak, zaman içerisinde sürekli artma eğilimine sahiptir. Bu artışlar “görünür” ve “gerçek” olmak üzere iki farklı şekilde incelenmektedir. Bütçe teknikleri, enflasyon, coğrafi sınırlar ve nüfus artışı görünürde kamu harcamalarının artışını tanımlarken, ekonomik, sosyal, teknolojik, askeri ve siyasi nedenler gerçek anlamda artışı belirleyen temel değişkenlerdir. Bu noktada siyasi nedenler “toplum bireylerinin oyları aracılığıyla isteklerini gerçekleştirmeleri için nüfuz kullanmaları ve aynı zamanda siyasi partilerin bu istekleri karşılamak için kamu harcamalarını artırmaları” olarak özetlenebilir. Bu gelişmeyi açıklamaya yönelik olarak “maksimizasyon yaklaşımı” ekonomi literatüründe genel olarak ifade

<sup>908</sup> Erdal Türkan, “Popülist Ekonomi Yönetimi Anlayışı ve Geniş Anlamda Siyasi Kirlenme”, **Yeni Türkiye**, Sayı:13, 1997, s.558.

<sup>909</sup> D.Ledermann, N.V. Loayza, R.R.Soarez, “Accountability and Corruption: Political Institutions Matter”, **Economics&Politics**, Volume 17, March 2005, s.6.

<sup>910</sup> Coşkun Can Aktan, **Politik Yozlaşma ve Kleptokrasi**, İstanbul:Afa Yayın, 1992, s.59.

edilmektedir.<sup>911</sup> Bu yaklaşımın dışında kamu harcamalarının artışı ve bu artışın nedenlerini açıklamaya yönelik yaklaşımların temelinde ortak noktaları yıllar itibarıyla kamu harcamalarının artış eğilimi içerisinde olduğu varsayımdır.

Bu noktada kamu harcamalarının artış eğilimi içerisinde siyasi yozlaşma ve siyasi nedenlerin ortaya konulabilmesi için özellikle seçim dönemlerinin izlenmesi gerekmektedir. Ancak Türkiye örneği açısından siyasi istikrar noktasında neredeyse her yıl erken, yerel veya genel seçim atmosferinin yaşanıyor olması, yapılan analizlerin anlamlarını olumsuz yönde etkilemektedir. Yine de makro göstergelerde yaşanan değişikliklerin ölçülmesi noktasında özellikle genel seçimler esas alınarak en azından değişim oranlarının incelenmesi mümkün olabilmektedir. Kabul edilmelidir ki; kamu harcamalarının artışında siyasi faktörlerin dışında bir takım farklı değişkenler mevcuttur. Gerek görünürde, gerekse gerçek anlamda kamu harcamalarının artışına yol açan faktörleri soyutlamak ve bu şekilde net rakamlara ulaşabilmek zor olsa da, sadece seçim dönemlerinde kamu harcamalarının artış eğilimi bir fikir verebilmektedir.

Örneğimizi oluşturan Türkiye ekonomisine ilişkin göstergeler ve bu göstergelerde özellikle seçim dönemlerine ait veriler, 15 yıllık bir zaman serisi esas alınarak düzenlenmekte ve bu döneme ilişkin dört genel seçim tarihi özellikle izlenmektedir. Türk siyasi hayatının geçirmiş olduğu evreler açısından da anlamlı olması bakımından 1990 yılından itibaren genel seçim dönemleri; 1991, 1995, 1999, 2002 olmak üzere ortaya konulmaktadır. Genel seçim dönemlerinin aylık olarak izlenmesi yerine, “seçim ekonomisi” uygulamalarının genel olarak yıllık dönemler için söz konusu olması nedeniyle, ekonomik göstergeler ve bütçe rakamları yıllık bazda ele alınarak incelenmektedir.

Diğer taraftan kamu harcamaları kavramının genişliği dikkate alındığında ise; kapsamın daraltılabilmesi açısından faiz ödemelerine ilişkin rakamlar yerine daha çok faiz dışı kamu harcamalarının seyri anlam taşımaktadır. Yine de fikir verebilmesi açısından Tablo 1’de faiz harcamalarının GSMH içerisindeki payı da ifade edilmektedir.

---

<sup>911</sup> Bu konuda daha geniş teorik bilgi için A. Akdoğan, **Kamu Maliyesi**, Ankara: Gazi Büro Kitabevi, 1993., Vural F. Savaş, , **Anayasal İktisat**, İstanbul: Avcıol Basım, 1997, C.C. Aktan, **Çağdaş Liberal Düşüncede Politik İktisat**, Ankara: Takav Mat., 1994.

**Tablo 1: 1990-2003 Konsolide Bütçe Harcamalarının GSMH İçerisindeki Payı (%)**

	Kamu Harcamaları/GSMH	Faiz Hariç	Faiz Ödemeleri
1990	17,21	13,69	3,52
1991	20,87	17,08	3,79
1992	20,42	16,77	3,65
1993	24,55	18,72	5,83
1994	23,21	15,54	7,67
1995	21,95	14,62	7,33
1996	26,45	16,45	10
1997	27,39	19,64	7,75
1998	29,18	17,43	11,54
1999	35,88	22,18	13,69
2000	37,19	20,91	16,27
2001	45,66	22,39	23,27
2002	42,30	23,33	18,97
2003	39,38	22,95	16,43
2004	33	20	13
2005	30	21	9

**Kaynak:** T.C. Maliye Bakanlığı Muhasebat Genel Müdürlüğü, **Kamu Hesapları Bülteni**

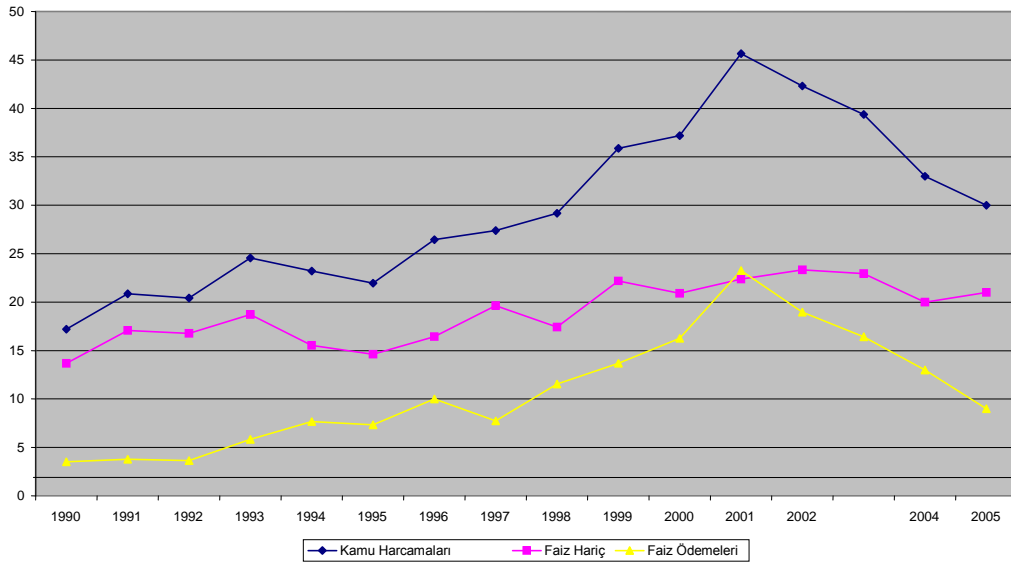
Tablo 1’de verilen kamu harcamalarının GSMH içerisinde payları özellikle genel seçim tarihleri açısından analiz edildiğinde; 1991 yılı için yaklaşık olarak yüzde 3.5 oranında bir artış sergilediği net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. 1995 genel seçimleri esas alındığında ise; bir önceki yıl içerisinde Türkiye Ekonomisi’nde yaşanan daralmanın olası etkisiyle birlikte azalma eğiliminde izleniyor olsa bile, 1993-1994 yılları arasında yaşanan yüzde 3’lük azalmanın hız kestiği ve seçim yılı itibarıyla azalma oranının yüzde 1’e gerilediği dikkate alınmalıdır.

1999 yılı genel seçimlerinde, kamu harcamalarının GSMH’ ya oranının -yine faiz dışı harcamalar izlendiğinde- yüzde 5’lik bir artışı içerdiği görülmektedir. Ancak dışsal bir değişken olarak, bu dönemin 17 Ağustos depremini kapsıyor olması, rakamın sağlıklı yorumlanmasını engellemektedir. Buna rağmen 1993-1994 dönemi için yüzde 2’lik bir oranda azalmanın ardından bu artış, siyasi nedenlerin etkisini en azından düşündürmektedir. Bu noktada ayrıca deprem sonrası döneme ilişkin özellikle Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile ilişkili bazı noktaların, daha sonraki dönemlerde hukuki yargılama sürecini oluşturduğu ve dolayısıyla siyasi yolsuzluk, çıkar sağlama, suistimal gibi

## Siyasi Yozlaşma Kavramı ve Kamu Ekonomisi

suçlamalarla ilgili kamu görevlilerinin karşı karşıya kaldıklarını unutulmamalıdır.<sup>912</sup> 2002 yılında ise, bir önceki yıla göre, kamu harcamalarının GSMH' ya oranı açısından yüzde 1'lik artışı gösterdiği, seçim sonrası dönemde ise yine azalma eğilimine girdiği ifade edilebilmektedir. Genel eğilimin net olarak izlenebilmesi için Grafik 1'de 1991-2005 dönemine ilişkin kamu harcamalarının GSMH içindeki payları ortaya konulmaktadır.

**Grafik 1: 1990-2005 Konsolide Bütçe Harcamalarının GSMH İçerisindeki Değişimi (%)**



Özellikle seçim dönemlerini oluşturan 1991, 1995, 1999, 2002 ve seçim dönemi olmasa bile 2001 tarihlerinin kamu harcamaları açısından eğilimi etkileyen anlamlı sıçramalar gerçekleştirmesi Grafik 1'deki temel özelliktir.

2002 yılı ve izleyen dönemlerde ise, uygulanan istikrar programı gereğince sıkı para- maliye politikaları, özellikle bütçe disiplini içerisinde kamu harcamalarının kısılması yaklaşımı, belirleyici olmaktadır. Mali disiplin içerisinde kamu gelirlerinden daha çok kamu harcamalarının belirleyici değişken

<sup>912</sup> Bu noktada siyasi ve hukuki gelişmeler, dönemin Bayındırlık ve İskan Bakanı Koray Aydın'ın Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatıyla yargılanmasını beraberinde getirmektedir.



olarak kullanılması, bu harcamaların titizlikle hem hükümet hem de Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından sürekli kontrol altında tutulmasını beraberinde getirmekte ve özellikle faiz dışı bütçe fazlası kavramını çok yoğun kullanılan bir göstergeye dönüştürmektedir. Ortalama olarak “faiz dışı fazla” oranını ise yüzde 5-6 gibi somut oranlara bağlamak ve bu oranı neredeyse “çapa”ya dönüştürme süreci, kamu harcamalarına yüklenen sorumluluğun en açık işareti olmaktadır. Merkez Bankası Para Piyasası Kurulu’nun 31 Ekim 2006 Salı günü basın organlarına yansıyan raporu ortaya konulan bu süreci tamamen destekler bir niteliktedir.<sup>913</sup> Merkez Bankası’nın 2007’ye ilişkin kamu harcamaları ile ilgili değerlendirmesinde, artış eğilimine dikkat çekilmekte ve seçim yılı olan 2007 ile ilgili kamu harcamaları “belirsiz” olarak tanımlanmaktadır. Bu yönde benzer açıklamalar IMF üst düzey yetkilileri tarafından da Türkiye’deki toplantılarda gündeme getirilmektedir.

Seçim dönemlerinin siyasi yozlaşmaya yönelik eylemler açısından en kritik dönemler olduğu rahatlıkla iddia edilebilmektedir. Özellikle hizmet kayırmacılığı kavramıyla daha önce tanımlanan siyasi yolsuzluk eyleminin, ekonominin geleceği açısından en kaygı verici gelişme olarak nitelendirilmesi bu noktada ortaya çıkmaktadır. Ayrıca “seçim ekonomisi”, “popülist ekonomi” kavramları da dikkate alındığında, siyasi yozlaşmanın kamu harcamaları üzerinde yol açtığı etkiler derinleşmektedir. Ancak siyasi yozlaşma- kamu harcamaları etkileşiminde rakam ve göstergelerin çok sayıda farklı değişkene bağımlı olması, sonuçların yorumlanması açısından anlamlı bağlantıları güçleştirmektedir. Bu nedenle bütçe rakamlarının tahmin- gerçekleşme karşılaştırması farklı bir gösterge olarak kullanılabilir.

### **B. Siyasi Yozlaşma ve Bütçe Hedeflerinden Sapmalar**

Kamu kaynaklarının ekonomi politikaları paralelinde, etkin ve rasyonel kullanılması açısından önemli bir fonksiyon ifade eden bütçe, hukuki formatı dikkate alındığında ise; kamu harcamalarının yapılmasına izin, kamu gelirlerinin toplanmasına yetki veren bir kanun niteliğindedir. Bu tanımlama bile, bütçelerin kamu ekonomisi içerisinde yerini ve önemini ortaya koymaktadır. Ancak siyasi yozlaşmanın kamu ekonomisi üzerinde yol açtığı bazı gelişmelerin izlenebilmesi açısından bütçelerin temel niteliği, öngörülerini içeren bir finansman planı olmasıdır.

Öncelikle bütçe, tahmini tutarlar üzerinden ekonominin makro büyüklüklerini ölçmektedir. Diğer taraftan, bu bütçe büyüklükleri uygulanan ekonomik programlara uyumlu ve gerçekçi olmak durumundadır. Bu iki özellik bütçe rakamlarının kamu ekonomisi içerisindeki anlamını arttırmaktadır. Bütçe hedeflerinde oluşan sapmalar, kamu harcamalarının gerçekleştirilmesi sürecinde

<sup>913</sup> Milliyet, 31 Ekim 2006 Salı.

uygulanan ekonomi politikalarından uzaklaşılması anlamını taşımaktadır. Yasama organının denetiminde yürütme organı tarafından uygulanan bütçe, hükümetlerin, kamu harcamalarının hacmini ve dağılımını belirlemesi esasına dayanmaktadır. Hatta bazı uygulamalar nedeniyle örneğin, bütçe dışı fon kullanımı ve harcama kalemlerinde bütçe içi transferler yoluyla kaynak dağılımının, siyasi amaçlara yönelik kullanımına yol açması da mümkün görülmektedir.

Siyasi partilerin iktidar olabilme veya iktidarda kalabilme amacına yönelik olarak bir dizi kamusal nitelikte mal ve hizmet üretimine ayrıcalık sağlama çabaları bütçenin öngörü-gerçekleşme sürecini etkileyebilmektedir. Açıkçası bu tür politik hesaplar siyasi yozlaşma kavramının tanımına uygundur. Yine de tam anlamıyla siyasi yozlaşmadan söz edilebilmesi için sağlanan ayrıcalıkların toplumun geneli esas alındığında “haksız” olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ne şekilde olursa olsun bir gruba sağlanan bir ayrıcalık veya kamu kaynaklarının kullanımı mutlak surette bir başka grubun alacağı kamu hizmetini etkileyebilecektir. Dolayısıyla siyasi yozlaşma, kamu kaynaklarının dağılımını toplumsal ve ekonomik hedeflerden uzaklaştıracaktır.

Bu noktada bütçe tahminleri ve dönem sonu bütçe gerçekleştirmelerinin izlenmesi, bütçe hedeflerinden sapma oranlarının belirlenmesi ve bu oranların genel seçim dönemlerinde izlediği eğilimin anlamlı olup olmadığının belirlenmesi, siyasi yozlaşmanın ölçümü açısından değilse bile etkilerinin tespit edilmesi boyutunda etkili olabilecektir.

Tablo 2’de 1990-2003 dönemlerini içerecek şekilde bütçe gider hedefleri ve gerçekleştirmeleri aktarılmıştır. Söz konusu tabloda kamu harcamalarında cari, yatırım ve transferler ayrımı esas alınmaktadır. Özellikle transfer harcamalarının izlediği seyir diğerlerine oranla daha dikkatle izlenmektedir. Transfer harcamalarının nitelikleri siyasi yozlaşma ve kamu kaynaklarının kullanımı noktasında önem kazanmaktadır. Genelde toplumsal yapıya ilişkin harcamaları içeriyor olması ve bunun dışında ekonomik, mali, siyasi amaçlara yönelik kaynak kullanımını ifade etmesi açısından transfer harcamaları diğerlerinden farklılık göstermektedir.

**Tablo 2: 1990-2003 Konsolide Bütçe Gider Hedef Gerçekleşme ve Sapmaları (milyar TL, %)**

Toplam Kamu Harcamaları			Cari Harcamalar			Yatırım Harcamaları			Transfer Harcamaları			
Hedef	Gerçekleşme	Sapma Oranı	Hedef	Gerçekleşme	Sapma Oranı	Hedef	Gerçekleşme	Sapma Oranı	Hedef	Gerçekleşme	Sapma Oranı	
1990	59.672	68.355	14.5512133	25.096	33.452	33,29614	8636	9882	14,42798	25940	25021	-3,54279
1991	96.065	132.401	37,82438974	48.907	60.536	23,77778	11971	19036	59,01763	35187	52827	50,13215
1992	207.867	225.398	8,433758124	103.321	114.443	10,76451	26890	32691	21,57308	77656	78264	0,78294
1993	397.180	490.438	23,48003424	179.726	205.448	14,31179	46226	57565	24,52949	171228	227425	32,81998
1994	818.840	902.454	10,21127449	332.887	347.262	4,318282	84575	77016	-8,93763	401378	478176	19,13358
1995	1.330.920	1.724.194	29,54903375	580.615	645.945	11,25186	85010	102989	21,14928	665295	975260	46,59061
1996	3.510.989	3.961.308	12,82598721	1.212.750	1.286.240	6,059781	238695	255356	6,980037	2059544	2419712	17,48775
1997	6.254.921	8.050.252	28,70269664	2.365.237	2.788.298	17,88662	495287	640134	29,24506	3394397	4621820	36,16027
1998	14.789.475	15.614.441	5,578061425	4.826.955	5.187.840	7,476453	1000375	999320	-0,10546	8959145	9427281	5,225231
1999	27.143.467	28.084.685	3,467567352	7.952.784	9.172.790	15,34062	1340593	1544427	15,20476	17850090	17367468	-2,70375
2000	46.713.341	46.705.028	-0,017795773	13.040.209	13.613.937	4,399684	2351784	2475116	5,244189	31321348	30615975	-2,25205
2001	48.360.006	80.579.065	66,62335608	16.049.781	20.448.022	27,40374	3469629	4149580	19,59722	28840596	55981463	94,10647
2002	98.131.000	115.682.350	17,88563247	28.783.230	31.107.959	8,076679	5735940	6891836	20,15181	63611830	77682555	22,11967
2003	146.996.389	140.454.842	-4,450141289	37.139.699	38.513.866	3,699995	8950125	7179667	-19,7814	1,01E+08	94761309	-6,09005

**Kaynak:** T.C. Maliye Bakanlığı, Muhasebat Genel Müdürlüğü, **Kamu Hesapları Bülteni**

Kamu harcamalarının incelenmesi açısından seçim dönemlerinin esas alınması yaklaşımını, bütçe gerçekleşme rakamları açısından da benimsemek daha tutarlı sonuçları ortaya koyabilir. 1991 seçim dönemi esas alındığında kamu harcamalarının bütçe tahmini ile dönem sonu gerçekleşen harcama tutarı arasında, bir önceki dönem de dikkate alındığında çok büyük ölçülerde, neredeyse yüzde 50'ye ulaşan farklılık olduğu ortadadır. Oysa seçim sonrası dönemde nispeten normal kabul edilebilecek bir farklılaşma söz konusudur. Yine aynı şekilde 1995 seçimleri öncesi ve sonrası dönem dikkate alındığında, seçim yılı içerisinde olağan kabul edilemeyecek hedef-gerçekleşme farklılığı ortaya çıkmaktadır.

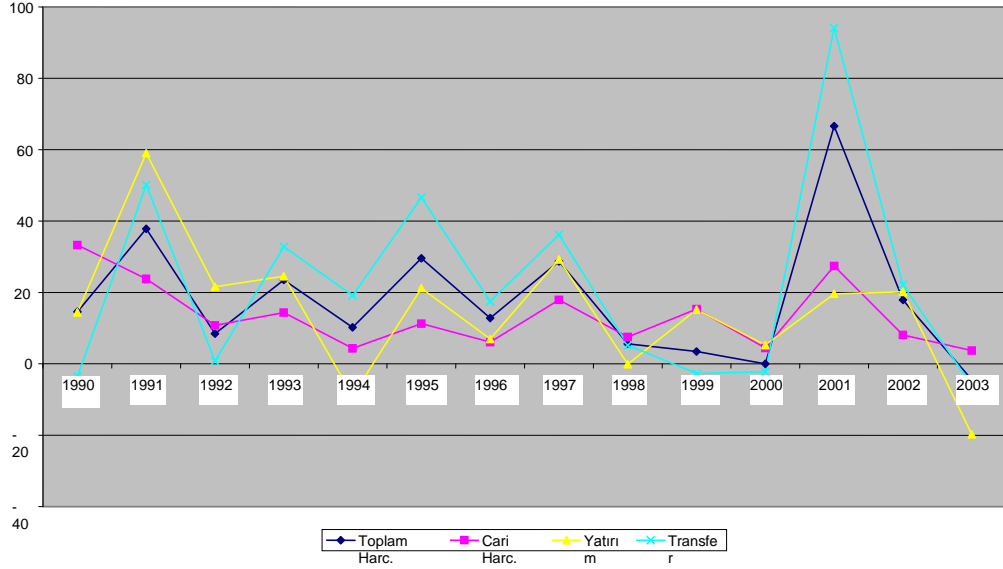
1999 ve 2002 seçim dönemleri açısından bütçe rakamları incelendiğinde ise; daha önceki iki seçim dönemine oranla siyasi yozlaşma eylemlerini çağrıştıracak anlamlı farklılıklar gözlenmemektedir. Zira kamu harcamalarının bütçe hedeflerine daha sıkı uyulmak suretiyle gerçekleştirilmiş olabileceği öngörülebilir. Ancak 2001 tarihinde, yılın ilk çeyreğinde yaşanan krizin etkileri ve aynı yılın son çeyreğinde seçim tarihinin ortaya konmasıyla birlikte, kamu harcamalarında bütçe hedeflerinden önemli oranda sapılması dikkat çekmektedir. 2002 seçimlerinin ardından, 2001 ekonomik krizinin etkisiyle

benimsenen kontrollü para ve maliye politikaları, kamu harcamalarının gerçekleştirilmesinde hedeflerden uzaklaşılmasını, bir ölçüde engellemektedir. Bu açıdan düşünüldüğünde; siyasi yozlaşmanın ekonomi üzerindeki olumsuz etkilerinin ortadan kaldırabilmesi için, mali disiplin bir çözüm noktası olarak belirginleşmektedir.

Tablo 2 açısından en önemli kavramlardan birisi “bütçe tahmini” ifadesidir. Öncelikle bütçenin tahmin ve öngörülerini kapsayan bir finansman planı olduğu hatırlanmalı ve bu tahminlerin aynı zamanda ilgili dönemde ekonomi politikaları, sektörel planlamalar, istikrar programları, uluslararası ekonomik entegrasyonlara uyum süreci, hukuki mevzuat uyumu gibi temel uygulamaları içerdiği kesinlikle ifade edilmelidir. Dolayısıyla bir döneme ilişkin bütçe hedefleri, genel ekonomi politikalarının somut bir görüntüsü olarak tanımlanmaktadır. Bu hedeflerden uzaklaşılması, hem ulusal hem de uluslararası ekonomik politikaların etkinliğini olumsuz yönde etkileyebilmektedir.

Diğer taraftan, bütçe rakamlarının hukuki bir süreç içerisinde düzenlenmesi ve “kanun” olarak tanımlanması, uyulması açısından herhangi bir esnemeyi kabul etmemektedir. Bütçe tahminlerinden sapılması, yasal işleyiş açısından hukuk dışı bir takım gelişmelerin varlığına işaret etmektedir. Tam anlamıyla yasa dışı olarak nitelendirilmese bile, yine de “sapma” kelimesi kanunda belirtilen bir unsurun ortadan kaldırılması veya en azından esnetilmesi anlamına gelmektedir. İktidar partilerinin, bütçenin hukuki formatı içerisinde kalmak şartıyla, bu sapmaları kendi çıkarlarına paralel olarak kullanma çabaları, gerek bütçe disiplinini gerekse bütçe denetimini olumsuz yönde etkilemektedir. Bu çabalar aynı zamanda siyasi yozlaşma kavramının tanımlamaya çalıştığı eylemlerle örtüşmektedir.

Grafik 2: Bütçe Hedef ve Gerçekleşmelerinde Sapmalar (%)



Tablo 2'deki veriler esas alınarak düzenlenen Grafik 2, kamu harcamalarının gerçekleştirilmesinde bütçe hedeflerinden, hangi ölçülerde sapıldığını net bir şekilde tanımlamaktadır. Özellikle seçim dönemlerinde bu tür sapmaların oransal açıdan daha anlamlı yükselmeler gerçekleştirdiği ortadadır. Örneğin; 1991 yılında toplam kamu harcamalarında bütçe hedeflerinden yüzde 37 oranında ve aynı tarihte transfer harcamalarında ise yüzde 50'ye yaklaşan sapmalar tanımlanmaktadır. Yine aynı şekilde ve aynı sırayla söz konusu oranlar 1995 yılı için; yüzde 29 ve yüzde 46 olarak gerçekleşmektedir. 1999 ve 2002 seçim yıllarında ise; toplam kamu harcamalarında bütçe hedeflerinden sapmalar sırasıyla; yüzde 3 ve yüzde 17 olarak ortaya konmaktadır. Gerek toplam kamu harcamaları gerekse transfer harcamaları noktasında en dikkat çekici oran yüzde 66 ve yüzde 94 sapma oranıyla 2001 yılı olarak ölçülmektedir. 2001 ekonomik krizi ve 2002 seçim dönemi düşünülecek olursa, yüksek sapma oranları anlaşılabilir hale gelecektir.

Bu oranlar, siyasi hedeflerini gerçekleştirmek amacıyla, siyasi aktörlerin faaliyetlerini yoğunlaştırdığı anlamını taşımaktadır. Siyasi yozlaşma sürecinde karşı karşıya kalan tarafların, bir önceki cümlede ifade edilen siyasi aktörler olduğu açıktır. Dolayısıyla seçim dönemlerinde siyasi faaliyetlerin

artması nedeniyle sapma oranlarının yükselmesi, siyasi yozlaşma kavramının kamu ekonomisi üzerinde belirleyici bir faktör olarak tanımlanmasını gerektirmektedir. Bu tür siyasi faaliyetler içerisinde, siyasi yozlaşmanın eylem boyutunu oluşturan “yolsuzluk” türlerinin de bulunduğu, rahatlıkla iddia edilebilir.

### SONUÇ

Özellikle Türkiye ve benzer özellikler gösteren gelişmekte olan ülkelerde, politikacıların seçim kazanmak için kamu otoritesini ve kamu kaynaklarını ekonomik rasyonaliteden uzak bir şekilde çevrelerine dağıtmaları, siyasi yozlaşma olarak tanımlanmaktadır. Kavramsal olarak ifade edilen siyasi yozlaşmanın eylem çeşitleri, yolsuzluk deyimini kamuoyunun gündemine taşımaktadır. Tamamıyla kamu gücünün kullanımı noktasında ortaya çıkması, siyasi yozlaşmanın olumsuz etkilerinin kamu ekonomisi üzerinde daha çok hissedilmesini beraberinde getirmektedir.

Siyasi yozlaşmanın kamu ekonomisi üzerindeki etkilerinin izlenebilmesi açısından bütçe büyüklüklerinin özellikle seçim dönemlerinde incelenmesi anlamlı olmaktadır. Bütçe rakamlarının makro göstergelerden oluşması ise daha çok genel seçimlerin dikkate alınmasını gerektirmektedir. 1990-2006 yıllarını kapsayacak şekilde, kamu harcamalarının gerek GSMH’ ya oranı, gerekse bütçe harcama tahminlerinde seçim dönemleri açısından, anlamlı artışların yaşandığı iddia edilebilir. Aynı dönemler içerisinde, bütçe harcama rakamlarında hedef-gerçekleşme arasındaki sapmaların seçim dönemlerinde anlamlı sıçramalar yapması, siyasi yozlaşma kavramının kamu ekonomisi üzerindeki olumsuz etkilerini tanımlamaktadır.

Bu açıklamalar çerçevesinde; siyasi yozlaşmanın önlenmesi, büyük ölçüde kontrol ve denetim mekanizmalarının hukuki boyutlarıyla işletilmesini, ayrıca bu denetimin kurumsal hale dönüştürülmesini gerektirmektedir. Kamu kaynaklarının kullanımını belirleyen siyasi iktidarların uygulamalarında, yasama ve yargı denetimlerinin işletilebilmesi, siyasi partilerin faaliyetlerinde ve özellikle seçim kampanyalarında, finansman kaynakları üzerindeki kontrol mekanizmalarının çeşitlendirilmesi, bu noktada önemli bir rol oynamaktadır.

Diğer taraftan kamu harcamalarının bütçe ilkelerine ve bütçe hedeflerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesinin sağlanması, siyasi yozlaşmanın kamu kaynakları üzerindeki olumsuz etkilerini ortadan kaldırabilir. Bu açıdan bütçenin yasama, yargı ve idari denetimine etkinlik kazandıracak uygun hukuki mevzuatın geliştirilmesi önem kazanmaktadır. Kamu ekonomisinin etki alanlarının, devletin asli fonksiyonlarına uygun, toplumsal gereksinimleri dikkate alacak şekilde düzenlenmesi, bunun dışında yer alan ekonomik işleyiş ve piyasalar üzerindeki kamu ağırlığının mümkün olduğunca azaltılması, siyasi yozlaşma süreci içerisinde, kötüye

kullanılabilecek “kamu gücü” nü azaltacak ve böylece bir dizi haksız ayrıcalıkların önüne geçilebilecektir.

Yozlaşma ile ilişkili süreci daha önceki dönemlerde yaşayan demokratik ülkelerin bu konudaki birikimi dikkate alınarak, gelişmiş ülkelerde işletilen hukuki düzenlemelerin iç hukuka uyumlaştırılması çabalarına hız verilmelidir. Bu noktada, Avrupa Birliği (A.B.) uyum sürecinin tamamlanmasına çalışılması önem taşımaktadır. Sadece A.B. ‘ye tam üyelik açısından değil, demokrasinin etkin işleyişini sağlama noktasında gerekli düzenlemelerin titizlikle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Kamu sektörü içerisinde yer alan, özellikle ekonomik kaynakların kullanımını belirleyen bürokratik kurumların, siyasi etkilerden uzaklaştırılması ve buna yönelik olarak idari yapı açısından mümkün olduğunca bağımsız kılınması oldukça önemlidir. Para, maliye ve reel ekonomi politikalarını belirlemede, siyasi gelecek kaygılarının ortadan kaldırılması, siyasi yozlaşmanın etkinliğini azaltacaktır. Bunun gerçekleştirilmesi yapısal bir dönüşümü gerekli kılacağından, bu sürecin koordineli bir şekilde gerçekleştirilmesi, ekonomik açıdan fazlasıyla önem taşımaktadır.

Özellikle seçim dönemlerinde seçmenlerin toplumsal bir bilinç içerisinde hareket etmelerinin sağlanması, maddi çıkar beklentilerinin ortadan kaldırılması, oy ticaretinin engellenmesi, siyasi ahlak ve demokrasi kültürünün yerleştirilmesi, her şeyden önde gelmelidir. Ancak bu şekilde seçim dönemleri, gerek kamu ekonomisi gerek özel ekonomi açısından kritik ve belirsiz tarihler olmaktan uzaklaşacak, kamu kaynaklarının yolsuzluklara yol açacak şekilde kullanılmasını engelleyecektir.

#### KAYNAKÇA

Adaman, F., A. Çarkoğlu ve B. Şenatalar, **Hanehalkı Gözünden Türkiye’de Yolsuzluğun Nedenleri ve Önlenmesine İlişkin Öneriler**, Tesev Yayınları 24, 2001

Aidt ,Toke S. “Economic Analysis of Corruption: A Survey”, **The Economic Journal**, 113, November 2003, ss.632-652.

Akdoğan, A. **Kamu Maliyesi**, Ankara: Gazi Büro Kitabevi, 1993.

Aktan, Coşkun Can. **Çağdaş Liberal Düşünce ve Politik İktisat**, Ankara: Takav Mat., 1994.

Aktan, Coşkun Can (Ed), **Yolsuzlukla Mücadele Stratejileri**, Ankara:Hak-İş Yayınları, 2001.

Aktan, Coşkun Can. **Politik Yozlaşma ve Kleptokrasi**, İstanbul:Afa Yayın, 1992.

Aktan, Coşkun Can. **Siyasi Yönetim Biçimleri ve Demokrasi**, Konya: Çizgi Kitabevi, 2005.

Ay, Hakan. “Ekonomi Politikalarını Oluşturmada Baskı ve Çıkar Gruplarının Rolü”, Vildan Serin (Ed), **İktisat Politikası**, İstanbul:Afa Yayınları, 1998, ss.417-489.

Erdoğan, Mustafa. “Siyasal Yozlaşma ve Türkiye Örneği”, **Yeni Türkiye**, Sayı:13, 1997, ss.160-165.

Friedrich, Carl. “Yolsuzluğun Tarihi”, çev. A. Burçin Yereli, A. Eker, C. C. Aktan (ed), **Politik Yozlaşma ve Rant Kollama**, Ankara:1994, ss.7-14.

Gündüz, A.Yılmaz. “Demokratik Süreç İçerisinde Politik Yozlaşma ve Rant Ekonomisi”, **Banka ve Ekonomik Yorumlar**, Yıl:3, Sayı:10, 1996, ss.39-49.

Hopkin, Jonathan. “Political Parties, Political Corruption and The Economic Theory of Democracy”, *Crime, Law&Social Change* 27, 1997, ss. 255–274.

Ledermann, D., N.V. Loayza ve R.R.Soarez, “Accountability and Corruption: Political Institutions Matter”, **Economics&Politics**, Volume 17, March 2005, ss.1-35.

Manolov, Georgi Lübenov. “Siyaset Pazarının Karanlık ve GörünürdekiYüzü”, <http://iktisat.uludag.edu.tr/dergi/11/14-georgi.htm> , 03.02.2005

Milliyet, 31 Ekim 2006 Salı.

Sandholtz, Wayne ve William Koetzle, “Accounting for Corruption: Economic Structure, Democracy and Trade”, **International Studies Quarterly**, 44, 2000, ss.31-50

Savaş, Vural F. “Görünmez El, Rasyonellik ve Yozlaşma: Liberal Yaklaşım”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, Kitap:8, ss.194-208.

Savaş, Vural F. **Anayasal İktisat**, İstanbul: Avcıol Basım, 1997

Türkan, Erdal. “Popülist Ekonomi Yönetimi Anlayışı ve Geniş Anlamda Siyasal Kirlenme”, **Yeni Türkiye**, Sayı:13, 1997, ss.556-575.

Verbrugge, Randal J. “Nonergodic Corruption Dynamics”, **Journal of Public Economic Theory**, 8, 2006, ss. 219-245.

Yayman, Hüseyin. “Siyasal Kültür ve Siyasal Yozlaşma” **Yeni Türkiye**, Sayı:13, 1997, ss.701-705.







---

---

## Çeviriler



**FAKS YOLUYLA YAPILAN İSTİNAF BAŞVURUSUNUN NE  
ZAMAN YAPILDIĞI KONUSU İLE İLGİLİ BİR ALMAN FEDERAL  
MAHKEME KARARININ TERCÜMESİ<sup>1</sup>**

**Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN\***

Karar Tarihi: 25.04.2006

Karar No: IV ZB 20/95

Kararı Veren Daire: IV ZS Beschluss<sup>2</sup>

*Faks yoluyla gönderilen istinaf dilekçesinin süresinde ulaşıp ulaşmadığının tespiti, sadece gönderilen sinyallerin istinaf süresinin geçmesinden önce mahkemenin faks aleti tarafından tamamen belleğe alınıp (kaydedilip) alınmadığına bağlıdır.*

aa) Eyalet Yüksek Mahkemesi<sup>3</sup>, yerleşmiş Federal Mahkeme Kararları ile öğretideki hâkim görüşe uygun olarak, faks yoluyla gönderilen bir

---

<sup>1</sup> Karar Metni için bkz., FamRZ 2006/16, s. 1193 vd. Bu arada karar dergiden alındığı için, kararın başlangıcındaki şekli bilgilere yer verilmeyip (dergide yapıldığı gibi) doğrudan kararın metninin tercümesine geçilmiştir. Kararın tümü için bkz., <http://bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung>.

\*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>2</sup> Alman Federal Mahkemesi kararlarını yaptıkları incelemeye göre iki bölüme ayırmak mümkündür. Yüksek Mahkeme ilk olarak, temyiz talebinin mesmu (kabule şayan) olup olmadığı (Zulässigkeit) konusunda inceleme yapar. Mahkeme, temyiz talebinin mesmu olmadığını saptarsa (zamanında yapılmaması veya gerekçelendirilmiş olmaması gibi sebeplerle), talebi reddeder. Bu ret kararını sözlü yargılama yaparak veya yapmayarak verebilir. Yüksek Mahkeme sözlü yargılama yapmadan kararını verirse, bu karar “Beschluss” dur. Buna karşılık, sözlü yargılama yaptıktan sonra kararını verecek olursa, bu kararı “Urteil” dir.

Buna karşılık Yüksek Mahkeme temyiz talebini mesmu görürse, bu sefer talebin haklı olup olmadığı konusunda (Begründetheit) inceleme yapmaya başlar. Yüksek Mahkeme talebi yerinde bulursa, ya hüküm bozup alt derece mahkemesine geri gönderir (die Zurückverweisung) veya uyuşmazlık hakkında kendisi karar verir (Eigene Sachentscheidung) (Bkz., **Rosenberg, Leo/Schwab, Karl, Heinz, Gottwald, Peter**, Zivilprozessrecht, 16., neubearbeitete Auflage, München 2004, § 144 Nr. 1 vd.).

Bizim burada incelediğimiz Federal Mahkeme Kararı da “Beschluss”dur. Bu kavram, usule ilişkin karar şeklinde tercüme edilebilir. Ancak biz burada geçen “Beschluss” kavramlarını aynen vermeyi uygun bulduk.

<sup>3</sup> Bu mahkeme Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesidir.

dilekçenin, kural olarak mahkemenin faksından onun çıktısının tamamen alınmasından sonra mahkemeye ulaşmış sayılacağını kabul etmiştir (BGH 4.5.1994 - XII ZB 21/94-, FamRZ 1994, 1098 = NJW 1994, 2097; 10.04.194 – VI ZB 3/94-, NJW 1994, 1881; 12.12.1990 – XII ZB 64/90-, FamRZ 1991, 548 = VersR 1991, 894) telgraf için krş., BGHZ 105, 40, 42 vd..45 = FamRZ 1988, 1142; BGHZ 101, 276, 279 vd.; krş. ayrıca, BGH, Urteil 7.12.1994 – VIII ZR 153/93-, FamRZ 1995, 552 = NJW 1995, 665, aşağıda II. 3. b) bb) aaa); Albers. in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 63. Aufl., §519 Rz. 22; MünchKomm/Feiber, ZPO, 2. Aufl. § 233 Rz. 104; Gerken, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. §519 Rz. 20; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl., § 130 Rz. 56; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. §129 Rz. 12; Zimmermann, ZPO, 7. Aufl., §519 Rz. 8; şu kararlarda ise konu hakkında karar verilmemiştir: BGH Beschluss 24.7.2003 – VII ZB 8/03-, FamRZ 2003, 1830 = NJW 2003, 3487, aşağıda II. 2. b).

Ancak, gelen sinyallerin hiç veya hemen (tam) alınamamasının, faks aletinin bozuk olmasından veya yanlış kullanımından kaynaklandığı konusunda yeteri kadar belirti varsa, bu kuralın istisnası kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, mahkemenin faks aleti gelen sinyali almasına rağmen, arıza veya çalışmaya hazır tutulmaması gibi mahkemeden kaynaklanan nedenlerden dolayı dilekçe okunamıyor veya çıktı tam ve okunaklı alınamıyorsa, hukuk devleti ile güvenin korunması ilkeleri gereği, cihazın düzenli bir şekilde dilekçeyi aldığı ve çıktısını verdiği ve bu şekilde dilekçenin mahkemenin hâkimiyet alanına girdiği kabul edilmelidir (BGH, Bschlüsse 4.5.1994, yukarıda verilen tarih ve sayı numaralı karar; 19.4.1994 yukarıda verilen tarih ve sayı numaralı karar, aşağıda II. 2. a) ve b); 12.12.1990 yukarıda verilen tarih ve sayı numarası karar; BGHZ 105, 40, 42 vd.; BGH, Urteil 14.3.2001 – XII ZR 51/99-, NJW 2001, 1581, aşağıda 2. b; krş. ayrıca BGH, Urteil 7.12.194 yukarıda tarih ve numarası verilen karar; BGH, Beschluss 23.11.2004 – XI ZB 4/04-, FamRZ 2005, 434 = NJW-RR 2005, 434, aşağıda II. 2.; Albers age ve yer; Ball, age ve yer; Gerken, age ve yer; Reichold age ve yer; Zimmermann, age ve yer).

Bu (yukarıdaki) olaylarda, süresinden önce mahkemenin faks aleti tarafından tamamen belleğe alınan dilekçenin zamanında verildiği kabul edilmiştir.

bb) Federal Mahkeme 5. Ceza Dairesi, 9.11.2004 tarihli kararında (Beschluss) bu içtihattan ayrılmış değildir. Adı geçen daire, Hamburg asliye mahkemesinin bir kararını Federal Başsavcının talebindeki gerekçelere dayanarak kaldırmıştır. Federal Başsavcılık önce faks yoluyla gönderilen kanun yolunun gerekçelendirilmesine ilişkin dilekçenin kural olarak mahkemenin faks aletinden çıktığı anda mahkemeye ulaşmış sayılacağını ortaya koymuştur. Ancak, mahkeme, aynı zamanda somut olayda davalı taraftan faks yoluyla gönderilen 342 sayfalık temyiz gerekçelerine ilişkin dilekçesinin sürenin son

gününde mahkemenin faks aletindeki kaydediciye kaydolmasından sonra (dilekçenin 90 sayfasından itibaren olan kısmı ancak bir sonraki günde faks aletlerinde kâğıt ikmali yapıldıktan sonra tamamlanabilmiştir), bu dilekçenin süresinde yapılmış olduğuna da karar vermiştir. Mahkemeye göre yoğun kâğıt trafiği olayından farklı olarak, faks cihazında kâğıt kalmaması durumu teknik bir arıza olmamakla birlikte, süresinde mahkemenin hâkimiyet alanına giren dilekçenin mahkemedan kaynaklanan bir durumdan dolayı gecikmesi söz konusudur (Federal Başsavcılığının 2.9.2004 tarihli dilekçesi – 5 Str 380/04-, s. 2 vd.; BVerfG, NNJW 1986, 244= BVerfGE 69, 381, 385 vd. kararlarına işaretlerle; krş. ayrıca Maul, in: Karlsruhe Kommentar zur StPO, 5. Aufl., § 43 Rz. 19; Meyer-Gessner, StPO, 48. Aufl., Vor § 42 Rz. 18; Pfeiffet, StPO, 5. Aufl., § 43 Rz. 2).

cc) Federal Mahkemenin görüşü Federal Finans Mahkemesi (Bundesfinanzhof) tarafından da paylaşıldı. Federal Finans Mahkemesine göre de, mahkemeye faks yoluyla gönderilen bir dilekçe, çıktı alımının faks cihazının fonksiyonlarından veya kullanımındaki hatadan dolayı gecikmiş olmaması şartıyla, faks aletinden çıktı tamamen alındığı zaman mahkemeye ulaşmış sayılır (BFH/NV 2004, 519 vd.; BFH/NV 2004, 358; BFH/NV 1992, 532 vd.; krş. ayrıca BFHE 186, 491, 492 vd.). Ancak Federal Finans Mahkemesinin kararlarına konu olan olaylarda, sadece çıktı alımı değil, aynı zamanda karşı taraftan gelen sinyallerin de faksın belleğine tam olarak alınması süre geçtikten sonra gerçekleşmiştir. Bu nedenle, Mahkemenin bu kararlarını buradaki karara konu olan olaya dayandırmak mümkün değildir.

dd) Buna karşılık Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG, NJW 1996, 2587, aşağıda B I) ve Federal İş Mahkemesi teknik bir arıza veya kullanım hatasına dışında kalan gecikmeli çıktı alımlarında da bunların mahkemeye zamanında ulaşip ulaşmadığını, sadece gönderici sinyallerinin süresinde faks aleti tarafından kaydedilip edilmediğine bağlamaktadırlar. Kaydedilen sinyallerden çıktı alınmasının süre geçtikten sonra olması önemli görülmemiştir. Bu görüş de öğretilerde (Zöller/Greger, ZPO 25. Aufl. § 167 Rz. 9; Gummer/Hessler, ZPO, 25. Aufl., § 519 Rd. 18 d.; von Albedyll, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 3. Aufl., § 57 Rz. 16) savunulmuştur.

ee) Daire sonuncu görüşe öncelik vermiştir.

aaa) Çıktının alındığı tarihi ölçü alan içtihatlar iletişim alanında meydana gelen gelişmeler karşısında artık haklılığını yitirmiştir. Bu düşünce, tarafların sürenin geçmemesi için teleks kullandıkları iki tane davaya dayanmaktadır (BGHZ 101 276 vd.; 105, 40 vd.). Bu iletişim araçlarıyla, hak arayan vatandaşlara belli bir süre içinde verilmesi gereken dilekçelerini sinyal yardımıyla daha hızlı ve kural olarak daha güvenli bir yol ile resmi makamlara ve mahkemeye ulaştırma imkânı verilmiştir. Bu şekilde gönderilen bu bilgiler bu

## Faks Yoluyla Yapılan İstinaf Başvurusunun Ne Zaman Yapıldığı Konusu

---

kurumlara aynı anda ulaşacak ve ulaştığı gibi çıktısı alınabilecektir (BGHZ 105, 40, 42).

Günümüzdeki faks aletleri açısından artık her zaman “kayıt” ve “çıkıtı” aynı zamanda gerçekleşmeyebilir. Bu aletler genelde farklı kayıt ayarlarına sahiptirler ve kullanıcıya göre bunlar farklı şekilde programlanabilir. Örneğin bunlar, kayıtların geldiği sırada değil de, gelen kayıt tamamen bittikten sonra çıkıtı alınacak şekilde ayarlanabilir. Yapılan ayarlama göre faks aleti bilgilerin tamamen kayıt edilmesinden sonra çıkıtı vermeye başlayabilir veya faksın aletin belleğine göre, önce yüzlerce sayfa bellek tarafından kayıt altına alındıktan sonra, saatler sonra, hatta ertesi gün çıkıtı alınabilir. Uygulamada bazı mahkemeler bu yolu benimsemişlerdir. Örneğin Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi gece gelen faks iletilerinin çıkıtlarını hep ertesi gün almaktadır (krş. BGH, Beschluss 17.5.2004 – II ZB 22/03-, FamRZ 2004 1276 = NJW 2004, 2525, aşağıda II. 1). Bu uygulama oldukça yerindedir. Çünkü, böylelikle, saatlerce faksın kesilmesi ile göndermenin tekrarlanmasını gerektirebilecek faks yoğunluğunun (krş. BGH, Beschluss 23.11.2004 – XI ZB 4/04-, FamRZ 2005, 434= NJW-RR 435 vd.; daire kararı<sup>4</sup> 2.10.1991 – IV ZR 68/91-, FamRZ 1992, 296 = NJW 992, 244 vd.) saatlerce fark edilmemesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Çıkıtı alımının bu şekilde bilerek geciktirilmesinin taraf aleyhine kullanılamayacağı açıktır (krş. BGH, Beschluss 17.5.2004 yukarıda anılan karar). Mahkemeler kendilerine ulaşan kayıtların çıkıtlarını alma zamanını kendi ihtiyaçlarına göre değişik şekillerde belirleyebilme imkânına sahip olduklarından, faks yoluyla gönderilen belgelerin süresinde veya geç mahkemeye ulaştığı sorusu ile ilgili olarak, artık bu belgelerin çıkıtlarının alındığı tarihin değil de, bu belgelere ait sinyallerin mahkeme faksı tarafından tam olarak algılandığı (kaydedildiği) zamanı almak daha uygundur. Bu zaman (karşı taraftan gelen sinyallerin faks tarafından belleğe kaydedildiği zaman), Alman Telekom’un ayrıntılı bağlantı raporu hizmeti sayesinde herhalde güvenilir bir şekilde tespit edilir (Bu hizmetin, aksi ortaya konulmadığı için, Saat Ayarlanmasına İlişkin Kanuna -Gesetz über Zeitbestimmung- göre ayarlandığı kabul edilir –BGH, Beschluss 24.7.2003, age. II. 2. c-). Bu tespit, söz konusu olayda olduğu gibi, bazen zamanı bile tam olarak tespit edilemeyen çıkıtı zamanı ile farklılık gösterebilir.

bbb) Bu husus Medeni Usul Kanunu (ZPO) tarafından da göz önünde bulundurulmuş teknik gelişmelere uygundur. 1.8.2001 tarihinden beri Medeni Usul Kanunu’nun 130a maddesi, Federal Hükümet ile Eyalet Hükümetlerine mahkemelerdeki yazışmalarda elektronik bilgilerin kullanılması imkânını veriyor. Medeni Usul Kanunu’nun 130a maddesinin üçüncü fıkrasına göre,

---

<sup>4</sup> Daire kararı (Senatsurteil) ile kastedilen, tercümesini yaptığımız kararı veren IV. Hukuk Dairesinin kendi kararıdır.



elektronik yollardan gelen belgeler mahkemede bulunan bir cihaz tarafından kaydedildiği anda, o belgeler mahkemeye ulaşmış sayılır. Kanun koyucunun iradesine göre, bu konuda geçerli olması gereken zaman, gönderilen belgelerin çıktısının alındığı zaman değil, aksine bunların cihaza kaydedildiği zamandır (BT-Drucks. 14/4987, s. 24; Greger, yuk. age, § 130a Rz. 6; Musielak/Stadler, ZPO, 4. Aufl., § 130a Rz. 5).

Gerçi, bu konuda hâkim olan görüşe göre (Daestner, NJW 2001 3469 vd.; Leipold age. § 130a Rz. 5; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 63. Aufl., § 129 Rz. 44 §130a Rz. 1; Greger, age. Rz. 2; aksi görüşte MünchKomm/Peters, ZPO, 2. Aufl., § 130a Rz. 2), Medeni Usul Kanununun 130a maddesi faks ve bilgisayar faksları hakkında uygulanmaz. Çünkü, bu hükmün getirildiği 2001 yılından önce mahkemeler zaten bu aletleri kullanıyorlardı ve kanun koyucunun zaten kullanılan cihazlar için bir düzenleme yapması veya onları sınırlaması söz konusu olmaz (Daestner, age ve yer). Bu nedenle, bu görüşe göre, bu hüküm, elektronik mektup (e-Mail) gibi kayıtları ve kullanımları ayrı bir teknik ve organizasyon hazırlığı gerektiren elektronik belgeleri kapsamaktadır (BT-Drucks. 14/5561, s. 20). Ancak, tele faks ve bilgisayar faksının da elektronik yollarla belge gönderdikleri; dolayısıyla bu şekilde gönderilenlerin de geniş anlamda elektronik belge olduklarına dikkat edilmelidir (krş. BT-Drucks. 14/4987, s. 19; BT-Drucks. 14/5561, age. ve yer; GmS-OGB, BGHZ 144, 160 vd.; BGH, Urteil 10.5.2005 – XI ZR 128/04-, FamRZ 2005, 1241 = NJW 2005, 2086 vd.).

Bu bilgiler doğrultusunda, başvurunun zamanında yapıлып yapılmadığının tespiti konusunda, elektronik mektup ile gönderilen belgelerde bunların mahkemenin yazı işlerindeki bilgisayardan çıktılarının alındığı zamanda değil de, mahkemenin cihazına kaydedildiği tarih esas alınırken, faks yoluyla gönderilenlerde kural olarak bunların çıktılarının alındığı tarihi esas almak kabul edilebilecek bir şey değildir.

ccc) Mahkemenin verilen dilekçenin içeriğini ancak bu dilekçelerin çıktılarının alınmasından sonra bilgi sahibi olduğu bir gerçektir (BGH, Beschluss 4.5.1994, age.ve yer); aşa. II. 2.). Aynı şekilde, gelen bilgilerin elektronik ortamda faks aletinde kayda alınması yazılı şeklin (krş. § 130 Nr. 6 ZPO) yerine geçemeyeceği de doğrudur (doğru olarak Gerken, age. ve yer). Ancak bunlar, mahkemeye yapılan başvurular açısından, mahkeme faksındaki bilgilerin çıktısının alındığı anı geçerli kabul etmek için yeterli sebep olamazlar.

(1) Cihazın bozuk olması, başka bir ifade ile mahkemenin faks cihazının fonksiyonlarında bir hata olması veya yanlış kullanımdan dolayı çıktı alınması gecikmişse, bu düşünceler hukuk devleti ve güvenin korunması ilkelerinden dolayı zaten geçerliliklerini kaybetmişlerdi (BGH, Beschluss 4.5.1994 age. ve yer; BGHZ 105, 40, 50).

## Faks Yoluyla Yapılan İstinaf Başvurusunun Ne Zaman Yapıldığı Konusu

(2) Aslında normal durumlarda mahkemeye bir posta kutusu tahsis edilmişse, mahkeme bu posta kutularına gelen dilekçelerin içeriğini hemen öğrenmez. Mahkemenin dilekçenin içeriğini öğrenebilmesi ve bu dilekçenin şekli şartlara (§130 Nr. 6 ZPO) uygun olup olmadığını inceleyebilmesi için, dilekçenin önce posta kutusundan alınması ve sonra zarftan çıkartılması gerekir. Buna rağmen, başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığının tespitinde, dilekçenin süresinde mahkemenin posta kutusuna atılması yeterli görülmüştür (BGHZ 80, 62, 63 vd.; BGH, Beschluss, 21.6.2204 – II ZB 18/03 -, FamRZ 2004, 1480 = NJW-RR 2005, 75 aşa. II. 2.).

Dilekçenin posta kutusundan alınması ve zarfın içinden çıkarılması, mahkemenin dilekçe üzerinde işlem yapmaya devam etmesidir. Aynı şekilde, mahkemenin faks cihazı da posta kutusu olarak algılanılmalı çıktı alma işlemi de mahkemenin bu posta kutusundan (faksın belleğinden) belge alması gibi algılanmalı mahkemenin bir iç işlemi olarak kabul edilmelidir (krş. Gummer/Hessler, age. ve yer).

Federal Mahkemenin daireleri kendilerine sorulması üzerine, bir muhtemel karşı içtihatla ısrar etmeyeceklerini bildirdiler<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Tercümesi yapılan kararda IV. Hukuk Dairesi, Federal Mahkemenin bazı daireleri tarafında daha önce verilen kararlardan farklı bir sonuca vardığı için, onlara, bu yeni ve kendi eski içtihatlarından farklı olan görüşü kabul edip etmeyecekleri sorulmuş ve bu daireler eski görüşlerinde ısrar etmeyeceklerini bildirmişlerdir.

## İNTERNETTE HAKARET SUÇU

Arş. Gör. Mustafa ÖZEN\*

### 1- İNTERNET HİZMETLERİNDE HAKARET

Bilgi teknolojisi olarak adlandırılan günümüz çağı, çok değişik yazılarla anlatılmaktadır. Bilgi teknolojisi, bizim yaşam tarzımızı, giyimimizi, alışkanlıklarımızı köklü bir şekilde değiştirdi. Sadece son 10 yıldır gözükten bazı davranış değişiklikleri, cesur yazarların hayal güçlerinin meyvelerdir. Bu yeni bilgi teknolojisinin yol açtığı gelişim, 'telematika' denilen bir yeniliğe gelecekteki yolumuzu açar. Telematika terimi, 'otomatik bilgileri taşıyan bir bilgisayar dilinin kullanımı vasıtasıyla uzağa düşünce aktarımının teknolojik yöntemi' şeklinde tanımlanır<sup>1</sup>. Telematika'da bilgilerin aktarılması, dolaysızdır ve hemendir. Yeni teknolojinin oluşturulması, faydalı ve gerekli olmalarının yanı sıra yeni suçlara kapı aralar. İnsan tarafından yapılan bilimin farklı unsurları, gerçekten bu unsurlar önceden tasarlandıkları şekilleriyle, farklı alanlara yönlendirilebilirler ve aynı amaçları gerçekleştirmede, fikir sahiplerinin niyetleri doğrultusunda, kayda değer şekilde farklı yönere sapılır. Toplum bilimi asla, dijital teknolojide suçun yasal oluşumunu tanımlama konusunda çalışan suç biliminin uğraş alanı değildir<sup>2</sup>. Bir normun hazırlanması aşamasında, suç kapsamına girecek yeni davranışların kabul edilmesi söz konusu olsa, bu konuda doktrinde iki ayrı fikir ortaya çıkar. Bunlardan ilki, daha yenilikçi bir görüşü benimser. Bu görüşe göre, 'hukuki menfaat bilgi işlemi' olarak adlandırılan yeni bir hukuki menfaat alanında, yenilik gereksinimi temelinde, eskiyi yeniye çevirme ve bundan dolayı yeni bir yasal organın (normun) yaratılması gerekir. Bütün yeni düzenlemeler konusunda, ceza kanununun özerk bir başlığının oluşturulması kapsamında, yenileme (yenilik), zorunluluk olarak düşünülmektedir. İkincisi ise, tutucu olarak tanımlanır. Bu görüşe göre, halihazırda korunan hukuki menfaatin aynı olması gerektiği düşünülmektedir.

---

\* İtalyancadan çeviren. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. Not: Eserin asıl çevirisi İnternette Sövme suçu idi. 5237 sayılı yasa Sövme suçunu Hakaret suçunun maddi unsuru haline getirdiği için, biz de hakaret suçu diye çevirdik.

<sup>1</sup> **FROSİNİ**, Telematica e informatica giuridica, in Enc.Dir., vol. XLIV, Milano, 1992, s. 61

<sup>2</sup> **MARCO**, Strano; Per un approfondimento delle tematiche sociali e psicologiche cfr., Computer Crime, Apogeo, 2000

Çünkü, daha önce var olan özel hukuksal durumu değiştirmenin yeterli olacağı düşünülmekte, bilimsel anlama gücünden dolayı, geçmişte öngörülemeyen bazı davranışlar şimdi iyi tanımlanıp yorumlanabilir.

Tekil devlet gibi bazı ülkelerde, yeni bir yasal yapının yürürlüğe girmesi yolu, İtalya gibi diğer ülkelerde ise, önceden yürürlükte olan ceza yasalarını bir dizi müdahalelerle güncelleme (yenileme) yöntemi tercih edilmektedir<sup>3</sup>. Ülkemizdeki 547/93 sayılı yasa bu yolla ortaya çıkmıştır. Normun bir kısmındaki yenilik, bir melezleşmeyi meydana getirir ve bu kısım daha önceki düzenlemenin parçalı halde bir değişimi olur. Söz konusu sorun, bu çalışmanın konusu olan Ceza Kanunu'nun 595. maddesinde (İtalyan Ceza Kanunu) daha önceden düzenlendiği gibi, özel nitelikte bir hukuksal düzenleme olan iftira suçuna ilişkindir. Bu çalışmada, teknolojik bilgi işlem alanında daha önceden yürürlüğe sokulan Ceza Kanunu'nun 595. maddesindeki iftira suçu incelenecektir. Bu tür suçlar, 547/93 sayılı yasa kapsamına girmekle bir değişikliğe maruz kalmadıkları için, korunan hukuksal menfaate yönelik yeni bir saldırı oluşumu 'yeni' saldırgan davranışlarla (teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı) ilişkilendirilerek de uygulanabilir mi? Daha önceki yasal düzenlemelerin içeriklerinin açıklanması, belirlenmesi mümkündür. Aynı şekilde, İnternette iftira suçunu saptamak için, bilgi dosyalarının içine girmenin mümkün olması gerekecektir.

### 2 – ELEKTRONİK POSTA

Elektronik posta alanında meydana gelen devrim, yazının iletilmesi tarzında ciddi değişiklikler meydana getirdi. Her gün, cyberpazio olarak nitelendirilen milyonlarca ileti doğrudan doğruya bilgisayar belleğine varması için ileti şebekesi içinden gönderiliyor. Böyle bir sistemin uygulanması ve özleşmesi önemlidir. Bir elektronik posta iletisi, ikinci (alt) derecede bir posta işletmesi ve hatta telefon işletmesiyle aynı değere sahiptir, saniyeden daha hızlı ulaştığı için hızlıdır. Diğer programlarla kullanılabilen bir bilgisayar tarafından kabul edilebildiği için, aynı zamanda fax özelliği de taşımaktadır. Eklenmiş kabarık dosyaların, çok uzun (büyük) dosyaların ve hatta ses ve hislerin bile karşı tarafa geçişine imkan sağlayabilir. İnternet'e bağlı her kullanıcı, kendine a-mail posta kutusu anlamına gelen bir adres kutusu düzenleyebilir. Elektronik posta, Anglo-Sakson dili deyimi ile elektronik a-mail demektir. Bunu basitçe tanımlamak gerekirse, elektronik posta; gönderilen bir iletiden oluşur veya bir bilgisayar şebekesi bağlantısı içinden bir başkasına yapılan iletiden oluşur. Şayet iki kullanıcı aynı anda bağlantı halinde ise, gönderilen iletiler hemen alınabilir

---

<sup>3</sup> **GALDIERI**, Paolo; in Computer Crime e diritto penale, in atti del convegno sulla criminalita informatica del 27 aprile 2000 precesso il CNEL

ya da bilgisayar belleğinden iletileri boşaltmak için bağlantı kurulmadığı müddetçe ileti bellekte kalır. Her bir durumda geçişi sağlayan aracın bulunması zorunludur. Çünkü, son bağlantı anında bilgisayar belleğindeki iletilerin alınabilmesi için gönderen tarafından gönderilen iletilerin iletişiminin sağlanması gerekir. Hukuksal bakış açısından, elektronik posta aracılığıyla İnternet yoluyla gönderilen iletiler, özel yazışma olarak düşünülebilir ve bu nedenle hukukun ihlal edildiği düşünülemez. Gerçekten 547/93 sayılı yasanın 5. maddesi, ‘ yazışma konusu yazıların ortadan kaldırılması, gizlice alınması, bu yazılara zarar verilmesi ile ilgili Ceza Kanunu’nun 616. maddesini kendi kapsamı içine aldı.616. maddenin 4. fıkrası şöyledir; ‘ yazışma için yazılmış mektuplardan oluşan kitaplar, telgraf, telefona ait iletişim şekilleri, bilgi iletimi veya telematika kastedilir ya da uzak mesafedeki kişilerle yapılan diğer bütün iletişim şekillerini ifade eder’.

Anayasanın 15. maddesiyle güvence altına alınan, gizli haberleşme özgürlüğünün amacını bu şekilde açıklamakla, telematika yazışması aynı hukuki koruma kapsamında farz edilerek, hukuki açıdan, mektuplardan oluşan kitapla eşittir<sup>4</sup>. Bir zamanda belirli bir hukuksal düzenden kaynaklanan saklı mektuplara ilişkin kavram, ‘kitapçık’ şeklindeki yazışmalarda, her bir uluslar arası iletişimi benimseyen hukuksal yorumu sağlamlaştırdı. Sır, bilinen şeyler veya fiiller ile belirli bir özne arasında geçen ilişkidir<sup>5</sup>. Dolayısıyla, bir a-mailin içeriği, gönderen ve alana ait kalmalı, bu yazıların içeriğini bilme, yayma, faydalanma şeklinde öğrenmeye çalışma, nerede olursa olsun suç oluşturur. Halen yürürlükte bulunan yasa ve 547/ 93 sayılı yasa tarafından getirilen düzenlemeler elektronik posta kullanımını başlamadan önce, elektronik posta kullanımına ilişkin, bazı suç tiplerinin oluşumunu mümkün kılabilseydi çok yerinde olurdu. Eğer aksine bir durum yoksa, hakaret suçunun varlığının mümkün olduğunu görüyoruz. Ceza Kanunu’nun 594. maddesi şöyledir. ‘her kim hazır bulunan bir kimsenin haysiyet ve şerefine saldırırsa 6 aya kadar hapis cezasıyla veya bir milyon liraya kadar para cezasıyla cezalandırılır’. Bizim ayrıntılı incelememiz Ceza Kanunu’nun 594. maddesinin 2. fıkrasına da uygundur. 2. fıkranın düzenlemesi de şöyledir, ‘her kim doğrudan doğruya mağdur kişiye yönelik telgraf, telefon, yazı veya resim vasıtasıyla suç işlerse, aynı cezayla cezalandırılır’. Ceza Kanunu’nun 594. maddesinin 2. fıkrası ve 616. maddesinin ortak düzenlemesinden yola çıktığımızda, kesin hukuksal sorunlar, genişletici ve örnekseyici yorumlardan kaçınma şeklinde, hukuksal bir zemine yerleşmiş bulunan elektronik posta yoluyla iletişimin ‘yazıyla veya

<sup>4</sup> **GALDIERİ**, Paolo; Teoria e pratica nell’interpretazione del reato informatico, Giuffrè, Milano, 1997, s. 114; **CORASANİTİ**; La tutela della comunicazione informatica e telematica, in Profili penale dell’informatica, Giuffrè, Milano, 1994, s. 112

<sup>5</sup> **ANTOLİSEİ**, F., Manuale diritto penale, parte speciale, Milano, 1997

resimle' iletişimle eşitlenmesi, bize göre sorun oluşturmaz. Bu gün gönderilen e-maili alan kişi tarafından çok kısa bir zaman veya birkaç gün sonra okunabileceğini öğrenebileceğimize göre, suç niteliği taşıyan davranışın varlığını değerlendirmek için, suçun olduğu zamanı değerlendirmek gerekecektir. Gönderilen iletinin zamanının veya iletiyi alan kişinin iletiyi okuduğu zamanın belirlenebilmesi gerekecektir. Nitekim, bu tür yeni iletişim vasıtasının kullanılmasında bize göre, kişinin kendisine yönelik iftira niteliği taşıyan bilgileri öğrendiği anda iftira suçunun gerçekleştiği söylenebilir. İncelenecek diğer suç, Ceza Kanunu'nun 595. maddesinde daha önceden düzenlenmiş bulunan iftira suçudur. Üçüncü kişinin şerefine veya haysiyetine yönelik suç niteliği taşıyan iletileri gönderen kişi, bu iletilerin hepsi a-mail vasıtasıyla gerçekleşirse, suçun öznesi olabilir mi? İftira suçu, bir ya da daha fazla kişiler tarafından iftira niteliği taşıyan a-mailin içeriği öğrenildiği anda gerçekleşir. Bu suç bir şekli suçtur. Farklı kişilerle yapılan iletişimde, suçun tamamlanma anı, iftira niteliği taşıyan iletinin üçüncü kişiye ulaştığı (bilgisine vardığı) andır<sup>6</sup>. Yargıtay, sözlü konuşmanın yapılmasının gerekli olmadığını<sup>7</sup>, iki kişi arasındaki iletişimde zaman aralığının uzun ya da kısa olmasının önemli olmadığını<sup>8</sup> hükmetti. Aynı Yargıtay çok yeni bir kararında, bu kararı destekleyici bir karar verdi. Hakaret suçu her ne kadar İnternet aracılığıyla işlenebilse de, bunun sadece hakaret suçuna özgü olduğu söylenemez; daha açık söylemek gerekirse, doğrudan doğruya düşünsel açıdan böyle değerlendirmek mümkündür<sup>9</sup>. Yargıtay'a göre iftira suçu, üçüncü bir kişi tarafından veya mağdur tarafından iftira niteliği taşıyan iletinin alındığı anda gerçekleşir<sup>10</sup>. Gerçekten, iftira niteliği taşıyan ileti ile onun algılanmasının aynı anda olmasına gerek yoktur. Bu yeni hizmetin kullanılması dolayısıyla, bu tipik hukuksal durumun oluşumu için sınırlama koymak bize mantıklı gelmiyor. Nitekim, 547/93 sayılı yasanın düzenlemesi sayesinde, mektup ile elektronik posta hizmetlerinin nitelik bakımından aynı eşdeğerde görülmesi, bu yeni iletişim şekli yoluyla bir kişinin şerefine veya haysiyetine yönelik saldırıların 594. ve 595. maddelerdeki düzenleme gibi muamele görmesine imkan sağlanmıştır.

---

<sup>6</sup> **ANTOLISIE**, F.; Manuale di diritto penale, parte speciale, reati contra la persona, Giuffrè, Milano, 1997, s. 169

<sup>7</sup> Cass.Pen., 16 maggio 1956, Natale, in : Giust. Pen.,1956, II, S. 737

<sup>8</sup> Cass. Pen., 11 novembre 1983, D'Angelo, in : Cass. Pen., 1985, s. 338

<sup>9</sup> Cass. Pen, V Sez., 17 Novembre 2000 in [www. Diritto.it](http://www.Diritto.it); [www.fiammella.it](http://www.fiammella.it)

<sup>10</sup> Cass. Pen, V Sez., 17 Novembre 2000 in [www. Diritto.it](http://www. Diritto.it); [www.fiammella.it/computercrime](http://www.fiammella.it/computercrime); GİLİ, Annarita; Perseguibile davanti ad un giudice italiano la diffamazione on-line mediante un 'sito straniero' in [www.apogonline.com](http://www.apogonline.com) del 20 febbraio 2001

### 3 – TELEMATİKA YAYINI

Sadece aynı değere sahip olmayan, aşağı yukarı bütün günlük iletiler, on-line denilen telematika yoluyla güncel olarak güvenli bir şekilde yayılmakta ve yakın bir geleceğin temel iletişim aracı olacağı söylenmektedir. Yasal bakış açısından, 'telematika' denilen bu tür yayınlar, yazılmış kitapçıklar için daha önceden öngörülmüş olan kurallardan yararlanabilir mi yararlanamaz mı? Başka bir deyişle, 1948 yılında çıkarılan 47 sayılı Basın Kanunu'na telematikanın uygulanabilip uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İftira suçunun on-line yayını vasıtasıyla işlenebilir işlenemeyeceğini belirleyebilmek için iftira suçunu yapısını ele almak gerekecektir. Çoğu yayınları kitapçık (yazılı eserler) yayınlarıyla eşdeğer gördükleri doğruysa, olası durumda, suç, kendisine ait yerleşmiş görüşler (ilmi çalışmaların ortaya koyduğu ilkeler) çerçevesinde kolayca bulunur. Aynı şekilde, İnternet yoluyla her tarafa yayılan şerefi lekeleyici fiiller için bile, hukuksal korumanın gerekliliğinin küçümsenemeyeceği malumdur. Aksi takdirde, yapılan fiillerdeki amaç açısından aynı davranışın farklı şekilde cezalandırılma tehlikesi doğacaktır. Telematika yayınının sorunu, 8 şubat 1948 tarihli kanunun 5. maddesinin yazılış şeklinin sorunlu olmasıdır. Bir hukuksal norm yürürlüğe girdiği zaman nesnelleşeceği için, yürürlüğe girdiği zamanın tarihsel gerçeklerince ayrımlara tabi tutulur ve uygulama zamanında var olan gerçek durumu gösterir<sup>11</sup>. Her ne kadar kanun tarafından açıkça belirtilmese de, bir elektronik yayın kaydının var olduğunu kabul edilmiş gözüküyor; yeter ki, aynı norm tarafından önceden belirtilen vazgeçilmez koşullara sahip olsun. Şebeke konusundaki görüşün geleneksel basın yoluyla yapılan yayınlara eş değerli olabilmesi için bu durumun ana hatlarının saptanması gereklidir. Diğer konularda olduğu gibi, bu konuda da iki farklı görüş ortaya atılmaktadır.

Bir görüşe göre, 8 şubat 1948 tarihli basın kanununun 1. maddesinde açıkça belirtildiği gibi, telematik yayın basılmış eser sayılmamaktadır. Bu madde şöyle demektedir, 'basım evlerinde basılan bütün basımlar veya ne olursa olsun makinalarda veya fizik- kimya vasıtasıyla yapılan basımlar, her türlü şekilde alınan yayınlar, bu madde kapsamında basım ya da basılan olarak kabul edilir'.

Bu yüzden kem telematika yayını yaparsa, bunun bir basılmış eser olarak sayılamayacağı açıktır.

Böyle bir görüş, on-line yayını, basım tanımıyla eş değer görmeyeceği için, normun uygulama alınımının dışında tutar<sup>12</sup>. Doktrinde diğer bir görüşü

<sup>11</sup> Corte di Cassazione, 12 ottobre 1982, in : Foro Ital., Rep. 1984, n. 84, s. 2492

<sup>12</sup> ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo; La pretesa estensione alla telematika del regime stampa in : Diritto dell'informazione e dell'informatica, 1998, s. 15

savunanlar ise, bu tip yorumun sadece kısmen doğru olduğunu yani, ceza, medeni veya idare hukukunun bazı tipik yaptırım rejiminin telematik yayınlara sınırlı uygulandığı zamanlarda uygulanabileceğini söylüyorlar. Bununla birlikte, belirli bir kayıt döneminin sonunda, bu kitapçık yayını ile telematik yayını eşit tutmaya varacak kadar ikinci düzey koşullar olarak kanun tarafından öngörülen temel ve nihai koşulun, telematika yayını için yadsınamayacağını söylüyorlar<sup>13</sup>. Bu görüş, Roma Mahkemesinin bir hükmünde desteklendi. Bu hükümde mahkeme, ‘interlex on-line hukuk yayını yöneticisi tarafından istenen kayıt sunuldu. 1948 tarih ve 47 sayılı yasa tarafından düzenlendiği gibi, basın konusunda, yayında, yayının temel ve amaç koşullarının gösterildiği ispatlanıp ve derginin, bir gazete veya süreli yayının temel ve amaç koşulunun temel özelliğine sahip olduğu’ gerekçesiyle lehe görüş belirlemiştir. Yargıtay, süreli yayın konusunda bütün süreli yayınlar için geçerli olacak şekilde verdiği kararı ile, Roma Mahkemesinin görüşünü desteklemektedir<sup>14</sup>. Düşüncelerin ve bilgilerin yayılması için, bu yeni teknolojilerin kullanımı, yasa koyucu ve hukukçular tarafından hala keşfedilmemiş sınırlara kapılar açar.

Aşağı yukarı elli yıldır bulunan hukuksal normların, bu günkü somut gerçeğin en iyi korunması için yetersiz olduğunun söylenmesi kaçınılmazdır. Eğer yasa koyucu, 1948 den önce, İnternet’in icad edilip yaygınlaşacağını öngörebilseydi, emin olun daha uygun norm yapardı. Yani, bu anayasal hakların kullanılmasında yapısal değişiklik, düşüncüyü açılama özgürlüğü ve günlük gazetede haber yapma hakkının sınırlanmasının farkına varmamız, kanunun ruhuna ve amacına dikkat edilmesine engel teşkil etmez. Eğer bu yeni icad edilip hayatımıza giren aygıt içinden kişinin şerefine veya haysiyetine yönelik bir hakaret yapılırsa, genişletici bir yorum tehlikesi veya örneksene yorum yoluna başvurmaksızın, özel koşullar önceki norma dönüşebilir. O halde, eski normun uygulanmasında sorun olmamalı; ‘tekrar incelendiğinde, telematikanın ilk sayfasındaki on-line hizmetinin yayılmasında, süreli yayın görüşünün genişlemesiyle bahsedilen norm yenilenmelidir’<sup>15</sup>.

Bu noktada, zamanın gelişimine bazı yasal normları uygun kılmak için, yasal bir müdahalenin gerekli olmadığı anlamı çıkmaz. İftira suçu ile ilgili buradaki incelenen olayda, bize göre, telematika yayını vasıtasıyla meydana

---

<sup>13</sup> **CAMMARATA**, Manlio; in : Regole vecchie per un mondo nuovo, 09 luglio 1998, i. : [www.interlex.it](http://www.interlex.it)

<sup>14</sup> Trib. Di Roma, 06 novembre 1997; **CAMMARATA**, Manlio; in : Regole vecchie per un mondo nuovo, 09 luglio 1998, i. : [www.interlex.it](http://www.interlex.it)

<sup>15</sup> **GARRAPA**, Nadia; Internet e diritto penale: tra lacune legislative, presunte o reali, panorami transanzionali, analisi de jure condito, e prospettive de jure condendo, in : [www.diritto.it](http://www.diritto.it)



gelen iftira suçlarında da genel hükümlerin uygulanması görüşüne yer verilmiştir. Nitekim on-line yayını, gerek Ceza Kanunu'nun 595. maddesinde düzenlenen 'birden çok kişiyle' iletişimi, gerekse 595. maddenin 3. fıkrası veya basın yoluyla ya da 'her türlü diğer yayın yoluyla' neden olunan ağır nitelikteki saldırıları kapsamaktadır. Gerçekten telematika yayını, daha geniş bir basın tanımı içine katacak genişletici ve hukuksal yorumlar var. Böylece bu tip yayına izin vererek, 'başka bir yayın aracı'nın yasa koyucu tarafından verilen tanıma ek katkı etkisi yapacağı düşünülebilir.

1997'de Teremo mahkemesi, 'günlük haber yapma hakkının kötüye kullanılması, internet yoluyla ileti dağıtımıyla da yapılabilir. Çünkü, yayının şekli fiilin varlığını değiştirmez. Günlük haber yapma hakkına ilişkin özgürlükçü ve yasal ilkeler saptanabilir' şeklinde hüküm vermiştir<sup>16</sup>. Hala piyasada aynı rekabet güvencesi, bu tür doğrulayıcı değerlerin bir hukukçu için aynı hukuksal bir yorum ağırlığına sahip olmamasına rağmen, İnternet'i bir yayın aracı olarak görmektedir ve İnternet bir yayın aracı olmalıdır demektir<sup>17</sup>, diğer taraftan, geçmişte yasa koyucu, sesli radyo yayını, görüntülü video yayını, müzik çaları süreli basın tanımı içinde kabul ettiği için, gerektiği gibi kayda geçirilmiş on-line yayınının da bu tür haklara dahil edecek kadar genişletilmemesi anlaşılabilir ve dolayısıyla on-line yayının da yargı kapsamında olması gerekir<sup>18</sup>. Eski Damgalar Kanunu'nun 63. maddesi şu anda yürürlükte bulunan Damgalar Kanunu'nun 65. maddesine denk düşmektedir. Bu madde, bir damganın kullanımını yasaklamakta, İnternet üzerinden yayının düzenlenebileceği hükmünü getirmektedir. Bu maddenin kabul edilebilirliği söylendiği zaman, bir telematika yayınının varlığını açıkça tekrar tanıyacaktır<sup>19</sup>. Oysa bu tezi açıkça desteklemek için, sadece bir söz gözüktüyor ve bu söz 1997 yılında Napoli Mahkemesinin kabul ettiği gibi, gerekli dikkat ve ihtiyatla okunmalıdır. 1997'de Mahkeme, 'bir İnternet sitesinin bir ulaşım organı gibi, kendine ait yükümlülüklerle sahip olduğunu, çünkü, büyük ve küçük telematik şebekesi arasında uluslararası iç ilişki sistemine sahip olan İnternet şebekesi, bir basın organıyla aynı değerde görülebilir' demiştir<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> Trib. Di Teremo, in : Dir. dell'informatika, 1998, nota di Costanzo, s. 370

<sup>17</sup> Garante concorr. Mercato, 27 marzo 1997, n. 4820, in Dir. Industrialr, 1997, nota di Stabile, s. 1064

<sup>18</sup> **PERRONE**, Marcello Begonzi; La registrazione dei periodici on line, una questione di interpretazione estensiva per un atto davuto, 13 gennaio 2000, in : www.interlex.it

<sup>19</sup> Trib. Di Genova, 23 gennaio 1997, in : Giur.it.1997, 1,2., s. 501

<sup>20</sup> Trib. Di Napoli, 18 marzo 1997, in : Foro It., 1997, I,2307; vedi anche: Vincenzo Antolnelli, Le pubblicazioni scientifiche su internet in : Italex magazine, 1999, n. 1, S. 4

Şüphesiz eşitleme (aynı değerde görme) aşırıdır ve tipik bir şekilde, bazen bir dizi teknik bilgilendirici hukuki işlemlere eşlik eden (hukuki işlemleri birleştiren) kullanımda, küçük kolaylık da gösterir. İnternet'e ilişkin saha veya DNS gerçekte, bir tür adrestir ya da içinden web sitesi takip edilebilecek daha mükemmel şifreli sayılardır ve bu nedenle, soyut olan şifreli sayı yerine bir veya daha fazla sözcük kullanılabilir. Hiç kimse, site ile ilgili farklı sayıda şifreyi hatırlayamamalı, tersine, şifrenin yerine bir ya da daha çok sözcük konularak çok daha basit araştırma yapılabilir. Bir süreli yayının yöneticisi ile bir site sahibini benzetmek yanlış olmaz. Aksine bir durum yoksa, iletilen ve hukuki değerde bilgiler içeren bilgilerin İnternet mesleği konusunda bilgi sahibi olmayanlar tarafından açılması istenemez. Bu duruma ilişkin olarak, mesleğin içine girmiş ve çalışmakta olan kişi ile, şebekeye bilgiler sokan özel bir vatandaşın aynı sorumluluğa tabi olması kabul edilemez. Aksi takdirde, yasaya aykırı fiili işlemekten kaçınmak amacıyla şebekeye girilen bilgiler hususunda 'içerik sağlayıcı'yı bağlamak mümkün olmaz. Her şey bizi, gerçek bir sakinlik içinde, bu gün telematika yayınının, şüphesiz gerçek bir yayıncılıkla eş değerde görülebileceği yorumuna götürür . Bu nedenden dolayı, iftira suçunun telematika yayını vasıtasıyla işlenebileceği sonucuna varırız.Düşünceyi açıklama özgürlüğü şeklinde hukuksal bir temel ilkenin oluşumuna izin verilmemesi, konunun yasal bir aydınlığa kavuşturulması için girişimde bulunulmasına engel değildir. Gazetede günlük haber yayma hakkı, hukuksal bir yoruma bırakılabilir.

#### **4 – HABER GRUPLARI**

Haber grupları, her türlü hayal edilebilir konu ile ilgili olarak dünya geneline İnternet yoluyla yayılan geniş bir tartışma alanıdır. Bu haber grupları, mutfaktan politikaya, bilimden spor, doğaya, edebiyata vb. şekilde geniş bir alanı kapsar. Her bir alanı kendi tartışma konusu içinde değerlendirebiliriz.

Her grup, kendine ait bazı iç kurallarının yine kendi grubu tarafından ihlal edilmesi ile ilgili ılımlı bir yaklaşımı bazen sergileyebilir bazen sergilemeyebilir. Bu konuda, sosyal ahlakı sarsmamak için, çok sayıda iletişim olanakları bire inmesin ama, bu konuya ilişkin bir gösterge tablosu olsun. Nitekim burada olabilir. Öz denetim yapma gerekliliğinin, toplumsal bir mutabakat çerçevesinde bazı davranış biçimlerini değerlendirme gereksiniminden doğmasında, toplumsal yarar göz önüne alınır. Her haber grubunun özeliği, grupta yazılı olup, herkes tarafından okunabilen, sadece tek bir kullanıcı tarafından yayılan iletilerdir. Bunun için, haber gruplarında yazılan yüzlerce yazıların bir listesi ile herkesin sahip olduğu bilgiler, açık alandaki konuşmalar veya toplantı sırasındaki konuşmalarla karşılaştırılabilir. Bu haber grupları, her kullanıcının sahip olduğu a-mail vasıtasıyla bu tür güç çubuğuna haberleri gönderir, her bir yazı, yazı okuyucu olarak adlandırılan bir program

içinden aynı şebeke tarafından çok geniş bir alan yayılır, bu yazılar, bir haber okuyucu ile okunabilmesi için, bağlantı kurulabilmesi amacıyla özel bir yazım usulü istemez. O halde, bir haber grubu, herkesin kendi fikrini açılama isteğini yerine getirmesine imkan veren kocaman bir elektronik alıcı çubuğuna benzer. Haber gruplarının doğuşu, bütün İnternet zenginlikleri gibi, toplumda özel bir çıkara sahip olan insanlar arasında, sözleşme yapma sorunluluğunu getirir. İnternet, ortak bir çalışma taslağı konusunda bir işle meşgul olan araştırmacılar arasında işbirliğini kolaylaştırma amacıyla geliştirildi.

Bu gün, gerçek anlamda olayın boyutunu tam olarak bilmek zordur. Haber grupları içinden aktarılan bilgiler önemlidir. Çok sık aktarılan bu bilgiler günde milyonlarca kişiye ulaşabilir. Her bir haber grubu adını kendi içeriğinden alır. Örneğin, 'diritto.it' haber grubu, çoğunlukla hukuksal mesleğin uygulanması alanında, yani hukuki konu ve bu konunun hukuki sonucu ile ilgili bilgiler sunar. Öyleyse, mailin listelenmesi ile ilgili bu haber hizmetinin farkını hangisi oluşturabilir? Muhtemelen aşırı bir şekilde yükselmeyen bu tartışma konusuna ilgi duyan pek çok insanın içinde bulunduğu duruma, listelenmiş mail uydurulur. Konu, daha geneli ilgilendirdiği zaman, daha iyi haber grupları uydurulur. Sonuçta her haber grubu, kendi kullanıcısı tarafından oluşturulur. İletinin alıcısına müdahale edilmeyi mümkün kılan bu alandaki tartışmaya rağmen, okuyucu tarafından belleğe giren her bir ileti en kısa zamanda incelenebilir<sup>21</sup>. Biz, her kullanıcının kişilere ve gruplara gönderdiği yazıları okuyarak bilgi sahibi olabileceğini söyledik. Bununla birlikte, bu konuda, elektronik posta ile ilgili küçük bir fark var. Yüzlerce kullanıcı tarafından sıklıkla haber grubunun kullanılması halinde, muhtemelen bu kullanıcılardan her biri hizmet verici ile bir kez bağlanır ve daha sonra iletiler boşaltılır. Özel nitelikteki konular için sadece bazıları onu okumaya karar verir, çoğunluğu için dikkati çekici bir şey değildir. Sorulacak soru, burada netleşmelidir. Suç işlemek için basitçe bir a-mail grubuna göndermek yeterliyse, özel olarak bu a-malin birkaç kişi tarafından okunması gerekecektir. Sorun uygulamada çok fazla bir öneme sahip değildir. Çünkü bağlantının sebebi, haberleri saklayan kişiye hizmet etme yükümlüğü yüklemektedir. Matematiksel olarak farz edelim ki, bağlantı kurulan kullanıcılar için en az bir tane ileti bırakılır. Genelde hizmet konusuna aynı mail dahil edilir, iftira niteliği taşıyan ileti okunur. Bununla birlikte, saldırının kanıtlanabilmesi için, iftira niteliği taşıyan iletinin üçüncü kişi tarafından algılanabilmesi koşulu, suçun oluşumu açısından vazgeçilmez unsurdur. Mektuplardan oluşan kitaplarla elektronik posta arasında Ceza Kanunu'nun 616. maddesinin içeriğini aynı görülmesinden dolayı, Ceza Kanunu'nun 595. maddesinde öngörülen hakkın uygulanması konusunda şüphe yoktur. Sonunda, bütün haber grupları için, haber grupları içinde yöneticinin

<sup>21</sup> Trib. Di Roma, 4 luglio 1998, in Dir. dei'informatica, 1998, s. 807, nota di Costanza.

olması gerekliliği yönünde yeni bir fikir ileri sürülmektedir. Bir dergi yöneticisinin sahip olduğu sorumluluğa benzer bir sorumluluğun haber yöneticisine de getirilmesinin mümkün olup olmayacağı, sorulur. Haber grubunun işletmecisi (sahibi), yöneticisi (sorumlu müdürü) ve kefil başlarında oldukları hizmet vasıtasıyla etrafa dağıtılan haberlerden dolayı sorumlu olabilmelidir. Biraz sonraki tartışmaları dikkate aldığımızda, cevap olumsuz olacaktır. İlki, haber grupları ile dergi yayını veya elektronik yayını aynı kefeye koymak doğru gelmiyor. Çünkü onlar kanun tarafından öngörülen koşullara sahip değildir.; haber grubu yöneticisi (sorumlu müdürü) hukuksal olarak, dergi veya elektronik posta yöneticisiyle karşılaştırılmaz. Çünkü onlar, birkaç açıdan grubun kullanıcıları ile işbirliği veya iş ortaklığı ilişkisi bakımından birbirleriyle ilişki kurulmasına engeldir. Bu nedenle, Ceza Kanunu'nun 57. maddesindeki bir sorumlulukla aynı kefeye tabi tutulamaz. Kullanıcıların tabi oldukları haber grubu kuralları, sık sık mail grubunun kendi içindeki özel görevlisi tarafından güvence altına alınan düzenlemelerdir, ya da tartışma konusuyla ilgisi olmayan ehemmiyetsiz postadır. Bununla birlikte, önceden vurgulanıp ve hukuk kuralları tarafından belirtildiği gibi, haber grubu yöneticilerinin davranışlarının bir suç oluşturabildiği düşünüldüğü zaman, sık sık bu yöneticilerin bazı cezai yaptırımlardan muaf tutuldukları doğrudur. Haber hizmetçisi (news server), söz konusu tartışma alanı ve özel durumlarda, kullanıcılara emir verme konusunda sınırlandırılırlar. Haberin ölçülülüğü incelenirken habere yapılan müdahaleler (sınırlamalar) biraz denetim ve gözetim olanaklarından yoksundur<sup>22</sup>. Diğer taraftan, hukuk kuralları tarafından vurgulandığı gibi özel (adi) bir vatandaş tarafından bir haber grubuna gönderilen ileti, 'gazeteciliğin haber hakkının kullanılması olarak.....nitelendirilemez, yapılan hareket, yapılan hareket gazeteciliğin özelliğine uymaz ve mesleki hareketin kendine yönelik faydalı bir uygulaması olarak düşünülemez'<sup>23</sup>. Öyleyse ilk sonuçları incelemeye başlayabiliriz. Hizmet sağlayıcı, hukuksal açıdan bir yönetici (sorumlu müdür) ile eşit değildir ve yönetici, kendi haber grubuna sunulan iletilerin amacı veya şekli için onun yaygın hizmet aracılığıyla hukuka aykırı saldırı niteliği taşıyan iletilerin içeriği konusunda karşı tarafı uyarmak için yükümlendirilmeyeceklerdir. Buradan, özel bir kişi tarafından basitçe ulaşılabilecek alanda yer alan bilgiler, dergi konusundaki yayınlara eşit muameleye tabi tutulmayacağı sonucu çıkarılabilir<sup>24</sup>. Diğer taraftan, web sitesi sahibi veya haber grubu yöneticisi, hizmet sağlayıcı tarafından yapılan

---

<sup>22</sup> Trib. Civ. Roma, 4 luglio 1998, in : Guido Scorza; L'informazione in rete, www.diritto.it

<sup>23</sup> **Ibidem**

<sup>24</sup> **GARRAPA**, Nadia, adı geçen internet sitesindeki yayınına bairabilir.

hareketten dolayı şahsi olarak sorumlu olmayacaktır. Çünkü, onlardan iletilerin içeriğini denetlemesi istenemez. Nitekim, Roma Mahkemesi tarafından daha önce verilen bir kararında belirtildiği gibi, onlar yasaya uygun hizmet etmektedirler. Demek ki, gazetecilikle ilgili bir başlık konusunda, bir haber grubuna iletilerin gönderilmesinin kabul edilemez olduğunun tasdik edilmesi kesindir. Son olarak, basın aracılığıyla bazı iftira suçuna ilişkin görüşlerin ana hatlarıyla belirtilmesi olanaksızdır.

### **5 –WEB SAYFASI**

Şimdiye kadar gördüğümüz gibi, İnternet iletişim olanakları çok fazladır. Web sayfası, tam ve çok yönlü hizmet sunulmasına yönelik isteğe daha etkili cevap verebilecek bir İnternet imkanını temsil eder. Her bir kullanıcı, kendi kullanım alanına sahip olabilir, kendine sayfa açabilir. Bugün, kişisel sayfa alımları için para ödenmekte,daha da önemlisi, özel derneklerin hukuk siteleri, ulusal ve uluslar arası yayın kurumları vardır.

Demokrasi ruhu üzerine inşa edilen herkese memnuniyet verici bu iletişim sisteminin, demokrasi gücünün görülebilir fakat henüz harekete geçmemiş bu yeni toplumsal güçten doğması istenir. Bu yeni meslek oluşumlarının yarattığı ekonomik gelişimi yarıda bırakarak, bu sistemin hukuksal boyutunu ele alacağız. Her siteye internet adresi vasıtasıyla, genellikle geniş dünya sayfasının İngilizce kısaltılmışı olan www isminden, ulusal kimliğin takı ekinden, ticari faaliyet şeklinin veya siteye atf eki vasıtasıyla her siteye ulaşılabilir. Alan ismi şirketle veya her ne olursa olsun başlık ismiyle ilişkilendirilebilir.

Böyle bir bakış açısı, iftira suçuyla ilişkilendirildiğinde, önemli olabilir. Örneğin, çok tanınan bir ismin aynı sitede çok sayıda kullanıcıya gönderilmesi amacıyla içeriği uygunsuz yazımlarla doldurulmuş bir ileti hazırlanıp gönderilebilir. Çalı kuşu için küçük ayna örneği klasiktir. Çalıkuşu için ayna hilesi, halka mal olmuş bir kişinin isminin sömürülmesi sayesinde kendi tüketiminin önemli bir artışı, sitenin unvan sahibine güvence sağlayabilir.

Büyük Serena gösteri merkezinde, bir olay meydana geldi. Söz konusu sitenin unvan sahibi, kendi web sayfasında daha da izlenebilirliği sağlama için amacıyla halka mal olmuş bir kişinin bir kişinin ismi kullanılmaktaydı. Burada kuşkusuz, gösteri sitesinin tamamen yabancı olan hepsi porno olan filmler yayınlanmaktaydı. Daha önceden vurgulandığı gibi, internet üzerindeki yayınlar,diğer bir kişi tarafından sahiplenilmeyen kayıtlar, geleneksel dergi yayınlarının her birinin tabi olduğu hukuksal kurallara tabidir. Bu yayınlar, sahte ve dürüst olmayan fiilleri içermektedirler. Tüketici, sitede sunulan pornoğrafik

ürünlere inanmaya zorlayarak sitenin sahibi için haksız kazanç sebep oldu<sup>25</sup>. Tüketici için bir aldatma site için bir zarardır. Bununla birlikte, bu sorun aşağıda ulusal bir aktarım (taşımaya) şeklinde incelenir ve bir başlangıç doğrulamasına götürür. Yani, büyük şebeke ile ilgili bütün görünüşler, ulusal veya kişiselleştirilmiş çözümlerden arındırılmış şekilde sonuçlanamaz, ama, politik ve yasal bir uyuşum amacı için sonuçlanabilir. Gerçekten, deniz yolculuğu yapan kişinin tipik davranışı (bu terim bir İnternet sitesinden diğer İnternet sitesine kişinin davranışını belirtmek için kullanılır) bir web sitesinden diğerine önceden bir yol oluşturulmaksızın, hızlı bir şekilde kişinin dikkatinin değiştirilmesidir. Fakat tam tersine, kişinin ilgisi, merakı ve hisleri tarafından yazım değişimi sürecinde bir yol takip eder. Böylece, bir el örgüsü, Amerikan, Fransız ve İtalyan sitesi arasında zaman zaman cybernauta bulunacaktır, kısa bir zaman aralığında, aşağıda, farklı politik ve yasaların hukuksal kurallar sistemine değinilecek. Hangi düzenlemeyi yapmayı isteyeceğiz? Eğer kişinin siteye yerleştirdiği ifadeler, iftira içerikli ise. Örneğin İtalyan ulusuna yönelik, veya bir kişinin şeref veya haysiyetine yönelik bir saldırı niteliği taşıyorsa. Yargılama yetkisi, zarar uğrayan tarafı çıkarını korumak için kullanılacaktır. Suçu nerede işlemiş sayacağız?ulusal sınırların aşılması ve çok geniş alana yayılması dolayısıyla ortaya çıkan yaklaşım sorunu, ve bu soruna bağlı ulusal yaklaşım sorunu ortaya çıkıyor. Görünüş açısından çözüm basittir. Yani, İnternet'i tekrar gözden geçiren, her şeyi kapsayan yek bir normun bir devlet politikası gereği yürürlüğe sokulmasıyla çözüme ulaşılabilecektir. Devletin farklı yasalarının içine farklı cezai düzenlemelerin yerleştirilmesi gibi doğabilecek bir sorun istenmez. Sosyo-kültürel sonucun içerdiği sorun, oldukça büyüktür. Tek bir cezai koruma sistemi yaratmak amacıyla, bir ulusun insanlarının davranışlarını keskin bir şekilde değiştirmeye kadar varan bir şekilde 'yaşayan toplumsal insan, hukuku yaşayan insandır' öz deyimini ile, toplumumuzu birleştirme, bir türdenleştirme kabul edilemez<sup>26</sup>. Özet olarak, hukuk sosyal bir olgu ise, ve eğer hukuk toplumda ortak bir kapı değerini ifade ediyorsa, kendi tarihinin meyvelerini, kökünü, geleneklerini ve ahlakını ifade ediyorsa, köklü bir değişim ve toplumsal duyarlılığa yakınlaşma olmaksızın, bizzat kendilerinin bir küreselleşmesi düşünülemez. Ayrıca, engeller, zorluklar çıkarmaya teşebbüs veya sadece İnternet'in içine sınırlamalar koymaya teşebbüs, istendiği söylenen birkaç şekilde sıkıdenetim, sınırlama veya düzenlemeye, yasal veya ayasal olmayan şekilde, bu alan bağlanamaz veya tabi kılınmaz. Böyle bir girişimde

---

<sup>25</sup> **CELENTANO**, Francesco; Cyberquatting e nomi dello spettacolo, Italex magazine, 1999, n. 1, s. 18

<sup>26</sup> **FALZEA**, A; Introduzione alle scienze giuridiche, parte prima : il concetto del diritto, Giuffrè, 1983, s. 13

bulunulursa her zaman bir takım karşı hareketler ortaya çıkar veya çıkacaktır. Bit azınlık muamelesi yapılamaz, küçümseyici tavırlara maruz kalamaz. Olgu devam etmekte olan bir değişimdir ve tam anlamıyla sosyo-kültürel değişimi kabul edip, iletişim, eşitlik ölçütü ve demokrasi fikrini etkiler. Yargıtay'ın Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin uygulanabilirliği veya uygulanamazlığı sorununa ilişkin son hükmü, bize hukuki işlemler açısından biraz tümit vermektedir.

Bir İnternet sitesinde, bir kişinin kişiliği veya davranışı konusunda, hukuka aykırı görüşler ve iftira niteliği taşıyan sözler yayınlanmaktaydı. Bu konuya ilişkin açılan davanın ile ilgili olarak, Genova İstinaf Mahkemesi, temyiz başvurusunu gönderirken şöyle diyordu, 'suç oluşturan fiil açısından İtalyan hukuk bilginlerinin hatası vardır. İnternet üzerinde işlenen suçların, İtalya sınırları içinde işlenmesi gerekir. Halbuki, söz konusu olayda suç, dışarıda yayınlanan yayınlardan doğmuştur'<sup>27</sup>. Yargıtay, tamamen yerel mahkemenin görüşünü reddetti. İftira suçu bir şekli suçtur, bir kişi tarafından bir başka kişiye veya o kişinin temsilcisine yönelik hukuka aykırı saldırı niteliği taşıyan iletilerin bir üçüncü kişi tarafından algılandığı an suç tamamlanmış olur. Bunun için, sahip olduğumuz ilk aşamada, şebekeye yazılar, resimler, tasarılar yerleştirilir, ikinci aşamada bunlar, kullanıcı tarafından öğrenilir. Yargıtay, Ceza Kanunu'nun 2. fıkrasına göre, suçun tamamen veya kısmen icrai veya ihmali hareketlerinin İtalya'da gerçekleştiği zaman ya da o suça ilişkin neticenin İtalya'da gerçekleştiği zaman, suçun İtalya'da işlenmiş sayılacağına hükmetti. Bu düşünce açısından, netice ülkemizde gerçekleştiği için, her ne kadar yapılan davranışın başlangıcı dışarıda gerçekleşse de, yargılama yetkisi bizim yargılama makamlarımızda olacaktır. Ayrıca, teknik ve usulle ilgili bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Gerçekten, iftira suçu, fikrin yayıldığı veya fiilin öğrenildiği andan itibaren 90 gün içinde takip edilebileceği için, bir sitenin yayın tarihinin başlangıcına veya sitedeki iftira beyanının yapıldığı tarihin başlangıcına nasıl ulaşılabilecek. Yayın tarihinin, olağan veya dergi gibi yayınlar için kolayca bulunabileceği açıktır. Oysa İnternet için ve dolayısıyla web sayfası için bu nasıl düzenlenebilir? Nitekim, bazı yayın tarihlerinin başlangıcı ve bir sayfanın oluşumu, kolayca değiştirilebilirken, diğerleri (İnternet sitesi ve web sayfası) kolayca değiştirilemez. Şunlar değiştirilebilir: oluşturulan tarih ve html sayfasının oluşum dosyası, şunlar değiştirilemez: siteyi içinde barındıran hizmetin log sayfası. Uygun bir savunma yöntemi hazırlama amacıyla bu bilgilerin elde edilebileceği hizmet sağlayıcı bilgisayar çizelgesine, hızlı bir şekilde ulaşılabilmek olasılık dahilindedir.

<sup>27</sup> Cass. Pen., V Sez., 17 novembre 2000, in : www.penale.it

## 6 – İNTERNETTE KARŞILIKLI KONUŞMA

Sohbetin büyüleyici dünyası, düne kadar bilinmeyen yeni bir iletişim sistemi oluşturdu. Chat terimi, gevezelik etmek, boşa çene çalmak anlamına gelen İngilizce'nin 'to chat' sözcüğünden türemiştir ve tam olarak tercümesi, 'İnternet içinde konuşma'dır. İnternet içinde konuşma (chat), yazı başlığı alma, mektup yazılarının şekli veya elektronik posta, karşılıklı ağıdan konuşma gibi iletişim şekillerinin tümüne imkan verir, zamanı azaltır, telefon görüşmelerinin parasız yapılmasına, radyo dinleme olanaklarına olanak sağlar. O halde chat, İnternet vasıtasıyla kullanıcılar arasında bir konuşmadır, kişi, karşı taraftaki konulacağı kişi ile bağlantı kurabilmekte, bir veya daha çok alanlardaki konulara ilişkin görüşlerini sunabilmekte, veya haber grubunda olduğu gibi çok daha farklı konuları tartışmaya açabilmekte böylelikle başkalarına fikirlerini aktarabildiği gibi, başkalarının da fikirlerini alabilmekte. Telefonda sadece şehir içi aramanın miktarı belli bir miktar tutabilirken, İnternette uzak yerlerdeki kişilerle bedava iletişim kurulabilmektedir. Yani İnternet bağına katılan kişilerin coğrafi yakınlığı önemli değildir. Halk ile veya özel kişilerle yapılabilen iletişim, çok uzak mesafelerde veya belli uzak mesafelerdeki kişilerle de yapılabilir. İletişim alanında belki de en önemli gelişme çok uzak mesafelerdeki kişilerle İnternet vasıtasıyla hemen canlı gibi yapılabilen iletişimdir. Özel nitelikte veya herkese açık şekilde iletişim imkanı, küçümsenemeyecek hukuki sonuçlara sahiptir. Özel kişiler arasındaki iletişimde yasal olmayan bilgilerin aktarılması konusunda, karşılıklı olarak kişilerin bu konuda rızalarının olması gerekir. Bu yeni iletişim dünyasında gerçek kullanıcının belirlenmesinde ciddi zorluklar vardır. Sorunlardan ilki, muhatap kişinin kimliğinin belirlenmesiyle ilgilidir. İnternet içi sohbette her kullanıcı bir takma isim kullanır. Eğer bağlantı kurulduğu zamanda hizmetçi 'server' tarafından verilen kayıt numarasına geri giderek kişinin ismine ulaşılabilirse de, bilgisayarı o anda kullanan kişinin o sitenin gerçek sahibi olduğunu kesin olarak bilemeyiz. Nitekim, bir ailenin üyesi, bir şirketin çalışanı veya doğrudan doğruya hiçbir ilgisi olmayan dışarıdan bir kişi, kendi kimliğini gizleyerek bir başkasının sitesine girerek iftira niteliği taşıyan iletiler gönderebilir. İnternet içi sohbet, kendi iletişim alanında her zaman hukuka aykırı fiillerin yuvasıdır. Kişinin kendi kimliğinin gizlenebilme imkanı, şüphesiz bazı kişilerin gizli kalmış suçlarından şüphelenilmemesine yardım edebilir. İnternet içi sohbette tam olarak, bir değiş tokuş işlemleri, şaşırtıcı madde satışı ile ilgili bilgiler, silahlar ve kaldırımlarda satılan porno filmleri bulunabilir. Bir kişi tarafından bir başka kişinin ününe, şerefine, haysiyetine karşı, hukuka aykırı şekilde yapılan davranışların cezalandırılabilirliği konusuna ilişkin soru sorulabilir. Gerçekten, halka açık kanallarda bu tür fiiller işlenirse, takma adlarla yapılan yayınlarda kişilerin gerçek kimliklerinin açıklanırsa, iftira suçu vardır.



İnternet içi sohbette, bilgisayarının başına oturan herkes, gerçek hayatta bir kişiyle karşılıklı konuşur gibi konuşur. Gerçek hayattakinden bir farkı vardır, burada kişiler uzaktadırlar. Bu durumda İnternet içi sohbette yapılan iftira fiili, herkesin önünde yapılmış sayılır.

Ceza Kanunu'nun 595. maddesi, 'her kim birden çok kişiyle iletişim kurarken' hükmünü getirmiştir. Konuştuğumuz iletişim şekli telematikadır. 547/93 sayılı yasa yürürlüğe girmekle, bilgi ve telematika yoluyla yapılan iletişimin, yasa koyucu tarafından yeniden tanınan hakka sahip olduğu kabul edilmektedir. Bize göre, bir telematika iletişim şekli olan İnternet içi sohbet, diğer iletişim şekilleriyle aynı niteliğe sahip olup onların tabi olduğu hukuksal kurallara tabidir.<sup>28</sup> O halde, IRC kanalında doğrulama gerçekleşse bile, Ceza Kanunu'nun 595. maddesinin gerçekleştiği söylenebilir. Bununla birlikte karşılaşılan gerçek sorun, usule ve özel olarak da ispata ilişkindir.

Bir İnternet içi sohbette, iftira niteliği taşıyan beyanlatları, usule ilişkin noktada ele almak ve hukuki işlemde sebep ve bir dizi yeni sorunlar karşılıklı olarak ele alınıp değerlendirilebilir. Aksine bir durum yoksa, İnternet içi sohbetin log dosyasının kayıtlarına izin veren bir alet gereklidir. Çok büyük bir işin hizmetçiye 'server'e' kaldığı düşünüldüğünde, bu işlemi yavaşlatmanın ilk nedenidir. İftira suçu işlendikten itibaren 90 gün içinde ihbar edilmesi gerektiği için veya her ne olursa olsun suçun işlendiğinin öğrenildiğinden itibaren 90 gün içinde ihbar (şikayet) edilmesi gerektiği için bu süre içinde harekete geçmek gerekecektir. Bilgisayarın log dosyasının bir sureti yapılabilir. Bununla birlikte, herkes tarafından kolayca değiştirilebilir. Oysa bu gerekli ispatlayıcı öneme sahip olmayabilir. Bu belge, hizmet sağlayıcı tarafından log dosyasının suretini izin alma umuduyla almada, hukuksal makamlara sunulan ihbar dilekçesine eklenebilir. Diğer sorun, İnternet içi sohbeti, kimliği belirsiz kişilerin kullanmasıdır. Önceden belirtildiği gibi, hiç şüphe yok ki, usulü işlem daha karışık ve içinde zorluklar barındırır. Özellikle, bilgi işlem hukuku gibi, dikkat isteyen konuda, ad hoc alanında bir yetkiye sahip bulunulmuyorsa. Meseleyi özel hatlarıyla belirten hukuki anlayış ve teknik yetkiyle donatılan bir dizi yardımlar, hukuki işlemleri ikinci öneme atmaya teşebbüs edemez.

### 7 – SONUÇ

Yaşamakta olduğumuz gelişim, sorunsuz değildir aksine sorunlarla iç içedir. Herkesin her şeyle iletişim kurması mümkündür. Herkes, devlet, dernek, örgüt veya kişilerle ilgili yasaya aykırı, eksik veya yasaya uygun bilgileri başka kişi veya kişilere aktarabilir. Bu durumda, bir gazeteci ile sıradan bir vatandaş tarafından kaynaklanan bilgiler arasında bir sınır çizmek gerekir. Gazetecilik mesleğini icra eden kişi kim olursa olsun, gazeteci olmayan kişiyle aynı

<sup>28</sup> **GIORGIO**, Pica; Diritto penale delle tecnologie informatiche, Utet, 1999, s. 2

sorumluluğa tabi olması düşünülemez. İnternet'in getirdiği sorunlar olarak, bu yeni iletişim şeklinin yasaya aykırı kullanımına kesin sınırlamalar getirilemediği açıkça görülmektedir. Yasa koyucu dikkatini, örneğin, suç fiilinin araştırılması, sorumluluk kapsamına girecek ifadeler, suçun işlendiği yer, site içinde meydana gelen suçlarda somut bir müdahale imkanı failin dışarıda bulunması durumlarında yapılacaklar gibi yargılama usulüne ilişkin bazı önemli noktalara çevirmelidir.

Kişi ile ilgili ceza sorumluluğunu ölçütü, suçlanabilirlik ilkesine tekrar geri dönmenin gerekliliği, bir kalıtım bilim (genetik) içinden öteye geçemez. Telematika yoluyla bilgilerin dağıtılması işleminin içine giren herkesi, sorumluluk kapsamına almak mümkün değildir. Herkes, kendi davranışı, yetki alanı ve hareketlerinden sorumludur. İşte bunu için, bir derginin sorumlu müdürünün işlemleri, bir hizmet sağlayıcısının kendi web sayfasını oluşturup işleten özel bir kullanıcı ile ilgili sorumluluğun değişik ve farklı oluşumu, suçlanabilirliğin şekli, cezalandırma açısından eşit işleme tabi tutulamaz.

Sonuç olarak, daha önce birkaç kez ifade edildiği gibi, gelişme kendi içinde asla iyi veya kötü değildir, onu kullanabilen ve kötü yönde işleten insandır. İnsan, suçun eylemsel öznesidir, şebeke sadece imkanlar arasında bir araçtır.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> **GARRAPA**, Nadia; Internet e diritto penale : tra lacune legislative, presunte o reali, paranomi transnazionali, analisi de jure condito, e prospettive de jure condendo, in : [www.diritto.it](http://www.diritto.it)





## YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) ve rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya halinde **bir disket/cd** içinde gönderilmesi ve ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4** kâğıt çıktısının gönderilmesi rica olunur.

2. **Metin yazıları** Times New Roman karakteri ile **10,5 punto tek satır** aralığı, 1,25 cm girintili paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Yazılar kural olarak 25 sayfadan fazla olmamalıdır. Yazıdaki başlıklar başlık biçimleri kullanılarak yazılmalı, **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalı, metin içerisindeki diğer tüm başlıklar Başlık 2 biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “adı SOYADI” biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar \* işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

3. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak kitaplarda; Yazar SOYADI Adı (örn. YILDIRIM Ramazan), (yayın yılı), Kitap Adı , (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; makalelerde; Yazar Soyadı, Adı (yayın yılı), “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir. **Dipnotlar**, Times New Roman yazı karakteri, **10 punto, Tek satır aralığı, 0,6 asılı** , paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır.

4. Gönderilen makalelerin başına, makalenin yabancı dildeki adı, en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adeti geçmemek üzere **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

5. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.



