

ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XVIII SAYI: 1 – 2 HAZİRAN 2014

KAMU HUKUKU ♦YERLİKAYA, Türkiye’de Odalar, Borsalar ve Birlik Personelinin Bağlı Olduğu Hukuk ♦GEDİK/KÖKÜSARI, 14 Aralık 1995 Dayton Anlaşması İle Oluşturulan Hükümet Biçiminin Bosna Pratiğindeki Sorunları ve Çözüm Önerileri ♦ERGÜL, Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Bağlamında Uluslararası Terörle Mücadele Stratejileri ♦PINARCI/ÇEVİK, Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi ♦YILDIZ, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Demokratik Meşruiyeti ♦CEBECİOĞLU, The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights ♦ERDOĞAN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı.

ÖZEL HUKUK ♦GÜNGÖR, Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının Korunması ♦YAZICI, Borçlar Hukuku ve İcra İflas Hukuku Çerçevesinde İcra Kefaletnameleri.

ERZİNCAN – 2014

**ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XVIII SAYI: 1-2 YIL: 2014

**HAZİRAN – 2014
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof.Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Arş. Gör. Ahmet NAR

<u>İLETİŞİM ADRESİ:</u> ERZİNCAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 24078 / ERZİNCAN	<u>TLF</u> : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 <u>FAKS</u> : +90 446 225 17 45 <u>E-MAİL</u> : erchukuk@erzincan.edu.tr <u>WEB</u> : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	--

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
yılıda iki kez yayımlanan ve TÜBİTAK ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ
ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş
hakemli bir dergidir.

**Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.**

Basım Yeri: ERMAT OFSET Vali R. Yazıcıoğlu Cd. No: 57 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Ekim - 2014

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK

Fatih Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Zehra ODYAKMAZ

Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Doç. Dr. Ayhan DÖNER
Doç. Dr. Şafak NARBAY
Arş. Gör. Ahmet NAR

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
(e-mail: cembaygin@yahoo.de)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. İbrahim ÖZBAY, Doç.Dr. Ayhan DÖNER, Doç.Dr. Şafak NARBAY, Doç.Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç.Dr. M. Emin RUHİ, Doç.Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Yrd.Doç.Dr. Alpaslan AKARTEPE, Yrd.Doç.Dr. Oğuz CANER, Yrd.Doç.Dr. Ömer GEDİK, Yrd.Doç.Dr. Burhan Caner HACIOĞLU, Yrd.Doç.Dr. Veli KARAGÖZ, Yrd.Doç.Dr. İsmail KÖKÜSARI, Yrd.Doç.Dr. Hatice Duygu ÖZER, Yrd.Doç.Dr. Ayhan UÇAR, Dr. Melih SÖNMEZ, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Arş.Gör. Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Arş.Gör. Onur Kahan ARSLAN, Arş.Gör. Fatih AYDEMİR, Arş. Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş. Gör. Özlem ÇELİK BAŞBOZKURT, Arş. Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Emrah BİLEZİKÇİ, Arş. Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşenur ŞAHİN CANER, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Serhat CEYLAN, Arş.Gör. Aytuğ Ceyhun ÇAKIR, Arş. Gör. Mustafa ÇAPA, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Emre CAN, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Tuğba ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Mehmet Akif ETGÜ, Arş.Gör. M. Arif FINDIK, Arş. Gör. Zehra GÜNEY, Arş. Gör. Aydın GÜVEN, Arş. Gör. Ümit GÜVEYİ, Arş.Gör. Engin HİLAL, Arş. Gör. M. Serhat KAŞIKARA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Sevda KESKİN, Arş.Gör. Şengül AL KILIÇ, Arş.Gör. Yavuz KORUCU, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet NAR, Arş.Gör. Serkan OĞUZ, Arş.Gör. Nagehan OKUMUŞ, Arş. Gör. Damla Özden ÖKSÜZ, Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK, Arş. Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Mehmet SAYDAM, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş.Gör. Emel TEK TEN, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

TEŞEKKÜR

Dergimizin C. XVII, S. 3 – 4, Aralık – 2013 ve C. XVIII, S. 1 – 2, Haziran – 2014 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı saygıdeğer öğretim üyelerine teşekkür ediyoruz*...

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ, Prof. Dr. Cem BAYGIN, Prof. Dr. Nihat BULUT, Prof. Dr. Nihat EDİZDOĞAN, Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY, Prof. Dr. Faruk TURHAN, Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, Doç. Dr. Ayhan DÖNER, Doç. Dr. Şafak NARBAY, Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR, Doç. Dr. Sabahattin YÜREKLİ, Yrd. Doç. Dr. Fethullah BAYRAKTAR, Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK, Yrd. Doç. Dr. Recep NARTER, Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ.

* Sıralama unvan ve soyadı esas alınarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA

Türkiye’de Odalar, Borsalar ve Birlik Personelinin Bağlı Olduğu Hukuk..... 1–23

Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK/Yrd. Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI

14 Aralık 1995 Dayton Anlaşması İle Oluşturulan Hükümet Biçiminin Bosna Pratiğindeki Sorunları ve Çözüm Önerileri..... 25–61

Dr. Ergin ERGÜL

Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Bağlamında Uluslararası Terörle Mücadele Stratejileri..... 63–98

Dr. Mustafa PINARCI/ Dr. Kürşat ÇEVİK

Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi99–125

Arş. Gör. Dr. Abdulkadir YILDIZ

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun Demokratik Meşruiyeti127–141

Arş. Gör. Ayşe CEBECİOĞLU

The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights143–157

Arş. Gör. Murat ERDOĞAN

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Gaygusuz Kararı: Mülkiyet Hakkının Geniş Yorumu ve Ayrımcılık Yasağı159–189

X

ÖZEL HUKUK

Yrd. Doç. Dr. Seda Ş. GÜNGÖR

Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Kapsamında İşletme Adı ve İşletme Adının
Korunması 193–209

Arş. Gör. Burçin YAZICI

Borçlar Hukuku ve İcra İflas Hukuku Çerçevesinde İcra
Kefaletnameleri 211–236

CONTENTS

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA

Legaly Binding Law of Chambers, Commodities and Union Personnel in Turkey 1–23

Asst. Prof. Dr. Ömer GEDİK/Asst. Prof. Dr. İsmail KÖKÜSARI

The Issues and Recomendations for Solutions within the Practice in Bosnia of the Form of Government Consisted of Dayton Treaty acted on 14th December 1995..... 25–61

Dr. Ergin ERGÜL

International Counter-Terrorism Strategies in the Context Of Freedom - Security Balance 63–98

Dr. Mustafa PINARCI/Dr. Kürşat ÇEVİK

The Assessment of the Legislation and Practices of Witness Protection in terms of Criminal Investigation99–125

Research Asst. Dr. Abdulkadir YILDIZ

The Democratic Legitimacy of Turkish Supreme Board of Judges and Prosecutors127–141

Research Asst. Ayşe CEBECİOĞLU

The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights143–157

Research Asst. Murat ERDOĞAN

European Court of Human Rights' Gaygusuz Decision: Wide Interpretation of Right to Property and Prohibition of Discrimination159–189

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Seda Ş. GÜNGÖR

Company Name and its Protection within the Context of the Provisions of
Turkish Commercial Code 193–209

Research Asst. Burçin YAZICI

The Executive Letter of Guarante in accordance with the Law of Obligations
and the Law of Enforcement-Bankruptcy..... 211–236

Kamu Hukuku

TÜRKİYE'DE ODALAR, BORSALAR VE BİRLİK PERSONELİNİN BAĞLI OLDUĞU HUKUK

*Doç. Dr. Gökhan Kürşat YERLİKAYA**

Bu çalışmada 5174 sayılı “**Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği İle Odalar Ve Borsalar Kanunu**¹” ile “Türkiye Odalar, Borsalar ve Birlik Personeli”nin İş Kanunu’na kısmen devriyle ortaya çıkan hukuki duruma değinilecektir. 5174 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemeler ile mülga 5590 sayılı kanun arasında da bir ağ kurulması lazım gelecektir. Bundan sonra da İş Kanunu olan bağının ortaya konulmasına gayret edilecektir. Çalışmada yüksek mahkeme kararları da değerlendirmeye alınacaktır.

GİRİŞ

Bilindiği gibi 18 Mayıs 2004 tarihinde TBMM’ce kabul edilen 5174 sayılı “**Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği İle Odalar Ve Borsalar Kanunu**” ile 1950 yılından beri yürürlükte olan 5590 sayılı “*Ticaret Ve Sanayi Odaları*”, “*Ticaret Odaları*”, “*Sanayi Odaları*”, “*Deniz Ticaret Odaları*”, “*Ticaret Borsaları*” Ve “*Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği*” Kanunu”nu² yürürlükten kaldırılmıştır³. Böylece 5174 sayılı Kanun ile ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları, deniz ticaret odaları, ticaret borsaları ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği’nin kuruluş ve işleyişine ilişkin esaslar yeniden düzenlenmiştir.

Nitekim 5174 sayılı Kanununun 1.maddesine göre de bu Kanun’un amacı; ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları, deniz ticaret odaları, ticaret borsaları ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin kuruluş ve işleyişi-

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Resmi Gazete, Tarih: 1 Haziran 2004, Sayı: 25479.

2 Kabul Tarihi: 8 Mart 1950, Resmi Gazete, Tarih: 15 Mart 1950, Sayı: 7457. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7457.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7457.pdf> , İET: 13.03.2014.

3 5174 sayılı Kanun’un 103. maddesi ile 8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı "Ticaret ve Sanayi Odaları", "Ticaret Odaları", "Sanayi Odaları", "Deniz Ticaret Odaları", "Ticaret Borsaları" ve "Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği" Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Diğer mevzuatla 8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.

ne ilişkin esasları düzenlemeye yönelik gösterilmiştir. Aynı şekilde 5174 sayılı Kanun'un kapsamı olarak da; ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları, deniz ticaret odaları, ticaret borsaları ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin kuruluşlarına, organlarının nitelikleri ve seçim usulleri ile organlık vasfını yitirme hal ve usullerine, görev ve yetkileri ile çalışma usullerine, üyeleri ile olan karşılıklı hak ve yükümlülüklerine, gelir ve harcamaları ile bütçelerine ilişkin esasları gösterilmiştir (5174 sayılı Kanun, m.2).

5174 sayılı Kanun'un 4. maddesi gibi 5590 sayılı Kanun'un 1. maddesi de Odalar, Borsalar ve Birliği, kamu kurumu niteliğinde tüzelkişiliğe sahip meslek kuruluşları olarak tanımlamaktadır. Buradan anlaşılan şudur ki her iki Kanun da Odalar, Borsalar ve Birliğin kamu kurumu niteliğinde tüzelkişiliğe sahip meslek kuruluşları olduğu hususunda hemfikirlidir.

5174 sayılı Kanun ile getirilen en önemli düzenlemelerden birisi de 73. maddesi tarafından ihdas edilen *“Oda, borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler bu Kanunda yer alan hükümler dışında 4857 sayılı İş Kanununa tabidir.”* hükmüdür. Ayrıca bu hükmü tamamlayan ve müktesep hakları himaye eden yine bu Kanun'un *“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte oda, borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilmekte olanların, mevcut statülerine göre istihdam edilmelerine devam olunur.”* muhtevalı Geçici 12.maddesi hükmü de bulunmaktadır. 5174 sayılı Kanun'un 104. maddesine göre de 5174 sayılı Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih ise 1 Haziran 2004'tür. Buna göre 1 Haziran 2004 tarihinden itibaren Odalar, Borsalar ve Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilen personelinin özlük hakları 5174 sayılı Kanunda yer alan hükümler dışında 4875 sayılı İş Kanunu'na tabi tutulmuştur.

Bu düzenlemelerden sonra uygulamada bazı uyuşmazlıklar baş göstermiştir. Bu uyuşmazlıkların odağını 5590 sayılı Kanun ve ilişik mevzuatı ile *“kazanılmış haklara saygı ve bağlılık”* şeklinde gösterebiliriz. Zaten 5174 sayılı Kanunun Geçici 12. maddesi de bunu açıklığa kavuşturmuş olması yüksek mahkeme kararlarında da ifade edildiği gibi uyuşmazlıkların çözümüne doğrudan etkisi olmuştur.

Bu durumda 5174 sayılı Kanunun Geçici 12. maddesinin kazanılmış hakları himaye etmesi şartı karşılığında 5590 sayılı Kanun'un ve ilişik mevzuatının da uygulamada olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre Odalar, Borsalar ve Birlik personelinin 5590 sayılı Kanun'dan sadır olan hukukundan dolayı 5590 sayılı Kanun'a göre tanzim edilmiş hukuk düzenine bakmamız gerekmektedir. Bundan sonra 5174 sayılı Kanun'a ve genel olarak da İş Kanunu'na bakmamız gerekmektedir.

I. 5590 SAYILI KANUN’A GÖRE ODA, BORSA VE BİRLİK PERSONELİNİN BAĞLI OLDUĞU HUKUK

Yukarıda da bahsedildiği gibi 5174 sayılı Kanun’un Geçici 12. maddesi Oda, Borsa ve Birlik personelinin kazanılmış haklarını koruyan bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre; 5174 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Oda, Borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilmekte olanların, mevcut statülerine göre istihdam edilmelerine devam olunacaktır. *“Mevcut statülerine göre istihdam edilmelerine devam olunması”* hususunu ise 5174 sayılı kanun’un lağvettiği 5590 sayılı Kanuna ve ilişik mevzuatına bakarak kestirmek gerekmektedir.

A. 5590 SAYILI KANUN’A GÖRE ODA, BORSA, BİRLİK VE BUNLARIN KURDUĞU TEŞEKKÜLLERDE İSTİHDAM EDİLMEKTE OLANLARIN STATÜLERİ

Yukarıda da bahsedildiği gibi 18 Mayıs 2004 tarihinde Meclis’te kabul edilen 5174 sayılı Kanun 1 Haziran 2004 günü Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir (5174 sayılı Kanun, m.104). Bu durumda Oda, Borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilmekte olanların, mevcut statülerine göre istihdam edilmeleri henüz “1 Haziran 2004” gününe kadar yürürlükte olan 8.3.1950 kabul tarihli ve 5590 sayılı Kanun’a göre mümkün olabilmektedir. Bu düşünceden hareketle 5590 sayılı Kanun incelenerek “Oda, Borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilmekte olanların” nasıl bir statüde bulduklarının yasal dayanağı saptanacaktır.

15 Mart 1950 günü Resmi Gazete’de yayımlanan 5590 sayılı Kanun ilk yayımlandığı günden sükut bulduğu 1 Haziran 2004 tarihine kadar bir takım kanuni değişiklikler yaşamıştır. Şöyle ki 24.12.1981 tarihinde kabul edilen 2567 sayılı Kanun’un⁴ 36. maddesi ile 5590 sayılı Kanun’un 86. maddesinin başlığı ve madde içeriği değişikliğe uğratılmıştır. Böylece 86. maddenin **“Memur ve Müstahdemlerin Tayinleri”** olan başlığı **“Personelin Özlük Hakları Ve Ayrılma Tazminatı”** şeklinde değişmiştir. Görüldüğü gibi 5590 sayılı Kanun’un ilk çıktığı hali ile oda-borsa-birlik çalışanlarını “memur ve müstahdem” sıfatıyla karşılamıştır. Acaba bu çalışanları “memur” sıfatıyla

4 “8 Mart 1950 Tarihli ve 5590 Sayılı Kanunun Adı İle Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun”, Resmi Gazete, Tarih: 26 Aralık 1981 Cumartesi, Sayı: 17556. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17556.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17556.pdf>, İET: 14.03.2014.

karşılması bunların aynı zamanda memur statüsünde de olduğu anlamına gelir mi? Bunun için 86. maddenin o vakitki içeriğine baktığımızda; **“Oda ve borsa memur ve hizmetlilerinin tâyin, terfî, nakil, işten çıkarma muameleleri ve hastalık, ihtiyarlık, emeklilik ve ölüm sigortalarının yapılması şekli, işten ayrılma hallerinde verilmesi lâzımgelen tazminat miktar ve şekilleri tüzükte gösterilir. Tâyini Ekonomi ve Ticaret Bakanlığınca yapılan borsa mensuplarının emeklilik muameleleri Emeklilik Kanununa göre yürütülür.”** denilmektedir. Eski Kanun hükmü burada görüleceği üzere ikili bir ayrıma gitmekte ve tayini Ekonomi ve Ticaret bakanlığınca yapılan borsa mensuplarının emeklilik muamelelerinin emeklilik kanununa göre yapılmasını emir buyurarak bu çalışanların memur olduklarına delalet etmektedirler. Bunun dışında kalanların ise türlü özlük haklarının usul ve erkânı ise tüzüğe havale edilmiştir. Bu kişilerin o dönemki Emeklilik Kanunundan ayrı tutulması ve tüzüğe havale edilmesi memur statüsünde sayılmadıklarına karine ve delalet teşkil etmektedir.

Yine 2567 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme ile 86. maddenin içeriği **“Oda, borsa ve Birlik memur, sözleşmeli ve geçici personeli ve hizmetlilerini çalıştırma, atama, terfî, nakil, işten çıkarma ve cezalandırma işlemleri, aylık ücret ve ödenekleri, emeklilik işlemlerinin şekli, işten ayrılma halleri ve bu hallerde verilmesi gereken ayrılma tazminatı, çalışanlara yapılacak yakacak, aile ve doğum, ölüm ve Devlet Memurları Kanununda yer alan bu gibi diğer sosyal yardımların miktar ve şekilleri Birlikçe hazırlanacak ve Bakanlar Kurulunca onaylanacak yönetmelikte gösterilir.”** şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi 2567 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra 5590 sayılı Kanun’un başlangıçta düzenlediği ikili emeklilik hali terk edilmiş onun yerine yine memur, sözleşmeli, geçici personel ve hizmetliler ibarelerine yer vererek özlük hakları sıralanmış ve benzeri özlük hakları için de Devlet Memurları Kanunu referans verilerek özlük haklarının düzenlenmesi hususu da Birlik’in hazırlanmasına ve Bakanlar Kurulunca onaylanmasına bağlanmıştır. Yukarıda verilen her iki düzenlemeden anlaşılan şudur ki Oda-Borsa-Birlik personelinden memuriyete dahil olanlar bulunmaktadır. Bunun dışında sözleşmeli ve geçici personel gibi memuriyet statüsü dışında bulunan çalışma ilişkileri de bulunmaktadır.

5590 sayılı Kanun mülga olmadan önce 24 Haziran 1995 tarihinde 557 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁵ ile onun 86. maddesinde son bir deği-

⁵ Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (1.7.1995 Tarih ve 22330 Sayılı Resmi Gazete’de Düzeltmesi Vardır), Resmi Gazete, Tarih: 27 Hazir-

şiklik yapılmış ancak bu değişiklik de Anayasa Mahkemesi Kararı⁶ ile de iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı sadece KHK/557 ile 86. maddeye getirilen değişikliğe yönelik değil KHK/557’nin tamamına idi. KHK/557 ile yapılan değişiklik şöyle idi: **“m.86— Odalarda, Borsalarda, Birlikte ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenlerin işe alınması, çalıştırılması, sicil, atama, yükselme, nakil, işten ayrılma ve çıkarma, disiplin işlemleri, aylık ücret, ödenek, ikramiye ile çalıştığı esnada ödenecek sosyal ve benzeri yardımlar, ayrılma tazminatı ve diğer tüm özlük hakları, Birlikçe hazırlanacak ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca onaylanacak bir yönetmelikte düzenlenir.”** Görüldüğü gibi değişikliğe uğrayan bu madde hükmü daha önceki kullanılan memur, sözleşmeli, geçici personel ve hizmetli ibarelerini kaldırarak bunların tamamının yerine **“Odalarda, Borsalarda, Birlikte ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler”** kavramını getirmiştir ki bu ibare 5174 sayılı Kanun tarafından da tercih edilmektedir. Bütün bu vaki bulan olaylar ışığında 5174 sayılı Kanun’a kadar **“Odalarda, Borsalarda, Birlikte ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler”** bazı özlük hakları İş Kanunu’na devredilmiş değildi. Bu çalışanların özlük haklarının 5174 sayılı Kanunda hüküm bulunmaması halinde İş Kanununa havale eden ilk kanun 5174 sayılı Kanun olmuştur.

5174 sayılı Kanun’a kadar da **“Odalarda, Borsalarda, Birlikte ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler”**in özlük hakları **“Ticaret Ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları, Türkiye Ticaret Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği Personel Yönetmeliği”** ile düzenlenmiştir⁷.

ran 1995, Sayı: 22326, <http://www.anayasa.gen.tr/khk-liste.htm> , İET: 14.03.2014; <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22326.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22326.pdf> , İET: 14.03.2014.

⁶ Anayasa Mahkemesinin, 29 Eylül 1995 tarih ve 22419 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 20.9.1995 gün ve E.1995/43 K.1995/46 sayılı kararı ile iptal edilmekle hükmü kalmamıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22419.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22419.pdf>, İET:14.03.2014.

⁷ Diğer taraftan özlük haklarına dair bir düzenleme 88/12497 sayılı BKK **“Ticaret Ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları Ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği Tüzüğü”**nde ihdas edilmemiştir. 08.01.1988 kabul tarihli ve 88/12497 sayılı BKK **“Ticaret Ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları Ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği Tüzüğü”**, Resmi Gazete, Tarih: 11 Şubat 1988, Sayı: 19722. Bu tüzük ile Odaların kuruluşu, oda, borsa ve Birlikte temsil ve imza yetkisi ve genel sekreterlerinin görev ve yetkileri, oda ve borsalarca verilecek ve onaylanacak belgeler, oda yönetim kurullarının görev

Yönetmelik hususunda; 5590 sayılı Kanun'un uygulamada olduğu dönemde 18 Mayıs 1983 tarihinde 83/6620 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan **“Ticaret Ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları, Türkiye Ticaret Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği Personel Yönetmeliği”** ile Odalar, Borsalar ve Birlik memur, sözleşmeli ve geçici personeli ile hizmetlilerinin özlük hakları ve ayrılma tazminatı ile ilgili esasları düzenlenmiştir⁸. Bu Yönetmelik 5590 sayılı Kanun'un 2567 sayılı Kanunla değiştirilen 86. maddesi gereğince Odalar, Borsalar ve Birlik memur, sözleşmeli ve geçici personeli ile hizmetlilerinin özlük hakları ve ayrılma tazminatı ile ilgili esasları düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır (m.1/Amaç). Bu Yönetmelik aynı zamanda 5174 sayılı Kanun'un da bir cüzü olup halen yürürlükte bulunmaktadır. Bu Yönetmeliğin 3. maddesi “Çalıştırma Biçimleri”ni düzenlemiş bulunmaktadır. Bu 3.madde hükmüne göre Odalar, borsalar ve Birlik hizmetleri memurlar, sözleşmeli ve geçici personel ile hizmetliler eliyle yürütülmektedir.

1. Memur

Bu Yönetmeliğin 3. maddesinin a) fıkrasına göre memurlar; aslî ve sürekli görevlerde çalıştırılan kadrolu personeli ifade etmektedir. Bilindiği gibi memuriyetlik çalışanlarına atama yoluyla mümkün olan, belir bir hiyerarşik düzene tabi ve daimi kadrolu ve önemli bir iş güvencesi sağlamaktadır⁹.

2. Sözleşmeli Personel

Bu Yönetmeliğin 3.maddesinin b) fıkrasına göre sözleşmeli personel ise; asli ve sürekli görevlerde kadrolu memur ve hizmetli personel dışında, sözleşme ile istihdam edilen personel olarak ifade edilmektedir. Yine Yönetmeliğin 16. maddesine göre; sözleşmeli personele verilecek aylık ücret, aynı

ve yetkileri ile görevden alınması, oda ve borsaların kaldırılması, odaların kaldırılması için yapılacak plebisitte uygulanacak usul ve esaslar, borsaya kayıt zorunluluğu, borsalarda vadeli alım satımlar, borsalarda alım satım yapabilecekler, borsa komisyoncusu, ajanı ve simsarı ve bunların nitelikleri, görev, yetki ve yükümlülükleri, oda ve borsa meslek komiteleri ve yönetim kurullarının üye sayısı, yeni kurulan gruplardan meslek komitelerine üye seçimi, oda ve borsa organlarını seçme ve organlara seçilme yeterliği, organ üyeliklerinde boşalma, organ toplantıları, toplantı ve karar yeter sayısı, toplantıya katılmanın sonuçları, odalar arasında işbirliği, eğitim fonuna yapılacak ödemeler bu Tüzük'te gösterilmiştir (Kapsam/m.1).

⁸ Resmi Gazete, Tarih: 5 Ağustos 1983, Sayı: 18126.

⁹ Zehra Odyakmaz / Ümit Kaymak / İsmail Ercan, Anayasa Hukuku-İdare Hukuku, 15.Baskı, XII Levha Yayınevi, İstanbul, 2012, s.431-437 ve devamı.

kadro ünvanında kadrolu olarak çalışan emsali personele ödenen derece/kademe aylığı, taban aylığı, kıdem aylığı, ek gösterge, ödenek, özel hizmet tazminatı, çocuk ve aile yardımı toplamından az ve bu meblağın 2 katından fazla olmamak kaydı ile; her bir görev alanı için, görevin hiyerarşideki yeri, önemi, ağırlığı ve güçlüğü ile kuruluşun bütçe imkanları gözönünde bulundurularak, oda ve borsalarda meclisler, Birlik’te ise Yönetim Kurulu tarafından tespit olunmaktadır. Sözleşmeli personel, en çok üç ay süreyle denemek kaydı ile işe alınmaktadır ve deneme süresi sonunda iş devamı idarece uygun görülmeyenlerin sözleşmeleri yenilenmez ve işten çıkarılmaktadır.

3. Geçici Personel

Yine bu Yönetmeliğin 3.maddesinin c) fıkrasına göre geçici personel ise; bir yıldan az süreli veya mevsimlik görevlerde sözleşme ile çalıştırılan personel olarak kabul edilmektedir. Bu Yönetmeliğin 17. maddesine göre de; geçici personele ödenecek aylık ücret, 16. maddede belirtilen esaslara göre tespit olunmaktadır. Yine bu Yönetmeliğe göre temininde güçlük çekilen veya özel uzmanlığı gerektiren hallerde 65 yaşını geçmiş olsa dahi, geçici personel çalıştırılabilmektedir.

4. Hizmetliler

Son olarak yine Bu Yönetmeliğin d) fıkrasına göre hizmetliler de Odalar, Borsalar ve Birlik’in aslı ve sürekli görevlerinin yerine getirilebilmesi için lüzumlu olan destek ve yan hizmetlerde çalışan kadrolu personel olarak tanımlanmıştır.

B. 5590 SAYILI KANUN’A GÖRE ODA, BORSA, BİRLİK VE BUNLARIN KURDUĞU TEŞEKKÜLLERDE İSTİHDAM EDİLMEKTE OLANLARIN HAKLARI

5590 sayılı Kanun, “Oda, Borsa, Birlik Ve Bunların Kurduğu Teşekkül-lerde İstihdam Edilmekte Olanların” hakları, yasakları, ödev ve sorumlulukları hususunda düzenlemeleri yine Yönetmeliğe bırakmıştı. (Nitekim bundan sonra sıralanacak olan haklar aynı şekilde 5174 sayılı Kanun bakımından kabul olunmaktadır.)

1. Hakları

a. Atama-Dışarıdan Atama, Kademe İlerlemesi, Derece Yükselmesi, Üst Derecedeki Bir Göreve Tayin, Nakil ve Görev Değişikliği ve İşten Çıkarma

aa. Atama ve Dışarıdan Atama

Yönetmeliğin 18. maddesi Odalar, Borsalar ve Birlik'te "atama"yı düzenlemiş bulunmaktadır. Bu madde hükmüne göre Odalar ve Borsalarda genel kâtip, yönetim kurullarının inhası ve Meclislerin onayı ile diğer personel Yönetim Kurullarının kararı ile göreve atanmaktadırlar. Birlik'te ise Birlik Genel Kâtibini, Yönetim Kurulu Başkanının teklifi ile Yönetim Kurulu göreve atamaktadır. Müdür Muavini ve daha üst ünvanlı personelde ise Birlik Genel Kâtibinin teklifi ile Yönetim Kurulu atamaktadır. Diğer personeli ise Birlik Genel Kâtibi doğrudan göreve atamaktadır.

Personelin işine son verilmesi ve personel nakillerinde aynı esaslara uyulması zorunlu bulunmaktadır. İlk defa göreve alınanlarla, yeniden göreve atanların atamanın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren meşru mazeretleri olmaksızın, en geç 15 gün içinde göreve başlamaları esas olarak kabul edilmektedir. Aksi halde atama işlemi iptal edilmektedir¹⁰.

"Dışarıdan Atama" hususu da Yönetmeliğin 22. maddesi tarafından düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu madde hükmüne göre Odalar, Borsalar ve Birlik memur ve hizmetlileri arasında, açık olan görevi yapabilecek yetenekte ve bu yönetmelikte yazılı şartları taşıyan memur ve hizmetli bulduğunda, dışarıdan bu göreve atama yapılamayacaktır. Şayet yoksa dışarıdan bir atama yapılabilecektir.

bb. Kademe İlerlemesi ve Derece Yükselmesi

Kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi hususları Yönetmeliğin 20. maddesi tarafından düzenlenmiş bulunmaktadır. Yönetmeliğin 20. maddesine göre memur ve hizmetlinin kademe ilerlemesi için, bulunduğu kademe

¹⁰ Yönetmelik'e göre: **Adaylık, Madde 19**– Odalar, Borsalar ve Birlik'e ilk defa atanların adaylık süresi bir yıldan az, iki yıldan çok olamaz. Adayların yetiştirilmesi 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 2670 sayılı Kanunla değişik 55'inci maddesi esaslarına göre Birlik Yönetim Kurulunca hazırlanacak iç yönetmelikle düzenlenir. Adaylık süresi sonunda olumlu sicil alan memur ve hizmetlilerin asaletleri tasdik edilir. Adaylık süresi sonunda olumlu sicil alamayanlarla, adaylık süresi içinde tutum ve davranışlarında memur ve hizmetlilikle bağdaşmayacak durumları, devamsızlıkları, bilgi ve iş yapma yönünden yetersizlikleri tesbit edilenlerin görevlerine son verilir.

bir yıl çalışması, bulunduğu derecede ilerleyebileceği bir kademe bulunması ve olumlu sicil alması zorunluluk taşımaktadır. Yine memur ve hizmetlinin derece yükselmesi içinse üst derecede açık kadro bulunması, bulunduğu derecenin üçüncü kademede aylığını bir yıl almış olması ve son üç sicilinden biri son sicil olmak üzere, ikisinin olumlu bulunması şart tutulmuştur. Gizli sicillerin doldurulması ve değerlendirilmesine ilişkin esaslar ise Birlikçe tespit edilip bir genelge ile Oda ve Borsalara bildirilmektedir.

cc. Üst Derecedeki Bir Göreve Tayin

Yine “Üst Derecedeki Bir Göreve Tayin” hususu da Yönetmeliğin 21. maddesi¹¹ tarafından düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre Oda, Borsa ve Birlik’te 1., 2., 3. ve 4. derecelerdeki sorumluluk taşıyan yönetici kadrolarına derece yükselmesindeki süre kaydı aranmaksızın, atanmasındaki usul ve esaslar dairesinde, kuruluş bünyesinden veya Devlet Memurluğu sıfatını kazanmış olanlardan naklen personel atanabilmektedir. Ancak bu şekilde bir atanmanın yapılabilmesi için ilgili personelin yüksek öğrenim görmüş bulunması ve 1. dereceli görevler için en az 12 yıl, 2. dereceli görevler için en az 10 yıl, 3. ve 4. dereceli görevler için en az 8 yıl hizmetinin bulunması şart tutulmuştur.

Bu hizmet süresinin hesaplanmasında personelin; 657 sayılı Devlet memurları Kanununa tabi hizmetleri ile 217 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname’nin 2. maddesine tabi kurumlar ile, Oda, Borsa veya Birlik’te, yasama organı üyeliğinde, kanunlarla kurulan fonlarda, muvazzaf askerlikte ve okul devresi dahil yedek subaylıkla ve uluslararası kuruluşlarda geçen sürelerin tamamı ile yüksek öğrenim gördükten sonra özel kurumlarda veya serbest olarak çalıştıkları sürenin 6 yılı geçmemek üzere 3/4’ünün değerlendirilmesi suretiyle hesaplanmaktadır.

Yukarıdaki hükümlere göre atananlar, atandıkları kadronun aylık (ek gösterge dahil) ve diğer haklarından yararlanırlar. Bu suretle üst dereceye atananların bu kadrolarda geçirdikleri her yıl, kademe ilerlemesi ve her “3” yıl derece yükselmesi sayılmak suretiyle kazanılmış hak ve emeklilik keseneğine esas aylık derecelerinin yükselmesinde gözönüne alınmaktadır. Ancak atandıkları kadro aylıkları, başka göreve atanma halinde kazanılmış hak sayılmamaktadır.

¹¹ 1.8.1985 85/859751 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile değişik.

dd. Nakil ve Görev Değişikliği

“Nakil ve Görev Değişikliği” hususu yine Yönetmeliğin 23. maddesi tarafından düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre Odalar, Borsalar ve Birlik’te çalışan personelin nakil ve görev değişikliği durumları her kuruluşun kendi iç yönetmelikleri ile düzenlenmesini öngörmektedir.

ee. İşten Çıkarma ve Görevin Sona Ermesi Halleri

“İşten Çıkarma ve Görevin Sona Ermesi Halleri” de Yönetmeliğin 24. maddesi¹² ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükme göre Odalar, Borsalar ve Birlik’te çalışan her statüdeki personelin işten çıkarılmaları ve görevlerinin sona ermesi halleri aşağıdaki koşullardan ibaret tutulmuştur:

1) Bu Yönetmeliğin 9’uncu maddesinde yazılı şartlardan herhangi birini haiz olmadığının sonradan anlaşılması veya bunların sonradan kaybedilmesi,

2) İki yıl üst üste olumsuz sicil alınması,

3) Bu Yönetmelik hükümlerine göre memurluktan çıkarılması,

4) 65 yaşını doldurmuş olması, (Ancak genel sekreterler, yetkili organlarının kararı ile 65 yaşından sonra da sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler)

5) Çekilme (İstifa). Odalar, Borsalar ve Birlik personeli bağlı oldukları kuruluşlara müracaat etmek suretiyle görevden çekilme isteğinde bulunabilirler. İzinsiz veya kuruluşlarınca kabul edilen özrü olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın çekilme isteğinde bulunulmuş sayılır.

6) Şahsın kendi isteği ile emekli olması, kuruluşlarınca sicil veya kuruluşun teşkilat yapısında meydana gelen değişiklikler nedeniyle re’sen emekli edilmesi, malullük veya yaş haddine uğraması.

7) Ölüm.

b. Kadrolar ve Göstergeler

5590 sayılı Kanunda doğrudan kadrolar ve göstergelere dahil bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 5590 sayılı Kanun’un “personelin özlük hakları ve ayrılma tazminatı” başlıklı Anayasa mahkemesi kararıyla mülga olmuş 86. maddesi çerçevesinde Yönetmeliğe bakmamız gerekmektedir. Yönetmeliğin 7. maddesine göre Odalar, Borsalar ve Birlik’te hizmetlerin gerektirdiği bütün görevler için görevi, ünvanı, adet ve derecesi belirtilmek suretiyle kadrolar bir cetvel halinde tespit edilmektedir. Bu madde hükmüne göre memur,

¹² 30.4.1990/377 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla değişik.

sözleşmeli personel, geçici personel ve hizmetliler için bir cetvel halinde düzenlenmiş bir kadro varlığından bahsedilmektedir. Ama kanaatimce burada kastedilen kadro kavramını memur statüsüne teşmil etmemek gerekmektedir. Zira 7. maddenin son cümlesi de “Kadrosuz personel çalıştırılmaz.” Diyerek bu hususa açıklık kazandırmıştır. Nitekim hizmetin gerektirdiği bu kadrolar da Oda, Borsa, Birlik bütçe imkânları gözönünde bulundurularak yine bu Yönetmeliğin 12. maddesinde belirtilen esaslara göre, Birlik’te Yönetim Kurulu’nun teklifi ve Genel Kurulun onayı; Oda ve Borsalarda ise, yönetim kurullarının teklifi üzerine, meclislerin onayıyla kesinleşebilmektedir (m.8). Oda, Borsa ve Birlik’te göreve ilk defa alınacakların öğrenim durumlarına göre girebilecekleri ve yükselebilecekleri derece ve kademelerin de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 36. maddesindeki ortak hükümlere göre tespit olunacağı hükme bağlanmıştır (m.11).

Yönetmeliğin 12. maddesinde belirtilen “Göstergeler” de şöyleydi¹³:

Personelin aylık göstergelerinin tespitinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 43. maddesindeki “Aylık Gösterge Tablosu” esas alınmaktadır. Odalar, Borsalar ve Birlik personelinin aylık derece ve kademe göstergelerine, 657 sayılı Kanuna tabi Devlet memurlarına uygulanan en yüksek ek gösterge rakamını geçmemek üzere ve bütçe imkanlarına göre, hangi görev unvanlarına ve ne miktarda ek gösterge rakamı tahsis edileceği, oda ve borsalarda meclisler, Birlik’te ise Yönetim Kurulu tarafından tespit edilmektedir. Personele 1000 gösterge rakamı üzerinden memuriyet taban aylığı ile hizmet yılları itibariyle aşağıda gösterilen kıdem göstergeleri esas alınarak ayrıca kıdem aylığı ödenmektedir.

Hizmet Yılı	Kıdem Göstergeleri
6 – 10	50
11 – 15	100

¹³ Bu bölüm birebir Yönetmelik metnine sadık kalınarak yazılmıştır.

16 – 20	150
21 ve daha fazla	200

Hizmet yılları itibariyle ödenecek kıdem aylığının tespitinde kazanılmış hak aylığın hesabında değerlendirilen süreler esas alınmaktadır. Devlet memurlarına uygulanan memuriyet taban aylığı ve kıdem aylığı göstergelerinde meydana gelen değişiklikler; Oda, Borsa ve Birlik personeline aynen yansıtılmaktadır. Personelin aylık ücret tutarları; derece ve kademe aylığı, taban aylığı, kıdem aylığı ve ek göstergelerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 154. maddesine göre tespit olunan katsayılar uygulanmak suretiyle belirlenmektedir. Taban aylığı göstergesi için farklı katsayı tespit edilmesi halinde, taban aylığı göstergesine bu katsayı uygulanmaktadır. Aylıkların, (taban aylığı ve kıdem aylığı dahil) brüt tutarı, bulunulan yerde İş Kanunu gereğince işçiler için tespit olunan asgari ücretin aylık tutarından az olamaz; az olması halinde, aradaki fark memurun diğer özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin tazminat olarak verilmektedir.

Konuya sözleşmeli ve geçici personel bakımından bakıldığında yine Yönetmeliğin 16. maddesine göre; sözleşmeli personele verilecek aylık ücret, aynı kadro ünvanında kadrolu olarak çalışan emsali personele ödenen derece/kademe aylığı, taban aylığı, kıdem aylığı, ek gösterge, ödenek, özel hizmet tazminatı, çocuk ve aile yardımı toplamından az ve bu meblağın 2 katından fazla olmamak kaydı ile; her bir görev alanı için, görevin hiyerarşideki yeri, önemi, ağırlığı ve güçlüğü ile kuruluşun bütçe imkanları gözönünde bulundurularak, oda ve borsalarda meclisler, Birlik'te ise Yönetim Kurulu tarafından tespit olunmaktadır. Sözleşmeli personel, en çok üç ay süreyle denemek kaydı ile işe alınmakta ve deneme süresi sonunda işe devamı idarece uygun görülmeyenlerin sözleşmeleri yenilenmeyip işten çıkarılmaktadır. Bu Yönetmeliğin 17. maddesine göre de; geçici personele ödenecek aylık ücret, 16. maddede belirtilen esaslara göre tespit olunmaktadır. Yine bu Yönetmeliğe göre temininde güçlük çekilen veya özel uzmanlığı gerektiren hallerde 65 yaşını geçmiş olsa dahi, geçici personel çalıştırılabilmektedir.

c. Ödenekler, Tazminatlar

Yine 5590 sayılı Kanunda doğrudan ödenek ve tazminatlara doğrudan dahil bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 5590 sayılı Kanun'un "personelin özlük hakları ve ayrılma tazminatı" başlıklı Anayasa mahkemesi kararıyla

mülga olmuş 86. maddesi çerçevesinde Yönetmeliğe bakmamız gerekmektedir.

aa. Ödenek

Yönetmeliğin 13. maddesi “ödenek”i sadece kadrolu personele verilen bir hak olarak düzenlemiştir. Bu madde hükmüne göre kadrolu personele derece ve kademe aylığı, taban aylığı, kıdem aylığı ve varsa ek gösterge toplamının 2/3’ünü geçmemek üzere seyyanen verilebilmektedir. Seyyanen verilecek bu ödeneğin verilebilmesi için Oda ve Borsalarda kendi meclislerinin karar almaları gerekmektedir. Aynı şekilde Birlik’te de seyyanen ödenek verilebilmesi için yine Birlik Yönetim Kurulunca karar alınması gerekmektedir.

bb. Özel Hizmet Tazminatı

Yönetmeliğin 14. maddesi “özel hizmet tazminatı”nı düzenlemiş bulunmaktadır. Bu hükme göre; Oda, Borsa, Birlik’te 1-4 dereceli kadrolarda çalışan personel ile özel bilgi ve beceriyi gerektiren işlerde çalışan personele 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa 1327 sayılı Kanunla eklenen değişik Ek Madde’ye göre Devlet Memurlarına ödenen özel hizmet tazminatı miktarının iki katını aşmamak şartıyla, brüt özel hizmet tazminatı ödenmektedir.

cc. Yabancı Dil Tazminatı

Yönetmeliğin 15. maddesi ise yabancı dil tazminatını düzenlemiş bulunmaktadır. Bu madde hükmüne göre yabancı dille eğitim yapan üniversite mezunları ile yurt dışındaki üniversitelerde en az dört yıl öğrenim görerek lisans diploması alanlara ve yurt içinde lisans düzeyinde görmüş oldukları öğrenim üzerine yabancı dille eğitim yapan üniversitelerden ya da yabancı ülkelerdeki üniversitelerden master veya doktora diploması almış bulunanlar ile 3656 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (H) fıkrasına göre yapılmış olan sınavı başarılanlara ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi uyarınca yapılan “Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tesbit Sınavı”nı (KPDS) başarılanlara her ay aylık ücret tutarlarının % 10’unu geçmemek üzere yabancı dil tazminatı ödenmektedir. Ayrıca bunlardan ikinci bir yabancı dil bilenlere, birinci yabancı dilleri için verilen miktarın 2/3 ü, üçüncü yabancı dilleri için 1/3 ü oranında ilave tazminat verilmektedir. Bunun dışında münhasıran mütercimlik görevi yapanlara, en iyi derecede bildikleri yabancı dil dışında bildikleri diğer yabancı diller için ödeme yapılmaktadır.

d. Sosyal Yardımlar, Tedavi Yardımı, İkramiye¹⁴

Yönetmeliğin 27. maddesi, Odalar, Borsalar ve Birlik'te görevli her statüdeki personelin sosyal yardım hallerini düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre Odalar, Borsalar ve Birlik'te görevli her statüdeki personelin ödenek dışında, Devlet Memurları Kanununda belirtilenden çok olmamak üzere, aile, doğum, ölüm ve benzeri sosyal yardımlar yapılmaktadır.

Yönetmelik tedavi yardımını da düzenlemiş bulunmaktadır. Bu Yönetmeliğin 33. maddesine göre; Odalar, Borsalar ve Birlik'te çalışan her statüdeki personelin kendilerinin, çalışmayan eşlerinin ve bakmakla yükümlü oldukları ana, baba ve aile yardımına müstehak olan çocuklarının hastalanmaları halinde resmi sağlık kurumlarınca veya kuruluşların anlaşmalı hekimleri vasıtasıyla yatarak, ayakta veya meskende tedavileri ile ilgili her türlü masrafları, Birlik yönetim kurulu ile Türkiye Odalar, Borsalar ve Birlik Personeli Sigorta ve Emekli Sandığı Vakfı'nın birlikte tesbit edecekleri esaslar dahilinde kuruluşlarınca ve/veya Vakıf tarafından karşılanmaktaydı. Ancak, başka kurumlardan sigortalı veya emekli olanların tedavi giderlerinin nasıl karşılanacağı, her oda, borsa ve Birlik kendi iç yönetmeliğinde belirlemektedir. Ayakta veya meskende tedavi halinde kullanılacak ilaç bedellerinin ödenmesinde Devlet Memurları Kanununun 209 uncu maddesine 30.12.1982 tarihli ve 2771 sayılı Kanunla eklenen fıkra hükmü uygulanmaktaydı.

Yine Odalar, Borsalar ve Birlik'te görevli her statüdeki personelin ikramiye hakkı da bulunmaktadır. Bu Yönetmeliğin 28. maddesine göre; her statüdeki personele, ödeme tarihleri bütçe durumuna göre belirlenmek suretiyle, derece/kademe aylığı, taban aylığı, kıdem aylığı, ek gösterge, ödenek, özel hizmet tazminatı dahil, yılda 4 brüt aylığa kadar veya brüt sözleşme ücreti tutarında ikramiye verilebilmektedir. Oda, Borsa ve Birlik'te ilk defa göreve başlayanlar, çalıştıkları süreye isabet eden oranda (kıstelyevm/artık gün) ikramiye almaktadırlar.

Ayrıca Odalar, Borsalar ve Birlik personeline bir "başarı belgesi" de verilebilmektedir. Yönetmeliğin 29. maddesine göre; görevini zamanında ve noksansız yerine getirmek personelin normal sorumluluğu olup, ayrıca takdiri gerektirmemekle birlikte görevlerinde olağanüstü gayret ve başarıları görülen personele, genel kâtibin teklifi üzerine, yönetim kurullarınca başarı belgesi verilebilmektedir ve ilgili personelin siciline işlenmektedir.

¹⁴ Sağlık ve emeklilik hususlarında yeni düzenlemeler için **Bkz.** 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu.

e. Emeklilik¹⁵ ve Ayrılma Tazminatı

Emeklilik:

Yönetmelik Odalar, Borsalar ve Birlik personelinin emeklilik ve ayrılma tazminatı rejimini de belirlemiş bulunmaktadır. Bu Yönetmeliğin 30. maddesine göre; Odalar, Borsalar ve Birlik personelinin sigorta ve emeklilik işlemleri 506 sayılı Kanunun Geçici 20. maddesine¹⁶ göre kurulan “Türkiye Odalar, Borsalar ve Birlik Personeli Sigorta ve Emeklilik Sandığı Vakıf Senedi”nin özel hükümlerinde yazılı şartlar içinde yürütülmektedir¹⁷.

¹⁵ Sağlık ve emeklilik hususlarında yeni düzenlemeler için **Bkz.** 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve genel Sağlık Sigortası Kanunu.

¹⁶ Mülga SOSYAL SİGORTALAR KANUNU, Bankalar, Sigorta Şirketleri, Ticaret Ve Sanayi Odaları Ve Borsalar, GEÇİCİ MADDE 20- Bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personelinin malûllük, yaşlılık ve ölümlerinde yardım yapmak üzere, bu Kanunun yayımı tarihine kadar tesis veya dernek olarak kurulmuş bulunan sandıklar, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç altı ay içinde: a) İlgili buldukları banka, sigorta şirketi, reasürans şirketi, ticaret odası, sanayi odası, borsa veya bunların birliklerinin bütün personelini kapsayacak, b) Bu personelin, iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, en az bu Kanunda belirtilen yardımları sağlayacak, c) Sandıkların statülerine tabi personelin bu madde şumulüne giren banka, sigorta şirketi, reasürans şirketi, ticaret odası, sanayi odası, borsa veya bunların birliklerinden birinden diğerine geçmesi halinde bu gibi personelin kendi sandıklarındaki müktesep haklarının da diğer ilgili sandığa veya aralarında kuracakları müşterek bir sandığa intikalini temin edecek, Birer tesis haline getirildiği ve bunu tevsik eden statülerini, bu Kanunun yayımı tarihinden en geç altı ay içinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na verdikleri takdirde, bu teşekküllerin ve sandıkların personeli işbu Kanunun uygulanmasında sigortalı sayılmazlar. Şu kadar ki, bu sandıkların statüleri ve statü değişiklikleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na onaylanmak suretiyle tekemmül eder. Mali durumları da, Çalışma ve Sosyal Güvenlik, Maliye ve Ticaret Bakanlıklarınca müştereken kontrol ve murakabe edilir. Mali durumlarının kontrol ve murakabesi sonunda alınmasına bu bakanlıklarca müştereken lüzum gösterilecek tedbirleri, sandıklar ve ilgili buldukları teşekküller yerine getirmekle yükümlüdür. Sözü edilen sandıkların mevzuatına tabi olarak geçen hizmetler ile emekli sandıkları kanunlarına veya Malûllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına tabi olarak geçen hizmetler, yazılı istek halinde, 5/1/1961 tarihli 228 sayılı Kanunun aylık bağlanmasına ilişkin esasları dairesinde birleştirilerek tahsis yapılır.

¹⁷ Sağlık ve emeklilik hususlarında yeni düzenlemeler için **Bkz.** 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve genel Sağlık Sigortası Kanunu’nu, Geçici Madde.20- “...**Bu maddenin uygulanmasına ilişkin iş ve işlemlerde Türkiye Odalar, Borsalar ve Birlik Personeli Sigorta ve Emekli Sandığı Vakfı iştirakçilerini istihdam eden kuruluşları, 18/5/2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu ile kurulan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği temsil eder...**”

Ayrıca Yönetmelik emekliye ayrılmayı ya isteğe bağlı emeklilik ya da resen emeklilik şeklinde düzenlemiş bulunmaktadır. Bu Yönetmeliğin 31. maddesinin a) fıkrasına göre; personelin kendi isteği ile emeklilik, Odalar, borsalar ve Birlik'te çalışan personelden Türkiye Odalar Borsalar ve Birlik Personeli Sigorta ve Emeklilik Sandığı Vakıf Senedi hükümlerine göre asgari hizmet, yaş haddi, malûllük ve diğer sebeplerle emekliliğini hak etmiş bulunanlar kendi istekleri ile emekliye ayrılabilirler. Yine Yönetmeliğin 31. maddesinin b) fıkrasına göre de; kuruluşların kararı ile re'sen emeklilik mümkün olabilmektedir.

Yine Yönetmeliğin 31. maddesine göre; Odalar, Borsalar ve Birlik'te çalışan personelden Türkiye Odalar Borsalar ve Birlik Personeli Sigorta ve Emeklilik Sandığı Vakıf Senedinde yazılı hükümlere göre asgari hizmet, yaş haddi, malûllük ve diğer sebeplerle emekliliklerini hak etmiş bulunanlar kuruluşların atamaya yetkili organlarının kararı ile emekliye sevk edilebilmektedirler. Personel Vakıf senedindeki asgari hizmet, yaş haddi, malûllük ve diğer sebeplere istinaden isteği üzerine emekliliğe çıkarılabileceği gibi aynı nedenlerle kuruluşların atamaya yetkili organlarının kararı ile de re'sen emekliliğe sevk edilebilmektedir.

Ayrılma Tazminatı:

Yönetmeliğin 32. maddesi ayrılma tazminatını da düzenlemiş bulunmaktadır. Bu madde hükmüne göre; Odalar, borsalar Birlik'te çalışan her statüdeki personelin emeklilik, yaşlılık, malûllük aylığına hak kazanmaları suretiyle görevden ayrılmaları veya odalar, borsalar ve Birlik'te en az bir yıl çalışmış olan personelin cezaen olmamak şartı ile işten çıkarılmaları, yahut yaş haddi veya ölüm sebepleriyle görevlerinin sona ermesi hallerinde ayrılma tazminatı ödenmektedir. Ayrılma tazminatı; oda, borsa ve Birlik'te geçen her tam hizmet yılı için personelin almakta olduğu son aylık veya sözleşme ücretlerinin brüt tutarı üzerinden (derece ve kademe aylığı, taban aylığı, kıdem aylığı, ödenek, varsa ek gösterge, özel hizmet tazminatı, ikramiye, yiyecek, giyecek, çocuk ve aile yardımları dahil) ay ve gün kesirleri de değerlendirilmek suretiyle hesap edilerek ödenmektedir. Bu tazminatın hesaplanmasında, hizmetin 30 yıldan fazlası ile, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu¹⁸ hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesinden fazlası dikkate alınmamaktaydı. Görevde iken ölenlerin ayrılma tazminatı, personelin kanuni mirasçılarına ödenmekteydi.

¹⁸ **Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu**, Kabul Tarihi: 8 Haziran 1949, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 17 Haziran 1949, Sayı: 7235, 3.t. Düstur, c.30 - s.1335.

2. Barem İstisnası

Bilindiği gibi barem, devlet memurlarının kıdem esasına bağlı kalınarak maaşlarını derece ve miktar olarak düzenleyen bir sistem veya çizelgedir. İlk defa maaş derece ve tutarlarını gösteren bir çizelge **Bertrand François Barreme** (1640-1703) adlı bir Fransız matematikçi tarafından hazırlandığı için bu adla anılagelmiştir¹⁹.

5590 sayılı Kanun’un 87. maddesi Odalar, Borsalar ve Birlik’i, 3659 sayılı “Bankalar ve Devlet Müesseseleri Memurları Aylıklarının Tevhid ve Teadülü Hakkında Kanun”²⁰ tabi olmadıklarını belirterek baremden müstesna tutmuştur. Daha sonra 3659 sayılı Kanun da 1965 yılında çıkarılan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu tarafında kaldırılmıştır. Türkiye’de barem tartışmaları 1920’li yıllarda başlamış ve 1930’lu yıllara kadar uzayan yoğun tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar sonucunda dağınık maaş sistemini düzenleyen ve bareme bağlayan ilk Kanun 1927 yılında çıkarılan “Maaş Kanunu” olmuştur. İkinci olarak ta 1929 yılında çıkarılan 1452 sayılı “Devlet Memurları Maaşınının Tevhid ve Teadülü Hakkında Kanun” çıkarılmıştır²¹. Bu duruma göre 1939 yılında çıkarılan 3659 sayılı Kanun ise barem hususunda çıkan üçüncü kanun olmuştur. Daha sonra zuhur eden iktisadi devlet teşekküllerinde çalışanların da 3659 sayılı Kanuna tabi olup olmadığı uzun tartışmalara neden olmuştur²².

Netice itibarıyla 5590 sayılı Kanun yürürlükte olduğu dönemde Odalar, Borsalar ve Birlik personelinin barem sistemine dahil olmasına izin vermemiştir.

¹⁹ AnaBritannica, C.3 (Avr-Ber), Ana Yayıncılık, İstanbul, 1987, s.331.

²⁰ Kabul Tarihi: 3 Temmuz 1939, Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 11, Temmuz 1939, Sayı: 4255, 3.t. Düstur, c.20 - s.770.

²¹ Tekin Avaner, “**1935: Personel Sisteminde Barem Tartışmaları**”, **Açıklamalı Yönetim Zaman Dizini: 1929-1939**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Araştırma ve Uygulama Merkezi: 2 Türkiye Cumhuriyeti İdare Tarihi Araştırması (TİDATA), Ankara, 2007, s.629. <http://kayaum.politics.ankara.edu.tr/1935.pdf> , İET: 28.03.2014.

²² Lütfi Duran, “**İktisadi Devlet Teşekküllerinde Çalışanların Hukuki Durumu ile Sendika ve Grev Hakları**”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.33, S.1-2, 1967, s.34-51.

C. 5590 SAYILI KANUN'A GÖRE ODA, BORSALAR, BİRLİK VE BUNLARIN KURDUĞU TEŞEKKÜLLERDE İSTİHDAM EDİLMEKTE OLANLARIN İNTİBAK İŞLEMLERİ

5590 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde meri olan bu Yönetmelik Odalar, Borsalar ve Birlik personelinin intibak işlemleri de himaye altına alınmıştır. Bu yüzden Yönetmeliğin Geçici 1. maddesi 18 Temmuz 1984 tarihinde 84/8325 sayılı bir yönetmelikle değişikliğe uğratılmış ve bu değişiklikle intibak işlemleri hususunda yeni düzenlemeye gidilmiştir. Bu madde hükmüne göre; bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte Odalar, Borsalar ve Birlik'te görevli personelin 10.5.1978 tarihli ve 7/15718 sayılı Tüzük'e göre yapılan intibakları ve bu intibaklara dayalı olarak almış buldukları terfilerle ulaşılmış buldukları derece ve kademeler kazanılmış hak olarak muhafaza edilmiştir. Ayrıca bu gibi personelin müktesep derece ve kademelerine, bu Yönetmeliğin 12. maddesinin amir hükmü uyarınca 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 43 üncü maddesindeki gösterge rakamları uygulanmıştır. Bu suretle tespit edilecek derece ve kademe aylığı, Birlik, Oda ve Borsalarda 1983 yılı bütçesinden personele her ay fiilen ödenmekte olan aylık ile mezkûr Tüzük'e göre, aylığının 2/3'ü oranına kadar verilmiş ödenek varsa, bu ödenek diğer sosyal yardımlar ve yan ödemeler toplamından az olduğu takdirde aradaki fark derece yükselmesi, kademe ilerlemesi veya katsayı artışı ile giderilinceye kadar tazminat olarak ödenmeye devam edilmiştir.

II. 5174 SAYILI KANUN'A GÖRE ODA, BORSALAR VE BİRLİK PERSONELİNİN BAĞLI OLDUĞU HUKUK ve İŞ HUKUKUNA TABİYETİ

Bilindiği gibi 8 Mart 1950 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen ve 15 Mart 1950 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 5590 sayılı Kanun, 18 Mayıs 2004 tarihinde TBMM tarafından kabul edilip 1 Haziran 2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanıp yürürlüğe girene kadar 54 yıl yürürlükte kalmıştır. Dolayısıyla 54 yıllık hayatı boyunca 5590 sayılı Kanun Odalar, Borsalar ve Birliğin hukukunu düzenlemiş ve beraberinde birçok ilişik mevzuatı da oluşturmuştur. 5590 sayılı Kanun'u yasal anlamda yürürlükten kaldıran hüküm ise 5174 sayılı Kanun'un "8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı "Ticaret ve Sanayi Odaları", "Ticaret Odaları", "Sanayi Odaları", "Deniz Ticaret Odaları", "Ticaret Borsaları" ve "Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği" Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır." ifadeli 103. maddesidir. Yine 5174 sayılı Kanun'un 103. maddesinin ikinci cümlesine göre ise "*Diğer mevzuatla 8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı*

Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.” denilerek 5174 sayılı Kanun’un 5590 sayılı Kanun yerine ilgili referansları alacağı hususu kanunen kayıt altına alınmıştır.

Burada bir daha tekrar etmek gerekirse 5174 sayılı Kanun’un amacı; ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları, deniz ticaret odaları, ticaret borsaları ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin kuruluş ve işleyişine ilişkin esasları düzenlemeye yöneliktir (m.1). Yine 5174 sayılı Kanun’un kapsamı da ticaret ve sanayi odaları, ticaret odaları, sanayi odaları, deniz ticaret odaları, ticaret borsaları ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin kuruluşlarına, organlarının nitelikleri ve seçim usulleri ile organlık vasfını yitirme hal ve usullerine, görev ve yetkileri ile çalışma usullerine, üyeleri ile olan karşılıklı hak ve yükümlülüklerine, gelir ve harcamaları ile bütçelerine ilişkin esasları içermektedir (m.2).

Yine 5174 sayılı Kanun kendi bünyesinde “personel” kavramından anladığı şey ise “Oda, borsa ve Birlikte çalışanlar”dır (m.3-e). 5174 sayılı Kanun’un 73. maddesi, oda, borsa ve birlik personelinin hangi hukuk ile bağlı olduğunu hükme bağlamıştır. Bu hükme göre Oda, Borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler 5174 sayılı Kanun’da yer alan hükümler dışında 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi tutulmuşlardır²³. Ancak daha önce 5590 sayılı Kanun’a göre Oda, Borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenlerin hukuku 5174 sayılı Kanun tarafından koruma altına alınmıştır.

Şöyleki bu hak 5174 sayılı Kanun’un Geçici 12. maddesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu madde hükmüne göre “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte oda, borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilmekte olanların, mevcut statülerine göre istihdam edilmelerine devam olunur.” denilmektedir. Dikkat edilirse burada 5174 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte istihdam edilenlerin mevcut statülerine göre istihdam edilmelerine devam olunacağından bahsedilmektedir. Dolayısıyla oda, borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilmekte olanların karşılığında bulunan statüleri hatırladığımızda bunların memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve müstahdem gibi elemanlardan müteşekkil tutulmuştur. Ancak 5590 sayılı Kanun bu statüde çalışanları bu şekliyle düzenlenmesi

²³ Görüldüğü gibi 5174 sayılı Kanun’un m.3-e fıkrası “Oda, borsa ve Birlikte çalışanlar”ı personel olarak ifade ederken yine 5174 sayılı Kanun’un 73. maddesi ise “Oda, Borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler” personel kavramını ifade etmektedir ki kanımca ikisi arasında anlam bakımından pek bir fark olmamakla beraber “Oda, Borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler” ifadesi daha geniş bir alanı işaret etmektedir.

hususunu 5590 sayılı Kanun'un "**Personelin Özlük Hakları Ve Ayrılma Tazminatı**" başlıklı 86. maddesine istinaden çıkarılan "**Ticaret Ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları Ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği Personel Yönetmeliği**" ile gerçekleştirmiştir. Söz konusu bu Yönetmelik te halen yürürlüktedir.

Her ne kadar 5590 sayılı Kanun 5174 sayılı Kanun'un 103. maddesiyle lağvedilmiş olsa da 103. maddenin sadece 5590 sayılı Kanun'u lağvettiğini aynı lağvı Yönetmelik için kullanmadığını düşünebiliriz. Esasında Yönetmeliğin yasal dayanağı olan 5590 sayılı Kanun'un 86. maddesi 5590 sayılı Kanun'un bütünüyle beraberinde lağvedilmiş olduğunu ve bu yüzden otomatikman Yönetmeliğin de geçersiz hale geldiğini düşünmemiz de mümkündür. Ancak kanunkoyucunun bu hususta sarıh bir iradesi olmadığı gibi ayrıca 5174 sayılı Kanun'un Geçici 12. maddesiyle de 5590 sayılı Kanuna göre sadır olan hakların himaye edilmesi hususu zımni olarak bu Yönetmeliğin varlığını sağlar niteliktedir. Diğer taraftan Yönetmeliği düzenleyen organın 5174 sayılı Kanun çıktıktan sonra bu alanda yeni bir personel yönetmeliği de düzenlememiş olması mevcut Yönetmeliğin devamına rıza gösterdiği kabul edilebilir. Ancak 5174 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi de bu Yönetmeliğin uygulamada olduğuna dair önemli bir yasal kanıt oluşturmaktadır. Geçici 3. maddesi hükmüne göre "**Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yürürlüğe konulur. Bu yönetmelikler yürürlüğe konuluncaya kadar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan tüzük ve yönetmeliklerin, bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.**"

Yönetmeliğin meri olduğu hususunda başka bir delil de Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından verilen izahattır. Bu izahatla 5174 sayılı Kanun için 5590 sayılı Kanun zamanında yürürlükte olan Yönetmeliğin yine yürürlükte olduğu aşağıdaki gibi açıklanmıştır: "**21- TOBB ile bağlı oda ve borsalarda istihdam edilen personel hangi mevzuata tabidir? Oda, borsa, TOBB ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler 5174 sayılı Kanunda yer alan hükümler dışında 4857 sayılı İş Kanununa tabidir. 5174 sayılı Kanunun geçici düzenlemesine istinaden bu Kanunun yürürlük tarihi olan 01/06/2004 tarihinden önce istihdam edilmekte olanlar, mülga 5590 sayılı Kanun uyarınca çıkarılmış olan personel yönetmeliği hükümlerine tabi bulunmaktadır**²⁴."

²⁴ <http://icticaret.gtb.gov.tr/sikca-sorulan-sorular/odalar-borsalar-ve-tobb>, İET:28.03.2014.

Ayrıca TOBB da resmi web sitesinde personel için uygulanacak yönetmeliği bu Yönetmelik olarak ilan etmiştir²⁵.

Yüksek mahkeme kararlarına baktığımızda da 5590 sayılı Kanuna göre verilmiş hakların saklı olduğu ifade edilmiştir. Danıştay 8. Dairesinin verdiği bir karara²⁶ göre de 18.5.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5174 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden önce oda, borsa, birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilmiş olanlar mevcut statülerini koruyacaklardır. Yine Danıştay Başkanlar Kurulunun görev taksimi ile ilgili verdiği bir karardan²⁷ bir kesit olarak ifade ettiği şu düşünceler konuyu açıklamada yararlı olacaktır. Dava, X Ticaret Ve Sanayi Odası Başkanının İstifası ve Kıdem Tazminatı ile ilgilidir:

“...18/05/2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun 73’üncü maddesinde, oda, borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenlerin bu Kanunda yer alan hükümler dışında 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olduğu, Geçici 12’nci maddesinde ise, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte istihdam edilmekte olanların, mevcut statülerine göre istihdam edilmelerine devam olunacağı hüküm altına alınmıştır. 05/08/1983 tarih ve 18126 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret Sanayi Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Personel Yönetmeliğinin 32 nci maddesinde, odalar, borsalar ve Birlikte çalışan her statüdeki personelin emeklilik, yaşlılık, malullük aylığına hak kazanmaları suretiyle görevden ayrılmaları veya odalar, borsalar ve Birlikte en az bir yıl çalışmış olan personelin cezaen olmamak şartı ile işten çıkarılmaları, yahut yaş haddi veya ölüm sebepleriyle görevlerinin sona ermesi hallerinde ayrılma tazminatı ödeneceği düzenlenmiştir. Olayda, 15/02/1998-01/09/2007 tarihleri arasında X Ticaret ve Sanayi Odası Başkanlığında basın ve halkla ilişkiler koordinatörü olarak görev yapan davacının evlilik nedeniyle görevinden ayrıldığı, 5174 sayılı Kanun’un 73’üncü maddesine istinaden tarafına kıdem tazminatı ödenmesi istemiyle Odaya başvurduğu, Oda Yönetim Kurulunca, aynı Kanunun geçici 12’nci maddesi ve Personel Yönetmeliğinin 32’nci maddesi uyarınca talebin reddedilmesi üzerine bakılmakta olan

²⁵ <http://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/Sayfalar/PersonelYonetmelikleri.php>, İET: 14.04.2014.

²⁶ Danıştay 8.Dairesi Kararı, T.28.10.2005, E.2005/1337, K.2005/4464.

²⁷ Danıştay Başkanlar Kurulu Kararı (DBK), T.12.02.2013, E.2012/510, K.2013/7.

davanın açıldığı, bu haliyle uyumsuzluğun odalar ve borsalara ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğduğu anlaşılmaktadır.....”

Bu gerçekler ışığında Odalar, Borsalar ve Birlik personeli hakkında uygulanacak hukuku 5590 sayılı Kanun, Yönetmelik, 5174 sayılı Kanun ve İş Kanunu olarak toparlayabiliriz. Ancak 5174 sayılı Kanun, 5590 sayılı Kanun zamanında çıkan Yönetmeliği de kendi bir cüzü olarak gördüğü için 5174 sayılı Kanun’un 73. maddesinde belirtilen “...**bu Kanunda yer alan hükümler...**” kriterine dahil olduğunu düşünebiliriz. Yani Yönetmelik hem 5590 sayılı Kanun hem de 5174 sayılı Kanun döneminde personelin özlük haklarını düzenleyen geçerli bir hukuk metni olarak durmaktadır.

Peki durumu böyle kabul edersek o zaman 4857 sayılı İş Kanunu’nun hükmü nerede başlamaktadır?

Bilindiği gibi İş Kanunu’nun amacı işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemektir. Buna göre 5174 sayılı Kanun’un “*Oda, borsa, Birlik ve bunların kurduğu teşekküllerde istihdam edilenler bu Kanunda yer alan hükümler dışında 4857 sayılı İş Kanununa tabidir.*” ifadeli 73. maddesine tekrar nazar edersek bu hükmün 4857 sayılı İş Kanunu karşısında özel bir kanun hükmü olduğunu görürüz. Bilindiği gibi hukukun genel ilkelerinden biri olan genel kural-özel kural çatışmasında özel kural uygulanır formülü burada geçerlilik kazanmaktadır. Ancak 5174 sayılı Kanunda yer alan hükümlerin dışında hangi alanlarda İş Kanunu uygulanabilecektir? Bunu kestirmek kolay olmamakla beraber 5590, Yönetmelik ve 5174 sayılı Kanunda düzenlenmemiş alanlar için İş Kanununa gidilebilir. Burada da taraflar arasında yapılacak iş sözleşmesinin metni önem taşımaktadır. İş sözleşmesi metninde 5174 sayılı Kanun ve ilişik mevzuatının düzenlemediği hususlara İş Kanunu çerçevesinde yer verilebilir.

Örneğin 5174 sayılı Kanunun uygulamaya girdiği tarihten sonra kadrolu memurlar dışında çalışan sözleşmeli, geçici sözleşmeli ve müstahdem gibi personelin hizmet sözleşmeleri İş Kanununa göre yapılması gerekir.

Bunun dışında 5174 sayılı Kanundan önce çalışanlarda ise İş Kanunu - Yönetmelik tarafından düzenlenmemiş olan konularda- örneğin hafta sonu tatili gibi, çalışma saatleri gibi konularda etkili olabilecektir.

SONUÇ

Bir asırdan fazla olan tarihi boyunca Odalar, Borsalar ve Birlik nice kanun, tüzük ve yönetmelik devirmiştir. Çok dinamik bir alan olan tarım, tica-

ret ve sanayi alanında önemli bir organizasyon birliği olan bu yapı geçen zaman içerisinde ihtiyaçlara göre yasal yapısı da değişim göstermektedir.

2004 yılında çıkarılan 5174 sayılı Kanun, 1950’den beri yürürlükte olan 5590 sayılı Kanunu lağvetmiştir. Ancak bununla beraber 5590 sayılı Kanunun uzantısı olan personel yönetmeliğini lağvetmemiştir. Yönetmelik 5590 sayılı Kanunda olduğu gibi 5174 sayılı Kanun içinde yürürlükte dir. Kanımca bu husus büyük bir ihmaldir. Eskiyen 5590 sayılı Kanunu kaldırıp ondan bakiye kalan yönetmeliği yürürlükte tutmak hukuken sakıncalı bir durumdur. Her şeyden evvel bu Yönetmelik 1982 yılında çıkarılmış olup 32 yıl öncenin ihtiyaçlarına ve mevzuat dokusuna uygun hazırlanmıştır. Oysaki günümüzde Türkiye’de tüm çalışanların sağlık ve emeklilik hakları türlü türlü yasalarla yeni rejimlere tabi tutulmuştur. Bu anlamda 5174 sayılı Kanuna ve çağa uygun yeni bir personel yönetmeliğinin hazırlanması elzemdir.

Bunun dışında 5174 sayılı Kanun’un geçici 12. maddesi 5590 sayılı Kanun’dan sadır olan hakları koruma altına almıştır. Bu konuda Danıştay da hemfikirdir.

Ayrıca 5174 sayılı Kanun’un 73. maddesi sayesinde 5174 sayılı Kanun çerçevesinde hüküm bulunmayan hallerde personelin hukukunun İş Kanunu’na devredilmesi de önemli bir yenilik ve gelişmedir. Böylece Odalar, Borsalar ve Birlik personeli haklarında 5174 sayılı Kanun çerçevesinde hüküm bulunmaması halinde İş Kanunu’ndan istifade edebileceklerdir²⁸. Ancak burada 5174 sayılı Kanun İş Kanunu’na göre özel kanun niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanacaktır. Burada unutulmamalıdır ki 5174 sayılı Kanun kapsamında onun ilişik mevzuatı olan personel yönetmeliğini de ele almamız gerekmektedir.

Sonuç olarak Odalar, Borsalar ve Birlik personeline; 5174 sayılı Kanundan önce dönem için 5590 sayılı Kanun ve personel yönetmeliği, 5174 sayılı Kanundan sonra ise 5174 sayılı Kanun ve personel yönetmeliği uygulanacak bunlarda hüküm bulunmaması hallerinde ise İş Kanunu uygulanabilecektir.

28 Diğer taraftan Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği bir kararda da 5590 sayılı Kanun’a tabi dönemde çalışan kişinin işçi sayılamayacağı içtihat edilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, T.16.05.2005, E.2004/92, K.2005/31.

14 ARALIK 1995 DAYTON ANLAŞMASI İLE OLUŞTURULAN HÜKÜMET BİÇİMİNİN BOSNA PRATIĞİNDEKİ SORUNLARI VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ¹

*Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK**

*Yrd. Doç. Dr. İsmail KÖKÜSARI***

GİRİŞ

Balkanlar eski dünyanın medeniyet köprüsüdür. Bu özelliği dolayısıyla Eski dünyadaki etnik ve kültürel zenginliğin bu coğrafyaya yansıdığı görülmektedir. Bosna Hersek'in çoğulculuk bakımından, Balkan coğrafyasının tüm unsurlarını içinde barındırdığı söylenebilir. Roma İmparatorluğu'ndan Osmanlılar'a, Avusturya Macaristan İmparatorluğundan sosyalist Yugoslavya'ya varan serüvenin medeniyet birikimini bünyesinde barındıran bu topraklar, hep derin mücadelelere sahne olmuştur. Bu mücadele sosyalizm sonrası Bosna Hersek'te iç savaşa dönüşmüştür.

Yirminci yüzyılın son döneminde Avrupa Kıtası'nda büyük trajedilere yol açan bu iç savaş, 14 Aralık 1995 tarihinde imzalanan Dayton Anlaşması'yla sona ermiştir. Bu anlaşma savaşı sona erdirmekle kalmamış yeni devletin Anayasası'nı da oluşturmuştur. Kanlı bir savaşı acilen sona erdirmek için yapılan bir anlaşma içerisinde kabul edilen anayasa, geçici bir devlet düzeni kurmuştur. Bu devlet düzeni içerisinde oluşturulan sistem ve kurumlar olağanüstü dönem şartları gözönünde bulundurularak yazılmıştır.

Dayton Antlaşmasıyla kabul edilen hükümet biçimi de gerek Avrupa Birliğine üye devletlerin gerekse de BM'ye üye diğer demokratik ülkelerin tercih ettiği siyasal rejimlerden farklılaşarak sui generis bir nitelik taşımaktadır. Elbetteki hükümet biçimleri bakımından bir standart bulunmamaktadır.

¹ Bu makale Erzincan Üniversitesi BAP Koordinatörlüğünün sağladığı katkı ile Bosna Hersek'te yapılan incelemeler neticesinde oluşturulmuştur. Bu vesileyle IUS rektörü sayın Prof. Dr. Yücel Oğurlu'ya, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı sayın Prof. Dr. Cem Baygın'a ve Erzincan Üniversitesi BAP Koordinatörlüğüne teşekkür ederiz.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Ancak gelişmiş demokratik ülkeler incelendiğinde kuvvetler ayrılığına dayanan üç ve meclisin üstünlüğüne dayanan bir hükümet biçiminin küçük farklılıklarla tercih edildiği görülmektedir. Üstelik Bosna Hersek'in bu tercihi sadece genel eğilimden farklılaşmaya yol açmamakta aynı zamanda ülke yönetimini zorlaştıran bürokratik engellere de neden olmaktadır. Zira bu sui generis hükümet biçimi neticesinde, nüfusu 5 milyonu bulmamasına rağmen ülkede, dikey ve yatay biçimde konumlanmış 760 milletvekili, 180 bakan, 14 başbakan görev yapmaktadır. Elbetteki bu çokluğun nedenlerinin başında federatif yapının etkisi de bulunmaktadır. Ancak bu karmaşık yapı tek başına federalizm tercihiyle açıklanamaz. Kaldı ki federe yapıların yetkileri de alışılanın ötesindedir ve karmaşık yapının ortaya çıkmasında bir etkidir. Dolayısıyla hükümet biçiminin anlaşılmasında devlet biçiminin de incelenmesi gerekmektedir.

Yapının karmaşıklaşmasının nedenlerinden bir diğeri Anayasa'nın etnik temelli temsil tercihidir. Örneğin bu tercih neticesinde devletin bir değil üç cumhurbaşkanı bulunmaktadır. Cumhurbaşkanlarının her biri bir etnik unsuru temsilen "*Cumhurbaşkanlığı Üyesi*"dir. Aynı durum diğer siyasal temsil makamları için de geçerlidir. Dolayısıyla Bosna Hersek'te siyasal makamların oluşumunda siyasal etkenlerin yerine, etnik ve dinsel öğeler belirleyici olmaktadır. Bu gerçek kalıcı ve sürdürülebilir politikaların inşasını zorlaştırmaktadır.

Bu çalışmada ilk önce Bosna Hersek hükümet biçiminin demokratik ülkelerdekinden farklılaştığının altı çizilmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken kuvvetler ayrılığı çerçevesinde klasik hükümet biçimlerine değinilecektir. Daha sonra Bosna Hersekteki demografik yapının oluşmasına neden olan tarihsel süreç de göz önünde bulundurularak, Dayton Barış Antlaşması'nın belirlediği Anayasa ve bu çerçevede kurulan hükümet biçimi ele alınacaktır. Hükümet biçiminin federatif yapı incelenmeden anlaşılamayacağından daha önce bahsedilmişti. Bu amaç doğrultusunda ayrıntıya girilmeden devlet biçimi ve hükümet biçimi arasındaki ilişkiye de değinilecektir. Son olarak hükümet biçiminin bu sui generis yapısının oluşturduğu sorunlara ve çözüm önerilerine değinilecektir.

I. KUVVETLER AYRILIĞI ÇERÇEVESİNDE HÜKÜMET BİÇİMLERİ

A. Genel Olarak

Hükümet biçimi devletin yasama ve yürütme fonksiyonlarını kullanan organların nasıl yapılandığı ve bir birleriyle olan ilişkilerinin nasıl şekildi-

ğiyle ilgilidir. Dolayısıyla günümüzde hükümet biçimleri yasama ve yürütme arasındaki ilişkilere göre belirlenir². Yasama ve yürütmenin birarada olduğu sistemler kuvvetler birliği olarak isimlendirilirken, yasama ve yürütme kuvvetlerini birbirinden ayrı gören sistemler ise kuvvetler ayrılığını temel alan hükümet biçimleridir³. Kuvvetler birliğine göre hükümet biçimleri yasama fonksiyonunun yürütmede toplandığı diktatörlük ve mutlak monarşi ile yürütme kuvvetinin yasama içerisinde kaybolduğu meclis hükümeti sistemidir⁴.

Yasama ve yürütme fonksiyonlarının birbirinden ayrıldığı hükümet biçimlerini ise temelde iki kategori altında incelemek mümkündür. Bunlar yasama ve yürütmenin sert bir biçimde ayrıldığı başkanlık sistemi ve yasama ve yürütmenin iş birliği içinde olduğu yumuşak erkler ayrılığına dayanan parlamenter sistem⁵. Klasik sistemdeki ayrımın basit bir mantık üzerine kurulmuş olduğu görülmektedir. Kuvvetlerin katı ayrılığı ve esnek ayrılığı ilkelerine dayanan başkanlık rejimi ve parlamenter rejim, organlar arasında, “bağımsızlık” ve “karşılıklı bağımlılık” şeklindeki ilişki biçimleriyle ifade edilebilir⁶. Bu çerçeveden bakıldığında ilkinde, “yapısal, işlevsel ve ilişkisel” bağımsızlıktan; ikincisinde ise, “yapısal, işlevsel ve ilişkisel” karşılıklı bağımlılıktan söz etmek mümkündür⁷.

-
- 2 Mehmet Turhan, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 21; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 349; Erdal Onar, “**Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi Midir?**”, *Başkanlık Sistemi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, s. 71; Mehmet Merdan Hekimoğlu, **Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara 2009, s. 7-8.
 - 3 Turhan, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, s. 21; Murat Yanık, **Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 1-2.
 - 4 Serap Yazıcı, **Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 2; Mehmet Merdan Hekimoğlu, **Anayasa Hukukunda Anti Demokratik Hükümet Sistemleri ve Türkiye**, Detay Yayıncılık, Ankara 2010, s. 1-2 ve 103.
 - 5 Ayhan Döner, “**Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu**”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013, s. 103; Mehmet Emin Akgül, “**Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı**”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 68, S. 4, Y. 2010, s. 85 ve 92.
 - 6 İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 157.
 - 7 Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 157.

Hükümet biçimine ilişkin bu geleneksel ayırımın, özellikle kuvvetler ayrılığına dayalı olarak kurgulanana iki örnek üzerinden temellendirilmiştir. Bunlardan başkanlık sistemi ABD, parlamenter sistem ise Birleşik Krallık örneklerine dayanmaktadır⁸. Günümüzde bir üçüncü örneğin varlığından söz etmek mümkündür. Bu da 1958 Fransız Cumhuriyeti Anayasası'nın uygulaması neticesinde ortaya çıkan yarıbaşkanlık rejimidir. Yasama ve yürütme arasındaki ilişkiler bakımından temel kurgusu itibarıyla parlamenter rejimi andıran bu rejim, devlet başkanının belirlenmesi usulü ve güçlü yürütme olgusuyla da başkanlık rejimine benzemektedir. Bu klasik örnekler günümüz rejimleri içinde örneklik teşkil etmektedir. Uzun bir Meclis Hükümeti geleneğine sadık olan İsviçre bir kenara bırakılırsa, demokratik ülkelerin tamamında bu üç rejimin çeşitli varyasyonları tercih edilmektedir.

Birleşik Krallık, Birleşik Devletler ve Fransa'dan yukarıda bahsedildi. Genel olarak Avrupa Kıtası ülkelerinin Birleşik Krallık örneğinin ve Asya ve Amerika Kıtaları ülkelerinin ise büyük oranda Amerikan örneğinin takipçisi olduğu söylenebilir. Elbetteki bu ülkelerdeki uygulamalar örnekleriyle birebir örtüşmemektedir. Her ülke siyasal sistemlerinin yansımaları uyarınca bu temel örneklerden farklılaşan unsurları kendi siyasal rejimlerine eklemiştir. Özellikle Amerikan örneğinin takipçileri tarafından otoriter rejimlere dönüştürüldüğü görülmektedir⁹. Herşeye rağmen Birleşmiş Milletlere üye demokratik ülkelerin tamamının (İsviçre ve Bosna-Hersek hariç), Amerikan, İngiliz ve Fransız örneklerinin farklı varyasyonlarını yansıtan siyasal rejimlere sahip olduğu belirtilmelidir.

Sosyalist rejimden Liberal Demokratik rejime geçen ülkelerin tercihi de bu yönde olmuştur. Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin dağılmasından sonra ortaya çıkan devletlerden Slovenya¹⁰, Hırvatistan¹¹, Sırbis-

⁸ Bu yaklaşıma ilişkin eleştiri için bkz. Nur Uluşahin, **Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 27-28.

⁹ Bkz. aynı yönde Cengiz Gül, "**Saf Başkanlık Modelinden Başkancı Rejim Tipolojilerine Geçişin Ampirik Yansımaları**", <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-cengizgul-2.htm>, erişim 12.02.2015.

¹⁰ 1991 Slovenya Anayasası'na göre; egemenlik halka aittir. Halk egemenliği doğrudan ve seçimler yoluyla, kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde kullanır (md. 3). Cumhurbaşkanı halk tarafından, en fazla iki defa ve beş yıllık dönemler için seçilebilmektedir (md.103).

¹¹ 2010 Hırvatistan Anayasası'nın 4. maddesine göre hükümet erkler ayrılığı temelinde oluşturulmuştur. Yine anayasanın 95. maddesine göre Cumhurbaşkanı halk tarafından doğrudan gizli oyla en fazla iki defa ve beş yıllık dönemler için seçilebilmektedir.

tan¹², Makedonya¹³, Karadağ¹⁴ ve Kosova¹⁵, yine Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra ortaya çıkan ülkeler Ukrayna¹⁶, Moldova¹⁷, Gürcistan¹⁸, Estonya¹⁹, Litvanya²⁰, Letonya²¹ kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan klasik parlamenter sistem, cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği parlamenter sistem ve yarı başkanlık sistemlerini tercih etmişlerdir²². Görüldüğü gibi Çağdaş Batı demokrasileri dikkate alındığında hükümet biçimlerinin belirlenmesinde kuvvetler ayrılığı ilkesi temel alınmıştır.

-
- 12 Sırbistan Anayasası'nın 3. maddesine göre kuvvetler ayrılığı ilkesi hukuk devletinin bir unsuru olarak sayılmaktadır. 114. Maddesine göre Cumhurbaşkanı halk tarafından doğrudan gizli oyla seçilir.
 - 13 Makedonya Anayasası'nın 80. maddesine göre Cumhurbaşkanı halk tarafından doğrudan gizli oyla, en fazla iki defa ve beş yıllık dönemler için seçilebilmektedir.
 - 14 Kuvvetler Ayrılığı ilkesini düzenleyen Karadağ Anayasası'nın 11. maddesine göre kuvvetler arasındaki ilişki denge ve karşılıklı kontrol esasına dayanır. Anayasa'nın 96. ve 97. maddelerine göre Cumhurbaşkanı halk tarafından doğrudan gizli oyla en fazla iki defa ve beş yıllık dönemler için seçilebilmektedir.
 - 15 Kosova Anayasası'nın 86. maddesine göre Kosova Cumhurbaşkanı, gizli oylamayla Meclis tarafından seçilir.
 - 16 Ukrayna Anayasası'nın 103. maddesine göre cumhurbaşkanı gizli oy ile, eşit ve doğrudan oy hakkı temelinde, beş yıllık bir dönem için Ukrayna vatandaşları tarafından seçilir.
 - 17 Moldova Anayasası'nın 6. maddesine göre yasama, yürütme ve yargı organları birbirinden ayrılmıştır. Anayasa'nın 78. maddesinin birinci fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı parlamento tarafından seçilmektedir.
 - 18 Gürcistan Anayasası'nın 70. maddesine göre cumhurbaşkanı gizli oy ile, eşit ve doğrudan oy hakkı temelinde, beş yıllık bir dönem için halk tarafından seçilir.
 - 19 Estonya Anayasası'nın 4. maddesinde yasama, yürütme ve yargı erklerinin farklı ellerde olduğu belirtilmiştir. 79. maddeye göre cumhurbaşkanı parlamento tarafından seçilir.
 - 20 Litvanya Anayasası'nın 78. maddesinin ikinci fıkrasına göre cumhurbaşkanı gizli oy ile, eşit ve doğrudan oy hakkı temelinde, beş yıllık bir dönem için halk tarafından seçilir.
 - 21 Letonya Anayasası'nın 35. maddesine göre cumhurbaşkanı parlamento (Saeima) tarafından seçilir.
 - 22 Yine Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra Bağımsız Devletler Topluluğunu oluşturan ülkelerden, Kazakistan, Ermenistan, Rusya, Beyaz Rusya, Tacikistan, Azerbaycan, Özbekistan, Kırgızistan, başkanlık veya yarı başkanlık denebilecek siyasal rejimleri tercih etmişlerdir. Bkz. Abdurrahman Eren, “**Yeni Anayasa ve Hükümet Sistemleri**”, bkz. <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/21-yeni-anayasa-ve-hukumet-sistemleri>, erişim 18.02.2015.

B. Hükümet Biçimlerinin Tasnifinde Kuvvetler Ayrılığı İlkesi

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, egemenlikten kaynaklanan kamusal yetkilerin, dengeli, uyumlu ve iş birliği içerisinde çalışması için ayrı ayrı ellerde toplanması gerektiğini ifade etmektedir²³. Teoriye ilişkin ilk düşünsel temeller Yunan filozofları tarafından atılmıştır²⁴. Ortaçağda Jean De Salisbury²⁵, Saint Thomas d'Aquin²⁶ ve Marsile de Padue'nun²⁷ görüşleriyle bu ilkeye ilişkin gelişme kaydedilmiş, yeniçağda ise Bodin ve Doğal Hukukun temsilcileri tarafından bu ilkeyle ilgili düşüncelere yeni bir açılım kazandırılmış-

-
- 23 Mustafa Kutlu, **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri**, Seçkin Yayınları, 1. Basım, Ankara 2008, s. 101.
- 24 Antik Yunan'da özellikle Aristo'da kuvvetlerin ayrı ellerde bulunması gerektiği düşüncesine rastlanmaktadır (Turan Güneş, **Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956, s. 3). Devlet egemenliğini çeşitli işlevlere ayırarak kuvvetler ayrılığı kuramının temellerini atan Aristo, kuvvetler ayrılığı ilkesini hukuki bir prensip yerine siyasi bir ilke olarak belirtmiştir (Hakan Dursun, **“Erkeller Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı”**, *TBB Dergisi*, 80, Y. 2009, s. 32.). Yazara göre ideal devlette üç kuvvet bulunmalıdır. Yasama kuvvetinin görevi yasa koymak ve kaldırmak, anlaşmalar yapmak, barışa karar vermektir; bu kuvvet Meclis tarafından yerine getirilir. Yürütme kuvveti, devletin gelir ve giderlerinin ayarlanması, Meclis tarafından alınan kararların uygulanması, özel anlaşmalar yapılması, mahkeme kararlarının kaydedilmesi, askeri ve mali işlerin uygulanması ile ilgilenir ve memurlar (bakanlar) tarafından yerine getirilir. Üçüncü kuvvet olan yargı gücü ise, sekiz çeşit mahkeme tarafından yerine getirilir. Mahkeme kararlarına halkın katılımı, kura, seçim veya hem seçim hem de kura yoluyla gerçekleşir. Bkz. Mehmet Akad/Biherin Vural Dinçkol/Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, İstanbul 2014, s. 31; Kutlu, s. 101-102.
- 25 Salisbury, günümüz anlamında bir kuvvetler ayrılığı ilkesinden söz etmemekle birlikte dünyevi otorite ile ruhani otoriteyi birbirinden ayırmıştır. Hükümdar Tanrı'nın sureti, vekili ve tebaa arasında aracı olduğu için toplumsal düzen sağlayandır. Kilise ise kuvvetin ve kralların kudretinin dağıtıcısı, bir düzen kurucusudur. Bkz. Kutlu, s. 104-105.
- 26 Dominiken Tarikatına bağlı bir din adamı olan Thomas d'Aquin iktidarın kaynağı ile kullanıcısını birbirinden ayırmıştır. Yazara göre, iktidarın kaynağı Tanrı'dadır ama kullanılışı topluma aittir (Akad/Vural Dinçkol/Bulut, 56-57). Yazar, sadece dünyevi otoriteyle uhrevi otoriteyi birbirinden ayırmakla yetinmez, doğru bir yönetim için halkın iktidarı paylaşması gerektiğini de ifade eder. Yasama ve yürütme organları bir birlerinden ayrılmalıdır. Kralın yönetiminin yanında onunla yönetime katılan yüksek memurlardan oluşan bir aristokratik meclis de bulunmalıdır. Yasama ve yürütme arasındaki ayırım bir-biri arasındaki ilişkiyi etkilemeyen bağımsızlık ilişkisidir. Bkz. İlhan Akipek, **“Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Amil Olan Fikirler”**, *AÜHFD*, C. 9, S. 1-2, s. 171.
- 27 Padoue'ya göre egemenliğin kaynağı halktır dolayısıyla yasama yetkisi yurttaşlara ait olmalıdır. Yürütme ise yasama meclisinden almış olduğu yetki ve sınırlar çerçevesinde hareket edebilir (Akipek, s. 172).

tır²⁸. Bütün bu sürece kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğuşu denebilir. Diğer yandan bu ilkenin düşünsel temellerini çağdaş anlamıyla ilk ortaya koyan ve bu kavramı sistemli bir şekilde inceleyen düşünürler Locke ve Montesquieu'dur.

Temel kaygısı, siyasal iktidarı sınırlandırarak²⁹ "mülkiyet" kelimesi etrafında formüle ettiği hak ve özgürlükleri güvence altına almak olan Locke, yasa yapma gücüne sahip olanların aynı zamanda yasaları uygulama yetkisine de sahip olmasını sakıncalı bulmaktadır³⁰. Zira bu sakınca yasa koyucuların kendilerini yaptıkları yasalara itaatten muaf tutma ve bu yasaları kendi kişisel çıkarlarına hizmet edecek şekilde yapma tehlikesinden kaynaklanmaktadır³¹. Dolayısıyla, yasayı yapan organla onu uygulayan organ ayrı ellerde toplanmalıdır. Yazar üçüncü bir kuvvetten daha söz ederki, bu da federatif güçtür³². Yazara göre bu üçüncü erk, devletlerarası ilişkileri, özellikle savaş ve barış konularını düzenleyen erkdir³³. Bununla birlikte Locke günümüzdeki anlayıştan farklı olarak, yasama organının, diğer bütün güçlerin kendisine tabi olduğu "üstün" güç olduğunu belirterek, yasama, yürütme ve federatif erkler arasında bir eşitlik olmadığını düşünmektedir³⁴. Yazar'ın düşüncesinde yargı erki bağımsız bir anlam henüz kazanamamışken³⁵, yürütme erkinin de yasamanın etkisinde kaldığı gözükmektedir³⁶. Çünkü bir üstünlük ilişkisinden söz edilmekteyse, daha aşağıda olan, iradesini özgür bir biçimde kullanamayacaktır³⁷.

28 Akipek, agm., s.182.

29 Ozan Ergül, **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 73.

30 Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Seçkin, Ankara 2005, s. 28.

31 Arslan, age., s. 28.

32 Akipek, agm., s. 180; Hekimoğlu, **Demokratik Hükümet Sistemleri**, s. 10.

33 Hekimoğlu, **Demokratik Hükümet Sistemleri**, s. 10.

34 Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 131.

35 Hekimoğlu, **Demokratik Hükümet Sistemleri**, s. 11.

36 Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul 2013, s. 467.

37 Ömer Gedik, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2013, s. 97.

İncelediği siyasal kurumlar çerçevesinde kuvvetler ayrılığı öğretisini bugünkü anlamı ile ilk defa ifade eden Montesquieu olmuştur³⁸. Yazar, “*Kanunların Ruhunu*” kitabının “*İngiltere Anayasası üzerine*” başlığını taşıyan 6. bölümünde Locke’tan esinlenerek, günümüzde kullanıldığı şekliyle ayırım yapar: “*yürütme, yasama ve yargı*”³⁹. Montesquieu bu eserinde, “*yasama kuvvetiyle yürütme kuvveti aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilirse, ortada özgürlük diye bir şey kalmaz*” şeklinde düşüncelerini ortaya koyarak devleti oluşturan erklerin ayrılmasının gerekliliğine dikkat çekmiştir⁴⁰. Buna göre, yasama ile yürütme bir elde toplandığında, yasaları yapanlar bunları despotça yürüteceklerdir⁴¹. Yasama erki, yargı erki ile birleştiğinde, yargı işlevi görenler keyfi yasaları uygulayacaklar; son olarak, yürütme yargı ile birleştiğinde, yargı yetkisini kullananlar baskıcı bir tutum takınacaklardır⁴². Yukarıda da bahsedildiği gibi Montesquieu’nun bu yaklaşımı bir tespitten ibarettir. Temelde İngiliz parlamentoculuk geleneğini kuvvetler (erkler) çerçevesinde analiz ederek ilk defa yazılı hale getiren yazar, bizlere bir taraftan hukuk devletinin ve temel hak ve özgürlüklerin nasıl güvence altına alınacağını gösterirken diğer taraftan bu bahsedilen temel ilkelere nasıl bir siyasal rejim altında yaşanabileceğini göstermiştir.

Montesquieu’nun bu tespitleri, pratik uygulamalar neticesinde ortaya çıkan İngiliz kurumlarının yeni bir siyasal rejimi oluşturduğunu belirlemektedir. Yazarın bu tespitleri Birleşik Devletler kurucu babaları için de esin kaynağı olmuştur. Bu tespitlerin teorik yansıması Amerikan siyasal rejimidir⁴³. Dolayısıyla Montesquieu’dan bu tarafa siyasal rejimler, yukarıda da örneklenildiği gibi erklerin birbiriyle olan ilişkileri temelinde belirlenmektedir.

C. Bosna Hersek Hükümet Biçimi’nin Demokratik Ülkelerden Farklılaşan Özelliği

Yukarıda da ifade edildiği gibi doğrudan hükümet geleneğine sahip olan ve bunun yansıması Meclis Hükümeti rejimini uygulayan İsviçre ve sosyalist

38 Hekimoğlu, *Demokratik Hükümet Sistemleri*, s. 14.

39 Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 131; Teziç, *age.*, s. 468; Güneş, *age.*, s. 5.

40 Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet*, Naturel Yayınevi, Ankara 2003, s. 84 vd; Ergül, *age.*, s. 76.

41 Teziç, *age.*, s. 469.

42 Kemal Gözler, “*Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu*”, *AÜSBF Dergisi*, C. 61, S. 3, Temmuz-Eylül 2006, s. 155.

43 Teziç, *age.*, s. 470; Yanık, *age.*, s. 33.

bir rejimden liberal demokrasiye geçen Bosna Hersek dışında Birleşmiş Milletlere üye demokratik devletlerin tamamı, yüzlerce yıllık parlamentoculuk geleneğinin oluşturduğu İngiliz örneği ve bu örneğin yürütme kanadının teorik ve pratik başkalaşması sonucunda ortaya çıkan Amerikan⁴⁴ ve Fransız örneğini takip etmektedirler.

İsviçre’de demokrasi kültürüyle harmanlanan doğrudan hükümet geleneği temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamıştır. Bizzat bu gelenek temel hak ve özgürlüklerin güvencesini oluşturmaktadır. Dolayısıyla İsviçre hükümet biçiminde kuvvetler ayrılığı ilkesine ihtiyaç duyulmamış, Meclis’in üstünlüğüne dayalı Meclis Hükümeti rejimi benimsenmiştir. Bu rejimin kökleri en az İngiliz parlamentoculuk geleneği kadar eskiye götürülebilir. İsviçre’deki bu sistemin İsviçre’lilerle özdeşleşmiş olduğu ve günümüz açısından kadim bir tabirle İsviçre’nin alamet-i farikasını oluşturduğu söylenebilir.

Bosna Hersek açısından ise durum oldukça karmaşıktır. Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti’nin dağılmasından sonra ortaya çıkan liberal demokratik devletlerden biri olan Bosna Hersek Devleti kendisiyle bir çok açıdan benzeşen diğer ardıl devletlerden farklı bir siyasal yapılanma benimsemiştir (veya benimsemek zorunda bırakılmıştır). Bosna Hersek’e özgü bu yapılanmanın bir bakıma bu devletin hala daha gerçek anlamda bağımsız bir statü kazanamadığını gösterdiği iddia edilebilir. Bu iddiayı güçlendirecek bir başka husus da, Bosna Hersek’in henüz daha Dayton Barış Antlaşması’ndan bağımsız bir Anayasayı hayata geçirememiş olmasıdır. Üstelik ülkedeki en yetkili makam seçimlerle belirlenen demokratik kurum değil, uluslararası yüksek temsilciliktir. Bütün bunların hukuki nedenden daha çok siyasal ve sosyal nedenleri vardır ki bu çalışmanın doğrudan konusunu oluşturmamaktadır.

Bosna Hersek Devleti’nde siyasal yapılanma etnik temellidir. Etnik temelli siyasal yapılanmanın savaşın sona erdirilmesi ve bir geçiş dönemi öngörülmesi için gerekli olduğu düşünülebilir. Fakat bu tür bir yapılanmanın devletin sürdürülebilirliğini zorladığı yaşanan tecrübelerle görülmektedir. Kaldığı demografik yapısı bakımından Bosnaya benzer BM’ye üye demokratik ülkelerde etnik temelli siyasal yapılanma ya tercih edilmemektedir ya da oldukça sınırlı tutulmaktadır. Örneğin 1994 Belçika Anayasası’nın ikinci maddesine göre Belçika, Flaman topluluğu, Fransız topluluğu ve Almanca

⁴⁴ Parlamenter sistemin İngiliz ve başkanlık sisteminin de Amerikan uygulaması neticesinde klasikleştiğiyle ilgili olarak bkz. Hekimoğlu, *Demokratik Hükümet Sistemleri*, s. 26-27.

konuşan topluluk olmak üzere üç ayrı etnik yapıdan oluşmaktadır. Üstelik bu yapılar farklı diller konuşmaktadır ve idari yapılanma bu diller üzerinden oluşturulmuştur (1994 Belçika Anayasası 3. ve 4. maddeler). Yerel düzeyde yapılanma etnik temelli olsa da (Flaman Bölgesi/the Flemish Region, Valon Bölgesi/the Walloon Region ve Bürüksel Bölgesi/the Brussels Region) ulusal kurumların etnik kriterlere tabi tutulmadan oluşturulduğu görülmektedir. Belçika’da parlamenter monarşi benimsenmiştir⁴⁵. Parlamenter rejime uygun olarak yasama ve yürütme arasında yumuşak bir ayrılık bulunmaktadır. Belçika’da federal yapılanmaya uygun olacak biçimde yasama, Temsilciler Meclisi ve Senatodan oluşan iki kanatlı bir yapıya sahiptir. Anayasa’nın 42. maddesine göre “Parlamentonun her iki meclis üyeleri sadece onları seçenleri değil, halkın tamamını temsil ederler.” Görüldüğü gibi milli egemenlik anlayışını benimseyen bir temsil anlayışı ortaya konmuştur. Federal Meclis’in her bir üyesi Flamanları, Valonları ve Almanca konuşan toplulukların tamamını temsil etmektedir. Bununla birlikte 43. maddeye göre her iki mecliste de gruplar konuşulan dillere göre oluşmaktadır: “Anayasanın belirlediği hallerle ilgili olarak, Parlamentonun her bir kanadının seçilmiş üyeleri, Felemenkçe konuşanlar ve Fransızca konuşanlar olmak üzere kanunda belirtilen yöntemle gruplara ayrılırlar.” Çalışma esasına ilişkin bu kural temsilin etnik temelli olmadığı gerçeğini değiştirmez.

Yine Belçika’da yürütme gücünün iki topluluk arasında paylaşılması Anayasal bir zorunluluktur⁴⁶. Bununla birlikte, Walon bir bakan ile Flaman bir bakanın aynı siyasal eğilimden, yani aynı siyasal partiden gelmesi mümkündür. Zira bu ülkede Komünist Parti dışındaki tüm ulusal partiler, aynı siyasal amaç etrafında örgütlenen Flamanca ve Fransızca konuşan kişilerden oluşmaktadır⁴⁷.

Bu noktada şunu hatırlatmak gerekir, kültürel ve etnik özgürlükler demokrasi için gerekli iken, etnik temsil yönetim krizine neden olup demokra-

45 Belçika Anayasası’nın 96. Maddesine göre: “Kral, bakanlarını atar ve görevden azleder. Temsilciler Meclisi üyelerinin salt çoğunluğuyla güvensizlik oyu verir ve Kral’a yeni Başbakanı teklif eder, ya da güvenoyu önergesini reddettikten sonra üç gün içinde Kral’a yeni Başbakanı teklif ederse, Federal Hükümet Kral’a istifasını sunar. Kral kendisine teklif edilen kişiyi yeni Başbakan olarak atar. Yeni Başbakan ve yeni Federal Hükümet anti içtikten sonra göreve başlar.”

46 Belçika Anayasası’nın 99. Maddesine göre: “.....Başbakan istisna olmak üzere, Bakanlar Kurulu, eşit sayıda Felemenkçe konuşan ve Fransızca konuşan üyelerden oluşur.”

47 Oktay Uygun, “Bosna-Hersek; İç Savaşın Konsensüs Demokrasisine”, in *Kamu Hukuku İncelemeleri, İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, XII Levha-Yayınları, İstanbul 2013, s. 592.

siden uzaklaşmaya yol açabilir. Çünkü etnik ve kültürel özgürlükler insanların günlük yaşamlarıyla ilgilidir⁴⁸. Oysa etnik temelli temsil ise siyasal kimliklerin etnikleşmesine dolayısıyla anayasal yurttaşlık düşüncesinden uzaklaşmaya yol açar. Anayasal yurttaşlık dil, din, mezhep, cinsiyet ve felsefi inanç ayrımı olmaksızın tüm yurttaşların eşit olduğu ve cemaatsel yarar yerine toplumun genel yararının göz önünde tutulduğu bir anlayıştır⁴⁹. Dolayısıyla kültürel ve etnik özgürlüklerin korunması özgürlüklerin genişlemesini sağlarken, etnik temelli temsil özgürlük alanının daralmasına neden olabilir. Bosna Hersek’de etnik özgürlüklerin tanındığı ve uygulamada bu özgürlüklerin önünün açıldığı ifade edilebilir. Bu özgürlükler, dini ve mezhepsel özgürlükler ve etnik ve kültürel farklılıklardan kaynaklı ayrımcılık yasağı şeklinde somutlaştırılabilir. Bununla birlikte Bosna Hersek’teki etnik temelli temsil⁵⁰, hükümet biçimini ve bürokratik yapılanmayı karmaşık hale getirerek ulusal düzeyde devlet kurumlarını çalışamaz hale getirmiştir. Bosna örneği demokratik ülkeler bakımından “*sui generis*” özellik taşır. Özellikle hükümet biçimi bakımından bir tasnife tabi tutmak mümkün değildir.

Etnik temelli temsil Bosna Hersek Hükümet Biçiminin işlevselliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu temsilin Bosna Hersek bakımından sosyolojik bir gerçekliğinden söz etmek mümkün olsa da, bu nedenler Bosna Hersek’de *sui generis* bir hükümet biçimine yol açmaktadır. Bu gün için yeni bir anayasa ve klasik bir devlet biçimi modeli her ne kadar zorunluluk arz etse de, demografik yapı bunu zorlaştırmaktadır⁵¹. Etnik temelli temsilin nedenlerini

48 Haluk Özdemir, “Etnik Özgürlükler, Etnik Siyaset ve Demokrasi”, *Ankara Strateji Enstitüsü*, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-haluk-ozdemir/etnik-ozgurlukler-etnik-siyaset-ve-demokrasi/>, Erişim 29.01.2015.

49 “Ülkesel siyasal toplumun üyesi olan yurttaş, (cinsiyet, dil, din, etnik köken, sosyal sınıf gibi) ‘tikel’ topluluklara aidiyetinden bağımsız olarak haklara sahip ve tek biçimli yükümlülüklerle tâbi. Günümüz dünyasında ulusal aidiyet, ilke olarak yurttaşlığın koşuludur.” Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, “Neden Anayasal Yurttaşlık”, *Birgün Gazetesi*, 5 Aralık 2007.

50 Bosna Hersek’te etnik temelli bir federalizm olduğunu noktasında bkz. Soeren Keil, **Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina**, Ashgate, 2013, s. 95. Keil’e göre, Bosna Hersek, Anayasadaki pozitif düzenlemelere bakıldığında bir etnik federasyon değil ama pratikte etnik federasyon olarak işlemektedir (Keil, age, s. 96).

51 Eski doğu bloku devletlerinin tamamının hayatta oldukları dönem içinde hiç bir zaman anayasal bir kimlik oluşturamadıkları göze çarpmaktadır. Nitekim, sosyalist anayasacılığın çökmesiyle birlikte bu ülkelerin hemen dağıldığı, içerdikleri kurucu birim kadar devletin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu ülkelere Çekoslovakya, Sovyetler Birliği ve Yugoslavya örnek gösterilebilir. Bu ülkelerden konumuz dahilinde olan Yugoslavyaya baktığımızda 2006 yılında Karadağ’ın Sırbistan’la ayrılmasıyla birlikte Sosyalist Yugoslavyayı oluşturan altı federe yapının da bağımsız devletlere dönüştüğünü görmekteyiz. Benzer bir

anlamak için tarihsel süreç içerisinde demografik yapının oluşumuna göz atmak gerekecektir.

II. BOSNA HERSEK CUMHURİYETİNDE MEVCUT DEVLET DÜZENİNİ HAZIRLAYAN ETKENLER

A. Tarihsel Süreç İçerisinde Bosna Hersek ve Mevcut Demografik Yapının Oluşum Serüveni

Bosna Hersek Balkan yarımadasında yer almaktadır. Balkanlar Avrupa Kıtası'nın güneydoğu kesiminde, İtalya Yarımadası'nın doğusu ve Anadolu'nun kuzeybatısında yer alan coğrafyanın adıdır. Dolayısıyla Balkanlar coğrafyası kadim Anadolu, Mısır ve Akdeniz Medeniyetleri'nin Avrupa'ya geçiş güzergahı üzerinde bulunmaktadır. Balkanlar bu geçiş güzergahı üzerinde yer aldığı için büyük göçlere şahitlik etmiştir⁵². Bu sayede Balkan yarımadasının tarihin çok eski dönemlerinden beri medeniyet yerleşimlerine sahne olduğu göze çarpar. Bu zengin göç hareketliliği çok farklı milletlerin ve kültürlerin bu coğrafyada karşılaşmasına ve kaynaşmasına yol açmıştır⁵³. Bosna Hersek Devleti de Balkan Yarımadası'ndaki kültürel zenginliğin en önemli örneğini oluşturmaktadır⁵⁴.

biçimde 1995 sonrasında da Bosna Hersek'te anayasal bir kimlik oluşturulamamıştır. Boşnakların, Sırpaların ve Hırvatların geleceğe birlikte bakma iradelerinden söz edilemez. DBA'nın yapıldığı günden bu yana, Sırp halkının temsilcileri Bosna Hersek kimliği ile değil, Sırbistan kimliği ile yaşamak arzusunda olduklarını ve Sırbistan ile birleşmek istediklerini dile getirmekten çekinmemektedirler. Benzer şekilde Hırvatlar'da iç savaşın bir kısmında Boşnaklar'la birlikte Sırlara karşı savaşmış olmalarına ve birlikte Bosna Hersek Federasyonu'nu kurmalarına rağmen, bu federasyonun gerçekte hayata geçirildiğini söylemek oldukça güçtür. Hırvatların ağırlıkta olduğu bir bölgeden, Boşnakların ağırlıkta olduğu bir bölgeye geçildiğinde bambaşka bir ülkeye geçildiği hissi uyanmaktadır. Bkz. Uygun, agm., s. 582-583.

⁵² Pınar Yürür, **Uluslararası Toplumun Bosna-Hersek'i Yeniden Yapılandırma Süreci ve Modeli**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 30; İsmajil Hodžić, **Bogomilizm ve Bosna - Hersek Bogomilleri**, Ondokuzmayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Samsun 2007, s. 45.

⁵³ Esat Ertaç Erbesler, **Bosna'da Egemenlik Sorunu Dayton Antlaşması**, Biyografi Net, İstanbul 2014, s. 48.

⁵⁴ Winston E. Langley, **Encyclopedia of Human Rights Issues Since 1945**, Greenwood Press, Connecticut 1999, s. 32.

Bosna Hersek Balkan Yarımadası'nın batı kısmında yer alır ve sadece Dalmaçya kıyılarında olmak üzere 20 km lik bir sahile açılmaktadır⁵⁵. Demografik bakımdan Bosna Hersek'te üç ayrı etnik unsur yer almaktadır. Bunlar: Boşnaklar, Sırp ve Hırvatlardır⁵⁶. Bosna Hersek'in kuzey ve batısında yer alan ayrıca bir Hırvat ülkesi daha bulunmaktadır: Hırvatistan. Yine Bosna Hersek'in doğusunda Sırp etnisitesinin büyük çoğunlukta yer aldığı bir Sırbistan Devleti bulunmaktadır. Dolayısıyla Bosna Hersek'i oluşturan üç etnik unsurun ikisinin ayrıca bağımsız devletleri de bulunmaktadır⁵⁷. Boşnak etnisitesinin yoğun olarak yaşadığı tek ülke Bosna Hersek'tir. Bunun dışında Bosna Hersek'e komşu olan ülkelerde az sayıda Boşnak nüfusu da bulunmaktadır. Bütün buralarla birlikte 1992 ve 1995 yılları arasındaki Bosna iç savaşı esnasında hatırı sayılır miktarda Boşnak nüfusu Türkiye ve ABD'ye göç etmek zorunda kalmıştır.

Arkeolojik kazılar, Bosna Hersek tarihinin taş devrine kadar uzandığını göstermektedir⁵⁸. Antik çağlarda Bosna Hersek'te ilk yerleşik kavimler Hint Avrupa dili konuşan İlliryalılar'dır (İ.Ö.1300-İ.S.9)⁵⁹. İlliryalılar savaşçı kavimler topluluğu olmalarına rağmen, Roma İmparatorluğu uzun mücadelelerle bu kavimlere üstünlük kurarak Bosna Hersek topraklarını hâkimiyetleri altına alabilmiştir⁶⁰. Romalılar bu bölgeyi Dalmaçya adı altında Adriyatik denizinin kıyı bölgeleri ile birleştirmiştir⁶¹. Romalılar'dan sonra, Osmanlı Devleti'nin hakimiyet zamanına kadar Bosna'lı yerel prensliklerin kurduğu egemen devletler göze çarpar. Romalılar'ın hakimiyetiyle başlayıp Osmanlı'nın egemenliği dönemine kadarki süreç içerisinde iki önemli husus, bu gün ki Bosna Devleti'nin siyasal yapılanmasını etkilemiştir. Hukuki verilerin

55 Hodziç, agt., s. 43; Yürür, agt., s. 28.

56 Uygun, agm., s. 532; Langley, age., s. 32; Yürür, agt., s. 30; Erbesler, age., s. 34.

57 Gonca Kapadan, **Bosnalı Sırp'lara Göre Bosna-Hersek Sorunu**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2009, s. 5; Yürür, agt., s. 30.

58 Saraybosna yolundaki Butimir'de yapılan kazılarda Taş Devri'nden kalma bazı eserlere rastlanmıştır. Bkz. Yürür, agt., s. 30.

59 Uygun, agm., s. 532; Erbesler, age., s. 49; Hodziç, age., s. 46; Yürür, agt., s. 30; Kapadan, agt., s. 5; Cemile Tekin, **Bosna-Hersek Kaynaklarına Göre Yugoslavya'nın Dağılmasından Sonra Bosna Hersek Federasyonu'nun Kurulması**, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Doktora Tezi, Konya 2011, s. 2.

60 Hodziç, agt., s. 47; Yürür, agt., s. 31; Erbesler, age., s. 49; Uygun, agm., s. 32.

61 Yürür, agt., s. 31; Erbesler, age., s. 49.

dışındaki tarihsel bilgilere başvurmanın nedeni de bu etkinin sosyolojik temelini ortaya çıkarmaktır.

Roma İmparatorluğu'nun ikiye ayrılmasından sonra Balkan coğrafyası da iki büyük güç arasında parçalanmıştır⁶². Balkan coğrafyasının bir kısmı Batı Roma İmparatorluğu'nun dolayısıyla Katolik mezhebinin etkisinde kalırken, diğer kısmı ise Doğu Roma'nın hakimiyeti altında Ortadoks mezhebinin etki alanına girmiştir⁶³. Bosna Hersek coğrafi bakımdan bu iki gücün çatışma alanında kalmıştır⁶⁴. Daha sonrasında 10. yüzyılın başlarında Bulgaristan'da ortaya çıkan⁶⁵ Bogomil mezhebi, Balkan Yarımadası'nda taban bulmaya başlamış ve en fazla Ortadoksluk ve Katolikliğin mücadele alanı olan Bosna topraklarında yayılmıştır. Bogomil Mezhebi ana akım Hristiyan Mezhepleri'nden inanç esasları bakımından ciddi bir biçimde ayrılmaktadır⁶⁶. Bu açıdan diğer Mezhepler tarafından baskıya uğramışlar⁶⁷, Müslümanların 14. ve 15. yüzyılda Balkanlar'da hakimiyet kurmasıyla birlikte bu mezhebe bağlı olanların kitleler halinde İslam dinine geçtiği görülmüştür⁶⁸. Dolayısıyla, 11. yüzyıla gelindiğinde özellikle Bosna Hersek topraklarında mezhepsel açıdan çoğulcu bir yapının oluştuğu görülmektedir.

Bosna Hersek topraklarındaki günümüzde varolan sosyo-kültürel çoğulculuğun oluşmasını sağlayan olgulardan diğeri de Slav ırklarının Balkan'lara göçüdür. Özellikle 6. yüzyılın ilk yarısıyla birlikte Balkan coğrafyasına Slav ırklarının akınları başlamıştır⁶⁹. Yerleşik kavimlere üstünlük sağlayan bu ırklar, bir yandan o kavimleri Slavlaştırırken, diğer yandan o kavimlerin inançlarını benimsemişlerdir. Bu etkileşim Balkan yarımadasının bugünkü demografik yapısının oluşmasına neden olmuştur. Göçler neticesinde üç akraba slav ırkı Bosna Hersek'de günümüzdeki Hırvat, Boşnak ve Sırp unsurlarını meydana getirmektedir⁷⁰.

⁶² Tekin, agt., s. 3.

⁶³ Yürür, agt., s. 31.

⁶⁴ Hodziç, agt., s. 46.

⁶⁵ Jan L. Perkowski, "New Light on the Origins of Bulgaria's Catholics and Muslims", *Religion, State and Society*, Vol. 22, No. 1, 1994, s. 103; Hodziç, agt., s. 5 ve 11.

⁶⁶ Hodziç, agt., s. 5; Erbesler, age., s. 49.

⁶⁷ Erbesler, age., s. 49.

⁶⁸ Tekin, agt., s. 2; Yürür, agt., s. 36; Erbesler, age., s. 56.

⁶⁹ Yürür, agt., s. 31; Tekin, agt., s. 3; Erbesler, age., s. 50.

⁷⁰ 6. yüzyılın ikinci çeyreğinde bir Slav kavmi olan Hırvatlar, bu günkü Bosna Hersek Dev-

1200'lü yıllarda Doğu Roma İmparatorluğu'nun etkisini kaybetmesiyle birlikte, önce Macar toplulukları⁷¹, sonrasında da yerel prenslikler Bosna Hersek'te⁷², Osmanlı Devleti'nin hükümrânlığına kadar hakimiyetlerini sürdürmüşlerdir. 14. yüzyılın ortalarında Osmanlılar Bosna Hersek topraklarına yerleşmeye başlamışlardır. 1463 yılında Bosna⁷³, 1483 yılında da Hersek topraklarının tamamı⁷⁴, 1878 yılında Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun Bosna Hersek üzerindeki hükümrânlığına⁷⁵ kadar Osmanlı idaresi altına girmiştir. Bu dönem içerisinde Bogomil Mezhebini benimseyen Boşnaklar müslüman olmuşlar⁷⁶, böylelikle günümüzdeki kültürel ve dinsel yapının son aşaması tamamlanmıştır. Bosna Hersek sonraki dönemde gerek Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun yönetimi altında, gerekse de 1918 yılında kurulan Sırp-Hırvat-Sloven Krallığı'nda⁷⁷ ve Yugoslavya devletlerinde⁷⁸ daima bu etnik, kültürel ve dinsel çoğulculuğunu koruyarak, kendi topraklarıyla ayrı bir bütünü oluşturmuştur⁷⁹.

leti'nin batısında ve güneyinde yer alan Hersek'in bir kısmını ve Hırvatistan'ın bulunduğu toprakları işgal etmişlerdir. Diğer yandan Bosna Hersek'in doğusundaki ve güneyindeki bölgede ise diğer bir Slav kavmi Sırlar üstünlük kurmuşlardır. Bkz. Yürür, agt., s. 32.

⁷¹ Yürür, agt., s. 33.

⁷² Bkz. Tekin, agt., s. 3; Yürür, agt., s. 34.

⁷³ **Larousse Illustrated International Encyclopedia**, McGraw-Hill International Book Company, USA 1972, s. 57.

⁷⁴ Neşe Özden, "A Few Remarks on the History of Bosnia", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 21, Bahar 2007, s. 60. (59-68)

⁷⁵ Hodziç, agt., s. 45; Kapadan, agt., s. 113; Yürür, agt., s. 42.

⁷⁶ Özden, agm., s. 66-67; Erbesler, age., s. 56.

⁷⁷ Uygun, agm., s. 533.

⁷⁸ 1918 yılında kurulan Sırp-Hırvat-Sloven Krallığı 1929 yılına kadar varlığını sürdürmüştür. 1929 yılında Kral Aleksandar dönemin siyasal tartışmalarını bahane ederek anayasal parlamenter demokratik yapıya son vererek diktatörlüğünü ilan etmiştir. Böylece Birinci Yugoslavya Devleti (Yugoslavya Krallığı) kurulmuştur. İkinci Yugoslavya devleti ise İkinci Dünya Savaşı sırasında kurulan ve çeşitli zamanlarda adı değiştirilen Sosyalist Yugoslavya devletidir. (Bu konuda bkz. Koray Erdoğan, **Yugoslavya'nın Dağılma Sürecinde ABD ve Bosna Hersek Krizi**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2004, s. 4; Hakan Demir, "Federalizm – Üniterizm İkileminde Sırp-Hırvat-Sloven Krallığı'nda Siyasal Yaşam (1918-1929)", *Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi*, C. 2, S. 2, Aralık/December 2013, s. 91-114.) Her iki devlette de Bosna-Hersek devlet yapısını sürdürmüştür. Özellikle Sosyalist Yugoslavya'da devleti oluşturan topluluklar merkezi otoriteye gevşek bağlarla bağlıydılar. Bu durum 1974 Anayasası ile en doruk noktasına ulaşmıştır. Bu anaya-

B. Bosna Hersek Devlet Düzenini Oluşturan Dayton Antlaşması

1. Dayton Antlaşmasına Giden Süreç: Yugoslavya'nın Dağılması ve Bosna Hersek İç Savaşı

İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra Tito önderliğindeki Partizanlar'ın mücadeleleri neticesinde eski Yugoslavya'nın parçalarını oluşturan altı devlet, 1946 yılında Yugoslavya Federal Halk Cumhuriyetini kurdu- lar⁸⁰. 1963 yılında bu devletin adı Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti olarak değiştirilmiş ve 1991 yılında Sosyalist Cumhuriyeti oluşturan devletlerden biri olan Slovenya'nın bağımsızlığını ilan etmesine kadar varlığını sürdürmüştür.

Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti tek parti iktidarına dayanan, kuvvetler birliğini benimseyen Sosyalist bir ülke olmasına rağmen, hiç bir zaman sadık bir Doğu Bloku ülkesi olmamıştır⁸¹. Özellikle Stalin'in ölümünden sonra Sovyetler Birliği ile Yugoslavya arasındaki ilişkilerin koptuğu ve 1968 yılında Varşova Paktı'nın Çekoslovakya'yı işgaliyle birlikte Tito'nun Sovyetler'in güdümünden tamamen çıktığı görülmektedir. Özellikle bu tarihten sonra Tito, Bandung ve Belgrad Konferanslarıyla temelleri atılan⁸² Bağılantısızlar Hareketi'ni geliştirmek için uğraşmıştır. Dolayısıyla Bosna Hersek'in bir parçasını oluşturduğu Sosyalist Yugoslavya'nın marksizm anlayışı diğer Doğu Bloku ülkelerinden farklılaşmıştır. Bu farklılaşma Yugoslavyayı oluşturan devletlerin, diğer Doğu Bloku ülkelere nispeten yerel kültürlerini dolayısıyla farklılıklarını bir dereceye kadar koruyabilmelerini sağlamıştır. Elbette bu yargı Yugoslavyadaki yönetimin de totaliter bir karakter taşıdığını inkar anlamına gelmez. Buradaki kıyaslama Doğu Bloku'ndaki diğer totaliter rejimlerdedir. Onlara nazaran yerel iktidar alanlarının nispeten daha güçlü olduğu vurgulanmak istenmektedir⁸³. Bu durum sosyalist rejim öncesi etnik unsurlar arasındaki mücadelelerin kimi zaman bu dö-

sada cumhuriyetler, elbette bunlardan biri de Bosna Hersek'tir, yetki ve statüleri bakımından federal yönetimden daha güçlü iktidar merkezleri oluşturmaktaydılar. (Bkz. Uygun, agm., s. 533)

79 Kapadan, agt., s. 6.

80 Erdal Arap ve Selcen Bayün, "Josip Broz Tito", *Hukuk Gündemi*, Ankara Barosu Yayını, 2014/2, s. 83.

81 Arap/Bayün, agm., s. 85.

82 Arap/Bayün, agm., s. 86.

83 Aynı yönde bkz. Uygun, agm., s. 533.

nemde de gün yüzüne çıkmasına neden olmuştur⁸⁴. Üstelik sosyalist rejim sonrasında, her yerel otorite çok kısa süre içerisinde devlet teşkilatlarını kolaylıkla kurabilmişlerdir.

Sovyetler Birliği'nin çöküşü Doğu Bloku'nun dağılmasına yol açmıştır. Bu süreç altı Slav topluluğunun bir araya gelerek oluşturduğu Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin de dağılmasına sebep olmuştur. Sosyalist Yugoslavya'nın dağılmasından sonra federe devletlerin bağımsızlığı konusunda anlaşmazlık çıkmıştır. Yugoslavya dağılmadan önce 6 tane cumhuriyetten oluşmaktaydı. Bunlar, Bosna Hersek, Hırvatistan, Makedonya, Montenegro, Sırbistan ve Slovenya'dır. 1990'lara gelindiğinde artık eski Yugoslavya dağılma sürecine girmiştir. İlk gelişmelerden birisi, 1991 yılında Hırvatistan ve Slovenya'nın bağımsızlıklarını ilan etmesidir⁸⁵. Fakat özellikle Hırvatlar'ın bağımsızlık ilanı tepki ile karşılandı ve neticede Sırlar ve Yugoslavya ordusu ile Hırvatlar arasında çatışma başladı⁸⁶. Sonrasında Almanya'nın desteği ile Hırvatların ve Slovenya'nın bağımsızlığı Avrupa Topluluğu tarafından tanındı⁸⁷. Bu gelişmeler neticesinde 15 Kasım 1991'de Boşnaklar ile Bosna'daki Hırvatlar bağımsızlığını Bosna Hersek Parlamentosu kararı ile ilan etti⁸⁸. Bağımsızlık ilanı Avrupa Birliği⁸⁹ ve ABD tarafından tanındı⁹⁰. Bağımsızlık ilanına karşı çıkan Sırlar ile, 1992 yılında Bosna'da çatışmalar yaşanmaya başladı. Özellikle Sırp milisleri Boşnak bölgelerine saldırmaya başladı. 1993 yılında NATO, bazı bölgeleri güvenli bölge olarak ilan etti⁹¹.

84 Erdoğan, agm., s. 17-18.

85 Stathis N. Kalyvas/Nicholas Sambanis, "**Bosnia's Civil War: Origins and Violence Dynamics**", <http://stathis.research.yale.edu/documents/Bosnia.pdf>, erişim 02.02.2015, s. 913.

86 Kalyvas/Sambanis, s. 193.

87 Kalyvas/Sambanis, s. 193.

88 Steven Woehrel, "**Bosnia and Herzegovina: Current Issues and U.S. Policy**", <https://fas.org/sgp/crs/row/R40479.pdf>, erişim 02.02.2015, s. 1; İmamoviç, s. 389.

89 İmamoviç, s. 390.

90 Kalyvas/Sambanis, s. 193; Ayrıca Bosna Hersek 22 Mayıs 1992 tarihinde ise BM üyesi oldu. (Sasa Gavric/Damir Banovic/Marina Barreiro, **The Political System of Bosnia and Herzegovina: Institution- Actors- Process**, Sarajevski otvoreni centar (publisher), Sarayev 2013, s. 15); Bkz. aynı yönde Mirsad Karic, "**Social Cleavages, Conflict and Accommodation in Bosnian Political History from the Late 19th Century until the 1990s**", Bilgi, S. 22, Y. 2011, s. 93-94.

91 Kalyvas/Sambanis, s. 194. Bu kapsamda BM'nin güvenli bölge alanını Srebrenika'ya kadar genişlettikten sonra Hollanda güçlerinin bu bölgeden çekilmesi nedeniyle, sivil Bosna halkı üzerindeki katliamlar artmış ve fakat BM müdahalede çok gecikmiştir (Ay-

Buna rağmen Sırp güçleri saldırılarına devam etti. Bu sırada çeşitli Avrupa devletleri ve temsilcileri ile ABD ve NATO tarafından ateşkes sağlanması ve barış ile ilgili girişimler oldu. Bu girişimler başarısızlıkla sonuçlandı. Dayton Barış Anlaşmasına doğru giden süreçteki bu girişimlerden önemli gördüklerimizden aşağıda bahsedilmiştir.

» 1992 yılında Avrupa Birliği tarafından Cutileiro Barış Planı ile bölgeye yönelik olarak etnik temelli güç paylaşımına dayanan yönetim şekli önerilmiştir. Bu barış planı ile yerel etnik topluluklar ve yönetimler benimsenmiş, merkezi yönetim dışlanmıştır⁹².

» Kasım 1992'de Birleşmiş Milletler ve Avrupa Topluluğu bünyesinde Yugoslavya Hakkında Uluslararası Londra Konferansı yapıldı. Bu plan ile Bosna, 10 tane etnik il yönetimine ayrıldı. Sırlar, Hırvatlar ve Müslümanlar her biri 3 ili yönetecekti. Sarayova ise 10. il olarak ortaklaşa yönetilecekti⁹³.

» Üçüncü teşebbüs 1993 yılında Birleşmiş Milletler arabulucularından Thorvald Stoltenberg ve David Owen tarafından yapıldı ve bir harita önerisinde bulunuldu. Buna göre Bosna 3 küçük devlete ayrıldı, Bosnalı Sırp güçlerine Bosna Bölgesinin % 52'si verilecekti. Müslümanlar % 30'a sahip olacaktı, Bosnalı Hırvatlar ise % 18'ine sahip olacaktı⁹⁴. Fakat Bosna müslümanları bu planı reddetti. Bunun sebebi ise, Bosna'nın ülkenin etnik hat boyunca bölünmesiydi⁹⁵.

» Dayton Barış antlaşması öncesindeki savaşı bitirmeye yönelik son teşebbüs, Mayıs 1994'te, Contact Group Plan (Kontakt Grup Planı) adlı plandı. Bu plan ABD, Fransa, İngiltere, Rusya ve Almanya'nın dışişleri bakanları tarafından yapıldı. Bu Plan ile Bosna Federasyonu ve Sırlar arasında ikili bir yapı önerildi. Plan ile Bosna bölgesinin % 51'i federasyona ve % 49'u ise Sırp kontrolü altına verilecekti. Fakat bu plan Sırp liderler tarafından reddildi⁹⁶.

han Döner, **İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 76-78).

⁹² Mirsad Karic, **Political System Of Bosnia And Herzegovina, 1995-2005: Power-Sharing In Theory And Practice**, Ph.D. Thesis, International Islamic University, Malaysia, 2007, s. 75. Bkz. aynı yönde İmamoviç, s. 392.

⁹³ Karic, Political System..., s. 75.

⁹⁴ Karic, Political System..., s. 75-76.

⁹⁵ Karic, Political System..., s. 77.

⁹⁶ Karic, Political System..., s. 77.

Bu teşebbüslere rağmen 1995 yılına kadar barış sağlanamadı. 1995 yılında askeri denge değişerek, Bosna ordusunun Sırp bölgelerini elde etmeye ve Sırp ordusunu bozguna uğratmaya başlamasıyla antlaşma iradeleri daha da güçlendi⁹⁷. Bunun sonucunda, 1995 yılının Eylül ve Kasım aylarında Bosna ordusu Sırp mevzilerine saldırdı ve büyük bir başarı elde etti. 11 Ekim 1995'te ateşkes ilan edildi ve sonraki günlerde Dayton/Ohio'da Wright Patterson Hava Kuvvetleri'nde 1 Kasım 1995'te müzakerelere başlandı. Üç hafta sonra müzakereler bitti⁹⁸. Sonuç olarak 21 Kasım 1995'te Bosnalı Sırp- lar, Hırvatlar ve çokırklı (multiethnic) Bosna bölgesinin liderleri arasında, Paris'te, Bosna Hersek'te Barış İçin Genel Çerçeve Antlaşması (General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina-GFAP) imzalandı⁹⁹. Yukarıda bahsedilen planların bir çoğunun hatası, Bosna Hersek'i etnik hatlara ayırarak bir yönetim öngörmektir¹⁰⁰.

2. Dayton Barış Antlaşmasının Yapısı (DBA-Dayton Peace Agreement)

DBA diğer barış antlaşmalarından çeşitli sebeplerle ayrıdır¹⁰¹. Birincisi, DBA dış güçler tarafından Bosnalılara empoze edildi. İkincisi, DBA, Sırp- lar için Slobodan Miloşoviç, Hırvatlar için Franjo Tudman olmak üzere, dış temsilciler tarafından imzalandı. Nihayet, DBA, bir barış antlaşması olmasına rağmen, bu niteliğini aşarak, devlet ve hükümete ilişkin temel hususları da düzenlemiştir¹⁰². Kısacası antlaşmanın savaşı bitirmek dışında, Bosna'da işleyen bir devlet yapısı kurmak gibi bir işlev üstlendiği de görülmektedir¹⁰³.

⁹⁷ Karic, Political System..., s. 78.

⁹⁸ Karic, Political System..., s. 78.

⁹⁹ Gavric/Banovic/Barreiro, s. 22; Karic, Political System..., s. 79; Kalyvas/Sambanis, s. 194; Mustafa İmamoviç, **Bonia and Herzegovina: Evolution of Its Political and Legal Institutions (Translated by Saba Risaluddin)**, Magistrat, Sarayevu, 2006, s. 392. Bkz. anlaşmanın yapılması sırasındaki müzakereler ve anlaşmanın yapılmasından sonra devam eden sorunlar için Aliya İzzetbegoviç, **Tarihe Tamkılığım** (Çev. Alev Erkilet, Ahmet Demirhan, Hanife Öz), Klasik Yayınları, İstanbul, 2003, s. 354 vd.

¹⁰⁰ İmamoviç, s. 392.

¹⁰¹ Karic, Political System..., s. 79.

¹⁰² Karic, Political System..., s. 79.

¹⁰³ Karic, Political System..., s. 79; Bkz. aynı yönde Karsten Dümmel, **Positivees and negatives: Dayton Peace Agreement 20 Years on**, KAS International Reports, 8, Y. 2015, s. 49.

Anlaşmanın ihtiva ettiği ekler ve içeriklerine bakıldığında, savaşı bitirmenin yanında, insan hakları, devlet kurumlarının oluşumu gibi uzun vadeli alanlarda da düzenleme yapıldığı görülmektedir. DBA, toplam 11 “ek anlaşma” bölümünü ihtiva etmektedir. Bu ekler sırasıyla şu konularla ilgilidir: Barışın sağlanması ve askeri hususlar anlaşması, bölgesel istikrar anlaşması, unsurlararası sınır hattı ve ilgili sorunlar anlaşması, seçim anlaşması, anayasa, arabuluculuk anlaşması, insan hakları anlaşması, mülteci ve yerinden edilenlere ilişkin anlaşma, milli anıtları koruma kurulu anlaşması, Bosna Hersek halkı işbirliği anlaşması, sivil uygulama anlaşması ve uluslararası polis güçlerinin görevine dair anlaşma¹⁰⁴.

C. Dayton Barış Antlaşması Çerçevesinde Bosna Hersek Anayasası

DBA bir antlaşma olmasına rağmen, içerisinde ek şeklinde kısımlar ihtiva etmekte ve bu kısımlardan birisinde Bosna Hersek Anayasası düzenlenmektedir. DBA'nın 4. Eki Bosna Hersek Anayasası'nı oluşturmaktadır¹⁰⁵. Anayasanın 1. maddesinde devletin nitelikleri, vatandaşlık, semboller ve başkentten bahsedilmiş, devleti oluşturan iki unsurun Bosna Hersek Federasyonu ile Sırp Cumhuriyeti olduğu belirtilmiştir¹⁰⁶. Anayasanın 2. maddesinde temel hak ve özgürlükler düzenlenmiştir. Bu maddede yaşam hakkı, ifade hürriyeti gibi bazı temel haklardan bahsedilmiş ve savaşın neticesi olarak ayrımcılık yasağı ve mülteci hakları açıkça düzenlenmiştir. Bu maddede, ayrıca, AİHS gibi uluslararası sözleşme ve standartlara da atıflar yapılmıştır¹⁰⁷. Anayasanın 3. maddesinde Unsurlar (entity) ile Bosna Hersek devletinin kurumları arasındaki ilişkiler ve sorumluluklar ortaya konulmuştur. 4. maddede ise parlamentoların yapısı düzenlenmiştir. Hem halk meclisi hem de temsilciler meclisinin üye yapısının nasıl oluşacağına yer verilmiştir¹⁰⁸. Anayasanın 5. maddesinde başkanlık makamı düzenlenmiştir. Başkanlık, kolektif bir makam olarak düzenlenmiş ve Unsurlar (entity) tarafından seçilecek üç ayrı başkanın seçim usulü düzenlenmiştir¹⁰⁹. 6. maddede ise

¹⁰⁴ DPA, s. 6.

¹⁰⁵ General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina and Its Annexs, http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf, s. 60, erişim 23 Şubat 2015. Bundan sonra Dayton Peace Agreement olarak adlandırılacak ve DPA şeklinde kısaltılacaktır.

¹⁰⁶ DPA, madde 1, fıkra 1-7, s. 60.

¹⁰⁷ DPA, s. 61.

¹⁰⁸ DPA, s. 65.

¹⁰⁹ DPA, s. 67.

anayasa mahkemesine yer verilmiştir. Madde ile mahkemenin oluşumu, üye yapısı ve yargı yetkisi düzenlenmiştir¹¹⁰. Bundan başka 7. maddede merkez bankası, 8. maddede finansal hususlar, 9. madde genel hükümler ve 10. madde de anayasanın değiştirilmesi yöntemi düzenlenmiştir¹¹¹. Son olarak 11. maddede geçiş hükümlerine ve 12. maddede anayasanın yürürlüğe girişine yer verilmiştir¹¹².

Yukarıdaki maddelere göz atıldığında, bu Anayasada, maddi anlamda anayasada bulunması gereken hususların yer aldığı göze çarpmaktadır. Özellikle, temel hak ve özgürlükler ile ilgili ek anlaşmalara yer verilmesi, parlamento, devlet başkanlığı gibi devlet organlarının düzenlenmesi buna işaret etmektedir.

III. DAYTON BARIŞ ANTLAŞMASI'NA GÖRE BOSNA HERSEK HÜKÜMET BİÇİMİ

A. Hükümet Biçimini Anlamlandırmada Bir Öncül: Devlet Biçiminin Tespiti

Anayasanın 1. maddesinin 3-7 fıkralarında, Bosna Hersek Devleti'nin, Bosna Hersek Federasyonu ile Sırp Cumhuriyeti'nden oluştuğu görülmektedir¹¹³. Ayrıca aynı maddeye göre, Bosna Hersek'in başkenti Sarajevo'dur ve hem Bosna Hersek vatandaşlığı hem de Bosna Hersek Federasyonu ile Sırp Cumhuriyeti vatandaşlığı söz konusudur¹¹⁴. Bunlar anayasada Entity (unsurlar) olarak da adlandırılmıştır. Kısacası, Sırp Cumhuriyeti bir Unsur iken, Bosna Hersek Federasyonu'nda yer alan Hırvatlar ile Boşnaklar da birer Unsurdur.

Bosna Hersek Anayasası'nın 3. maddesine göre, dış ilişkiler, dış ticaret, gümrük, para politikası, göçmenlik, kamusal ve uluslararası haberleşme, hava trafiği, Unsurlar (entity) arası ulaşım gibi hususlar Bosna Hersek Devleti'nin sorumluluğundadır¹¹⁵. Aynı maddeye göre, Unsurlar (entity), diğer ülkeler ve uluslararası örgütlerle Bosna Hersek Devleti'nin Parlamentosunun

¹¹⁰ DPA, s. 70-71.

¹¹¹ DPA, s. 72-73.

¹¹² DPA, s. 73-74.

¹¹³ DPA, s. 60.

¹¹⁴ DPA, s. 60.

¹¹⁵ DPA, s. 63.

onayıyla anlaşma yapabileceklerdir. Yine Anayasa'nın 3. maddesinin 3. fıkrasının b bendine göre Unsurlar (entity) ve alt kurumları Anayasaya, uluslararası hukuka ve kendi Unsur hukukuna uygun davranmak zorundadır. Anayasa'nın 3. maddesinin 4. fıkrasına göre, Bosna Hersek Devletinin sorumluluğunda olmayan bir mesele ile ilgili Unsurlar arası koordinasyonu Başkanlık makamı (the presidency) sağlar¹¹⁶.

Unsurlarda (entity) yaşayanlar diğer Unsurların (entity) topraklarına herhangi bir kontrol olmaksızın girebilecektir (CBH, m. 1).

Anayasada Bosna Hersek devleti için açıkça ifade edilmeyen diğer yönetsel yetkiler Unsurlara (entity) bırakılmıştır. Diğer bir deyişle Bosna Hersek Devletinin yetkileri açıkça sayılmış, geri kalanlar ise Unsurların (entity) yetki alanına bırakılmıştır. Fakat aynı maddenin 5. bendinde Unsurların (entity) mutabık kaldığı konuların yanında ülke egemenliğini, bölgesel bütünlüğü, siyasal bağımsızlığı ve ülkenin uluslararası kişiliğini korumak amacıyla yapılacak işlerde, Bosna Hersek Devleti sorumludur. Anayasanın 3. maddesinin üçüncü bendine göre, Bosna Hersek Devleti Anayasası, Unsurların kanunlarından, anayasalarından ve diğer kurallarından üstün olduğu için, bu Anayasaya uygun olmak zorundadır.

Bosna Hersek'in devlet yapısı açısından bakıldığında, bir tane üniter yapının (Sırp Cumhuriyeti) başka bir federal yapı ile (Bosna Hersek Federasyonu) ortak yönetiminin oluşturulduğunu görmekteyiz. Unsurların (entity) ve Bosna Hersek Devleti'nin yetkilerine bakıldığında, konfederasyon gibi gevşek bir yapı olmadığı ortadadır. Zira bir Anlaşma ile kurulmuş devlet gibi algılsa da, bu anlaşmayla oluşturulan bir anayasanın varlığı konfederasyon ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Üniter devlet bağlamında bakıldığında, tek bir anayasa ya da tek bir yasama organı ve yargılama organlarının bulunmadığı gerçeği karşısında, üniter devlet yapısının da olmadığını söyleyebiliriz.

Bosna Hersek Devletinin anayasasından farklı olarak bir de Bosna Hersek Federasyonu anayasası ve Sırp Cumhuriyeti anayasası vardır. Bu doğrultuda Bosna Hersek Federasyonu Anayasasının V. kısmının 2. maddesine göre Federasyonu oluşturan kantonların uluslararası anlaşma yapma yetkisi vardır. Fakat bu yetki Federal Meclisin iznine bağlıdır. Ayrıca aynı bölümün 4. maddesine göre her kanton bir anayasaya sahip olacaktır. Bosna Hersek Federasyonu Anayasası'nda hem yasama organı hem yürütme organı hem de ayrı bir yargı organı vardır. Sırp Cumhuriyeti, üniter bir devlet olduğu için onun da tek bir yasama, yürütme ve yargı organı bulunmaktadır. Şu halde,

¹¹⁶ DPA, s. 64.

Bosna Hersek Federasyonunun içerisindeki 10 kanton hepsi ayrı bir federe devlet niteliğindedir. Eğer Sırp Cumhuriyetini de Bosna Hersek Devletine bağlı bir federe devlet olarak görürsek, tek bir Anayasaya bağlı olarak, yetkileri bu anayasayla ortaya koyulmuş federe devletlerden oluşan bir yapı, yani federasyon olduğu kanaatine varabiliriz. Fakat, Yüksek Temsilciliğin varlığı ve yetkileri, federal yapıyı bazı açılardan farklılaştırabilir.

B. Devlet Organları ve Bu Organların İlişkileri Bağlamında Hükümet Biçimi

1. Devlet Başkanlığı

Anayasanın 5. maddesine göre Bosna Hersek Devlet Başkanlığı Makamı, etnik temsile (Boşnakları, Hırvatları ve Sırları temsilen birer üye) dayalı üç üyeden oluşur. Bunlar içinden Boşnak ve Hırvat üyeler Bosna Hersek Federasyonu içinden doğrudan halk tarafından seçilir. Üçüncüsü ise Sırp Cumhuriyeti tarafından doğrudan halk tarafından seçilir (CBH, 5/1). Başkanlık makamı üyeleri her Unsur (entity) için halk tarafından seçilir. Herhangi bir Başkanlık makamı üyesinin görevinin sona ermesi halinde aynı Unsur (entity) tarafından tekrar seçim yapılır (CBH, 5/1/a). Başkanlık Makamı üyeleri 4 yılda bir seçilir (CBH, 5/2/b). Başkanlık Makamı üyeleri kararlarının uzlaşma ile verecektir (CBH, 5/2/c). Ancak bütün çabalara rağmen uzlaşma sağlanamazsa, iki üyenin kabulü ile de kararlar alınabilir (CBH, 5/2/c)¹¹⁷.

Anayasanın 5. maddesinin üçüncü fıkrasında Başkanlık makamının yetkileri, Bosna Hersek'in dış politikasını oluşturmak, elçileri ve diğer uluslararası temsilcileri atamak, Bosna Hersek'i uluslararası bazda ve Avrupa kurumları bazında temsil etmek, Parlamentonun onayıyla anlaşmaları ilan etmek, müzakere etmek, Parlamentonun kararlarını uygulamak, Bakanlar Kurulunun önerisi üzerine Parlamentonun yıllık bütçesini önermek, uluslararası örgütler ile gerekli iş birliğini yapmak, Parlamentonun verdiği veya Unsurların kararlaştırdığı diğer işleri yapmak şeklinde ifade edilmiştir (CBH, 5/3).

2. Parlamento

Anayasanın 4. maddesine göre Bosna Hersek iki meclisli bir yapıya sahiptir. Birincisi halk meclisi diğeri temsilciler meclisidir. Halk meclisi 15 delegeden oluşur. Bu delegelerin üçte ikisi Bosna Hersek Federasyonundan (5 tanesi Hırvat 5 tanesi Boşnak) ve üçte biri ise Sırp Cumhuriyetinden-

¹¹⁷ Bkz. benzer yönde Keil, s. 96.

dir¹¹⁸. Temsilciler Meclisi 42 üyeden müteşekkildir. Bunların üçte ikisi federasyon bölgesinden üçte biri ise Sırp Cumhuriyetinden seçilir. Bu üyeler doğrudan halk tarafından seçilir¹¹⁹. Anayasanın 4. maddesini üçüncü fıkrasına göre, Parlamento başkanı ve başkan yardımcıları sırasıyla Sırp, Boşnak ve Hırvat olmak üzere görev yaparlar¹²⁰. Parlamentoda bütün kararlar çoğunlukla alınabilecektir. Fakat bu çoğunluk şartının yanında, Anayasa, çoğunluğun içerisinde her Unsurun (entity) en az üçte bir delege veya üyesinin oyunun bulunması şartını da getirmiştir. Kısacası çoğunluğun sağlanması tek başına yeterli değildir¹²¹.

Halk meclisi, Başkanlık makamı veya meclisin bizzat kendisi tarafından feshedilebilir. Meclisin kendi kararıyla feshi için Boşnak, Sırp veya Hırvat delegelerinden en az ikisinin çoğunluğunun kararı gerekmektedir (CBH, 4/3/g). Genel olarak yasama organının, kanun çıkarmak, Bosna Hersek Yönetiminin teşkilatı için gelir ve kaynakları hakkında karar vermek, bütçe kanunu çıkarmak, anlaşma taslaklarını onaylamak gibi yetkileri vardır (CBH, 4/4).

3. Bakanlar Kurulu

Yine Anayasanın 5. maddesinin 4. fıkrasında Bakanlar Kuruluna yer verilmiştir. Bakanlar Kurulu başkanını (Başbakanı) Başkanlık Makamı önerir (CBH, 5/4). Önerilen kişi Temsilciler Meclisinin onayı ile göreve gelir (CBH, 5/4). Başbakan, dışişleri bakanı, dış ticaret bakanı, ve diğer bakanları önerir ve önerilen kişiler Temsilciler Meclisinin onayı ile göreve başlar (CBH, 5/4). Başbakan önereceği bakan yardımcılarını temsilciler meclisinin onayı üzerine göreve başlar (CBH, 5/4/b). Bakanlar Kurulu, Bosna Hersek'teki politikaları oluşturmakla sorumludur (CBH, 5/4/a). Bakanların en fazla üçte ikisi Federasyon Bölgesinden atanabilir (CBH, 5/4/b). Eğer Parlamento her hangi bir zamanda güvensizlik oyu verirse, Bakanlar Kurulu, istifa edecektir¹²² (CBH, 5/4/c).

¹¹⁸ CBH madde 4, fıkra 2, s. 65.

¹¹⁹ CBH, madde 4, s. 65.

¹²⁰ DPA, s. 66.

¹²¹ CBH, madde 4, fıkra 3, bent d.

¹²² Bkz. aynı yönde Keil, s. 100.

4. Yüksek Temsilcilik

Barış Antlaşmasının Sivil Uygulamasına Dair Antlaşma'nın 1. maddesinde belirtilen ve tarafların Dayton Barış Antlaşması gereğince yükümlü oldukları hususları yerine getirmede taviz vermesi halinde yetkili olan bir organdır¹²³. Yüksek Temsilcilik'in görevleri Dayton Barış Antlaşmasının 10. Ekinde (annex) yer alan bahsettiğimiz "Sivil Uygulama Antlaşması"nın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Anlaşmanın ilk halinde sadece DBA'nın uygulanmasını izleme yetkisi verilen Yüksek Temsilciliğe, bir kaç ay sonra, Antlaşmanın uygulanmasında engelleyici milliyetçilerle mücadele için emir verme yetkisi de verildi¹²⁴. Buna göre, barışın uygulanmasını gözlemleme, barışın uygulanması amacıyla Bosna Hersek'teki idari ve sivil teşkilatın eylemlerini koordine etme, barışın uygulanmasında çıkan sorunların çözümünü hızlandırmak gibi yetkileri vardır¹²⁵. Fakat bu yetkilerini kullanırken herhangi bir şekilde bu idari ve sivil teşkilatların otonomisine müdahale etmeyecektir. Ayrıca Yüksek Temsilciliğin, anlaşmanın uygulanması sürecini periyodik olarak BM, AB, ABD, Rusya ve diğer ilgililere rapor etme yükümlülüğü vardır¹²⁶. Yine barışın uygulanması sürecinde Yüksek Temsilcilik bazı alt komisyonlar kurma yetkisine sahiptir. Yüksek Temsilciliğin diğer organlar ve IFOR (Implementation Force) üzerinde herhangi bir resmi üstünlüğü olmasa da, Sivil Uygulama Antlaşmasının (DPA, 10. ek) 5. maddesinde, barışın sivil uygulaması ile ilgili olarak Sivil Uygulama Antlaşmasını nihai yorumlama otoritesinin Yüksek Temsilciliğe ait olduğu belirtilmiştir.

Yüksek Temsilcilik Bosna Hersek'teki görevini halen sürdürmektedir¹²⁷. Resmi internet sitesinde Yüksek Temsilcilik, 1997 yılından günümüze kadar bazı kararlarını yayımlamıştır. Örneğin 03.02.1998 tarihli Bosna Hersek Bayrağı hakkında Kanun çıkarılması ile ilgili kararda, Parlamento'dan çıkarılan bayrak ile ilgili kanunun tekrar değiştirilerek, renklerinin Avrupa Konseyi bayrağındaki sarı ve maviye benzetilmesi önerilmiştir¹²⁸. Başka bir kararda ise Yüksek Temsilcilik, Bosna Hersek Mahkemeleri'nin kurulması ile ilgili kanun çıkarılmasının geciktiğini vurgulayarak bu kanunun çıkarılması

¹²³ DPA, 10. ek, s. 111.

¹²⁴ Karic, Political System..., s. 191.

¹²⁵ DPA, 10. ek, s. 112.

¹²⁶ DPA, 10. ek, s. 112.

¹²⁷ <http://www.ohr.int/>, erişim 24.02.2015.

¹²⁸ http://www.ohr.int/decisions/statemattersdec/default.asp?content_id=344, erişim 24.02.2015.

gerektiğine ve kanunun Resmi Gazete’de yayımdan itibaren ne zaman yürürlüğe gireceğine karar vermiştir¹²⁹. 1997-2005 yılları arasındaki kararları için oluşturulan istatistiğe bakıldığında, Yüksek Temsilcilik, en çok kararını yargısal reformlar ile ilgili vermiştir¹³⁰. Yargısal alandan sonra, sırasıyla, görevden geçici uzaklaştırma ve azil, savaş suçları, taşınmazlar ve bunların iadesi, devlet meseleleri, ekonomik meseleler gelmiştir¹³¹. Görüldüğü gibi Yüksek Temsilcilik çok önemli konularda tek taraflı olarak karar almaktadır¹³². Oysa bu konularda bölgesel yöneticilerin karar alması gerekirdi. Fakat onlar bir karara ulaşamadıkları için Yüksek Temsilcilik karar almak zorunda kalmıştır¹³³. Bunun yanında 1997’den 2000’lerin başlarına kadar Yüksek Temsilciliğe güven artmışken, 2005’lerde gözle görülür oranda düşmüştür¹³⁴. Özellikle Boşnakların güveni, Hırvat ve Sırlara göre daha fazla düşmüştür¹³⁵.

Yüksek Temsilciliğin 1996 yılı Bülteninde, dönemin temsilcisi, DBA’nın, hoşla gidilenin seçildiği bir a la carte menu değil, bir paket anlaşma olduğunu ifade etmiştir¹³⁶.

5. Bosna Hersek Hükümet Biçimine Dair Bir Değerlendirme

Hükümet biçimine yönelik yukarıda yapılan genel açıklamalarda da ifade edildiği gibi, bir ülkenin hükümet biçiminin tespitinde en önemli unsurlar yasama organı ile yürütme organı arasındaki ilişkiler ve bu organların oluşum yöntemidir. Bosna Hersek Devletinde Unsurların kendi hükümet biçiminden ziyade, bütünüyle Bosna Hersek Devletinin hükümet biçiminin tespiti önem arz etmektedir. Bu kapsamda, Devletteki iki meclisten biri olan Halk Meclisi Sırp Cumhuriyeti Millet Meclisi ile Bosna Hersek Federasyonu’nun Halk Meclisi tarafından seçilmektedir. İkinci meclis olan Temsilciler

¹²⁹ 12.11.2000 tarihli karar, http://www.ohr.int/decisions/judicialrdec/default.asp?Content_id=5228, erişim 24.02.2015.

¹³⁰ Karic, Political System..., s. 192, tablo 6.4.

¹³¹ Karic, Political System..., s. 192, tablo 6.4.

¹³² Karic, Political System..., s. 192.

¹³³ Karic, Political System..., s. 192.

¹³⁴ Karic, Political System..., s. 193.

¹³⁵ Karic, Political System..., s. 193.

¹³⁶ http://www.ohr.int/ohr-dept/presso/chronology/bulletins/default.asp?content_id=4950, erişim 14.01.2015.

Meclisi ise, doğrudan seçimle Sırp Cumhuriyeti ve Bosna Hersek Federasyonu'nun seçmenleri tarafından seçilmektedir. Yürütmenin diğer kanadı olan devlet başkanlığı doğrudan halk tarafından seçilen üçlü bir kolektif yapıya sahiptir. Kolektif olarak yönetilen Başkanlık Makamı yine Bosna Hersek Federasyonu ile Sırp Cumhuriyetinin halkı tarafından doğrudan seçilmektedir. Bakanlar Kurulunun başkanı olan Başbakan, Devlet Başkanlığı makamının önerisi ve Temsilciler Meclisinin onayı ile atanır. Diğer Bakanlar ise, Başbakanın önerisi ile Temsilciler Meclisinin kararı ile atanır. Bu seçim yöntemlerine baktığımızda, yürütmenin bir kanadı olan Bakanlar Kurulunun yasamanın içerisinde seçileceğine dair bir hüküm olmamakla birlikte yasamanın bir kanadı olan Temsilciler Meclisinin onayı ile atanmaktadırlar.

Bunlara ek olarak, bakanlar kurulu, eğer her iki parlamentoyu oluşturan meclis toplantısıyla güvensizlik oyu verilirse, istifa etmek zorundadır. Federasyondaki ve Sırp Cumhuriyetindeki meclisler tarafından seçilen halk meclisi, devlet başkanlığı makamı tarafından veya kendi kararı ile fesh edilebilmektedir. Fakat, Unsurların doğrudan seçtiği temsilciler meclisinin feshi söz konusu değildir. Kısacası, tam anlamıyla bir kontrol ve denetim mekanizmasını işlediğini söylemek de mümkün değildir. Şu halde ortada bir parlamenter sistem bulunmamaktadır. Başkanlık makamının kolektif bir yapı olması ve kuvvetlerin tam ayrılığına dayanan bir yapının olmaması nedeniyle saf bir başkanlık rejimi de söz konusu değildir¹³⁷. Yetkilerin daha çok temsilciler meclisi ile başkanlık makamında toplandığı kendine has bir hükümet biçimi vardır. Bu kendine has yapıya, Yüksek Temsilciliğin varlığı ve yetkileri de eklendiğinde daha da karmaşık bir hükümet şekli ortaya çıkmaktadır.

C. Sistemdeki Zorluk ve İstikrarsızlıklar ile Bunların Sebepleri

Bosna bağlamında, 2.5 yıllık savaş döneminde bölünmüş kimlik derinleşti¹³⁸. Dayton Antlaşması sonrasında, bu durum ilk defa, bölgeselleşti (territorial) ve politik olarak kurumsal hale geldi¹³⁹. Bu dönemde ve sonrasında Bosna'nın siyasi liderleri devletin normal fonksiyonlarını ifası yönünde uzlaşmaya varamadılar¹⁴⁰. Bahsedilen bu kimlik ayrışması ve uzlaşmanın

¹³⁷ Keil, ilk bakışta yarı başkanlık sisteminin var olduğu intibanın uyandığını söylemiştir. Yazar bu tespiti Başkanlık Makamının doğrudan seçilmesine ve yetkilerine dayandırmıştır (Keil, s. 99).

¹³⁸ Karic, Political System..., s. 179.

¹³⁹ Karic, Political System..., s. 179.

¹⁴⁰ Karic, Political System..., s. 179. Örneğin Dayton Barış Anlaşmasından yıllar sonra 2010 yılında yapılan seçimlerde hükümet 500 gün, 2014 yılında yapılan seçimler neticesinde

sağlanılamaması neticesinde, Sırp ve Hırvatların büyük çoğunluğu, her fırsatta, Bosna'dan ayrılmak ve komşu ülkeler olan Sırp ve Hırvatlara katılmak istediler¹⁴¹. Dayton Antlaşması'nın uygulanması sırasında herhangi bir şiddet hareketine rastlanılmamıştır. Bu durum DBA'nın savaşı sona erdirdiğini göstermektedir¹⁴². Bununla birlikte, DBA, vatandaşların serbest dolaşımını, mültecilerin dönüşünü kısa sürede sağlayamadığı gibi Unsurlar (entity) arasında oluşturulan ortak kurumlar sadece resmiyette kaldı¹⁴³. Nihayet yapılan istatistikler ve analizler kapsamında 1995 yılından bu yana halen siyasi istikrarın sağlanamadığı ve bürokrasinin çok ağır işlediği görülmektedir¹⁴⁴. DBA uygulanması döneminde savunma yapılanmalarına, yargı sistemi, idari kurumlar ile ilgili yapılanmalara bakanlar kurulu ve parlamento gibi organların yapılanmasına nazaran daha ağırlık verildi. Bu nedenle bu süreçte, bakanlar kurulu ve parlamento önemli kararlara ulaşmakta yetersiz kaldı¹⁴⁵. Bahsedilen bu süreçlerin yaşanması siyasi liderlerin de, artık ülke temsilcisi değil etnik temsilciler olarak davranmasına yol açmıştır¹⁴⁶. Bunun etkisiyle, uzlaşmaya varılamayan her siyasi sorun, hem liderler hem de halk arasında etnik ayrışmayı daha da artırmıştır¹⁴⁷.

Bosna Hersek Merkezi yönetimi az da olsa hukuken var olan resmi yetkilerini fiilen neredeyse hiç gerçekleştirmedi¹⁴⁸. Bunun yanında etnik Unsurların (entity) dikey yapılanması tamamıyla birbirinden farklıdır. Söz gelimi Sırp Cumhuriyeti üniter bir yapıya sahip ve merkezi yönetimin etkin olduğu bir devlet iken, Bosna Hersek Federasyonu ekonomik olarak daha iyi olmasına rağmen siyasi olarak aşırı derecede parçalı ve adem-i merkezi bir yapıya sahiptir¹⁴⁹. Bosna Hersek Federasyonu 10 ayrı kantona ayrılmıştır ve

ise hükümet 6 ay sonra kurulabilmiştir (Ömer Çetres, “Bosna'da SDA'nın Son Şansı”, Diriliş Postası, 02.04.2015).

¹⁴¹ Karic, Political System..., s. 179.

¹⁴² Bkz. aynı yönde Gavric/Banovic/Barreiro, s. 16; Karic, Political System..., s. 181.

¹⁴³ Karic, Political System..., s. 181.

¹⁴⁴ Bkz. benzer yönde Karic, Political System..., s. 183.

¹⁴⁵ Karic, Political System..., s. 183.

¹⁴⁶ Karic, Political System..., s. 186. Bu durumun en büyük sebeplerinden birisi olarak, Bosna Hersek Devletinin merkezi yönetimindeki Bakanlar Kurulu, Devlet Başkanlığı gibi makamlardaki etnik güç paylaşımının sistemi zayıflatmasıdır (Keil, s. 98).

¹⁴⁷ Karic, Political System..., s. 186.

¹⁴⁸ Karic, Political System..., s. 187.

¹⁴⁹ Karic, Political System..., s. 187.

bu kantonların her biri geniş bir karar verme yetkisine ve bu kararların uygulanmasında bütçelerini geliştirme yetkilerine sahiptir¹⁵⁰. Bahsedilen bu karmaşık yapıda devlet harcamaları gayrisafi hasılanın %54'ünü oluşturmakta ve bu miktarın %30'u kamu görevlilerinin maaşlarına tahsis edilmektedir¹⁵¹. Federasyonda belirtilen kantonlarla birlikte Bosna Hersek'te toplam 24 anayasa var ve oluşturulan bakanlar kurulunda toplam 180 bakanlık ve bakan bulunmaktadır¹⁵². Ekonomik gelişime bakıldığında da DBA'dan itibaren 10 yıllık sürede işsizliğin arttığı, ekonomik gelişim hızının çok yavaş olduğu, gayrisafi milli hasıla ile kişi başına düşen gelirin yetersiz olduğu görülmektedir¹⁵³. Nihayet, halk DBA tarafından kurulan sisteme çok fazla güvenmemektedir¹⁵⁴.

Esasında Başkanlık Makamındaki karar almada yaşanan zorluklar, Bakanlar Kurulu ve Parlamento'da karar almanın zorluğuna da örnek teşkil edebilir. Zira bu kurumlarda karar alınmasında da tıpkı Başkanlık Makamında olduğu gibi güvensizlik, anlaşmazlık ve anlayışsızlık hakim¹⁵⁵. Yüksek Temsilcilik, bu organlar arasında uzlaşmayla alınamayan kararlara müdahale etse de, netice de Yüksek Temsilciliğin kararları sonraki dönemlerde sistemin kilitlenmesini engelleyememiştir¹⁵⁶. Kısacası Bosna Hersek yönetiminde kararların gereken sürede veya uzlaşmayla alınması halen zor bir vaziyettir. Bu durum, ülkenin ekonomik, ticari ve diğer alanlardaki gelişim hızını azalttığı gibi egemenlik bağlamında sürekli olarak dış güçlerin veya Yüksek Temsilciliğin müdahale ve kararlarına muhtaç olmayı da gerektirmektedir.

Bosna Hersek'te oluşturulan kurumsal yapılar, uzlaşmayla alınan ortak kararlara bağlı kılınmıştır. Fakat pratikte, bu kararlar çoğunlukla alınmadığı için, uluslararası toplumun ve Yüksek Temsilciliğin kararlarına muhtaç bir politik yapı olarak kalmıştır. Hatta, Başkanlık Makamının, Bakanlar Kurulunun ve Parlamento'nun ileride de ortak karar alma iradesinin oluşacağını gösteren bir uygulama görülmediği için DBA'nın oluşturduğu uluslararası

¹⁵⁰ Karic, Political System..., s. 187.

¹⁵¹ Karic, Political System..., s. 187.

¹⁵² Karic, Political System..., s. 187.

¹⁵³ Karic, Political System..., s. 188-189.

¹⁵⁴ Karic, Political System..., s. 190.

¹⁵⁵ Karic, Political System..., s. 195-196.

¹⁵⁶ Karic, Political System..., s. 196.

toplumun vesayetine dayalı bir devlet yapısının Bosna'yı “ne onduracağını ne de öldüreceğini” söyleyebiliriz.

Esasında sistemde üç temel sorun vardır. Birincisi nüfusları farklı olmasına rağmen Unsurların (entity) Başkanlık makamında ve meclislerde eşit temsil edilmeye çalışılmasıdır (etnik temelli temsil). İkincisi, parlamenter sistem ile başkanlığı birleştiren kendine has bir hükümet biçimi modeli. Üçüncüsü ise bu devlet organlarının üzerinde uluslararası bir vesayet organının varlığıdır.

D. Sorunların Giderilmesine Yönelik Girişimler

Bosna Hersek Federasyonu'ndaki bu siyasal istikrarsızlıkların giderilmesine yönelik çeşitli anayasa değişikliği toplantıları yapılmışsa da bunlar başarıya ulaşmamıştır¹⁵⁷. Bu toplantıların en önemlileri Nisan 2005 Prud Anlaşması¹⁵⁸ ve Butmir Paketi¹⁵⁹ olarak adlandırılmaktadır¹⁶⁰. Bu teşebbüslerin başarıya ulaşmamasının en büyük nedenleri, yerel siyasetçiler arasında uzlaşmanın sağlanamaması, bu siyasetçilerin büyük çoğunluğunun savaş dönemini yaşamış milliyetçi saiklere sahip siyasetçilerden oluşması, uluslararası toplumun anayasa reformlarına bakışının yetersiz ve etkisiz kalmasıdır¹⁶¹. Boşnak siyasetçiler ve halk Anayasa'nın ve yönetim şeklinin değişmesi gerektiği konusuna olumlu bakıyorken, Sırp kesimi büyük oranda mevcut yetkilerini ve konumunu kaybetmemek için karşı gelmektedir¹⁶². Özellikle Boşnak siyasi partiler, küçük yerel yönetimlerden ziyade, onların yetkilerinin bölgesel devletlere ve merkezi yönetime aktarıldığı bir yapı istemektedir¹⁶³. Fakat böyle bir yapıya Sırp ve Hırvat siyasi partileri karşı gelmektedir¹⁶⁴.

¹⁵⁷ Amin Numanoviç, **Dayton Sonrası Bosna Hersek ve Avrupa-Atlantik Entegrasyonu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara, 2011, YÖK Tez Merkezi, s. 60-64.

¹⁵⁸ 2009 yılında yapılan bir girişimdir.

¹⁵⁹ 2009 yılında yapılan bir girişimdir.

¹⁶⁰ Numanoviç, s. 60-64.

¹⁶¹ Numanoviç, s. 66-67.

¹⁶² Numanoviç, s. 66-67.

¹⁶³ Numanoviç, s. 67.

¹⁶⁴ Numanoviç, s. 67.

DBA ile getirilen siyasal yapıda en avantajlı tarafın Sırp olmaları ve Sırp Cumhuriyetinin üniter bir yapı olarak, kendi yetkilerini yeni bir anayasa değişikliği ile merkezi devlete (BH) aktarma yanlısı olmaması, anayasal reformların önünde en büyük engeldir. Hırvatlar da BHF içerisinde ve Sırp Cumhuriyeti içerisindeki azınlıkta olma konumundan rahatsız oldukları için anayasa reformuna olumlu bakmaktalar ve kendileri için üçüncü bir federe devlet önermektedirler¹⁶⁵. Ayrıca Sırp, BH'den ayrılarak bağımsız bir Sırp Cumhuriyeti kurma şantajını da kullanmaktadırlar¹⁶⁶.

Kısacası, DBA değişikliği olmadan Bosna Hersek'teki Boşnaklar ve Hırvatlar aleyhine olan yapı değişmeyecek ve bu unsurların Avrupa Birliği ile olan entegrasyon sürecinde kayda değer bir ilerleme olmayacaktır. Fakat Bosna Hersek Anayasası'nın değiştirilmesine ise Sırp Cumhuriyeti karşı gelmektedir. Sırp kesiminin karşı gelmesine rağmen bir anayasa değişikliği Federal Meclisten geçemeyecektir. Şu halde, ya DBA ve Bosna Hersek Anayasası, uluslararası güçlerin baskılarıyla değişecek ya da herşey sırp güçlerinin keyfi tutumuna bırakılmış olacaktır. Bu durumda ise, halkların eşit bir şekilde muamele görmesi veya kendi geleceğini belirlemesi mümkün olmamaktadır. Nihayet yapılacak tek şey, anayasanın değiştirilmesi veya tamamıyla yeni bir anayasanın yapılmasıdır. Bunda sadece Batılı devletlerin değil, bunların yanında Türkiye'nin de katkısı veya katılımı olmalıdır. Dayton Anlaşması yerel siyasetçilerin inisiyatifi ve uzlaşması ile ortaya çıkmadığı için onların inisiyatifi ile değiştirilmesi mümkün görünmemektedir¹⁶⁷. Aslında Anayasanın 10. maddesinde, anayasanın değiştirilmesine parlamentonun karar vereceği ifade edilmiştir. Fakat belirli oranda uzlaşma sağlanmadığı için, belirtilen çoğunlukla karar verilmesi mümkün görünmemektedir.

Avrupa Birliği ve Avrupa Topluluğu ile ilişkisi bağlamında yaklaşıldığında, Bosna Hersek Parlamentosunun 1991 yılında ilan ettiği bağımsız devleti 1992 yılında resmi olarak Avrupa Topluluğu tanımıştır¹⁶⁸. Fakat, bu tarihten sonra çıkan savaşta AB etkili bir barış politikası oluşturamamış ve devreye ABD girmiştir¹⁶⁹. AB, barış anlaşmasının sağlanmasında etkili olamasa da, DBA'nın imzalanmasından sonra Bosna Hersek'in yeniden yapı-

¹⁶⁵ Numanoviç, s. 69.

¹⁶⁶ Numanoviç, s. 70.

¹⁶⁷ Numanoviç, s. 74.

¹⁶⁸ Numanoviç, s. 76.

¹⁶⁹ Numanoviç, s. 78.

lanması ve alt yapısının tamir edilmesi amacıyla büyük ekonomik yardımlar yapmıştır¹⁷⁰. Süreç bu şekilde devam ederken, 1999 yılından itibaren ABD bölgedeki etkinliğini azaltarak, yerini AB'ye bırakmıştır. Böylece Bosna Hersek'teki uluslararası savunma güçleri ve Yüksek Temsilcilik, AB ile bağlantılı hale getirilmiştir¹⁷¹. AB ile ilişkilerin gittikçe arttığı bir süreç sonucunda 2005 yılında Bosna Hersek AB Konseyi'nin verdiği kararlar müzakerelere başlayabilmiştir.

Avrupa devletleri açısından bakıldığında, Bosna Hersek Federasyonundaki her üç etnik unsur da bağımsız devletlere sahip olması ihtimali, Müslümanların oluşturduğu bir Boşnak Devleti ihtimali nedeniyle, Avrupa tarafından hoş karşılanmayacaktır¹⁷². Bu kabulden hareketle, Avrupa'nın Bosna Hersek Federasyonunun merkezi yönetiminin güçlenmesine fazla karşı çıkmayabilir¹⁷³. Bu kapsamda hem Avrupa Birliğine entegrasyona yönelik çalışmaların yapılması amacına odaklanılmalı, hem de yine Avrupa Birliği'nin baskısıyla Bosna Hersek Anayasasının değiştirilmesiyle bu amaca yönelik reformların da önü açılmalıdır.

SONUÇ

Kadim Bosna Hersek toprakları tarihin çok eski dönemlerinden itibaren çok dinli ve çok kültürlü yapısını sürdürme gelmiştir. Sosyalist Yugoslavya döneminde federal birim olan Bosna Hersek diğer Federe Devletler gibi çok güçlü yerel yetkilerini korumuşlardır. Anayasadan kaynaklanan bu yetkiler soğuk savaş sonrasındaki çözülme neticesinde güçlü devlet yapılarının ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu durum Bosna iç Savaşının önemli nedenlerinden biridir. İç savaş, 1995 yılında imzalanan Dayton Anlaşması'yla sona ermiştir. Anlaşma savaşı sona erdirmekle kalmamış yeni devletin Anayasası'nı da oluşturmuştur. Bosna iç savaşını acilen sona erdirmek için yapılan bu anlaşma içerisinde kabul edilen anayasa, geçici bir devlet düzeni kurmuştur. Bu devlet düzeni içerisinde oluşturulan hükümet biçimi olağanüstü dönem şartları göz önünde bulundurularak yazılmıştır.

Anayasa ile öngörülen hükümet biçimi gerek Avrupa Birliğine üye devletlerin gerekse de BM'ye üye diğer demokratik ülkelerin tercih ettiği hükümet biçimlerinden farklı bir nitelik taşımaktadır. Bu farklılık özellikle ülke-

¹⁷⁰ Numanoviç, s. 84.

¹⁷¹ Numanoviç, s. 85.

¹⁷² Numanoviç, s. 116.

¹⁷³ Numanoviç, s. 116.

deki siyasal yapılanmanın anayasal yurttaşlık temelinde değil etnik temelde oluşmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Bosna Hersek'te siyasal makamların oluşumunda siyasal etkenlerin yerine, etnik ve dinsel ögeler belirleyicidir. Bu gerçek kalıcı ve sürdürülebilir politikaların inşasını zorlaştırmakta ve hükümet biçimini ve bürokratik yapılanmayı karmaşık hale getirerek devlet kurumlarını çalışamaz kılmaktadır.

DBA'nın imzalanmasından bu yana halen siyasi istikrarın sağlanmadığı, bürokrasinin çok ağır işlediği ve Bosna Hersek Merkezi yönetiminin az da olsa hukuken var olan resmi yetkilerini fiilen neredeyse hiç kullanmadığı görülmektedir. Bahsedilen bu karmaşık yapıda devlet harcamaları gayrisafi hasılının yarısından fazlasını oluşturmakta ve bu miktarın üçte biri ise kamu görevlilerinin maaşlarına tahsis edilmektedir.

Bu çerçevede üç temel sorundan bahsedilebilir. Birincisi nüfusları farklı olmasına rağmen Unsurların (entity) Başkanlık makamında ve meclislerde eşit temsil edilmeye çalışılmasıdır. İkincisi, parlamenter sistem ile başkanlığı birleştiren kendine has bir hükümet biçimi modelidir. Üçüncüsü ise bu devlet organlarının üzerinde uluslararası bir vesayet organının varlığıdır. Bu temel sorunlara karşı şu çözüm önerileri ileri sürülebilir:

Avrupa Birliği'ne tam üyelik perspektifinin geliştirilmesi çerçevesinde AB'nin istediği reformların yapılması gerekmektedir. Bunu sağlamanın yolu ise kararların hızlı alınabildiği daha güçlü bir yönetim yapısının en kısa zamanda inşa edilmesinden geçmektedir. Bu çerçevede, Anayasa'nın değiştirilmesi ve böylece yetkilerin daha da merkezileşmesi bir önceki adım için gerekli ön şarttır. Bunun için ise yine uluslararası güçlerin baskı ve yönlendirmesi gerekmektedir. Zira, Bosna Hersek devlet kurumlarının, anayasa değişikliği açısından, parlamentonun, karar alma mekanizması işlememekte veya çok yavaş işlemektedir.

KAYNAKLAR

12.11.2000 tarihli karar, http://www.ohr.int/decisions/judicialrdec/default.asp?content_id=5228, erişim 24.02.2015.

Akad, Mehmet /Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 4. Basım, İstanbul 2014.

Akgül, Mehmet Emin, “**Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı**”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 68, S. 4, Y. 2010.

Akipek, İlhan, “**Kuvvetler Ayrılığı Nazariyesinin Doğmasına Amil Olan Fikirler**”, *AÜHFD*, C. 9, S. 1-2, Y. 1952.

Arap, Erdal/Bayün, Selcen, “**Josip Broz Tito**”, *Hukuk Gündemi*, Ankara Barosu Yayını, 2014/2.

Arslan, Zühtü, **Anayasa Teorisi**, Seçkin, Ankara 2005.

Constitution of Bosnia and Herzegovina (in DPA), http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf, 20.03.2015.

Çetres, Ömer, “**Bosna'da SDA'nın Son Şansı**”, *Diriliş Postası*, 02.04.2015.

Dayton Peace Agreement, http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf, erişim 20.03.2015.

Demir, Hakan, “**Federalizm – Üniterizm İkileminde Sırp-Hırvat-Sloven Krallığı'nda Siyasal Yaşam (1918-1929)**”, *Balkan Araştırma Enstitüsü Dergisi*, C. 2, S. 2, Aralık/December 2013.

Döner, Ayhan, “**Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu**”, *Başkanlık Sistemi ve Türkiye*, Alfa Aktüel, Ankara 2013.

Döner, Ayhan, **İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi**, Seçkin, Ankara, 2003.

Dursun, Hakan, “**Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı**”, *TBB Dergisi*, 80, Y. 2009.

Dümmel, Karsten, **Positvees and negatives: Dayton Peace Agreement 20 Years on**, KAS International Reports, 8, Y. 2015.

Erbesler, Esat Ertaç, **Bosna'da Egemenlik Sorunu Dayton Antlaşması**, Biyografi Net, İstanbul 2014.

Erdoğan, Koray, **Yugoslavya'nın Dağılma Sürecinde ABD ve Bosna Hersek Krizi**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2004.

Eren, Abdurrahman, “**Yeni Anayasa ve Hükümet Sistemleri**”, bkz. <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/21-yeni-anayasa-ve-hukümet-sistemleri>, E.T. 18.02.2015.

Ergül, Ozan, **Yeni Kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Gavric, Sasa/Banovic, Damir/Barreiro, Marina, **The Political System of Bosnia and Herzegovina: Institution- Actors- Process**, Sarajevski otvoreni centar (publisher), Sarajevo 2013.

Gedik, Ömer, **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2013.

General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina and Its Annexs, http://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement.pdf, erişim 23 Şubat 2015.

Gözler, Kemal, “**Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu**”, *AÜSBF Dergisi*, Cilt 61, Sayı 3, Temmuz-Eylül 2006.

Gül, Cengiz, “**Saf Başkanlık Modelinden Başkancı Rejim Tipolojilerine Geçişin Ampirik Yansımaları**”, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-cengizgul-2.htm>, erişim 12.02.2015.

Hodziç, İsmajil, **Bogomilizm ve Bosna - Hersek Bogomilleri**, Ondokuzmayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe ve Din Bilimleri Anabilim Dalı, Samsun 2007.

<http://www.ohr.int/>, erişim 24.02.2015.

http://www.ohr.int/decisions/statemattersdec/default.asp?content_id=344, erişim 24.02.2015.

http://www.ohr.int/ohr-dept/presso/chronology/bulletins/default.asp?content_id=4950, erişim 14.01.2015.

İzzetbegoviç, Aliya, **Tarihe Tanıklığım** (Çev. Alev Erkilet, Ahmet Demirhan, Hanife Öz), Klasik Yayınları, İstanbul, 2003.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “**Neden Anayasal Yurttaşlık**”, *Birgün Gazetesi*, 5 Aralık 2007.

Kaboğlu, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Legal, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 9. Baskı, İstanbul 2014.

Kalyvas, Stathis N./Sambanis, Nicholas, “**Bosnia's Civil War: Origins and Violence Dynamics**”, <http://stathis.research.yale.edu/documents/Bosnia.pdf>, erişim 02.02.2015.

Kapadan, Gonca, **Bosnalı Sırlara Göre Bosna-Hersek Sorunu**, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2009.

Karic, Mirsad, **Political System Of Bosnia And Herzegovina, 1995-2005: Power-Sharing In Theory And Practice**, Ph.D. Thesis, International Islamic University, Malaysia, 2007.

Karic, Mirsad, “**Social Cleavages, Conflict and Accommodation in Bosnian Political History from the Late 19th Century until the 1990s**”, Bilgi, Sayı 22, Y. 2011.

Keil, Soeren, **Multinational Federalism in Bosnia and Herzegovina**, Ashgate, 2013.

Kutlu, Mustafa, **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri-Gelişimi, Hukuk Devletinin Kökenleri**, Seçkin Yayınları, 1. Basım, Ankara 2008.

Langley, Winston E., **Encyclopedia of Human Rights Issues Since 1945**, Greenwood Press, Connecticut 1999.

Larousse Illustrated International Encyclopedia, McGraw-Hill International Book Company, USA 1972.

Numanoviç, Amin, **Dayton Sonrası Bosna Hersek ve Avrupa-Atlantik Entegrasyonu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2011.

Özdemir, Haluk, “**Etnik Özgürlükler, Etnik Siyaset ve Demokrasi**”, *Ankara Strateji Enstitüsü*, <http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-haluk-ozdemir/etnik-ozgurlukler-etnik-siyaset-ve-demokrasi/>, Erişim 29.01.2015.

Özden, Neşe, “**A Few Remarks on the History of Bosnia**”, *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, S. 21, Bahar 2007.

Perkowski, Jan L., “**New Light on the Origins of Bulgaria's Catholics and Muslims**”, *Religion, State and Society*, Vol. 22, No. 1, 1994.

Tekin, Cemile, **Bosna-Hersek Kaynaklarına Göre Yugoslavya'nın Dağılmasından Sonra Bosna Hersek Federasyonu'nun Kurulması**, Sel-

çuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Doktora Tezi, Konya 2011.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta, İstanbul 2013.

Turan Güneş, **Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1956.

Turhan, Mehmet, **Anayasal Devlet**, Naturel Yayınevi, Ankara 2003.

Uluşahin, Nur, **Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Uygun, Oktay, **“Bosna-Hersek; İç Savaşın Konsensüs Demokrasisine”**, in *Kamu Hukuku İncelemeleri, İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013.

Woehrel, Steven, **“Bosnia and Herzegovina: Current Issues and U.S. Policy”**, <https://fas.org/sgp/crs/row/R40479.pdf>, erişim 02.02.2015.

Yürür, Pınar, **Uluslararası Toplumun Bosna-Hersek’i Yeniden Yapılandırma Süreci ve Modeli**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara 2007.

ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK DENGESİ BAĞLAMINDA ULUSLARARASI TERÖRLE MÜCADELE STRATEJİLERİ

*Dr. Ergin ERGÜL**

ÖZET

Özgürlük ve güvenlik dengesi günümüz demokrasilerinin ülke çapında, uluslararası örgütlerin ise, bölgesel, ulus üstü ve evrensel düzeyde sağlamaya çalıştıkları önemli ve stratejik bir hedefi ifade etmektedir. Demokratik devletlerin ruhu olarak nitelenen temel hak ve özgürlüklerin, günümüzde hukuk devletine yönelik tehditlerin başında gelen terörle mücadele bağlamında da korunması büyük önem taşımaktadır. Uluslararası örgütler, evrensel, bölgesel ve ulusüstü düzeylerde insan haklarını dikkate alan terörle mücadele stratejileri hazırlamışlardır. Bu makalede söz konusu stratejiler arasında, Türkiye'yi de yakından ilgilendiren "Birleşmiş Milletler Küresel Terörle Mücadele Stratejisi", Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "İnsan Hakları ve Terörle Mücadelede Rehber İlkeleri" ile "Avrupa Birliği Terörle Mücadele Stratejisi" irdelenmektedir. Bu üç strateji belgesinin insan haklarına ilişkin içerdiği hükümler incelenerek, bu alanda dayandıkları ortak ilkeler ve farklılaştıkları alanlar ortaya konulmaktadır. Bu şekilde söz konusu uluslararası örgütlerin özgürlük ve güvenlik dengesine yaklaşımları, terörle mücadele strateji ve politikalarında insan haklarının korunması konusunda yer alan ilke ve tedbirler incelenmek suretiyle gösterilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Özgürlük ve Güvenlik Dengesi, Terörle Mücadele Stratejisi, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği.

INTERNATIONAL COUNTER-TERRORISM STRATEGIES IN THE CONTEXT OF FREEDOM - SECURITY BALANCE

ABSTRACT

The freedom-security balance is an important strategic target that modern democracies try to achieve throughout the nation while international organizations try to achieve at regional, supra-national and universal levels.

* Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı.

It is very important that fundamental rights and freedoms which are deemed as the spirit of democratic states are also protected in the context of counter-terrorism, which is one of the leading threats against state of law today. International organizations prepare counter-terrorism strategies that take human rights into consideration at universal, regional and supra-national levels. This article addresses, among others, United Nations (UN) Global Counter-Terrorism Strategy, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on human rights and the fight against terrorism and the European Union (EU) Counter-Terrorism Strategy which are of particular concern to Turkey. The human rights-related provisions of these three documents are examined and shared principles and differing points of view are set forth. Thus, the approach of relevant international organizations to freedom-security balance is revealed through examination of principles and measures with regard to protecting human rights in these counter-terrorism strategies and policies.

Keywords: Freedom-Security Balance, Counter-Terrorism Strategy, United Nations, Council of Europe, European Union.

GİRİŞ

Bugün küresel bir problem halini alan ve iki anlamda sınır tanımayan - eylemde sınır tanımayan ve coğrafi sınırlar tanımayan- terörle başa çıkma çabalarında bazen devletler yurttaşlarını “güvenlik mi, özgürlükler mi? veya “güvenlik mi, demokrasi mi? ikileleriyle yüzyüze bırakabilmekte ve tabii ki vatandaşların, bu sorulara -psikolojik bir tepkiyle- güvenlik” cevabını vermeleri beklenmektedir.¹

Oysa terörün hedeflerinden biri toplumun özgürlüklerden vazgeçirilmesi suretiyle yönetimin otoriter yapılmasıdır. Böylece toplum devlete olan güvenini yitirecek ve ona karşı olacaktır. Bu durumda teröristler eylem yapmaya devam edeceklerdir. Sonuçta toplumsal desteğini yitiren devletin teröre karşı alacağı daha ileri düzeydeki tepkisel ve büyük boyuttaki önlemler, toplumun ondan daha fazla uzaklaşmasına neden olacaktır. Bu açıdan yaklaşıldığında etkin bir terörle mücadele stratejisinin amacı demokratik toplum ve hukukun üstünlüğünün korunması olmalıdır.²

¹ Ionna KUÇURADI (Yayına hazırlayan), 21. Yüzyılın Başında İnsan Haklarını Korumada Karşılaşılan Sorunlar, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 24

² İbrahim KAYA, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s.196

Terör, nasıl tanımlanırsa tanımlansın, mağdurların yaşam, özgürlük ve güvenlik haklarının sağlanması konusunda yol açtığı sorunlar nedeniyle insan haklarını doğrudan etkilemektedir. Üstelik bu bireysel maliyetlerin yanı sıra, terör fiilleri, toplumların tamamını istikrarsızlaştırabilir ve zayıflatabilir, barış ve güvenliği bozabilir, ekonomik ve sosyal gelişmeyi tehlikeye atabilir. Bu açıdan terör, insan haklarına saygının dayanağını oluşturan demokrasi ve hukuk devletinin temellerini zayıflatmaktadır.³

Uluslararası örgütlerin konuya yaklaşımı da aynıdır. Birleşmiş Milletler (BM) açısından terör, insan haklarına saygı, hukukun üstünlüğü, silahlı çatışmaları ve sivillerin korunmasını düzenleyen kurallar ile halklar ve milletler arasında hoşgörü ve uyumsuzlukların barışçı çözümü gibi BM Şartı ve diğer uluslararası belgelerin odağındaki değerleri hedef almaktadır.⁴

Terör eylemleri; insan haklarının, temel hürriyetlerin ve demokrasinin tahribini hedeflemektedir. Çoğulcu medeni toplumları baltalamakta ve devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınmasına zararlı sonuçları olmaktadır (BM Genel Kurulunun 48/122 (1993) sayılı kararı). Çünkü bu eylemler masum insanların hayatlarını ve tüm dünyadaki insanların onur ve güvenliğini tehlikeye atmakta, bütün devletlerin ekonomik ve sosyal kalkınmasını tehdit etmekte, küresel istikrar ve refahı bozmaktadır (Güvenlik Konseyi, 1377 (2001)). Terör eylemleri insan haklarından faydalanmada doğrudan ve tahripkâr bir etkiye sahiptir.⁵

Türkiye'nin de ilk üyeleri arasında yer aldığı Avrupa Konseyi (AK) ise teröre, örgütün gerçekleştirmeyi amaçladığı hedeflerden (insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti) hukuk devletine yönelik tehditler arasında yer vermektedir.⁶

3 John E. TOMLINSON (Rapporteur), Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Assemblée parlementaire, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, s.4. <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=13156&Language=fr>

4 Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), Droits de l'homme, terrorisme et lutte anti terroriste, Fiche information No 32, Genève, 2009, s. 7

5 ONUDC, Les droits de l'homme et les réponses de la justice pénale au terrorisme, Programme de formation juridique contre le terrorisme, MODULE 4, Nations Unies New York, 2014, s. 5

6 Bkz. Conseil de l'Europe, <http://www.coe.int/fr/web/portal/home>, erişim: 06.03.2015

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), terör eylemlerinin insan haklarına açıkça aykırı olduğunu ve bununla mücadele için devletin hukuki tedbirlere başvurmasının meşru olduğunu kararlaştırmıştır.⁷

Diğer taraftan Avrupa'nın güvenliği bakımından terörle mücadele, Soğuk Savaş'ın devam ettiği yıllardan günümüze kadar Batılı ülkelerin ve AB'nin gündeminde olan bir konudur.⁸

Hukuk devletinin amacının temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu⁹ hatırlandığında, hukuk devletinin kendisine yönelik bu ciddi tehdide, hukuk devletinin amacına zarar vermeden nasıl karşılık vermesi gerektiği sorunsalı, diğer bir anlatımla hukuk devletinde terörle mücadelede özgürlük ve güvenlik ikileminin çözüme kavuşturulması yani söz konusu iki değer arasında bir denge tesisi, hem ulusal hem uluslararası alanda bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ikilemi aşmanın yolu ise, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve terörle mücadele gerekleri arasında bir uzlaşmayı başarabilmekten geçmektedir.

Bu durum şu soruları gündeme getirmektedir: İnsan haklarına tam olarak saygılı bir şekilde, terörizmle etkili bir şekilde nasıl mücadele edilebilir? Terörle demokratik şekilde mücadele mümkün müdür?¹⁰

Anılan sorulara cevap arayışı, özgürlük ve güvenlik ilişkisini hukuk ve siyaset teorisinin klasik denebilecek tartışma konularından birisi yapmıştır. Ancak son yıllarda, terörün yaygınlık kazanmasıyla birlikte, özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra özgürlük ve insan hakları ile güvenlik arasında nasıl bir ilişki olması gerektiği sorunu küresel çapta daha fazla ilgi odağı olmuştur.¹¹

11 Eylül 2001 terör saldırılarından sonra, bazılarına göre, dünya “terörizm çağı” olarak nitelenen yeni bir siyasi döneme girmiştir. 11 Eylülü izle-

⁷ A. Emre ÖKTEM, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul 2007, s. 252

⁸ Faruk TURHAN – Muharrem AKSU, 11 Eylül Sonrası ABD’de Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler / Özellikle Patriot Kanunu İle Getirilen Kısıtlamalar, SDÜHFD, Cilt. I, Sayı 1, Yıl 2011, (47-90), s.50

⁹ Zühtü ARSLAN, Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 71.

¹⁰ Sylvère NDAYAMBAJE, Droit de l’homme et lutte contre le terrorisme, http://www.olny.nl/Research_Recherche/Sylvere_Ndayambaje_droits_humains.pdf, erişim: 23.02.2015.

¹¹ Mustafa ERDOĞAN, Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12, Sayı 24 Güz 2013/2, s 22 (s.21-29)

yen, 2004 Madrid ve 2005 Londra şoklarına uğrayan dünya, son olarak 2015 yılının hemen başında, Avrupa'nın, "Fransa'nın 11 Eylül'ü" olarak da nitelendirilen şiddet olaylarına sahne olması, küresel terörle mücadele çalışmaları konusunda yeni tartışmaların da fitilini ateşlemiştir.¹²

Bu korkunç ve sarsıcı terör eylemleri karşısında demokratik devletlerin en büyük sınavı, hukuk düzeni içinde kalarak ve bireysel özgürlükleri ihlal etmeyerek terör tehdidiyle mücadele edebilmektir.¹³

Terör olaylarının artması sonucu toplumsal düzeni ve bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak maksadıyla geçici ve hukuka uygun olağanüstü tedbirlerin alınabileceği kabul edilmektedir. Burada geçicilik ve hukuka uygunluk şartları önemlidir. Olağanüstünün olağanlaştırılması, terörün ve onla mücadelenin süreklileştirilmesi temel haklar bakımından en önemli tehlikeyi oluşturmaktadır.¹⁴

Terörün kaçınılmaz olarak etkili ve çok boyutlu bir uluslararası işbirliği gerektiren sınır aşan bir suç oluşu, devletlerin bir araya geldiği uluslararası örgütlerin bu konuda ortak ve bütüncül stratejiler geliştirmesini zorunlu kılmaktadır. Ancak bu stratejilerde güvenlikçi bir bakış açısının hakim olması halinde başta BM olmak üzere, AB ve AK'nin özellikle II. Dünya Savaşından sonra büyük çabalarla oluşturdukları uluslararası insan hakları hukukunun ihlali ve bu alandaki kazanımların kaybedilmesi tehlikesi söz konusu olabilecektir. Bu açıdan söz konusu uluslararası kuruluşlar, hazırladıkları stratejilere insan haklarına saygıyı amaçlayan tedbirler ekleyerek ve bu alana özel vurgu yaparak özgürlük ve güvenlik dengesini yansıtmaya çalışmışlardır.

Bu itibarla; çalışmada, öncelikle özgürlük ve güvenlik dengesi açıklanacak, ardından, Türkiye'yi de yakından ilgilendiren ve hazırlayacağı stratejilerde dikkate alması gereken evrensel bir strateji (BM Küresel Terörle Mücadele Stratejisi), bölgesel bir strateji (AK Bakanlar Komitesi İnsan Hakları ve Terörle Mücadelede İlkeleri) ve ulus üstü bir strateji (AB Terörle Mücadele Stratejisi) olmak üzere üç belge içerdikleri insan haklarına ilişkin hükümler incelenerek, bu alanda dayandıkları ortak ilkeler ve farklılaştıkları hususlar ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu şekilde söz konusu uluslararası

¹² Kutlay TELLİ, Uluslararası Terörizm ile Mücadelede Fransa'nın Ocak 2015 Paradoksu, TBB Dergisi 2015 (117), s. 117

¹³ Zühtü ARSLAN, Türkiye'de İstisna Hâli, Terör ve İfade Özgürlüğü, TBB Dergisi, Sayı 71, 2007, s. 201

¹⁴ ARSLAN, a.g.m, s.202

örgütlerin insan hakları ve güvenlik dengesine yaklaşımları ve hazırladıkları stratejilerde insan haklarının yeri ve önemi karşılaştırılmalı olarak gösterilmiş olacaktır.

1. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK DENGESİ

1.1. Özgürlük ve Güvenlik Kavramları

Özgürlük, insanın neyi yapmak isteyip neyi ise yapmak istemediğine kendi iradesiyle karar vermesi ve kararının gereklerini yerine getirirken engellenmemesidir.¹⁵ Diğer bir tarife göre ise, özgürlük, kişinin yapmak veya olmak istediği bir şey konusunda herhangi bir insan yapısı tahdit veya kısıtlama altında olmaması durumudur.¹⁶

Özgürlük bir haktır; fakat bütün haklar özgürlük değildir. Özgürlük herkese tanınmış bir insan hakkıdır. Özgür olmak başkasına karşı öne sürülebi- len haklara sahip olmak demektir. Hak daha çok özgürlüğün usuli güvencesi ve gerçekleşme aracı olarak nitelenebilir.¹⁷

Demokrasinin ilk ögesi ve ortak değeri özgürlüktür. Demokrasinin özü özgürlükte yoğunlaşır. Haklar ve özgürlükler, toplumla birlikte ortaya çıkarlar. Toplum demokratikse zaten bunları içselleştirmiştir. Kısacası demokrasinin odağında hak ve özgürlüklerle donatılmış, baskılardan arınmış, özgür/özerk birey vardır. Her şey bu odağa göre konumlanır. Kurumların, örgütlerin, yöntemlerin, tekniklerin bütünü olan demokrasi, özerklik anlamında bir değer olarak algılanan özgürlük üzerine oturtulmuştur.¹⁸

Güvenlik ise kısaca, sıradan insanın uygun şartlarda yaşamasını yani refahını sağlamaktır. Sosyal bilimler anlamında ise, güvenlik, birey, topluluk veya toplumun istenmeyen, beklenmeyen olay, durum veya saldırılardan, maddi, yasal ve psikolojik araçlarla korunması anlamını taşır.¹⁹

İki tür güvenlik anlayışından söz edilebilir. Birincisi asayiş de denilen sert güvenliktir. Bu güvenlik türü, askeri ve polisiye önlemlerle sağlanmak-

¹⁵ Ömer DEMİR/Mustafa ACAR, Sosyal Bilimler Sözlüğü, Adres yayınları 6. Baskı, Ankara 2005,s.321

¹⁶ Mustafa ERDOĞAN, Dersimiz Özgürlük, Pınar yy. 2. Baskı, Ankara 2003,s.18.

¹⁷ İbrahim Ö. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, AFA yayınları 5. Baskı, İstanbul 1993, s.12.

¹⁸ Sami SELÇUK, Adli Yıl Açılış Konuşması (1999-2000), Yargıtay Başkanlığı 1999, s.11.

¹⁹ DEMİR/ACAR, a.g.e, s.178.

tadır. İkincisi yumuşak güvenlik ya da insani güvenlidir. Bu kavram, ekonomik refah, sağlık, eğitim, siyasal özgürlük ve demokrasi ile tehditlerle baş edebilme kapasitesini içerir. Yumuşak güvenlik önlemleri alınmadan sert güvenlik önlemlerinin etkili ve kalıcı olmadığı açıkça görülmüştür.²⁰

Dolayısıyla hem özgürlük, hem güvenlik birey ve toplum için vazgeçilmez değerler olarak görülmeli ve birisini diğeri lehine feda etme yanlısına düşülmeden ikisini birden gerçekleştirebilmenin yöntemi aranmalıdır.

1.2. Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik Dengesi

Hukuk devleti hak ve özgürlükleri hukuk aracılığıyla koruyan devlettir. Hukuk devleti bir araç, bireylerin özgür ve eşit olmaları ve insan haklarının güvence altına alınması amaçtır.²¹

Genel olarak özgürlük ve güvenlik arasında sürekli bir gerilimin var olduğu görüşü, özgürlük ve güvenlik dengesini açıklamakta kullanılagelen temel varsayımdır. Kural olarak özgürlük ve güvenlik arasında bir dengenin varlığı, hem temel hak ve özgürlüklere saygının sürdürülmesi hem de güvenliğin devlet ve bireyler açısından en iyi şekilde sağlanması anlamına gelmektedir. Ancak devletlerin terörle mücadeledeki temel yanlışlıkları, herhangi bir terör riski söz konusu olduğunda güvenlik tedbirlerini artırırken özgürlüklerde belli bir kısıtlamaya giderek dengenin bozulmasına yol açmalarıdır.²²

İnsan hakları ve güvenlik arasında bir gerilim olduğuna ilişkin tartışmalar, uzunca bir süreden beri yapılmaktadır. Aslında güvenlik de bir insan hakkı olduğuna göre, teorik olarak böyle bir gerilimin ve dolayısıyla tartışmanın olmaması gerekir. Ne var ki, güvenlik dendiğinde bireyin değil, devletlerin güvenliği daha çok öne çıkarılmaktadır. Devletlerin güvenliği söz konusu olunca da, insan haklarıyla güvenlik, özel olarak da ulus devletlerin 'milli güvenlikleri' arasında bir gerilim, kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim tarih, devletlerin, güvenlik gerekçesiyle insan haklarını nasıl kısıtladıklarının ya da insan hakları ihlallerini nasıl meşrulaştırmaya çalıştıklarının örnekleriyle doludur.²³

²⁰ ERGÜL, a.g.m, s.121

²¹ Doğan ÖZLEM, Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek, Doğu-Batı, Hukuk ve Adalet Üstüne, Yıl 4 S.13, Ocak 2000, s.14.

²² TURHAN/AKSU, a.g.m, s.49.

²³ Thierry BALZACQ-Yılmaz ENSAROĞLU, İnsan Hakları ve Güvenlik: Türkiye, İngiltere ve Fransa, TESEV, İstanbul 2008, s. 7

Demokratik düzende özgürlüklerin korunması ile sağlanan özgürlük ortamında ortaya çıkabilecek olan şiddete yönelik alınacak önlemler arasındaki hassas denge konuları son derece yaşamsal bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle çağımızda bütün dünyayı etkiler düzeydeki terör olayları ve güvenlik kaygısı bu sorunu da yoğunlaştırarak artan güncel tartışma konusu haline getirmiştir.²⁴

Özgürlük ve güvenlik ilişkisi bir sorun olarak ortaya konulduğunda, özgürlük ve güvenlik ikilemi tartışılırken, bu ikilemi aşacak bir çözüm yolu olarak özgürlük ve güvenlik dengesi kavramı gündeme gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki, özgürlük ve güvenlik dengesi kavramı demokratik hukuk devletinde politika yapıcılara ve uygulayıcılara güvenlik politikalarını oluştururken ve uygularken özgürlüklerin korunmasını kırmızı çizgi olarak vurgulayan metaforik bir kavramdır. Bu bakımdan hukuk devletini aşındıracak, özgürlükleri azaltacak, güvenlikçi politikaları meşrulaştıracak bir kavram olarak görülemez. Bu nedenle, hukuk devleti bağlamında kullanılan özgürlük ve güvenlik dengesini, güvenliğini sağlamak isteyen devletlerin yurttaşların özgürlüklerini sürekli sınırlamaya ihtiyaçları olduğu, güvenlik uğruna belli bir miktar özgürlükten vazgeçilmek zorunda olduğu şeklinde yorumlamanın doğru olmayacağını düşünmekteyiz.

Devletlerin terörle mücadele etmek için aldıkları tedbirlerin kendisi bazen insan hakları ve hukuk devletine yönelik ciddi bir tehdit oluşturabilir. Çoğunlukla halklarını koruma kaygısından hareket ederek, bazı devletler hak ve özgürlükleri önemli ölçüde kısıtlamaya girişebilmektedir. Bu açıdan uygulamaya konulan eylemler arasında şunlar sayılabilir: İşkenceye başvurma, yargısız tutuklama, yargı bağımsızlığının tehlikeye atılması, bireylerin uluslararası anlaşmalar ve geri gönderme ilkesi ihlal edilerek sınır dışı edilmesi, sivil toplum, azınlıklar, medya mensupları ve insan hakları savunucularına karşı ceza tedbirlerine başvurulması. Burada hukuk kuralının bazen terörle mücadeleye kurban edildiğini gösteren birçok örnek gösterilebilir.²⁵

Özellikle ayaklanmacı terörün, niteliği gereği küçük bir grubun gizlilikle yürütebileceği bir faaliyet olduğu için, büyük ölçüde demokratik devletlerin sorunu olarak gözlenmektedir. Totaliter rejimlerde, yaşam tümüyle kontrol

²⁴ Sevtap YOKUŞ, Özgürlük-Güvenlik İkilemi, <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-344-2014091559guvenlik-22.pdf>, 455.

²⁵ Henri-François GAUTRIN, La protection des droits et libertés dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, rapport, Assemblée parlementaire de la Francophonie, Commission politique Dakar, 6 et 7 juillet 2010, s.5

altında tutulduğu için, terörizm suçlarının işlenmesi de güçtür. Özgürlüklerin aynı zamanda terörist faaliyetlerin gerçekleşmesine olanak yaratan bir ortam sağladığı söylenebilir. Ancak, terörle mücadelede de insan haklarına saygı, kalıcı bir başarı için şarttır. Totaliter rejimler, terörizmi daha kolay bastırabildikleri halde, daha büyük siyasal patlamaların olması olasılığı yüksektir.²⁶

Demokratik düzende özgürlükler kural, güvenlik önlemleri istisna teşkil eder. Demokrasiyi yaşamsal tehditlere karşı savunurken alınacak güvenlik önlemleri gerekli olmakla birlikte, aynı tedbirler ölçünün kaçırılması halinde demokrasinin zarar görmesine de yol açabilir. Bu nedenle, özgürlük ve güvenlik dengesinin sağlanması özellikle terörle mücadelede insan haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır.

Gerçekten de hukuk, demokrasi, birey ve insan hakları merkezli değerler sistemine sahip olan toplumlarda, terörle mücadele ancak bu değerler ölçüsünde yapılmalıdır. Aksi halde bu değerlerle yönetilen toplum kendi devletine yabancılaşacak, güven duygusu ise azalacak ve toplumsal tahribat meydana gelecektir. Halk desteği azalan bir devlet ise haklılığını ve meşruluğunu yitirecektir. Devletlerin hukuki olarak korumak zorunda olduğu bu temel ilkelerin, devletin kendi eliyle ihlal edilmesi ise halk üzerinde çok büyük bir güven sorunu oluşmasına neden olacaktır. Böylece terörizmle mücadelede demokratik ilkelerin ihlal edilmesi daha geniş siyasal tahribata neden olacak, çok daha ciddi, uzun dönemli olumsuz etkilerin oluşmasına ortam sağlayacaktır. Oysa devletlerin terörle mücadele konusunda elindeki en önemli güç, haklı ve meşru olmasıdır. Kendisini meşru kılan ilkelere ters hareket edilmesi ise merkezi otoritenin halktan soyutlanmasına neden olacak ve terör örgütlerinin asıl amaca ulaşmasında istemeden de olsa katkı sağlayacaktır.²⁷

Devletler, teröre ve örgütlü suçlara karşı mücadelede uygulanan tedbirlerin dozunu, ancak “ölçülülük ilkesi”ne uyarak ayarlayabilirler ve insan hakları ihlallerinin önüne geçebilirler. Bu noktada da özgürlüklerin asıl, sınırlandırmanın istisna olması gerekmektedir. Güvenliği sağlamak için kullanılacak araçlarla ulaşılmak istenen amaç arasında bir dengenin olması, ölçülülük ilkesinin uygulamadaki izdüşümüdür. Güvenliği sağlamak için alınan tedbirlerin amacı, hem devletin kendi varlık ve bütünlüğünün hem de vatandaşlarının psikolojik ve fiziksel bütünlüğünün zarar görmesini engellemektir. Bu du-

²⁶ YOKUŞ, a.g.m., s.458

²⁷ Fatih KARADENİZ, Uluslararası Terörle Mücadelede Hukuk İlkelerinin Etkisi: İngiltere Örneği: Trakya Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Edirne 2011., s.80

rumda özgürlük ve güvenlik arasındaki dengeyi sağlayacak ana faktörlerden biri de ölçülülük ilkesidir.²⁸

Burada altı çizilmesi gereken ne özgürlükten ne de güvenlikten vazgeçilebileceği gerçektir. Güvenlikli bir ortam tek başına özgürlükleri sağlamada yeterli olmayacaktır. Ancak güvenlikli olmayan bir toplum özgür de kalamayacaktır.²⁹

1.3. Uluslararası Alanda Özgürlük ve Güvenlik Dengesi

BM bakımından insan hakları, 1945 sonrası kurulmaya çalışılan dünya düzeninin temel değerleri ve hukuki yapı taşları arasında yer almıştır. İnsan hakları kavramı, bugün, bu karakteri nedeniyle, BM'nin ilkeleri arasında yer alan ulusal yetki ya da iç yetki (BM Şartı m.2, parag.7) alanına dâhil konular arasında değil, uluslararası ilgi alanına dâhil bir konudur.³⁰

Küreselleşme, güvenlik anlayışında da önemli değişikliklere yol açmıştır. Ulusal güvenliğin kolektif güvenlik anlaşmaları çerçevesinde sağlanması eğilimleri güçlenmektedir. İnsan hakları, bireylerin ve grupların temel haklarını garanti altına alan bir kavram olmanın yanında bireylerin ve grupların temel güvenlik endişelerini de gideren bir işlev taşımaktadır. Soğuk savaş sonrası yeni uluslararası konjonktürde BM Güvenlik Konseyi, insan hakları ihlalleriyle uluslararası barış ve güvenlik arasında bir ilişki kurma eğilimindedir. İnsan hakları ihlallerinin ulusal sınırlarda kalmadığı, bölgesel ve küresel tehditlere dönüşebilme potansiyeline sahip olduğu kabul edilmektedir.

BM için insan haklarına saygı terörle mücadeleye dönük her türlü eksiksiz bir stratejinin ayrılmaz parçasını teşkil etmektedir. Devletlerin insan hakları ve terörle mücadele arasında bir denge bulmalarına yardımcı olmaya yönelik olarak BM Genel Kurulu, Güvenlik Konseyi ve İnsan Hakları Konseyi çok sayıda karar almıştır. Bu kararlar, uluslararası hukuka uygun olması amacıyla, terörle mücadele alanında herhangi bir tedbir alırken, devletlerin

28 Muharrem AKSU, Faruk TURHAN, Yeni Tehditler, Güvenliğin Genişleme Boyutları ve İnsani Güvenlik, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi, Yıl:2012, C:4, S:2, s.77.

29 YOKUŞ, a.g.m, s.459

30 Turgut TARHANLI, İnsan Hakları ve Terörizm, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevim Toluner'e Armağan, Yıl 24, Sayı 1-2/2004, 691.

uluslararası hukuk uyarınca üzerlerine düşen tüm yükümlülüklerle uygun davranmak zorunda olduklarını vurgulamaktadır.³¹

BM Genel Kurulunun A/RES/60/288 sayılı kararında, terörle etkili bir mücadele ve insan haklarının korunmasının çelişkili değil, tamamlayıcı ve sinerji yaratıcı amaçlar olduğu vurgulanmıştır. Gerçekten insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı terörizmle mücadelede etkili her türlü stratejinin temel ögesidir.³²

2005 yılında daha sonra yerini İnsan Hakları Konseyine bırakan BM İnsan Hakları Komisyonu, Meksika'nın girişimi ve AB'nin desteğiyle terörle mücadelede insan haklarının geliştirilmesi ve korunması hakkında özel raporör tayinine karar vermiştir. Bu raporör faaliyetlerini ve tavsiyelerini düzenli olarak İnsan Hakları Konseyine ve BM Genel Kuruluna rapor etmektedir.³³

Özgürlük ve güvenlik dengesi terörle mücadelede AB politikalarının da büyük tartışma konularından birisini oluşturmaktadır. AB Adalet Divanının cesur, ancak tartışılan içtihadı özellikle BM Güvenlik Konseyinin bir kararını AB hukukuna yansıtan bir tüzüğü iptal etmek suretiyle dengeyi bireysel özgürlükler lehine çevirmiştir.³⁴

Avrupa planında en geniş bölgesel hükümetlerarası örgüt olan Avrupa Konseyi (AK) 1949 yılından bu yana, temel değerler olarak benimsediği insan haklarının, hukuk devletinin ve çoğulcu demokrasinin korunması için çaba göstermektedir.³⁵

31 Leslie PALTI, *Combattre le terrorisme tout en protégeant les droits de l'homme*, <http://www.un.org/french/pubs/chronique/2004/numero4/0404p27.html>, erişim: 5.03.2015

32 ONUDC, *Les droits de l'homme et les réponses de la justice pénale au terrorisme*, Programme de formation juridique contre le terrorisme, MODULE 4, Nations Unies New York, 2014, s. 5

33 France diplomatie, *La lutte contre le terrorisme*, <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrange-de-la-france/la-france-a-l-onu-1032/domaines-d-action-de-l-onu/la-paix-et-la-securite/article/la-lutte-contre-le-terrorisme>, erişim: 14.04.2015.

34 Emmanuelle Saulnier-CASSIA & Franck YONAN, *La lutte contre le terrorisme dans le droit et dans la jurisprudence de l'Union européenne*, Note de synthèse, s.6, <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/09-27-NS.pdf>, erişim: 5.03.2015

35 COE en bref, *que – faisons-nous*, <http://www.coe.int/fr/web/about-us/who-we-are>, erişim: 10.01.2015

İnsan haklarının korunmasında en etkili uluslararası yargısal mekanizma olan AIHM standartlarını da dikkate alan AK, bu alandaki çabalarıyla terör salgınına karşı etkili bir mücadelenin ancak insan haklarına tam bir saygı ile mümkün olduğunu hatırlatmayı sürdürmektedir.³⁶

AK'nin bu alandaki eylem felsefesi terörizmle, aynı zamanda temel değerlere saygı göstermek suretiyle mücadele edilebileceğini göstermeye çalışmaktır.³⁷

İnsan hakları, devletler açısından hiçbir zaman güvenlikten daha önemli ve öncelikli bir konuma sahip olamadıysa da, 11 Eylül, güvenlik ve insan hakları arasındaki ilişkiler açısından önemli bir kırılma noktasıdır. Bu tarihten sonra ABD ve İngiltere başta olmak üzere Batı demokrasileri, benzer saldırılara tekrar maruz kalmamak için yeni düzenlemeler geliştirmişlerdir. Örneğin, 'terörle mücadele' veya 'güvenlik' adına işkence ve kötü muamele yasağı ya da mültecilerin, işkence veya kötü muamele görebilecekleri ülkelere zorla geri gönderilmemesi (non-refoulement) gibi insan haklarının temel ilkelerini yoğun biçimde ve açıkça ihlale başlamışlardır. Çok sayıda insan, insan hakları açısından büyük riskler taşıyan ülkelere geri gönderilmiştir. Sonuç olarak 11 Eylül ile birlikte, terörizmin önlenmesi en önemli siyasi sorun haline gelmiştir. Böylece, daha önce gelişmekte olan ülkelere insan hakları ihlalleri gerekçesiyle müdahaleyi ahlakî bir sorumluluk olarak gören Batılı hükümetler, kendi güvenlikleri söz konusu olduğunda, insan haklarını kolaylıkla feda edebilmişlerdir.³⁸

Devletlerin egemenlikleri kapsamında, güvenliğin, demokrasi ve özgürlüklerin korunarak hukuk çerçevesinde sağlanması; uluslararası güvenlikten daha kolay gibi gözükmektedir. Bunun temelinde iç hukukun daha güçlü oluşunun payı büyüktür. Uluslararası güvenliğin de, demokrasi ve özgürlüklerden ödün vermeden sağlanmasının en iyi yolu, hukukun etkinliğinin ve demokrasinin küresel düzeyde geliştirilmesidir.³⁹

³⁶ CODEXTER, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/about_en.asp, erişim: 18.01.2015

³⁷ Xavier, PINON, *Le Conseil de L'Europe, une organisation au service de l'homme*, L.G.D.J, Paris 2011, s.165

³⁸ BALZACK, ENSAROĞLU, a.g.e, s.7

³⁹ YOKUŞ, a.g.m, s. 459

2. ULUSLARARASI TERÖRLE MÜCADELE STRATEJİLERİNDE GÜVENLİK VE ÖZGÜRLÜKLER DENGESİ

2.1. BM Küresel Terörizmle Mücadele Stratejisi

2.1.1. Hazırlık Çalışmaları

Terörle mücadele BM'nin görevinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. BM Şartı 1. maddesinde örgütün amaçlarını, barışın ve uluslararası güvenliğin sağlanması, barışa yönelik tehditleri önlemek ve bertaraf etmek amacıyla kolektif tedbirleri benimsemek ve insan haklarının ve ekonomik kalkınmanın geliştirilmesi olarak tanımlamaktadır.⁴⁰ Görüldüğü üzere BM'nin amaçları, güvenlik, özgürlük ve ekonomik kalkınma sacayağı ile özetlenebilir.

İnsan haklarının geliştirilmesi amacı, bu temel amacın, terör karşısında bir etkiye maruz kalmasının önlenmesi ve bu konunun sürekli bir takip altında tutulması, anlaşılabilir bir duyarlılığa ve kararlılığa işaret eder.⁴¹

BM'nin insan hakları programının eskiden beri üzerinde çalıştığı terörle mücadele gerekliliği ile temel hak ve özgürlüklere saygı arasında denge konusu, 11 Eylül 2001 olaylarından sonra daha fazla önem kazanmıştır. Çünkü terörle mücadele tedbirleri bu tarihten sonra yoğunlaşmıştır.⁴²

BM Siruca İlkeleri'nde de belirtildiği gibi, insan haklarına saygı ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması arasında derin bir bağlantı olduğundan, temel hak ve özgürlüklerin sistematik bir şekilde çiğnenmesi, aynı zamanda kamu güvenliği ve kamu düzeninin bozulması yoluyla uluslararası barış için de doğrudan bir tehlikeye dönüşebilecektir. Bu nedenle, terörle mücadelenin, hukukun üstünlüğü ve insan hakları normlarından bağımsız yürütülemeyeceği fikri, uluslararası metinlere işlenmiştir. Örneğin BM 2006 Küresel Terörle Mücadele Stratejisi'nde belirlenen dört ana başlıktan biri olan "insan haklarına saygı" kısmında önemli ilkeler sıralanmıştır.⁴³

⁴⁰ Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/chart_turkce.pdf, erişim: 10.04.2015

⁴¹ TARHANLI, a.g.m, s.692; BM'nin insan hakları ayağı konusunda bkz. Ayhan Döner, İnsan Haklarının Uluslar Arası Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.35 vd.

⁴² GAUTRIN, a.g.r, erişim 14.04.2015

⁴³ TELLİ, a.g.m, s.128

BM terör tehdidiyle mücadele etmek ve bu salgının önünü almak için üye devletlere yardım etmek için somut tedbirler almıştır. Küresel terörle mücadele stratejisi bu tedbirleri açıklığa kavuşturmakta, güçlendirmekte ve somut bir eylem planı şeklinde bir araya getirmektedir.

BM tarafından farklı terörle mücadele faaliyetlerini ortak bir çerçeveye oturtma ve teröre karşı ayrıntılı ve küresel bir strateji hazırlama ihtiyacı ilk olarak “Tehditler, Sorunlar ve Değişim Hakkında Yüksek Düzey Kişiler Grubu” tarafından yürütülmüştür. Bu grup 2004 Aralık raporunda terörün yayılmasına neden olan koşulları dikkate alan, aynı zamanda insan haklarının savunulmasını gözeterek üye devletlerin kapasitelerini ve hukuk devletini güçlendirecek şekilde terörle mücadeleyi amaçlayan küresel bir strateji hazırlama ihtiyacına dikkat çekmiştir. Ayrıca BM’den küresel bir strateji geliştirmede öncü rol oynamasını talep etmiştir.⁴⁴

2005 Eylül zirvesini hazırlarken ve Madrid saldırılarının birinci yıldönümünde Genel Sekreter Kofi Annan, yüksek seviyeli grubun tavsiyelerine dayanarak 10 Mart 2005 tarihli Madrid konuşması⁴⁵sırasında teröre karşı küresel bir strateji için önerilerini açıklamıştır. Önerilen strateji şu beş stratejik öğeyi ya da temel ilkeyi içermekteydi:⁴⁶

- Grupları teröre başvurmaktan caydırmak;
- Grupları bir saldırıya girişmek vasıtalarından mahrum bırakmak;
- Devletleri terör örgütlerini desteklemekten caydırmak;
- Devletlerin terörü önleme kapasitelerini güçlendirmek;
- Terör ve terörle mücadele bağlamında insan haklarını savunmak.

Bu önerilerle Genel Sekreter, Birleşmiş Milletler sistemine ve üye devletlere önleyici olduğu kadar operasyonel müdahaleler ve kısa, orta ve uzun vadeli tedbirlerle teröre karşı etkili ve küresel bir yaklaşıma imkan veren bir vizyon sunmaktaydı. Aynı zamanda üye devletlere bölgesel ve küresel olduğu kadar ulusal terörle mücadele inisiyatiflerinde etkili şekilde yardımcı olmaya imkân sağlayan pratik bir çerçeve oluşturmaktaydı.

BM’nin Eylül 2005 zirvesi sırasında üye devletler ilk defa terörün failleri, yerleri ve amaçları ne olursa olsun terörün tereddütsüz ve açık şekilde

⁴⁴ Panelin önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UN, <http://www.un.org/en/terrorism/highlevelpanel.shtml>, erişim, 23.04.2015

⁴⁵ l’ONU, <http://www.un.org/press/fr/2005/SGSM9757.doc.htm>, erişim, 23.04.2015

⁴⁶ NATIONS UNIES, *Annuaire des Nations Unies sur Le Désarmement 2006*, Volume 31, 2006, New York, 2009, s. 228

kınanması üzerinde bir uzlaşmaya varmışlardır. 14-16 Eylül 2005 tarihlerindeki Genel Kurulun yüksek seviyeli toplantısı sırasında benimsenen sonuç belgesinde, dünya liderleri terörün ortak bir tanımına ulaşmak ve uluslararası terör hakkında küresel bir sözleşmenin nihai metnini hazırlamak için ellerinden geleni yapmak hususunda mutabık kalmışlardır.⁴⁷

30 Kasım 2005 tarihli AB Terörle Mücadele Stratejisinde de, AB'nin BM'de terörle mücadeleye yönelik küresel bir strateji oluşturma çabalarını destekleyeceği ifade edilmiştir (Giriş, parag.4).⁴⁸

Eylül 2005 zirvesinin sonuç belgesinin çağrısına karşılık olarak, bir terörle mücadele stratejisi için tavsiyelerini gözden geçiren ve detaylandıran Genel Sekreter 2 Mayıs 2006'da Genel Kurul önünde "Teröre Karşı Birleşmek: Küresel Bir Terörle Mücadele Stratejisi İçin Tavsiyeler" raporunu sunmuştur.⁴⁹ Bu rapor, özellikle terörle mücadeleye ilişkin BM'nin mevcut faaliyetlerini sıralamakta, daha önce başlatılan çabaları güçlendirmek için araçlar önermekte ve stratejik beş sütunda ayrıntılı tavsiyeler içermektedir.

Tartışma temeli olarak Genel Sekreterin tavsiyelerini dikkate alarak, üye devletler 2005 Eylül zirvesinde verilen taahhütlere uygun olarak küresel bir terörle mücadele stratejisi kaleme almak için 11 Mayıs 2006'da istişarelere başlamıştır. Bu istişareler sonucu BM Genel Kurulu 8 Eylül 2006'da, küresel terörle mücadele stratejisini benimsediği 60/288 sayılı kararı oylayarak, terörle mücadele faaliyetlerinde insan haklarına saygının merkezi niteliğini teyit etmiştir.⁵⁰

2.1.2. Genel Olarak Strateji

Bir eylem planının eklendiği Genel Kurul kararı olarak tasarlanan bu belge terörle mücadele çerçevesinde stratejik ve operasyonel bir adıma ilişkin 192 ülkenin ilk ortak yaklaşımını oluşturmaktadır. Bu strateji; ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde yürütülen terörle mücadele faaliyetlerinin etkinliğini iyileştirmek için yegane belgeyi teşkil etmektedir.⁵¹

47 <http://www.un.org/fr/terrorism/background.shtml>, erişim, 23.04.2015

48 KDGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013, s.355

49 <http://www.un.org/fr/terrorism/background.shtml>, erişim, 23.04.2015

50 ONUDC, Les droits de l'homme et les réponses de la justice pénale au terrorisme, Programme de formation juridique contre le terrorisme, MODULE 4, Nations Unies New York, 2014, s. 94

51 <http://www.un.org/fr/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtmlm>, erişim: 21.04.2015

On sayfadan ibaret ve elli tavsiye içeren stratejinin giriş bölümünde; “tüm şekil ve tezahürleri ile terör eylemlerinin, yöntemlerinin ve uygulamalarının insan hakları, temel özgürlükler ve demokrasiyi tahrip etmeyi amaçlayan faaliyetler olduğunu vurgulayarak...” denilmek suretiyle terörün insan hakları ve demokrasiye yönelik olumsuz etkilerine dikkat çekilmektedir.⁵²

Bu strateji aşağıdaki alanlarda bir eylem planıyla somutlaştırılmaktadır:

- Terörün yaygınlaşmasına neden olan koşulları analiz etmek,
- Bu olguyu önlemek ve bununla mücadele etmek, devletlerin terörle mücadele için sahip oldukları vasıtaları güçlendirmek için tedbirler almak,
- Aynı zamanda BM’nin bu alandaki rolünü güçlendirmek,
- Terörle mücadele çerçevesinde insan haklarına saygıyı güvence altına almak.⁵³

Ortak bir stratejik çerçeve altında üye devletlerin, BM kuruluşları ile diğer bölgesel ve uluslararası aktörlerin yürüyen faaliyetlerine ilişkin bir dizi öneri ve iyileştirmeleri bir araya getiren Strateji aşağıda sayılan önemli yeni girişimleri öngörmektedir:⁵⁴

- Devletlerin rollerini gerçek şekilde oynayabilmeleri amacıyla terörle mücadele için teknik yardım ödemelerinin etkinliği ve tutarlılığını iyileştirmek,
- Gönüllülük esasına dayalı, terör mağdurları ve ailelerinin ihtiyaçlarına imtiyaz tanıyan yardım sistemleri oluşturmak,
- Biyolojik terör tehdidine karşı koymak,
- Sivil toplumu, bölgesel ve bölgesel altı örgütleri terörle mücadeleye katmak ve özellikle hassas hedeflere karşı saldırıları engellemek için özel sektörle ortaklıklar geliştirmek,
- İnternetin terör amaçlarıyla kullanımının artan tehdidine karşı mücadele için yenilikçi araçları araştırmak,
- Teröristlerin yer değiştirmesini ve yasadışı maddelerin hareketini engellemek amacıyla, gümrük ve sınır kontrol sistemlerini modernize etmek ve seyahat belgelerinin güvenliğini iyileştirmek,

⁵² KDGM, Strateji Belgeleri, s.370

⁵³ <http://www.un.org/french/terrorism/index.shtml>, erişim: 21.04.2015

⁵⁴ http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/288, erişim: 21.04.2015

- Kara paranın aklanması ve terörün finansmanı ile mücadele amacıyla işbirliğini geliştirmek.⁵⁵

Stratejide, terörün bir dine, milliyete, medeniyete veya belli bir etnik kökene mal edilemeyeceği ve mal edilmemesi gerektiği de açıkça vurgulanmaktadır. Ayrıca, Stratejide devletlerin mali ve operasyonel düzeyde teröristlere sığınma sağlamayı reddetme ve geri verme ya da yargılama yoluyla adalet önüne çıkartmak suretiyle siyasi sığınma sisteminden yararlanmalarını engelleme sorumluluğu vurgulanmıştır.⁵⁶

Genel Kurul, bu stratejiyi benimseyerek terörle mücadelede kendisine düşen rolü yinelemiş ve faaliyet alanını güçlendirmiştir. Şimdi bütün devletler Stratejiyi uygulamak ve uluslararası toplumun terörle mücadelede tam kararlılığını göstermek durumundadırlar.⁵⁷

2.1.3. Stratejide İnsan Hakları Vurgusu

BM üyesi ülkeler tarafından hazırlanan ve benimsenen küresel strateji insan haklarının korunması ve hukuk devleti saygı gereklerine uygundur. Devletlerin oy birliği ile kabul ettikleri eylem planı demokratik toplumun savunulması ve bireysel hakların korunması gerekliliklerini uzlaştırarak “Terörle mücadelenin temel dayanağı olarak insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne saygıyı güvence altına alan tedbirler” başlığı adı altında müstakil bir bölüm içermektedir.⁵⁸

Strateji, insan hakları ve güvenlik arasındaki karmaşık bağları teyit etmekte ve hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyı ulusal ve uluslararası terörle mücadelenin odağına yerleştirmektedir. Bu stratejide üye devletler terörle mücadelenin esas dayanağı olarak insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne saygıyı güvence altına almayı taahhüt etmişlerdir. Sonuç vermesi için böyle bir misyon özellikle terör fiillerini önlemeyi, yayılmalarına uygun

⁵⁵ http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/288, erişim: 23.04.2015.

⁵⁶ Bu husus Stratejinin giriş bölümünde, “*Aynı zamanda terörün hiçbir dinle, milletle, medeniyetle ya da etnik grupla bağdaştırılmayacağını ve bağdaştırılmaması gerektiğini hatırlatarak*,” şeklinde dile getirilmiştir. KDGM, Strateji Belgeleri, s.370

⁵⁷ La Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies, <http://www.un.org/fr/terrorism/strategy-counter-terrorism.shtml>, erişim: 15.04.2015

⁵⁸ Katouya Kevin CONSTANT, Réflexions sur les instruments de pénal internationale et européenne de lutte contre le terrorisme, Université Nancy 2, Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion École doctorale des Sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion, SJPEG R n° 79/2010, s. 584.

koşulları elimine etmeyi; böyle suç fiillerinin faillerini hukuken kovuşturma ve geri vermeyi; sivil toplumun aktif katılım ve inisiyatif almasını; ve tüm insan hakları ihlalleri mağdurlarına gerekli her türlü özeni sağlamayı içermelidir.⁵⁹

Strateji, ilk olarak terör eylemlerini kesin bir dille mahkûm etmekte ve devletlerin yargı yetkileri dâhilinde yaşayanları terörden koruma yükümlülüklerini kabul etmektedir. Bu ödev, devletin vatandaş, vatansız veya yabancı olduğuna bakmaksızın ülkesinde yaşayan herkesin haklarının korunmasında dikkat ve özen gösterme yükümlülüğüne dayanır. Diğer bir ifadeyle, devlet, kamu makamlarının dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemeleri nedeniyle bazı bireylerin diğer bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal etmelerini önlemekle yükümlüdür.

Strateji, ikinci olarak terörle mücadele tedbirleri bağlamında temel hak ve özgürlüklerin korunması meselesini öncelikli bir konu olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla terörle mücadele ederken aynı zamanda insan haklarının savunulması ve hukuk devletinin sürdürülmesi yani güvenlik ve özgürlük dengesinin sağlanması BM Küresel Terörle Mücadele Stratejisinin odağında yer almaktadır.

Bir devlet, kendi ülkesindeki terör eylemlerine karşı, ulusal ve uluslararası hukukun öngördüğü çerçeve içinde, özellikle insan hakları hukukunun uluslararası standartlarını göz önünde tutarak, uygun tedbirleri almaya yetkilidir. Bu nedenle, terör karşısında insan haklarının korunması da, aslında devletlerin hukuki yükümlülükleri arasındadır. Terör eylemlerinin özellikle yöneldiği hakların, kategorik olarak mutlak niteliğe sahip olması, devletin bu yükümlülüğünü büyük bir özenle icra etme sorumluluğunu daha da artırmaktadır.⁶⁰

Diğer yandan stratejinin giriş kısmında yer alan aşağıdaki ifadelerde, terörle mücadele edilirken insan haklarına saygı gösterilmesi gereği vurgulanmaktadır. Bunlar;

“...insan hakları ve temel özgürlüklere saygıyı, ırk, cinsiyet, dil veya din ayrımı yapmaksızın herkesin haklarının eşitliği ilkesini, ...hatırlatarak” (Paragraf, V).

Kalkınma, barış ve güvenliğin ve insan haklarının birbirine bağlı olduğunu ve birbirini güçlendirdiğini kabul ederek” (Paragraf, XI).

⁵⁹ HCNUDH, s. 22.

⁶⁰ TARHANLI, a.g.e, s. 697

“...herkes için insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü destekleyerek, kültürler arasında anlayışı iyileştirmeyi ve bütün dinler, dini değerler, inançlar ve kültürlerle saygıyı sağlamayı, ...vurgulayarak. (Paragraf, XIII).

2.1.4. Eylem Planında İnsan Hakları Politikaları

Stratejiye ekli eylem planının⁶¹ girişinde; güvenlik ve özgürlük dengesini vurgulayan “BM üyesi devletlerin, “Genel Kurulun uluslararası terörü ortadan kaldırmaya ilişkin bütün kararları ile Genel Kurulun terörle mücadelede insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını içeren ilgili kararlarını uygulamaya” karar verdikleri ifadesine yer verilmektedir ((Paragraf, 2/b).

Ayrıca, üye devletlerin, “uluslararası işbirliği ve terörü önlemek ve bununla mücadele için alınacak tüm önlemlerin uluslararası hukuk, özellikle BM Şartı ve ilgili uluslararası sözleşme ve protokollerin, özellikle insan hakları, mülteci hukuku ve uluslararası insani hukukun getirdiği yükümlülüklerle uygun olmasını kabul ettikleri”, vurgulanmaktadır (Paragraf, 3).

Eylem planının “Terörün yaygınlaşmasına neden olan koşulları ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler” başlıklı I. Bölümünde, “ hiçbir koşulun terör eylemlerine bahane ve gerekçe oluşturamayacağı vurgulanarak, terörün yaygınlaşmasına neden olan koşullar arasında; eşitlik, hukukun üstünlüğünün eksikliği ve insan hakları ihlalleri, etnik, ulusal ve dini ayrımcılık, siyasi dışlanma” da sayılmaktadır (Tedbir,1).

Bu başlık altında yer alan önemli bir tedbir de, “Medeniyetler, kültürler, milletler ve dinler arasında diyalog, hoşgörü ve anlayışı desteklemek ve dinlerin, dini değerlerin, inançların ve kültürlerin aşılanmasını önlemek ve bunlara saygıyı temin etmek üzere BM himayesinde girişim ve programları düzenlemeye devam etmek” şeklinde belirtilmiştir (Tedbir, 2).

Bu bağlamda öne çıkan diğer bir tedbir ise, “bir bütün olarak BM sistemini hukuk devleti, insan hakları ve iyi yönetim gibi alanlarda hâlihazırda yaptığı işbirliği ve yardımlaşmayı artırmak için teşvik etmek” olarak formüle edilmiştir (Tedbir,7).

“Terörün Önlenmesi ve Bununla Mücadeleye Yönelik Tedbirler” başlıklı II. Bölümde yer alan bazı tedbirlerde de, güvenlik ve özgürlük dengesini gözetilen ifadeler yer verilmektedir.

⁶¹ KDGM, Strateji Belgeleri, s.372

“Terör eylemleri sorumlularının, ulusal hukuk ve özellikle insan haklarına, mülteci hukukuna ve uluslararası insani hukuk olmak üzere uluslararası hukukun ilgili hükümleri uyarınca, yakalanmaları, kovuşturulmaları ile geri verilmelerini sağlamak...” (Tebdir, 3).

“Terör eylemlerine katılmadığının anlaşılması için sığınma sağlamadan önce, sığınma sağlandıktan sonra ise, sığınmacı statüsünün, bu bölümün 1. paragrafı hükümlerine aykırı olarak kullanılmadığının tespiti için gerekli önlemlerin alınması” (Tebdir, 7).

“BM Teşkilatı ile uluslararası hukukun öngördüğü yükümlülükler göre ve insan haklarına saygı içinde gizliliğe zarar vermeksizin (internetin terör örgütlerince kullanılmasını önlemeye dönük) yeni araçları keşfetmek için çalışmak (Tebdir, 12)”

Eylem planının “Terörün önlenmesi ve Terörle Mücadele Amacıyla Devletlerin Kapasitesini Arttırmaya ve Bu Anlamda BM Sisteminin Rolünü Güçlendirmeye Yönelik Tedbirler” başlıklı III. Bölümünde insan haklarına ilişkin herhangi bir eyleme yer verilmemiştir.

Eylem planının IV. Bölümü “Terörle Mücadelenin Esası Olarak İnsan Haklarına ve Hukukun Üstünlüğüne Saygıyı Güvence Altına Almaya Yönelik Tedbirler” başlığını taşımaktadır. Bu bağlamda; “Herkes için insan haklarının ve hukukun üstünlüğünün savunulması ve korunmasının Stratejinin bütün bileşenleri için vazgeçilmez olduğunu vurgulayarak, teröre karşı etkili bir faaliyet ve insan haklarının korunmasının çelişkili değil, birbirini tamamlayan ve sinerji yaratıcı amaçlar olduğunu kabul ederek, terör mağdurlarının korunması ve savunulmasının gerekliliğini vurgulayarak aşağıdaki tedbirleri almaya kararlıyız” denilerek dokuz tedbir/eylem sayılmaktadır. Bunlar;⁶²

“1. Genel Kurulun 16 Aralık 2005 tarih ve 60/158 sayılı kararının “terörle mücadelede insan haklarının korunması” için temel çerçeveyi koyduğunu tekrar vurgulamak .

2. Devletlerin terörle mücadelede aldıkları bütün önlemlerin başta uluslararası insan hakları, mülteci ve insancıl hukuk olmak üzere uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun olmasını gözetmeleri gerektiğini teyit etmek.

3. Uluslararası insan hakları hukukunun, uluslararası mülteci hukukunun ve uluslararası insani hukukun temel sözleşmelerine gecikmeksizin taraf olmayı ve uygulamaya koymayı düşünmelerini ve bölgesel ve uluslararası

⁶² KDGM, Strateji Belgeleri, s. 380

insan hakları denetim mekanizmalarının yetkilerini tanımayı değerlendirmek.

4. Uluslararası hukuk kapsamındaki yükümlülükler uyarınca, hukukun üstünlüğüne dayanan ve etkili bir ceza adaleti mekanizması uygulamaya koymak ve sürdürmek; terörist eylemlerin finansmanına, planlanmasına, hazırlanmasına ve gerçekleştirilmesine veya teröristlere barınak sağlanmasına destek sağlayan kişilerin, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı içinde iade et veya yargıla ilkesine dayanarak adalet önüne çıkartılmaları ve bu terör eylemlerinin mevzuat ve ulusal düzenlemelerde ağır suç haline getirilmeleri için her türlü çabayı göstermek. Devletlerin hukukun üstünlüğüne dayanan böyle bir etkili ceza adaleti mekanizması hayata geçirmek ve sürdürmek için yardıma ihtiyaçları olacağını biliyoruz ve onları diğerlerinin yanısıra BM Suç ve Uyuşturucu ile Mücadele Ofisi tarafından sunulan teknik yardımdan faydalanmaya teşvik ediyoruz.

5. BM sisteminin, teröre karşı ortak mücadelemizin esas ilkelerini oluşturan hukukun üstünlüğünü, insan haklarına saygıyı ve ceza adaletinin etkinliği mekanizmalarını geliştirerek uluslararası hukuki yapıyı güçlendirmek için oynadığı önemli rolü yineler.

6. İnsan Hakları Konseyini desteklemek, terörle mücadelede herkes için insan haklarının korunması ve savunulması konusundaki çalışmalara, somutlaştığı ölçüde, katkıda bulunmak.

7. Özellikle operasyonları ve saha operasyonu ve sahada bulunmayı artırarak BM İnsan Hakları Yüksek Komiserinin operasyonel kapasitesinin güçlendirilmesini desteklemek. Yüksek Komiserlik terörle mücadelede insan haklarının korunmasını inceleyerek, devletlerin insan hakları alanındaki yükümlülükleri alanında genel tavsiyeler oluşturarak ve bunlara, talep halinde özellikle ulusal kovuşturma makamlarının uluslararası insan hakları hukuku konusunda bilinçlendirilmesine ilişkin görüş ve yardım sağlayarak öncürol oynamaya devam etmelidir.

8. Terörle mücadelede İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi hakkında özel raportöre düşen rolü desteklemek. Komiser, devletlerin rolünü desteklemeye ve hükümetlerle iletişim halinde bulunarak, ülke ziyaretleri gerçekleştirerek, BM ve bölgesel kuruluşlarla irtibat kurarak ve bu sorunlara ilişkin raporlar hazırlayarak somut önerilerde bulunmaya devam etmelidir.

2.2. AK Bakanlar Komitesi'nin İnsan Hakları ve Terörle Mücadelede Kılavuz İlkeleri

2.2.1. Genel Olarak

Terör tehdidi birçok dünya ülkesini etkilemektedir. Avrupa planında en geniş bölgesel örgüt olan AK, bu problemle 1970'li yıllardan beri uğraşmakta ise de, çabalarını özellikle 11 Eylül 2001'den beri yoğunlaştırmıştır. AK bu alandaki çabalarıyla terör salgına karşı etkili bir mücadelenin ancak insan haklarına tam bir saygı ile mümkün olduğunu hatırlatmayı sürdürmektedir.

AK'nin terörle mücadelesi üç temel sütun üzerine dayanmaktadır:

- Teröre karşı hukuki mücadelenin güçlendirilmesi,
- Temel değerlerin korunması,
- Terörün nedenleriyle mücadele.⁶³

AK, hükümetler arası iki uzmanlar komitesi oluşturmuştur: 2001'de oluşturulan Terörle uluslararası mücadele çok disiplinli grup (GMT) ve 2003'de bunun yerini alan Terör Konusunda Uzmanlar Komitesi (CODEXTER). Bu son Komite halen öncelikli alanlarda faaliyetini sürdürmektedir. Bu Komitenin çalışmaları çok sayıda uluslararası belge ve yayının ortaya çıkarılmasıyla sonuçlanmıştır.⁶⁴

AK eski İnsan Hakları Komiseri'nin ifadesiyle, AK'ye üye bütün devletlerin terörle mücadele etmek gibi görevleri ve insan hakları hukuku çerçevesinde yurttaşlarının yaşamını korumak gibi pozitif bir yükümlülükleri vardır.⁶⁵

AK'nin bu alandaki eylem felsefesi terörizmle, aynı zamanda temel değerlere saygı göstermek suretiyle mücadele edilebileceğini göstermeye çalışmaktadır.⁶⁶

⁶³ http://www.un.org/en/sc/ctc/specialmeetings/2011/docs/coe/coe-cttf_leaflet_fr.pdf, erişim: 25.04.2015

⁶⁴ Ergin ERGÜL, Terörizmle Uluslararası Mücadele Stratejilerinde İnsan Hakları Politikaları, in Hüseyin AKDOĞAN, Yavuz KAHYA, Nurullah ALTUN, Ortadoğu'daki Siyasi Gelişmeler ve Güvenlik, Ankara 2012, s.133

⁶⁵ Thomas HAMMARBERG (çev. Ayşen Ekmekçi), Avrupa'da İnsan Hakları, İletişim yayınları, Ankara 2011, s.248

⁶⁶ Xavier, PINON, Le Conseil de L'Europe, une organisation au service de l'homme, L.G.D.J, Paris 2011, s.165

Güvenlik ve özgürlükler dengesinin bilincinde olan AK, 11 Eylül saldırılarının sonuçlarının henüz çok taze olduğu bir dönemde, 11 Temmuz 2002 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen “İnsan Hakları ve Terörle Mücadele Hakkında İlkeler” adlı bir hukuk metni yayınlamıştır. Bu metin insan hakları ve terörle mücadele konusunda hazırlanmış ilk uluslararası hukuk metni olarak kabul edilmektedir.⁶⁷ Bu metinde 11 Eylül saldırıları ardından terörle mücadelenin en büyük siyasi öncelik haline geldiği belirtildikten sonra yapılan saldırıların temel insan hakları değerlerine, demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne indirilen bir darbe olarak algılandığı ortaya konmuştur. Teröre verilecek karşılıkta yasal araçların ve meşru güç kullanımının bir gereklilik olduğunun teyit edildiği raporda, bu kuvvet kullanımının devletin koruması gereken temel değerleri riske atmayacak ölçüde yapılmasının önemi vurgulanmıştır. İnsan haklarının gözetilmesi ihtiyacının hiçbir şart altında terörle etkili bir şekilde mücadele etmeyi engellemeyeceği üzerinde durulmuştur.⁶⁸

2.2.2. İlkelerin Hazırlanması

Bu belge klasik anlamda bir strateji belgesi olmasa da, ulusal strateji ve politikalara dayanak oluşturacak, alanında ilk ve temel bir belgedir. İlkeler AİHM'nin oluşturduğu içtihadı teyit etmekte ve Avrupa'da terörle mücadele politikalarının kilit normlarını tanımlamaktadır.⁶⁹

Terörle mücadelede insan haklarına saygı alanında en kapsamlı belge olan bu ilkeler AK bünyesinde, 11 Temmuz 2002 tarihli 804. Bakan Delegeleleri toplantısında kabul edilmiştir. Daha sonra ilkeler ve hazırlanmasında yararlanan metinler AK tarafından birlikte kitap olarak yayınlanmıştır.⁷⁰

AK Genel Sekreteri Thorbjorn Jagland çalışmanın önemini şöyle vurgulamaktadır:

⁶⁷ Emilie ROBERT. L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne: Mesures européennes de lutte contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001. Law. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2012, s.76, elektronik versiyon için bkz. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00730914/document>

⁶⁸ KARADENİZ, a.g.t, s. 421

⁶⁹ TOMLINSON, a.g.r, s.6.

⁷⁰ Kitap için bkz. <http://www.kdgm.gov.tr/snetix/solutions/kdgm/resources/uploads/ingilizce.pdf>. Bu kitap Mart 2011'de Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığınca Türkçe'ye çevrilmiş ve beş bin adet basılarak ilgililere dağıtılmıştır. KDGM, İnsan Hakları ve Terörle Mücadele, Ankara 2011.

“Çalışma, BM ve AK tarafından kabul edilmiş olan ilgili siyasi ve hukuki metinleri içermektedir. Bu konu ile ilgilenen sivil toplumun yanında terörle mücadele eden tüm siyasi ve hukuki kuruluşlara yararlı bir kaynak olacaktır.

Bu metinler, insan haklarının korunmasının ve terörle mücadelenin birbirinden ayrılmaz iki misyon olduğunu ve insan haklarının korunmasına ve hukuk devletine saygıya dayanan kapsamlı bir yaklaşımın, terörle mücadeleye bir engel olmadığını, bilakis katkısı olduğunu açıkça göstermektedir”.⁷¹

Bunun dışında, ilkeler arasında terör faillerinin adalet önüne çıkartılmasında uluslararası işbirliği, terör mağdurlarının tazmini ve teröre yol açan sebeplerin ortadan kaldırılmasına yönelik uzun vadeli tedbirler alınması yer almaktadır. Ayrıca, Bakanlar Komitesi üye Devletleri, bu ilkelerin terörle mücadeleden sorumlu tüm yetkililere geniş bir şekilde dağıtılmasını sağlamaya davet etmektedir.⁷²

2.2.3. İlkeler

İlkeler 17 başlıktan oluşmaktadır. İlkeler, esas olarak insan hakları ve terörle mücadelede devletin herkesi teröre karşı koruma yükümlülüğünü, keyfiliğin yasaklanmasını, terörle mücadele tedbirlerinin hukuka uygunluk gerekliliğini ve mutlak işkence yasağını teyit etmektedirler. Ayrıca özellikle, kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi, özel hayata müdahale tedbirleri, yakalama, gözaltına alma ve tutuklama, adli kovuşturmalar, suçluları geri verme ve mağdurların tazmini konularında hukuki bir çerçeve tespit etmektedir.

2.2.4. Belgede Özgürlük ve Güvenlik Dengesi

Belgenin girişinde terörün insan hakları üzerindeki etkisine ilişkin olarak şu hususlar öne çıkmaktadır:

- Terör, insan haklarını ciddi bir şekilde tehlikeye atmakta, demokrasiyi tehdit etmekte ve özellikle meşru bir şekilde kurulmuş hükümetleri istikrarsızlığa uğratmayı ve çoğulcu sivil toplumu yıkmayı amaçlamaktadır.
- Her nerede ve her kim tarafından gerçekleştirilmiş olursa olsun, teröre ait her tür eylem, yöntem ve faaliyet suçtur ve haklı görülemez.

⁷¹ KDGM, a.g.e, s. XII

⁷² KDGM, a.g.e, s.4.

- Bir terör eyleminin hiçbir zaman, insan hakları gibi gerekçeler ileri sürülerek haklı ve mazur gösterilemeyeceği ve hakkın kötüye kullanımının asla korunamaz.

Buna karşın, “terörle mücadelede insan haklarına, hukukun üstünlüğüne ve gerektiğinde uluslararası insani hukuka saygının yalnızca mümkün değil, aynı zamanda mutlak surette gerekli olduğu, ayrıca terörle mücadelede, devletlerin, insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası belgelere saygı gösterme yükümlülüğünü, özellikle de üye devletlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşme ile AİHM içtihadına uyma yükümlülüğü hatırlatılarak, terörle mücadelede insan haklarının korunması güçlü bir şekilde vurgulanmaktadır.

Başlangıç bölümünün son cümlesinde, Bakanlar Komitesi üye devletleri, bu ilkelerin terörle mücadeleden sorumlu tüm yetkililere geniş bir şekilde dağıtılmasını sağlamaya davet etmektedir.⁷³

3.2. AB Terörizmle Mücadele Stratejisi

2.3.1. Genel Olarak

Terörle uluslararası alanda olduğu kadar ulusal düzeyde de mücadele edilmesi gerektiğinden hareketle AB bu konuda mücadelesini 11 Eylül 2001 ve özellikle Madrid (2004) ve Londra (2005) saldırılarından itibaren yoğunlaştırmıştır. AB Konsey Başkanlığı ve terörle mücadele koordinatörünün önerilerini dikkate alarak, Konsey 30 Kasım 2005 tarihinde “AB Terörle Mücadele Stratejisini” benimsemiştir.⁷⁴

12 Aralık 2003 tarihli Avrupa Güvenlik Stratejisinin sağladığı kapsamlı kavramsal çerçeveden yararlanılarak AB Terörizmle Mücadele Stratejisi 30 Kasım 2005 tarihinde kabul edilmiştir. Sözü edilen ikinci belgede, insan haklarına saygı duyarak küresel düzeyde terörizmle mücadele etmek taahhüdünde bulunulmuştur. Ayrıca, AB vatandaşlarının özgürlük, güvenlik ve adalet alanı içinde yaşamalarına imkân vererek Avrupa’yı daha güvenilir kılmak sözü verilmiştir. Bütün devletlere ve bütün insanlara karşı bir tehdit

⁷³ KDGM, a.g.e, 4.

⁷⁴ <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?!=EN&f=ST%2014469%202005%20REV%204>, erişim: 15.4.2015

olan terörizmle mücadelenin, ulusal düzeyde, Avrupa düzeyinde ve uluslararası düzeyde çalışma gerektirdiği tespiti yapılmıştır.⁷⁵

1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması'nda iki özel yetki alanı şeklinde sınıflandırılan AB yetkilerinin kapsadığı çeşitli politika alanları, terörizmle mücadele stratejisinin unsurlarını oluşturmaktadır. AB'nin terörizmle mücadele stratejisi; "önleme", "koruma", "izleme" ve "karşılık verme"den oluşan dört temel amaç çerçevesinde yürütülmektedir. Bu kapsamda, AB'deki çeşitli kurumlar tarafından yürütülen terörizmle mücadele çalışmaları, radikalleşmenin önüne geçilerek terör örgütlerinin insan kaynağının kesilmesinden, bir terör eylemi ile karşılaşılması durumunda ortaya çıkabilecek zararların asgariye indirilmesine kadar bütünsel bir anlayış ile ele alınmaktadır.⁷⁶

Şemalarla birlikte 13 sayfadan ibaret olan stratejinin kapağında, "AB'nin stratejik taahhüdü: İnsan haklarına saygı göstererek terörle küresel alanda mücadele etmek ve vatandaşlarına özgürlük, güvenlik ve adalet ortamında yaşamalarını sağlayacak şekilde Avrupa'yı daha güvenli kılmak" ifadesi yer almaktadır.⁷⁷

Stratejide, AB'deki çeşitli kurumlar tarafından yürütülen terörizmle mücadele çalışmaları, radikalleşmenin önüne geçilerek terör örgütlerinin insan kaynağının kesilmesinden, bir terör eylemi ile karşılaşılması durumunda ortaya çıkabilecek zararların asgariye indirilmesine kadar bütünsel bir anlayış ile ele alınmaktadır.⁷⁸

Stratejinin 41. maddesi uzmanlar düzeyinde detaylı bir eylem planı ile tamamlanmasını öngörmektedir. Bu plan AB Konseyi tarafından 13 Şubat 2006 tarihinde açıklanmıştır.⁷⁹

⁷⁵ Burak TANGÖR, Sevinç SAYIN, Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı mı?, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 11, No:1 (Yıl: 2012), s.87

⁷⁶ TANGÖR/SAYIN, a.g.m, s.93

⁷⁷ Türkçe metin için bkz. KDGM, Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri, Ankara 2013. Stratejinin İngilizce metni için bkz. <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2014469%202005%20REV%204>,

⁷⁸ TANGÖR/SAYIN, a.g.m, s. 87

⁷⁹ Council of the European Union (2007). EU Action Plan on Combating Terrorism, Brussels. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/EU_PlanOfAction10586.pdf. Eylem Planının analizi ve eleştirisi için bkz: Thomas DELANEY, The EU Plan of Action on Combating Terrorism: An Ambiguous and Redundant Tool of Governance,

Avrupa Birliği'nin terörizmle mücadele alanındaki kapsayıcı yaklaşımını ortaya koyan belge, terörizmle mücadeleyi dört kısımda ele almaktadır. Birinci kısım, radikalleşmenin ve terörizme katılımın önüne geçilmesi için "önleme"dir. İkincisi, AB vatandaşlarını ve altyapıyı koruma konusuna odaklanan "koruma"dır. Üçüncüsü, Birlik içinde ve dışında teröristleri izleyip yakalamaya ve adalet önüne çıkarmaya ilişkin "izleme"dir. Son olarak dördüncü kısım, bir terör eyleminin sonuçlarını asgariye indirme ve krizleri iyi yönetme hakkındaki "karşılık verme"dir. AB Terörizmle Mücadele Stratejisi, Birlik bünyesinde terörizmle mücadele alanındaki işbirliği ve eşgüdüm çalışmalarına da ışık tutmaktadır. Terörizmle mücadele amacıyla 2010-2014 yılları arasında adalet ve içişleri konularında atılması öngörülen adımlar Stockholm Programında da belirlenmektedir.⁸⁰Avrupa Güvenlik Stratejisi ile AB Terörizmle Mücadele Stratejisinin devamı niteliğindeki Eylem Hâlindeki AB İç Güvenlik Stratejisinde⁸¹ ise söz konusu strateji belgesinin amaçlarından birisi olan "terörizmi önlemek ve radikalleşme ve katılımın üzerine gitmek" için 2011 yılından 2014 yılına kadar yapılacaklar tespit edilmektedir.⁸²

2.3.2. Stratejide İnsan Hakları Vurgusu

AB, terörizmle mücadele stratejisinin temelini hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ilkelerini yerleştirmiştir. Herkesin temel insan haklarının korunması, AB hukukunun temelini oluşturmaktadır. Barış ve güvenliği sürdürmek üzere alınan tedbirler, AİHS ve AB Temel Haklar şartının içerdiği haklara saygılı olmalıdır. Başsavcı Poiares Maduro'nun, Kadı ve El-Bereket davasına ilişkin kanaatinde isabetli bir biçimde gözlemlediği gibi, "uluslararası barış ve güvenliği korumak için bir tedbir alınması gerektiği iddiası, AB hukukunun genel ilkelerinin önüne geçecek ve bireyleri temel haklarından mahrum edecek şekilde yürürlüğe konulamaz."⁸³

Stratejide insan haklarına ayrı bir bölüm ayrılmış değildir. Ancak, "Giriş" bölümü ve bazı sütunlarda insan haklarına vurgu yapılmaktadır. Bu vur-

Internet Journal of Criminology, 2013, http://www.internetjournalofcriminology.com/Delaney_The_EU_Plan_of_Action_on_Combatting_Terrorism_IJC_April_2013.pdf

80 <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2017024%202009%20INIT>, erişim: 21.04.2015

81 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:j10050&from=EN>, erişim: 22.4.2015

82 TANGÖR/ SAYIN, a.g.m, s. 87

83 HAMMARBERG, a.g.e, s 250

gunun birinci şekli terörün insan hakları için oluşturduğu tehdide ilişkindir ve şöyle yer almaktadır:

“1.Terör bütün devletler ve halklar için bir tehdittir. Ayrım yapmaksızın masumları hedef alarak güvenliğimizi, demokratik toplumların değerlerini ve vatandaşlarımızın yararlandıkları hak ve özgürlükleri tehlikeye atmaktadır. Terör ağır bir suçtur ve koşullar ne olursa olsun haklı görülemez (Giriş, paragraf 1)”.

Vurgunun ikinci şekli terörle mücadele ederken AB dış politikasının bir enstrümanı olarak üçüncü ülkelerde insan haklarına saygıya ilişkindir ve şöyle yer almaktadır:

“Bu olguya karşı mücadele etmek için, AB dışında iyi yönetimi, insan haklarını, demokrasiyi, eğitim ve ekonomik refahı teşvik etmeliyiz. AB içinde mevcut olduğu her yerde eşitsizlik ve ayrımcılıkları yakından izlemeli ve kültürlerarası diyalogu kolaylaştırmalıyız.”(Önleme, 11 nolu tedbir).

Vurgunun üçüncü şekli ise, “AB Terörle Mücadele Stratejisinin” uygulanmasında insan haklarına tam saygıya ilişkindir:

“Amaçlarımız, insan haklarına ve uluslararası hukuka tam saygı göstermeye devam ederek teröristleri eylem planlamaktan engellemek, şebekelerini ve adam kazanma elamanlarının faaliyetlerini dağıtmak, finans kaynaklarını kurutmak, saldırıları gerçekleştirmelerini sağlayacak malzemelere erişimlerini engellemek ve yargı önüne çıkartmaktır” (İzleme, tedbir 22).

2005 AB Terörle Mücadele Stratejisinin dört eylem alanı dışında, insan haklarına saygı, dış partnerlerle işbirliği ve finansman gibi belli sayıda yatay sorunlar bu stratejinin uygulanması için büyük önem taşımaktadır.⁸⁴

Görüldüğü üzere insan haklarına saygı, strateji metninde ulus üstü ve uluslararası boyutlarıyla güçlü fakat genel ifadelerle vurgulanmaktadır. Bunun başlıca nedenleri olarak, AB ülkelerinin aynı zamanda AK üyesi ülkeler olarak AİHS ve “İnsan Hakları ve Terörle Mücadelede İlkeleri” de göz önüne almaları, ayrıca AB bünyesinde hazırlanan “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının” varlığı belirtilebilir.

Ancak terörle mücadelede insan haklarına uygunluk, strateji dışında AB kurumlarının başka metinlerinde de vurgulanmaya devam edilmektedir. Örnek olarak, AB Komisyonu’nun Avrupa Parlamentosu ve Konseye

⁸⁴ ERGÜL, a.g.m, s. 136

SEC(2010)911 sayılı bildiriminde⁸⁵ “İnsan Haklarına Saygı” başlığı altında şunlar belirtilmektedir:

“Temel haklara ve hukuk devletine saygı AB’nin terörle mücadelede benimsediği yaklaşımın odağında yer almaktadır. Bu salgınla savaşmayı hedefleyen tedbirlerin daima temel haklara tam bir saygı içinde kararlaştırılması uygun düşer. AB bu bakımdan örnek olmalı ve temel haklar şartı bütün politikalarının referans noktası olmaya devam etmelidir. Bu sadece hukuki bir gereklilik değil, ayrıca ulusal makamlar arasında karşılıklı güveni ilerletmek ve kamuoyunun güvenini kazanmak için temel bir koşul söz konusudur. Bu itibarla Komisyon terörle mücadelede kullanılan tüm araçların tam olarak temel haklara riayet etmesini sağlamayı taahhüt eder.”

AB Terörle Mücadele Koordinatörü Gill Kerchov’un ifadesiyle, AB’nin stratejisi üç ilke üzerine kurulmuştur. İlk ilke terörün ceza hukukunun normal usullerine göre önlenmesi, takibi ve cezalandırılması gereken ağır bir suç sayılması; ikinci ilke, AB’nin Birleşmiş Milletler ve Afrika Birliği ve Güney Doğu Asya Devletler Örgütü gibi bölgesel örgütlerin faaliyetlerini destekleyerek çok taraflı bir yaklaşım tercihi; Son olarak merkezi nitelik taşıyan üçüncü ilke olarak Birlik insan hakları ve temel özgürlüklere tam ve titiz bir saygıyı dikkate almaktadır.⁸⁶

Avrupa Birliği, terörizm tehdidine karşı alınması gereken tedbirleri belirlerken, hukuk devleti ilkesine ve temel hak ve özgürlüklere saygıdan ödün vermemektedir. BM başta olmak üzere uluslararası örgütlerle ve üçüncü ülkelerle kapsamlı bir işbirliğine gitme iradesi ortaya konmuştur. Avrupa Birliği’nin terörizmle mücadele stratejisi, bütünsel bir anlayış ile yürütülmekte ve terörizm tehdidindeki değişiklikler dikkate alınarak söz konusu strateji geliştirilmektedir.⁸⁷

SONUÇ

Terör, sonuçları itibariyle bizzat hukuk devletinin yanısıra, temel hak ve özgürlükler ve demokrasi başta olmak üzere, hukuk devletin dayandığı temel değerlerin de zarar görmesine, hatta tahrip olmasına da yol açmaktadır. An-

⁸⁵ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 20 juillet 2010 - La politique antiterroriste de l'UE: principales réalisations et défis à venir [COM(2010) 386 final – non publiée au Journal officiel], http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/jl0041_fr.htm, erişim: 14.04.2015

⁸⁶ ERGÜL, a.g.m, s. 138

⁸⁷ TANGÖR/SAYIN, a.g.m, s.109

cak, terörle etkili bir şekilde baş etmeyi amaçlayan demokratik bir hukuk devletinin, güvenliğin sağlanması ile özgürlüklerin korunması arasındaki hassas dengeyi kurmayı başarmaktan başka çaresi yoktur.

Özgürlük ve güvenlik dengesinin sağlanması ve korunması terörle küresel mücadelede temel bir sorunsaldır. Çok boyutlu bir sorun olan terörle, bütüncül bir strateji çerçevesinde mücadele edilmesi ve sorunun niteliğine uygun politikalar geliştirilmesi ihtiyacı açıktır. Bu durumda hukuk devletinin evrensel değerleri ile özgürlüklerin kullanımını olumsuz etkileyebilen terörle mücadele strateji ve politikalarının uzlaştırılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası örgütlerin kararlarında ve ilgili strateji ve politika belgelerinde, güvenlik kefesine ilişkin olarak terörle mücadele ihtiyacını karşılamaya yönelik tedbirler alınması söz konusu olduğunda, teraziye dengelemek üzere, özgürlük kefesinde insan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğüne/hukuk devleti ilkelerine saygı gündeme getirilmektedir.

Terör, adil yargılanmayı güvence altına alan ilkeler dâhil en temel hakların ihlali için bahane oluşturabilmektedir. Ancak, terörle mücadele alanında insan haklarını ihlal etmenin gerekebileceği argümanı uluslararası alanda kabul görmeyen, genel olarak yanlış ve sonuçları itibarıyla terörün amacına hizmet ettiği kabul edilen bir görüştür. Uluslararası kuruluşların çalışmalarında da insan haklarına saygı gösterilmesinin terörle mücadeleye karşı bir engel oluşturmadığı, aksine bu konuda etkili her türlü stratejinin vazgeçilmez ögesi olduğu kabulünden hareket edildiği görülmektedir.

İnsan haklarına ilişkin sözleşmeler ile BM İnsan Hakları Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi denetim organlarının oluşturduğu standartlar uluslararası terörle mücadele mimarisinin mütemmim cüzü olarak önemli bir rol üstlenmektedir.

İnsan haklarına saygı, terörle mücadele tedbirlerinin ve bunları biraraya getiren strateji ve politikaların odağında olmalıdır. Şöyle ki; devletler herkesi teröre karşı korumakla yükümlü oldukları gibi, terörle ulusal ve uluslararası alanlarda idari, mali, polisiye ve adli vasıtalarla mücadelede ederken temel hak ve hürriyetlerin ihlal edilemezliğine de riayet etmelidirler. Devlet, teröre karşı mücadele ederken insan hakları ihlallerinden özenle kaçınmalıdır. İnsan haklarının ihlaline geçit veren bir terörle mücadele anlayışı, yanıltıcı bir etkinliğin ardından keyfi cezalandırma ve radikalleşme kısır döngüsünü besleme riski taşır.

İnsan hakları demokratik devletlerin ruhudur. İncelenen belgeler demokratik devletlerin ruhlarını kaybetmeden terörle nasıl mücadele edebileceklerine yol göstermesi bakımından önem taşımaktadır. Belgeler göstermektedir

ki, terörle mücadele amaçlı her strateji, mücadelenin başarısının kalıcı olabilmesi için kaçınılmaz olarak, sorunun altındaki ekonomik, kültürel ve sosyo-politik problemlerle de mücadele etmelidir. Ayrıca, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması her türlü bütüncül terörle mücadele stratejisinin ayrılmaz bir unsurunu teşkil etmek durumundadır.

Bu alandaki küresel ve bölgesel stratejiler ulusal planda ancak insan hakları ve hukuk devletine tam bir saygıya dayalı olarak başarıyla uygulamaya konulabilir. Bu bağlamda, önem ve rolleri gittikçe artan sivil toplum kuruluşları da, bir barış kültürünü teşvik ederek, insan haklarına saygıyı güvence altına alarak ve diyalog ve işbirliği sürecine aktif şekilde katılarak, bu sürece ciddi bir katkı sağlayabilirler. Terörle etkin bir şekilde mücadele etmek isteyen gerçek bir hukuk devletinin, kamu otoritesinin korunmasıyla özgürlüklerin güvence altına alınması arasındaki hassas dengeyi gözetmekten başka çaresi yoktur. Bu konuda ulusal düzeyde hazırlanacak kapsamlı ve bütüncül stratejilerde uluslararası belgelerdeki ilkelerden yararlanılmalıdır. Çünkü ister uluslararası, isterse bölgesel, ulus üstü veya ulusal olsun herhangi bir terörle mücadele stratejisinin etkili olabilmesi için, özgürlüklerin korunmasına gereken önem ve değeri vermesi gerektiği açıktır.

Bu konuda, incelenen stratejilerde ortak, iki temel kabulün söz konusu olduğu görülmektedir. İlki, terörün en temel insan hakkı olan yaşam hakkı başta olmak üzere, insan haklarına en büyük tehdit olduğunun kabulü, ikincisi ise devletler ve kamu makamlarının terörle mücadele ederken insan haklarını ihlal etmemesi gerektiğidir.

BM Terörle Küresel Mücadele Stratejisi, somut bir eylem planıyla desteklenen dünya üzerinde en geniş katılım ve eşi olmayan bir uzlaşmaya dayanan önemli bir belgedir. İnsan haklarına müstakil bir bölüm olarak yer vermesi, BM'nin terörle mücadelede güvenlik ve özgürlük dengesine verdiği önemi göstermektedir.

AK'nin "İnsan Hakları ve Terörle Mücadelede İlkeleri" nispeten kısa bir belge olmakla birlikte, AK tarafından hazırlanan bir kitapta, dayanak belgeleri ve dikkate alındığında, insan hakları ve terörle mücadele alanında, ayrıca hem BM Sözleşmeleri hem de AİHS'nin yetkili organlarca yorumlarını da içerdiğinden oldukça kapsamlı bir metin teşkil etmektedir. Ayrıca, belgenin 11 Eylül 2001 saldırılarının hemen akabinde hazırlanmış olması AK'nin insan haklarının kurban edilmesi pahasına bir terörle mücadele politikalarına hızlı ve yapıcı bir tepkisini göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

AK'nin insan hakları ve terörle mücadelede ilkelerinin de yöneldiği AB üyesi ülkeleri ilgilendiren AB Terörle Mücadele Stratejisi incelenen belgeler arasında insan haklarına nicelik olarak daha az vurgu yapmaktadır. Ancak,

insan haklarına saygı stratejinin dayandığı üç ilkedden birisi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca hem strateji belgesinin başlığındaki güçlü insan hakları vurgusu, hem de insan haklarını AB'nin dış politikasının bir parçası ve aracı yapması, belgeye bu alanda ayrı bir önem katmaktadır.

Söz konusu belgelerin terörle mücadele eden ulusal makamlar ve görevlileri açısından bilinmesinde büyük yarar vardır. Bunların üçü de, BM ve AK'ye üye, AB'ye ise aday ülke olarak, Türkiye'nin dikkate alması gereken belgelerdir.

Her üç belgedeki insan hakları politikalarını dikkate alarak hazırlanacak ulusal bir terörle mücadele stratejisi, Türkiye'nin uluslararası taahhüt ve yükümlülüklerini yerine getirmesi anlamına gelecek ve gerek kamuoyunda gerekse uluslararası alanda Türkiye'nin terörle mücadele adımlarının daha geniş destek bulmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

A, Emre ÖKTEM, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul 2007

Burak TANGÖR, Sevinç SAYIN, Avrupa Birliği'nin Terörizmle Mücadele Stratejisi: Yeni Bir Bütünleşme Alanı Mı?, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt: 11, No:1 (Yıl: 2012) , s.85-118

Doğan ÖZLEM, Hukuk Devletini Sosyal Devlet İçinde Düşünmek, Doğu-Batı, Hukuk ve Adalet Üstüne, Yıl 4 S.13, Ocak 2000.

Emilie ROBERT, L'Etat de droit et la lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne: Mesures européennes de lutte contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001. Law. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2012.

Ergin ERGÜL, Terörizmle Uluslararası Mücadele Stratejilerinde İnsan Hakları Politikaları, in Hüseyin AKDOĞAN, Yavuz KAHYA, Nurullah ALTUN, Ortadoğu'daki Siyasi Gelişmeler ve Güvenlik, Ankara 2012, s.121-141.

Faruk TURHAN – Muharrem AKSU, 11 Eylül Sonrası ABD'de Özgürlük ve Güvenlik Dengesi Açısından Terörü Önleme Amaçlı Tedbirler / Özellikle Patriot Kanunu İle Getirilen Kısıtlamalar, SDÜHFD, Cilt. I, Sayı 1, Yıl 2011, s.47-90.

Fatih KARADENİZ, Uluslararası Terörle Mücadelede Hukuk İlkelerinin Etkisi: İngiltere Örneği: Trakya Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Edirne 2011.

FIDH, L'antiterrorisme à l'épreuve des droits de l'Homme, les clés de la compatibilité, Rapport d'analyse, 2005, <https://www.fidh.org/IMG/pdf/onu429f.pdf>.

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH), (2009), Droits de l'homme, terrorisme et lutte anti terroriste, Fiche information No 32, Genève, 2009: 7.

John E. TOMLINSON (Rapporteur), Les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, Assemblée parlementaire, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=13156&Language=fr>

İbrahim KAYA, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Ankara 2005.

İbrahim Ö.KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, AFA yayınları 5. baskı, İstanbul 1993.

Ionna KUÇURADİ (Yayına hazırlayan), *21. Yüzyılın Başında İnsan Haklarını Korumada Karşılaşılan Sorunlar*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s.9-27.

Katouyaj Kevin CONSTANT, *Réflexions sur les instruments de pénal international européen de lutte contre le terrorisme*, Université Nancy 2, Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion École doctorale des Sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion , SJPEG R n° 79/2010.

KDGM, *İnsan Hakları ve Terörle Mücadele*, Ankara 2011.

KDGM, *Ulusal ve Uluslararası Terörle Mücadele Strateji Belgeleri*, Ankara 2013.

Kutlay TELLİ, *Uluslararası Terörizm ile Mücadelede Fransa'nın Ocak 2015 Paradoksu*, TBB Dergisi 2015, s. 118-134.

Laure ORTIZ, “Demokratik Bir Rejimde Terörizme Karşı Zorunlu Önlemler”, “İnsan Hakları ve Güvenlik” Konulu Uluslararası Toplantı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 7-8 Aralık 2001, s.310-330.

Muharrem AKSU, Faruk TURHAN, *Yeni Tehditler, Güvenliğin Genişleme Boyutları ve İnsani Güvenlik*, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi, Yıl:2012, C:4, S:2, s. 69-80

Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12, Sayı 24, Güz 2013/2, s.21-29.

-----, *Dersimiz Özgürlük*, Pınar Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2003.

ONU DC, *Les droits de l’homme et les réponses de la justice pénale au terrorisme*, Programme de formation juridique contre le terrorisme, MODULE 4, Nations Unies New York, 2014

Ömer DEMİR/Mustafa ACAR, *Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Adres yayınları, 6. Baskı, Ankara 2005,s.321

Xavier, PINON, *Le Conseil de L’Europe, une organisation au service de l’homme*, L.G.D.J, Paris 2011.

Sami SELÇUK, *Adli Yıl Açılış Konuşması (1999-2000)*, Yargıtay Başkanlığı 1999.

Sevtap YOKUŞ, *Özgürlük-Güvenlik İkilemi*, <http://www.bilgesam.org/Images/Dokumanlar/0-344-2014091559guvenlik-22.pdf>.

Thierry BALZACQ-Yılmaz ENSAROĞLU, İnsan Hakları ve Güvenlik: Türkiye, İngiltere ve Fransa, TESEV, İstanbul 2008.

Thomas HAMMARBERG (çev. Ayşen Ekmekçi), Avrupa'da İnsan Hakları, İletişim yayınları, Ankara 2011.

Turgut TAHRANLI, İnsan Hakları ve Terörizm, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevim Toluner'e Armağan, Yıl 24, Sayı 1-2/2004, s. 691-710.

Zühtü ARSLAN, Anayasa Teorisi, Seçkin yayınları, Ankara 2005.

Zühtü ARSLAN, Türkiye'de İstisna Hâli, Terör ve İfade Özgürlüğü, TBB Dergisi, Sayı 71, 2007, s. 201-226.

Xavier, PINON, Le Conseil de L'Europe, une organisation au service de l'homme, L.G.D.J, Paris 2011.

İNTERNET KAYNAKLARI

Action de l'ONU contre le terrorisme, Historique, <http://www.un.org/french/terrorism/bg.shtml>:2011.

Conseil de l'Europe, <http://www.coe.int/fr/web/portal/home>, erişim: 06.03.2015

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st05/st05771-re01.en06.pdf>.

CODEXTER, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/about_en.asp, erişim: 18.01.2015

COE en bref, que – faisons-nous, <http://www.coe.int/fr/web/about-us/who-we-are>, erişim: 10.01.2015

Conseil de l'europe (CE), Action contre le terrorisme, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/default_FR.asp?:

Emmanuelle SAULNIER-CASSIA & Franck YONAN, La lutte contre le terrorisme dans le droit et dans la jurisprudence de l'Union européenne, Note de synthèse, s.6, <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2014/07/09-27-NS.pdf>, erişim tarihi: 5.03.2015,

Henri-François GAUTRIN, La protection des droits et libertés dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, rapport, Assemblée parlementaire de la Francophonie, Commission politique Dakar, 6 et 7 juillet 2010.

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_terrorism/jl0041_fr.htm:201

La Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies, <http://www.un.org/french/terrorism/strategy-highlights.shtml>: 2010, erişim: 23.02.2015.

Leslie PALTI, Combattre le terrorisme tout en protégeant les droits de l'homme, <http://www.un.org/french/pubs/chronique/2004/numero4/0404p27.html>, erişim: 5.03.2015

Sylvère NDAYAMBAJE, Droits de l'homme et lutte contre le terrorisme, http://www.olny.nl/Research_Recherche/Sylvere_Ndayambaje_droits_humains.pdf, erişim: 23.02.2015.

TANIK KORUMA MEVZUATI VE UYGULAMALARININ SUÇ SORUŞTURMASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Mustafa PINARCI**

*Dr. Kürşat ÇEVİK***

ÖZET

Türkiye’de kapsamlı bir tanık koruma düzenlemesi, birçok ülkeye göre daha yenidir. Türkiye’de ilk özel tanık koruma kanunu 2008 yılında yürürlüğe girmiştir. Yaklaşık beş yıllık uygulama süresince Türkiye’nin sahip olduğu tanık koruma mevzuatı ve uygulamaları, beraberinde bazı tartışmaları da getirmiştir. Bu çalışmayla, mevzuat ve uygulamaya salt yasa maddelerinin değerlendirilmesi olarak değil, suç soruşturma ve kovuşturması açısından da bakılmıştır. Yetki ve görev karmaşası doğurması olası hususlar değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Tanık Koruma, Ceza Muhakemesi, Tanık, Kanun.*

ABSTRACT

Turkish witness protection law is relatively new comparing to many other countries. In Turkey, the first specific witness protection law came into effect in 2008. Law itself and practices brought some discussions and critics on five-year implementation. This article scrutinizes not only legislation but also implementation and enforcement during criminal proceedings. The issues that might cause confusion and hesitation on tasks and authority.

Key Words: *Witness Protection, Criminal Proceeding, Witness, Law.*

* Emniyet Müdürü, Bayburt Emniyet Müdürlüğü.

** Emniyet Amiri, Mardin Emniyet Müdürlüğü.

GİRİŞ

Tanıklık, ceza muhakemesinde önemli ispat vasıtalarındandır¹. Asıl amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesinde, bir yükümlülük olarak tanıklık görevini yerine getiren kişinin korunması da devletin temel görevlerindedir².

Özellikle örgütlü suçlarda bir takım nedenlerle kişiler tanıklık yapmada çekingenlik göstermekte ve hatta korkmaktadırlar³. Tanıklara yönelik bu baskı ve tehditler tanık koruma sistemini zorunlu hale getirmiştir.

Ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmak yönündeki amacı; muhakemeye katılan bireylerin temel haklarına zarar vermeksizin yerine getirilmelidir⁴. *Maddi gerçeğin, ne pahasına olursa olsun ortaya çıkarılması gerektiği* şeklinde bir ilke hiçbir hukuk sisteminde mevcut değildir⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlerin adil yargılama güvencesini sağlamak adına gerekli önlemleri almaları gerektiğini ifade etmektedir⁶.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmada en önemli araç, suçtan arta kalan delillerdir. Teknolojik gelişmelerin ve modern laboratuvar delil incelemelerinin günümüzde daha fazla kullanılmaya başlamasıyla elde edi-

1 Yusuf Solmaz Balo, *Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 91.

2 Caner Yenidünya, “Ceza Yargılamasında Gizli Tanık”, *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Uluslararası Sempozyum (Editör: Ahmet Taşkın)*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Yayın 7, s. 1.

3 Alp Tekin TAŞÇI, Gülsen TAŞÇI, “Türkiye’de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler”, Ankara Barosu Yayınları, Ağustos 2007, s. 69; Faruk Turhan, “Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu Kitabı*, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 383.

4 Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, *İÜHFM C. LXV, S. 2*, s. 121-142, 2007 s. 125

5 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdam, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 37.

6 Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Adil Yargılanma”, s. 201

len maddi delillerin suçların aydınlatılmasındaki oranı artmakla birlikte, tanık ifadelerinin ceza muhakemesindeki önemi devam etmektedir⁷.

Türkiye’de öncelikle terör örgütü mensuplarının topluma kazandırılmalarından başlayarak, organize suçlarla mücadelede yer alan muhbir, tanık, gizli görevli ve kamu görevlilerinin korunması için bir dizi düzenlemeler yapılmıştır. 2008 yılında uygulamaya giren 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TKK) bu düzenlemelerden 2015 yılına kadar yapılmış olanları arasında en yenisi ve en kapsamlısıdır. TKK’ya rağmen Terörle Mücadele Kanunu, Toplum Kazandırma Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu gibi diğer bazı kanunlarda halen tanık korumaya dair hükümlerin bulunması eleştirilere yol açmaktadır⁸.

Bu çalışmada, alandaki diğer çalışmalardan farklı olarak, tanık koruma mevzuatının, salt bir mevzuat değerlendirmesinin dışında, suçla mücadele penceresinden ve uygulamada yaşanan ve yaşanabilecek sorunlar öne çıkarılarak kişisel tespitlere yer verilerek ele alınmış ve konuya ilişkin uygulamalardan örnekler verilmiştir. Tanık koruma tedbirlerinin tamamı yerine özellikle kolluk uygulamaları yönünden tartışmalı olanlar ele alınmıştır.

I. TANIK KORUMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Suçla mücadelenin ve ceza yargılamasının tarihi çok eskilere dayansa da, tanık koruma sistemi görece yeni bir yaklaşımdır. Dünyada birçok ülkede tanık koruma sisteminin kurulması, terör ve organize suçların artmaya başladığı 1990’lı yıllardan sonraki döneme dayanır⁹. Tanık koruma alanında en uzun geçmişe sahip ülkelerin başında ABD gelmektedir¹⁰. 1960’lı yılların sonlarında mafya çatışmalarının bütün ülkeyi etkilemeye başladığı bir süreç-

⁷ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 26; Balo, a.g.e., s. 91.

⁸ Balo, a.g.e., s. 294-295.

⁹ Hakan Cem Çetin, “The Effectiveness of The Witness Security Program in The Fight Against Organized Crime and Terrorism: A Case Study of The United States And Turkey”, *A Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy*, Global Affairs in The State University of New Jersey, New Jersey, 2010, s. 69.

¹⁰ Bayram Turgut, *Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.82; Fırat Gedik, “Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik:5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Şubat 2008, s. 12.

te ABD, mafya içindeki şahısların ve muhbirlerin konuşurulması için çözüm aramaya başlamıştır¹¹.

1990'lı yılların sonlarından itibaren ABD tarzı tanık koruma programları Avrupa adalet sisteminin temel bir özelliği durumuna gelmiştir¹².

Yapılan bir araştırma sonucuna göre, Türkiye'nin tanık koruma sisteminin kurulmasında belirleyici unsurun siyasi iradeden daha çok AB (Avrupa Birliği) müzakereleri olduğu belirtilmiştir¹³. Türkiye'de Terörle Mücadele Kanunu (TMK), Toplum Kazandırma Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) gibi bazı yasalarda tanık korumaya kısmen değinilse de bu konudaki ilk özel kanun, Tanık Koruma Kanunu (TKK) adıyla 2007 yılında hazırlanmıştır.

Uluslararası örgütlü suçların artmasıyla birlikte tanıkların korunması sadece devletlerin kendi iç sorunu olmaktan çıkmış, uluslararası ve bölgesel düzenlemeleri de gerektirir olmuştur. Bu durum Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, BM ve Uluslararası Ceza Mahkemelerinde tanıkların korunmasıyla ilgili düzenlemeler yapmayı zorunlu kılmıştır¹⁴.

Avrupa Birliği Konseyi, 23.11.1995¹⁵ ve 20.12.1996¹⁶ tarihli kararlarıyla üye ülkeleri, uluslararası organize suçla mücadelede tanıklık yapanların ve bunların yakınlarının korunması konusunda işbirliğine davet etmiştir¹⁷.

04.12.2000 tarihli "BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi"nin 32. maddesiyle taraf devletler sözleşme kapsamındaki suçlarla ilgili tanıklık ve bilirkişilik yapanların ve bunların yakınlarının korunması amacıyla iç hukuk sistemlerinde önlemler almaları istenmiştir¹⁸. 15.11.2000 tarihli "Sınırtaşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" 24. maddesi bu sözleşmede geçen suçlarla mücadelede tanıklık yapanlar ve yakınlarının korun-

11 İbrahim Çiçek, "5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ocak-2009, Sayı: 29, Sayfa: 111-136, s. 115.

12 Balo, *a.g.e.*, s. 162.

13 Çetin, *a.g.t.*, s. 70.

14 Turhan, *a.g.e.*, s. 35.

15 Uluslararası Örgütlü Suçlulukla Mücadele Kapsamında Tanıkların Korunmasına İlişkin Karar.

16 Uluslararası Örgütlü Suçlulukla Mücadelede Yargı Organları ile İşbirliği Yapanların Korunmasına İlişkin Karar.

17 Çiçek, *a.g.m.* s. 133; Turgut, *a.g.e.*, s. 83.

18 Turgut, *a.g.e.*, s. 86.

ması için gerekli önlemler almaları gerektiğini belirtmektedir¹⁹. Tanık koruma konusunda diğer bir uluslararası belge olan 2003 tarihli “BM Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi”, 2000 tarihli Sözleşme’nin 24. maddesinde yer verilen tedbirlerin tamamına yer vermiştir²⁰.

Avrupa Konseyi’nin 2001 tarihli “Mağdurun Ceza Muhakemesindeki Statüsü Hakkındaki Çerçeve Kararı” ve “Terörizmle Mücadeleye İlişkin 2002 tarihli Çerçeve Kararı” taraf devletleri bağlayıcı norm niteliğinde kararlardır. Uluslararası adli yardımlaşma yoluyla tanık dinlemede video konferans teknolojisinin kullanılması ise 29.05.2000 tarihinde kabul edilen “Cezaî İşlerde Avrupa Birliği Adli Yardımlaşma Sözleşmesi” ile bağlayıcı bir hukuki zemin kazanmıştır²¹. Konsey 2005 yılında Rec (2005) 9 sayılı tavsiye kararı ile tanıkların ve adaletle işbirliği yapanların korunmasını istemiştir²².

Kısa adı EUROPOL olan ve kuruluş sözleşmesi 1995’te imzalanan Avrupa Polis Teşkilatında tanık koruma alanında bir uluslararası iletişim ağı 2000 yılında kurulmuştur²³. Bu ağın kurulmasıyla “Tanık Koruma Alanında Avrupa Birliği Polis İşbirliği Temel İlkeleri” oluşturulmuştur²⁴. Benzer şekilde Avrupa’da bölgesel bir yapı olan, 2000 yılında Avusturya’nın girişimiyle Doğu Avrupa ülkelerinin Avrupa Birliğine giriş sürecini desteklemek ve polisiye konularda işbirliğini geliştirmek amacıyla kurulan Salzburg Forumuna²⁵ tanık koruma konularında işbirliği 2005’te dahil edilmiştir²⁶.

19 Turgut, *a.g.e.*, s. 85.

20 Turhan, *a.g.e.*, s.40.

21 Turhan, *a.g.e.*, s. 37

22 Balo, *a.g.e.*, s. 143.

23 EUROPOL, *High Level Expert Conference on Witness Protection in Rome, Italy*, 2013. <https://www.europol.europa.eu/content/europol-high-level-expert-conference-witness-protection-rome-italy>, 15 Nisan 2014.

24 Turgut, *a.g.e.*, s. 90.

25 Salzburg Forum, <http://www.salzburgforum.org/site/aboutus.html>, e.t: 10 Haziran 2014.

26 http://en.wikipedia.org/wiki/Salzburg_Forum, “Salzburg forum”, e.t. 06.05.2014

II. TANIK KORUMANIN ÖNEMİ

Türk ceza muhakemesine göre sanık suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda değildir²⁷. Sanığın suçluluğunu kanıtlamakla yükümlü olan iddia makamıdır. İddia makamı gerekli delillere ulaşmak için yasal olmayan yollara başvuramaz²⁸. Ayrıca, Türk ceza muhakemesinde sanık şüpheden yararlanmaktadır²⁹. Ceza muhakemesinin “suçsuzluk karinesi, susma hakkı, silahların eşitliği gibi ilkelerinin korunarak bir muhakeme yapılabilmesi ve başka delillerle ispatı mümkün olmayan durumların aydınlatılması için tanıklarla işbirliği zorunlu hale gelmektedir³⁰.

Ceza muhakemesinde bir ispat aracı olan tanıklık faaliyeti³¹, kamusal bir görev sayılmaktadır. Ancak bu görev tanık ve yakınları bakımından da tehlikeye arz eden bir görevdir. Özellikle örgütlü suçlarda, tanık ve yakınlarına yönelik tehlikenin boyutları artmaktadır. Dolayısıyla tanık ve yakınları bakımından tehlike oluşturan durumlara yönelik devletin koruyucu tedbirler alması zorunlu hale gelmektedir. Böylelikle hem tanık açısından bireysel yarar, hem ceza muhakemesi bakımından kamusal yarar sağlanmaktadır³².

1. Klasik Soruşturma ve Muhakeme Yöntemlerinin Yetersiz Kalması

Tanıklık, ceza muhakemesinde yaşanmış olan maddi olayın yeniden canlandırılmasında ve maddi gerçeğe ulaşmada çok etkili bir araçtır³³.

27 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancaktar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, İkinci Baskı, s. 356

28 Coralie Ambroise Casterot, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi” *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu Bildirileri*, Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay Konferans Salonu 26-27 Eylül 2003, Türkiye Barolar Birliği-İHAUM Yayını:4, 2004, s. 325.

29 Candide Şentürk, Tuğba Bayzıt, “Gizli Tanık/Secret Witness”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz-Agustos-2012, s. 105; Mehmet Yayla, “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*-2013/3, s. 296.

30 Çiçek, *a.g.m.*, s. 111.

31 Balo, *a.g.e.*, s. 87; Yenidünya, *a.g.m.* Yayın 7.

32 Yaşar, *a.g.m.*, s. 8.

33 Turhan, *a.g.e.*, s. 25.

Kanunların kolluk kuvvetlerine sağladığı teknik yöntemlerin giderek deşifre olması, suç örgütleri tarafından bu yöntemlere karşı tedbirler alınıyor olması, örgütlü suçlarda delil elde edilmesindeki güçlük³⁴ bu örgütlerin ortaya çıkarılmasındaki kamusal menfaat, tanıklık kurumunu daha da önemli hale getirmektedir³⁵.

2. Tanığa Yönelebilecek Riskler ve Devletin Tanığı Koruma Yükümlülüğü

Tanıklık hem külfetli hem de tehlikeli bir kamu görevidir³⁶. CMK'nın 43. maddesinin gerekçesinde tanıklığın kamu yararının ağırlık taşıdığı toplumsal bir görev olduğu ifade edilmektedir³⁷.

Devlet, CMK ile gerçeğe uygun tanıklık yapma mecburiyeti getirirken gerektiğinde bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorlayıcı tedbirlere (CMK. m. 43-44) başvurulabileceği tehdidinde bulunmaktadır. Bu durum, tanığın tanıklığından dolayı tehdit ve saldırılara maruz kalması için, en azından ortak sebep olarak görülmektedir³⁸. Bu nedenle tanığın, verdiği bilgilerden dolayı bir zarara uğramasını önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak devletin sorumluluğundadır. Devlet, tanık olarak dinlendikten sonra, sırf bu tanıklığı nedeniyle hayat veya beden bütünlüğü ile mal varlığı tehlikeye düşebilecek kişiyi suçlularla baş başa bırakmamalıdır³⁹. Aynı zamanda delil olarak tanığın ve tanık beyanının korunması, tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunulması tehlikesini bertaraf edeceğinden yargılama için önemlidir⁴⁰.

34 Örgütlü yapıların dışı karşı tamamen kapalı olması, örgütün kriminal yapısını, yönetici ve üyelerini, örgüte hakim olan hiyerarşiyi ortaya çıkarmayı güçleştirmektedir. Bu konudaki gizli soruşturma yöntemleri maddi delilleri ve örgütü yönetenleri ortaya çıkarmada yetersiz kalabilmekte ve örgütün iç yapısını ortaya çıkarma ancak tanık beyanları ile mümkün olmaktadır. Bknz. Turhan, *a.g.e.*, s. 25.

35 Yaşar, *a.g.m.*, s. 8.

36 Cumhur Şahin, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:VI, S.:1-2, 2002, s. 156.

37 İbrahim Çiçek, *a.g.m.*, s. 115.

38 Turhan, *a.g.e.*, s. 33.

39 Önder Özlem, "Gerekçeli-TBMM Komisyon Raporları-Birleşim Tutanakları Işığında Tanık Koruma Kanunu", <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=29747>, 15 Haziran 2014; İbrahim Çiçek, "5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık", *Tezazi Hukuk Dergisi*, Ocak-2009, Sayı: 29, Sayfa: 111-136, s. 114.

40 Yaşar, *a.g.m.*, s. 6.

Devlet, tanıklık görevi nedeniyle tehlikeye uğrayabilecek olan tanıkların korunması amacıyla iki temel olanağa sahiptir. Bunlardan birincisi “*kolluk tedbirleri olarak bilinen önleyici (fiziki) tanık koruma tedbirleri*”, diğeri “*ceza muhakemesine ilişkin tanık koruma tedbirleri*”dir⁴¹. Bu tedbirlere başvurulurken, savunma hakkının korunması adına öncelikle fiziki tedbirlere müracaat edilmeli, bunun yeterli olmaması halinde ceza muhakemesine dair koruma tedbirlerine başvurulmalıdır⁴².

III. TANIK KAVRAMI VE TANIKLIKTA ARANAN ŞARTLAR

Hukuki metinlerde ve sözlükte tanık kavramının ne anlama geldiğini hatırlamakta yarar vardır. Böylece tanık olmak için gerekli şartların neler olduğu veya olmadığı ortaya konacaktır.

1. Tanık Kimdir?

Tanık Koruma Kanununa göre tanık; *ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişiyi, tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurlarını ve bu Kanunda belirtilen yakınlarını ifade etmektedir* (m. 2/1a). 5271 sayılı CMK’da “*tanık*” tanımına yer verilmemiştir. Hukuk sözlüğünde de tanık için benzer bir tanım yapılmıştır. Buna göre tanık, *duruşmada bilgisine, görgüsüne başvurulanan kimse, şahit* anlamı taşımaktadır⁴³.

Tanıkların suçun işlenişine ve tanık oluş şekillerine göre; suç ortakları, meslek gereği tanıklık yapanlar, tesadüfi tanıklar ve mağdur tanıklar şeklinde dört ayrı grupta incelenmesi mümkündür⁴⁴. Bunlardan ilki rastgele bir olaya tanık olanlardır. Bunlar, hiçbir şekilde olayın içinde değildir ve tesadüfen buldukları yer ve zaman nedeniyle bir suça tanık olmuşlardır.

2. Tanıklık İçin Şartlar ve Güvenilir Tanık

Tanık beyanı ceza muhakemesinde önemli bir yere sahip olmakla birlikte güvenilmesi ve üzerine hüküm bina edilmesi zor bir delil türüdür. Tanık bildiklerini ve gördüklerini aktarırken, unutma, yanlış görme gibi kasıtsız nedenlerle; sanığa olan düşmanlığı veya tehdit edilmesi gibi kasıtlı nedenler-

41 Yaşar, *a.g.m.*, s. 8; Turgut, *a.g.e.*, s. 56.

42 Turhan, *a.g.m.*, s. 407.

43 Adalet.gov.tr, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/>, 29 Nisan 2014.

44 Bayram Turgut, “Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması. *Yayınlanmış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul 2009, s. 332.

le yanlış beyanda bulunabilecektir⁴⁵. Hafızası güçlü olmayan bir tanık, hatırlayamadığı yerlerde hayali beyanlarda bulunabilecektir⁴⁶.

CMK m. 58/1'e göre tanığa kim olduğuna dair bilgiler sorulurken m. 58/2'ye göre, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesileyle öğrendiği soruları sorulmaktadır. Bu bilgiler tanığın güvenilirliği konusunda hakime ve savunma makamına fikir verecektir⁴⁷. Ayrıca, sanığa veya müdafisine tanınan doğrudan tanığa soru sorma hakkı (md. 201) ile tanığın önceden kurguladığı asılsız iddiaları çürütme olanağı sağlanmış ve güvenilirliği ortaya konmuş olmaktadır⁴⁸. İleri bölümlerde detaylı şekilde açıklanacak olan Tanık Koruma Kanunu ve AİHM içtihatlarında da tanığa yargılamanın herhangi bir aşamasında en az bir kere savunma tarafından soru sorma hakkı gözletmiştir.

Birçok örgütlü suçta tanıkların suçun failleriyle yakın irtibatlı oldukları ve kimi zaman da işlenen suça karıştıkları, dolayısıyla haklarında soruşturma açılan ve ceza alması olası olan kişiler olduğu görülmektedir⁴⁹. Böyle durumda olayın tanıklarının, salt örgütün içinden gelmeleri ve geçmiş suç kayıtları nedeniyle güvenilir bulunarak dinlenilmemesi, ceza yargılamasının menfaatine olmayacaktır.

Buna en iyi örneklerden biri ABD'de yaşanan Sammy Gravano olayıdır. 19 kişinin katili Gravano'nun tanık koruma programına alınmasında O'nun kirli geçmişine değil, verdiği bilgilerle kaç kişinin hayatının kurtulduğuna bakılmıştır⁵⁰. Bu örnek, Türkiye'de bazı örneklerle gündeme getirilen, *gizli tanıkların tecavüzcü, adi suçlardan sabıkalı, çeşitli terör eylemlerine karışmış olduklarından dolayı güvenilir olmadıkları*⁵¹ yönünde söylemlerinin bu yönüyle hukuki temele dayanmadığını göstermektedir.

45 Turgut, *a.g.e.*, s. 15.

46 Balo, *a.g.e.*, s. 80.

47 Turhan, *a.g.e.*, s. 101.

48 Hakan Karakehya, "Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı", file:///C:/Users/1_/Downloads/5000001567-5000000693-PB.pdf, e.t: 26.01.2015, s. 726; Turhan, *a.g.m.* s. 395.

49 Gert Vermeulen vd., "Background", *EU Standards in Witness Protection and Collaboration With Justice*, Ed. Gert Vermeulen, Principal, European Commission (JAI/2004/AGIS/077), Antwerp/Apeldoora, 2004, s. 13.

50 Çetin, *a.g.t.*, s. 82; ayrıca bkzn: Ellis, Simms ve Martin - Birleşik Krallık Kararı.

51 Öztürk Bekir, *Gizli Tanık*, Togan Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 58.

IV. GİZLİ TANIKLIK

Gizli tanıklık, tanığın kimliğinin gizlenmesi, duruşmada hazır bulunma hakkı bulunanlar olmaksızın dinlenebilmesi veya sesinin veya görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesi şeklinde ifade edilmektedir⁵².

Gizli tanıklık, tanık koruma tedbirleri arasında en tartışmalı olan bir uygulamadır. Gizli tanıklıkta amaç, tanığı sosyal ve ekonomik hayatından koparmadan, yalnızlaştırmadan, tanıklığından faydalanmaktır. Bunun için kişinin kim olduğunu ortaya çıkaracak tüm bilgi ve belgelerin gizlenmesi gerekebilecektir⁵³.

Savunma hakkını kısıtlayan bu yönteme başvurabilmek için belli şartların varlığı aranmaktadır. Yargısal yarar veya suçlarla etkin mücadele gibi nedenlerle gizli tanıklık uygulamasına başvurulamaz⁵⁴. Gizli tanık düzenlemesinin ceza muhakemesinin temel ilkeleri olan vasıtasızlık, silahların eşitliği ilkesi, duruşmanın aleniliği ilkeleriyle çelişmemesi gerekmektedir⁵⁵.

Doğrudan doğrualık/Vasıtasızlık ilkesine göre, somut olayı bilen ve özellikle gören bir kişinin kim olursa olsun duruşmada ve yüz yüze dinlenmesi gerekir⁵⁶. Bu yöntem uygulandığında yargıç, tanığın anlatım tarzına, beyanı sırasındaki tavırlarına, mimiklerine, heyecanlı veya soğuk kanlı tavırlarına bakar. Hakimin bu şekilde edineceği gözlemlerin sanık için önemli sonuçları olacaktır⁵⁷.

Gizli tanıklık konusunda dikkat edilmesi gereken diğer bir konu, ilgili koruma tedbiri gereği, kendisine yeni bir kimlik verilen tanıkların borç, alacak takipleri ve işlemiş oldukları diğer suçlar için yargılanabilmeleridir. Tanıkların, koruma zırhını suiistimal ederek yargılamayı yönlendirmelerine, şahsi borç takiplerinden kurtulmalarına fırsat verilmemelidir. Tanıklık konusu eylem, tanıkların işledikleri olası diğer suçlardan yargılanmalarına engel olmamalıdır. Benzer şekilde kendisine yeni bir kimlik verilen tanığın cezai

52 Yenidünya, *a.g.m.*, s. 2.

53 Balo, *a.g.e.*, s. 193.

54 Karakehya, *a.g.m.* “Sanığın İddia....”, s. 727.

55 Yaşar, *a.g.m.*, s. 25.

56 Ersan Şen, Yasemin Yurttaş “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokator”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayıncılık, 2008, yıl 3, sayı 6. , sayfa:33 (21-50).

57 Ziya Çağa Tanyar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı”, *LHD (Legal Hukuk Dergisi)*, Cilt 10, Sayı 114, 2012, egal Yayınları, s. 39; Faruk Turhan, s. 408.

ve hukuki durumu, başkalarına zarar verecek tutum ve davranışlara girmemesi açısından sıkı takip edilmelidir⁵⁸.

1. Dünyada Gizli Tanıklık

Dünya’da gizli tanık uygulamasına sahip ülkeler olduğu gibi, tanığın kimliğinin gizlenmesine gerek duymayan ülkeler de vardır. İsviçre’de tanıklık konusu suçun beş yıldan fazla cezayı gerektiren bir suç olması halinde tanığın kimliğinin gizlenmesi mümkündür⁵⁹. Bosna Hersek de tanığın kişisel bilgilerinin korunmasını olanak sağlayan düzenlemeye sahiptir⁶⁰. Fransa, alt sınırı üç yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar için gizli tanıklık uygulamasını benimsemiştir. İspanya, Portekiz, Hollanda, Belçika ve Yunanistan’da da gizli tanıklık düzenlemesi bulunmaktadır⁶¹. Almanya’da tanığın kimliğinin gizli tutulması olanağı bulunmamaktadır. Ancak, gizli soruşturmacı veya güvenilir kişinin tanık olarak dinleneceği durumlarda, kimliklerinin gizli kalması kararı verilebilmektedir. Bu durumda operasyonlarda örgütün içine sızarak görev alan bu kişiler yerine, bu kişilerin ifadesini alan polis mahkemede dinlenmekte veya sadece bu kişilerin ifadeleri mahkemede okunmaktadır⁶².

2. AİHM ve Gizli Tanıklık

AİHM, çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerini adil yargılanma hakkının önemli bir gereği olarak kabul etmektedir. İddia ve savunma taraflarından birinin diğerine göre avantajlı olduğu bir muhakeme, düelloda taraflardan birine silah verip diğerine vermemek durumuna benzetilmektedir. Böyle bir muhakemede gerçek anlamda çelişme gerçekleşmiş olmayacaktır⁶³.

AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) verdiği kararlarda kimliği gizli tutulan tanıkların ceza muhakemesinde dinlenmesine kayıtsız şartsız

58 Balo, *a.g.e.*, s. 329.

59 Olgun Değirmenci, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, *TBB Dergisi*, Sayı 83-2009, s. 87.

60 Değirmenci, *TBB Dergisi 2009...*, s. 85.

61 Balo, *a.g.e.*, s. 173-183.

62 Turhan, *a.g.e.*, s. 170.

63 Karakehya, *a.g.m.*, “Sanığın İddia”, s. 726.

karşı durmamaktadır. Ancak, adil yargılanma hakkının gözetilebilmesi için bazı ciddi koşulların varlığını aramaktadır. Bunlar⁶⁴;

a) Tanığı kimliğinin tamamen gizlenmesi için önemli ve yeterli bir neden olmalıdır.

b) Savunmanın, iddia tanıklarına soru sorma hakkı gereğinden fazla sınırlandırılmamalıdır.

c) Savunma, muhakemenin herhangi bir aşamasında iddia tanığına en az bir kere soru sormak ve onun güvenilirliğini sorgulama olanağına sahip olmalıdır⁶⁵.

d) Mahkumiyet kararı tek başına veya ağırlıklı olarak gizli tanık beyanına dayandırılmamalıdır⁶⁶.

Sanığa veya avukatına gizli tanığa soru sorma fırsatının verilmesi koşuluyla AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma ilkesinin" ihlal edilmediğine dair AİHM içtihadı mevcuttur. *Doorson-Hollanda* kararında olduğu gibi, Mahkeme'nin tanıkların savunma tarafından sorguya çekilmesinin sınırlandırıldığı durumlar da görülmüştür⁶⁷.

Ceza muhakemesinde adil yargılama hususunda bir diğer sorun, soruşturma aşamasında dinlenen tanığın, bazı gerekçelerle kovuşturma aşamasından dinlenmeyerek eski beyan ve ifadelerine başvurularak hüküm verilmesidir⁶⁸. AİHM'nin, Türkiye'nin mahkumiyetiyle sonuçlanan *Zana, Dicle ve Doğan-Türkiye* ve *Hulki Güneş-Türkiye* kararları bu duruma örnektir⁶⁹.

⁶⁴ Turhan, *a.g.m.*, s.398; Tanyar, *a.g.m.*, s. 35.

⁶⁵ Kai Ambos, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları-Silahların Eşitliği, Çelişmeli Önsoruşturma ve AİHS md. 6", (Çev: Yener Ünver), *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 37.

⁶⁶ AİHM'nin Luca-İtalya kararı bu kritere örnek bir karardır

⁶⁷ *Doorson-Hollanda* kararında öne çıkan diğer bir konu da tanığın kimliğinin gizlenmesidir. Polis uyuşturucu satıcısı olan Doorson'a, elindeki eski suçluların resimlerinden oluşan bir albümü uyuşturucu bağımlılarına göstererek ulaştırmıştır. AİHM, kimliği gizli tutulan tanıklardan alınan ifadelerin duruşmada delil olarak kullanılmasını, adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalı bulsa da, istinaf aşamasında sanık müdafisinin tanıklara soru sorma hakkı tanındığının tespit edilmesi ve karara dayanak teşkil eden tek unsurun tanık beyanları olmadığını gerekçe göstererek adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini belirtmiştir. Bknz. Yenisey/Altunç/Öztezel, *İHAS Kararlar Özetleri (24.10.2007)*, www.hukukturk.com/fractal/.../pages/dwnldCntHT.jsp?...Karar...e.t: 16.01.2015. Bu konuda ayrıca AİHM'nin Kostovski Kararı ile Van Mechelen ve Diğerleri Kararına bakılabilir.

⁶⁸ Şen ve Yurttaş, *a.g.m.*, s. 33

⁶⁹ Çiçek, *a.g.m.*, s. 127.

AİHM Büyük Daire'nin 15 Aralık 2011 tarihli “*Al-Khawaja ve Tahery-Birleşik Krallık*” kararında, AİHM'nin sanıklar tarafından sorgulanmamış tanıkların ifadelerinin mahkumiyet kararında “belirleyici” rol oynamaması yönündeki tutumunda esneme dikkat çekmiştir. Buna göre AİHM, “belirleyici olmaması”nın mutlak bir yasak olmadığını, sanık tarafından sorgulanmayan tanıkların ifadesinin kararda belirleyici olduğu durumlarda, muhakemenin bütününe bakarak adil yargılanma yönünden değerlendirme yapılmasının yerinde olduğunu belirtmiştir⁷⁰.

3. Türk Hukukunda Gizli Tanık

Gizli tanıklık Türk hukukunda, CMK 58. maddenin 2. ve 3. fıkraları ile TKK'nın 5. maddesinin 1. fıkrası (a) ve (b) bentlerinde düzenlenmiştir. Gizli tanıklıkta, tanığın kim olduğunu ortaya çıkaracak tüm bilgi ve belgelerin gizlenmesi önemlidir.

CMK m. 58/2'de yer alan “kimlik bilgileri” ifadesinden hem kimlik hem adres bilgilerinin gizlenmesinin anlaşılacağı yorumu yapılmaktadır. Zira adres bilgilerinin gizlenmemesi halinde CMK m. 153'e göre dosyayı inceleme hakkı bulunan müdafî tanığın adres bilgilerinden hareketle kimlik bilgilerine ulaşabilecektir⁷¹. CMK 58/1. maddesine göre tanığa ikamet ve işyeri adresleri de sorulmaktadır. Bu madde bu nedenle tanığın gizlenmesini işlevsiz hale getirmektedir. CMK'nın 170. maddesinde muhbirlerin korunması adına, sakınca olması halinde suçu ihbar edenin kimliğine ilişkin bilgilere iddianamede yer verilemeyeceği ifade edilmiştir. Tanıkların gizliliğinin sağlanması için CMK 58/1. maddenin gözden geçirilerek değiştirilmesi yerinde olacaktır⁷².

CMK'ya göre olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez (CMK md.210/1).

TKK'ya göre adres ve kimlik bilgileri gizlenen tanığın beyanları tek başına mahkumiyet kararının kurulması için yeterli olmamaktadır (TKK md. 9/8). Ancak bu beyanların mahkumiyet kararında önemli ölçüde değerlendirmeye alınmasında bir yasal engel bulunmamaktadır. Ayrıca TKK md.

⁷⁰ Tanyar, *a.g.m.*, s. 59.

⁷¹ Ahmet Emrah Akyazan, *Türk Hukukunda Tanıkların Korunması*, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 2010, s. 66.

⁷² Balo, *a.g.e.*, s. 326.

9/7’ye göre “Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir”. Bu hüküm ceza yargılamasının “vasitasızlık” ilkesi ile çelişmektedir. Farklı yorumlar ve keyfî uygulamalarla adil yargılanma hakkının ihlal edileceğinden endişe duyulmaktadır⁷³.

Gizli tanıklık uygulamasın Türkiye’deki mevcut durumunun yarardan ziyade, alınacak hatalı kararlardan dolayı zararlı sonuçlara neden olacağı yönünde endişeler mevcuttur. Tanığın kimliğinin gizlenmesi ve duruşmada bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenilmesi adil yargılanma hakkını zedelemektedir. Bu sakıncaların giderilmesi için tanığın dinlenilmeden önceki aşamada ve dinlendikten sonraki aşamada, kimliğinin gizlenmesi ve gerektiğinde en üst koruma tedbirleriyle korunması önerilmektedir⁷⁴.

V. TANIK KORUMA KANUNU VE UYGULAMASI

Tanık Koruma Kanunu, CMK 58/4 maddesine⁷⁵ göre hazırlanmış bir kanundur. Bu fıkra göre, tanığın esas olarak açık kimlikle duruşmada dinlendikten sonra koruma tedbirlerinden faydalanacağı ve çıkarılacak kanunun açık ifadeden sonraki koruma işlemlerini düzenleyeceği anlaşılmaktadır⁷⁶. Ancak daha sonra CMK md 58’de yer verilen tedbirlerin yetersiz olduğu gerekçesiyle, TKK’da ceza muhakemesi tedbirlerine de yer verilmiştir⁷⁷. Tanık Koruma Kanunu, tanıkların korunmasına yönelik düzenlemelerin dışında ayrıca bir usul kanunu özelliği taşımaktadır⁷⁸. Bu yönüyle TKK’nın, tanığın tanıklık yapmaya başlamasından, yargılamanın sonuna kadar ve daha sonraki tüm usul işlemleri ve koruma tedbirlerini düzenlediği görülmektedir⁷⁹.

⁷³ Yaşar, *a.g.m.*, s. 41

⁷⁴ Şen ve Yurttaş *a.g.m.*, s. 29; Tanyar, *a.g.m.*, s. 37.

⁷⁵ CMK md. 58/4: *tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması konusunda alınacak önlemler ilgili kanunda düzenlenir.*

⁷⁶ Çiçek, *a.g.m.*, s. 116.

⁷⁷ Turhan, *a.g.m.*, s. 386.

⁷⁸ Çiçek, *a.g.m.*, s. 116.

⁷⁹ Çiçek, *a.g.m.*, s. 116.

1. Tanık Koruma Hükümleri Açısından CMK ve TKK

TKK'da, tehlikeye maruz kaldığından dolayı korunması gereken hukuki değerler, “hayat”, “beden bütünlüğü” ve “malvarlığı” ile sınırlandırılmışken, CMK'da böyle bir sınırlandırma yoktur. TKK'daki bu sınırlandırma, tanığın örneğin rehin alınma, kişi hürriyetinden yoksun kılınma gibi tehlikelere maruz kalma tehlikesi karşısında TKK hükümlerinden faydalanmasının önünde bir engeldir⁸⁰.

CMK'da “tanık ve yakınları” ifadesinden tam olarak ne anlaşılacağı detaylı belirtilmemiştir (m. 58/2). TKK'da tanığın yakınları olarak kimlerin sayılacağı belirtilmiş (TKK m. 4/1), ayrıca hakkında tanık koruma kararı verilebilecek diğer kişiler detaylı olarak sayılmıştır (m. 22)⁸¹.

Tedbir kararlarını vermede yetkili organlar yönünden bakıldığında, TKK'na göre dört farklı unsura karar verme yetkisi tanınmıştır. Kolluk Amiri, Cumhuriyet Savcısı, Mahkeme ve Tanık Koruma Kurulu farklı düzeylerde ve farklı aşamalarda karar verebilmektedir (TKK m. 6).

CMK ve TKK hükümlerinin çeliştiği diğer konular, “Uygulama Üzerine Değerlendirmeler” bölümünde ele alınmıştır.

2. Uygulama Üzerine Değerlendirmeler

Tanık koruma mevzuatı içinde, soruşturma birimleri için farklı bir önem ifade eden, suç soruşturmasına ve devamında kovuşturmaya doğrudan etki edebilecek, kolluğu da yakından ilgilendirebilecek konular bu bölümde değerlendirilmiştir.

1.1. Tedbir Kararlarının Seviyesi ve Zamanlaması

CMK ile sağlanan tanık koruma tedbirleri, asıl olarak, tanığın kim olduğunun saklı tutulması yoluyla korunmasını düzenleyen tedbirlerdir. İfade verirken kimliğinin gizlenmesi, duruşmada bulunma hakkı bulunanlar olmadan dinlenmesi, ses ve görüntüsünün aktarılması sağlanabilir.

CMK'da tanığın kimliğinin gizlenmesine daha soruşturma aşamasının ilk evrelerinde, kolluk aşamasında ihtiyaç duyulması halinde alınacak tedbirler

⁸⁰ Turhan, *a.g.m.*, s. 391.

⁸¹ Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanabilmektedir.

açık şekilde yer almamıştır (m. 58/2, 58/3). Tanık, mahkemede dinlenildikten sonra alınacak tedbirlerin ise çıkarılacak bir başka kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir (m. 58/4). Ancak CMK 58/2. maddede geçen “*Tanık olarak dinlenecek kişilerin Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir*” ifadesi, soruşturma aşamasında da tanığın kimliğinin gizlenmesi için tedbirler alınabileceği yorumuna neden olmaktadır.

Bunun yanında CMK’da düzenlenen, sanığın duruşma salonunda bulunmasının sakıncalı olması (CMK m. 200), erken alınan tanık beyanlarının duruşma sırasında tekrar alınamaması (CMK m. 211), istinabe veya niyabet yoluyla tanık dinlenmesi (CMK m. 180) gibi hükümler de tanıkların korunması adına kullanılabilen hükümlerdir⁸².

Tanık Koruma Kanunu ile soruşturma makamları olan Kolluk Amiri ve Cumhuriyet Savcısına sınırlı ölçüde de olsa bazı tedbirler (TKK m. 5/1-a,b,c,ç) verebilme yetkisinin tanınması yerinde bir düzenlemedir. Ancak daha ileri koruma tedbirlerinin (TKK m. 5/1-d,e,f,g,ğ,h) kovuşturma aşamasına geldiğinde ve sadece Tanık Koruma Kurulu kararı ile verilebilmesi (TKK m. 6) uygulamada sorun oluşturabilecektir.

Bir tanık hakkında soruşturma aşamasında taşıdığı risk nedeniyle kolluk veya savcı tarafından başka bir yerleşim yerine taşınması zaruri görüldüğünde, istenilen kısa süre içinde bu kararın alınması ve uygulanması mümkün olamayacaktır. Bu sorun, bazı vakalarda fiziki koruma tedbirinin geniş yorumlanarak tanığın güvenli bir adrese taşınmasıyla aşılsa bile, adres değişikliğinin getirdiği maddi geçim, iş ve okul sorunların aşılması için yine Kurul tarafından verilebilen kimlik bilgilerinin değiştirilmesi ve geçici maddi yardım gibi diğer tedbirlere ihtiyaç olacaktır.⁸³

1.2. Tanığın Mahkemece Dinlenmiş Olma Şartı

Tanık koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında kolluk tarafından en fazla yakınılan hususlardan biri, yerleşim yeri değişikliği, kimlik bilgilerinin değiştirilmesi, geçici maddi yardım gibi TKK’da sayılan belli bazı tedbirlerin tanığın mahkemede dinlenmesinden önce verilemiyor olmasıdır.

TKK’da ise yasanın “tanımlar” başlıklı 2/2-a maddesinde tanık tanımından “ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişi, tanık sıfatıyla *dinlenen suç mağdurları* ve bu Kanunda belirtilen yakınlarının” anlaşılması gerektiği

⁸² Karakehya, *a.g.m.*, “Sanığın İddia”, s. 727.

⁸³ Balo, *a.g.e.*, s. 328.

belirtilmiştir. Yine TKK'nın "tanık koruma tedbiri kapsamına alınacak kişiler" başlıklı 4/1-a maddesinde açıkça "*tanık olarak dinlenenler*" ifadesine yer verilmiştir. Buna göre tanık olarak henüz dinlenmemiş kişiler hakkında tanık koruma hükümlerine başvurulamayacağı anlamı çıksa bile, bu ifadeyi "*tanık olarak dinlenmesi söz konusu olanlar ve dinlenenler*" şeklinde anlamak gerekmektedir⁸⁴.

1.3. Kanununun Geniş Yorumlanması

TKK m. 6/1-2'de tanık koruma tedbirlerini verecek merciler ve verilebilecek tedbirler soruşturma ve kovuşturma olarak ayrılması, tanığın kovuşturma öncesi ihtiyaç duyacağı tedbirler konusunda bazı sınırlamalar getirmektedir. Bu sınırlamanın getirdiği sorunların hafifletilmesi yasa hükümlerinin geniş yorumlanmasıyla mümkündür.

Örneğin, Tanık Koruma Kanununun 5/1-ç maddesi ile düzenlenen "*fiziki koruma*" tedbiri verildiği bir durumda görevli tanık koruma birimi gerekli her türlü fiziki koruma tedbirini almak zorundadır. Fiziki koruma tedbiri Savcı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Kolluk Amirince verilebilen bir tedbirdir⁸⁵. Bu tedbirin uygulanması için tanığın adresinin değişmesi gerekiyorsa, fiziki koruma tedbiri, geçici olarak bu adres değişikliğini de kapsamalıdır. Bu durum, kollukta sıklıkla yaşanması olası bir durumdur. Tanığın kimliğinin gizlenmesinin zaruri olduğu kolluk tarafından anlaşıldığı anda, konu vakit geçirmeksizin Cumhuriyet Savcısına bildirilmeli ve bu konuda karar verilinceye kadar kimliğin gizli tutulması ve korunması adına her türlü önlem kolluk tarafından alınmalıdır.

Fiziki koruma tedbiri tanığın, gerektiğinde her türlü teknik cihaz ve donanımlarla, yirmi dört saat esasına göre kesintisiz olarak her türlü tehlikeden korunması amacıyla ilgili kolluk veya koruma birimi tarafından yerine getirilen tedbirdir (TKK m. 14/1). Aynı maddenin 4. Fıkrasında⁸⁶ fiziki koruma

⁸⁴ Turhan, *a.g.m.*, s. 390.

⁸⁵ Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliği 11. Maddesinin 2. Fıkrasında "Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulmasında zorunluluk bulunduğu kolluk birimleri tarafından belirlenmesi hâlinde, durum vakit geçirilmeksizin ilgili Cumhuriyet savcısına bildirilir ve bu konuda bir karar verilinceye kadar tanığın kimlik ve adres bilgilerinin açığa çıkmasını engelleyecek her türlü tedbir alınır". ifadesi bulunmaktadır.

⁸⁶ TKK m. 14/4: Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından tanık hakkında verilen fizikî koruma tedbirine ilişkin karar, gereği için Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla ilgili kolluk veya koruma birimine gönderilir. Tanığın başka bir yargı çevresinde ikamet etmesi

tedbirinde adli birimler arası koordinasyonun nasıl olacağı anlatılmıştır. Bu hüküm de fiziki koruma tedbirinin yerleşim yeri değişikliğini kapsayabileceğini göstermektedir.

1.4. Ses veya Görüntüsünün Değiştirilerek Verilmesi

Video konferans yoluyla tanık dinleme, tanığın korunması açısından bazı durumlarda yeterli koruma sağlamayabilir. Zira tanığın sesini duyan, resmini gören sanık, tanık açısından tehlikeliliğini sürdürmektedir. Bu itibarla dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesinin ya da hem görüntü hem sesinin değiştirilerek dinlenmesi mümkündür. Ancak, ses ve görüntüsü değiştirilen tanığın jest ve mimiklerinin mahkeme heyeti, sanık ve müdafii tarafından tam algılanamaması AİHS'nin 6. maddesine aykırılık teşkil edebilir⁸⁷.

Gizli tanıklık konusunda “orantılılık” konusu AİHM'nin önemseydiği diğer bir kriterdir. Tanıkların yüzleri saklanarak, kamufle edilerek, makyajlanarak ve sesleri bir mikrofon yardımıyla değiştirilerek duruşma salonunda dinlenmeleri aynı korumayı sağlıyorsa öncelikle duruşma salonunda dinlenmeleri yönünde tercih kullanılmalıdır⁸⁸.

Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinde de tanığın duruşma salonunda olması veya olmaması halinde uygulanacak tedbirlerde farklılık görülmektedir. Tanık, duruşma salonunda makyaj, maske, özel kabin veya benzeri yöntemlerden yararlanılarak dinlendiğinde hem ses hem görünüş bakımından tanınmasının engellenebileceği ifade edilirken (Yönetmelik m. 12/3), duruşma salonu dışında telekonferans, video konferans veya diğer sesli ya da görüntülü iletişim araçları ile özel bir ortamda dinlenmesi sırasında sesi veya görüntüsünden birinin değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır (TKK m. 5/1-b, TKK m. 9/3, Yönetmelik m. 12/4).

1.5. Tanıkların Korunması İçin Görevli Kolluk Kurulması

Tanık Koruma Kanunu, verilen tanık koruma kararlarının uygulanması için gereken koruma birimlerini kurmak amacıyla Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığını yetkilendirmiştir (TKK m. 11). Tanık koruma ile görevli kolluğun adli ve idari kolluk ayrımı dikkate alındığında,

halinde ise, söz konusu karar gizlilik esasları çerçevesinde derhal o yer Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

⁸⁷ Yaşar, s. 33.

⁸⁸ Tanyar, *a.g.m.*, s. 47.

kanunun kapsamı ve yaptıkları görevlerden dolayı adli kolluk olarak değerlendirilmeleri daha doğrudur. Adli makamlara karşı tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla sorumlu olan bu birimlerin suç soruşturma görevleri bulunmamalı ve tanıklık konusu suçun soruşturulmasında çalışmamış olmaları gerekmektedir⁸⁹.

Ayrıca TKK ile Tanık Koruma Kurulu oluşturulmuştur. Kurul Sekreterliğinin Adalet Bakanlığı yerine kolluktan sorumlu bakanlık olan İçişleri Bakanlığına verilmesi eleştirilere yol açmaktadır⁹⁰.

1.6. Kararlara Konu Suç Türleri

CMK tanık koruma tedbirlerinin düzenlendiği 58. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraya hükümlerinin ancak bir örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlarda uygulanabileceği belirtilerek (md. 58/5) örgütün faaliyeti dışında işlenen tüm suçlar kapsam dışı bırakılmıştır.

TKK'da örgütlü suçlar için ceza alt sınırının iki yıl ve daha fazla olması şart getirilmiştir. Sadece terör örgütünün faaliyetleri kapsamında değerlendirilen suçlar için alt sınır konulmamıştır (TKK md. 3/1-b). Bunun yanında örgüt kapsamında işlenmesi bile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren tüm suçlar TKK ile tanık koruma kapsamında değerlendirilmiştir⁹¹.

TKK, CMK'dan daha sonra çıkarılan bir kanun olması ve özel bir kanun olması nedeniyle, TKK 3. madde hükmünün CMK md 58/5 hükmünü örtülü olarak yürürlükten kaldırarak her türlü örgütlü suçta tanık koruma tedbirinin uygulanabilirliğini olanaksız hale getirdiği değerlendirilmektedir⁹².

1.7. Risk ve Tehdidin Kaynağı ve Ağırlığı

Tanık koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için koruma altına alınacak kişilerin hayatlarına, beden bütünlüklerine veya mal varlıklarına yönelecek tehdidin tanıklık konusu olaydan kaynaklanmış olması (TKK md. 1) ve somut gerekçelere (TKK m. 6/4-b) dayanması gerekmektedir.

Tanık veya yakınlarının telefonla rahatsız edilmesi veya kendilerine yönelik rahatsız edici birtakım davranışlarda bulunulması tanık koruma tedbi-

⁸⁹ Balo, *a.g.e.*, s. 293.

⁹⁰ Balo, *a.g.e.*, s. 294-295.

⁹¹ Turhan, *a.g.m.*, s. 388.

⁹² Balo, *a.g.e.*, s. 295; Turhan, *a.g.m.*, s. 388; Akyazan, *a.g.e.*, s. 68.

rine başvurulması için yeterli değildir⁹³. Bir sindirme veya tehdidin varlığı konusunda tanıkların duyduğu basit endişe AİHM tarafından gizli tanıklık için yeterli sebep sayılmamaktadır. “Visser-Hollanda” kararında AİHM, tanığın gizli dinlenmesi için tanığın kişisel korkularından başka sebep ileri sürülmemiş olması ve tanıkların korkularının ciddiyetinin yeterince araştırılmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁹⁴.

Tehdidin tanıklık konusu olayla ilişkili olmasına dair en çarpıcı iki örnek “Krasniki-Çek Cumhuriyeti” ve “Doorson-Hollanda” davalarıdır⁹⁵.

Delil kaynağı olarak tanığın tanıklık edeceği olay dışında bir nedenle karşılaşacağı somut ve ciddi tehlikeden nasıl korunacağı sorusu tereddütlere neden olsa da, İdare kendisine diğer kanunlarla verilen genel önleme ve koruma görevleri gereği gerekli tedbirleri almakla yükümlü olacaktır.

1.8. Kimlik Değişikliği Tedbiri Hakkında Değerlendirme

Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi tedbiri istisnai bir tedbirdir. Diğer tanık koruma tedbirleriyle istenilen amaca ulaşamadığı zaman bu tedbire başvurulması gerekmektedir⁹⁶. Zira bu tedbire tanık veya tanık yakınının uyumu oldukça güçtür. Kimliğin yanında okul, askerlik, SGK kaydı gibi birçok belgenin de değiştirilmesini beraberinde getirmektedir.

Türkiye’de yüksek oranda⁹⁷ kimlik değişikliği⁹⁸ tedbirlerin belirlenmesinde, somut gerekçeler ve risk analiz sonuçlarından daha çok tanığın taleplerinin etkili olduğu tahmin edilmektedir. Yapılan bir araştırmanın sonucu bu tahminin haklılığını güçlendirmektedir. Bir grup kişiye tanık olmaları halin-

93 Turhan, *a.g.m.*, s. 392.

94 Tanyar, *a.g.m.*, s. 42; bu konuda ayrıca bakınız AİHM *Krasniki-Çek Cumhuriyeti* Kararı.

95 Tanyar, *a.g.m.*, s. 44.

96 Değirmenci, *TBB Dergisi 2009...*, s. 104.

97 Sabah.com.tr, “12 tanığa yeni yüz”, <http://www.sabah.com.tr/Gundem/2014/04/15/12-taniga-yeni-yuz>, 15 Nisan 2014.

98 TKK m. 5/1-b: Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.

de haklarında hangi programların uygulanmasını istedikleri sorulmuş ve en yüksek oranda kimlik değiştirme tedbiri istedikleri görülmüştür⁹⁹.

AİHM, ulusal mahkemelerden, gizli tanık kullanılmasına dair kararlarının basit endişe ve inançlara dayandırılmamasını, baskı, şiddet ve tehdit iddialarının somut olaylarla gerekçelendirilmesini ve sanıkla ilişkilendirilmesini beklemektedir¹⁰⁰. TKK'da yer bulan "değerlendirme raporu (md. 6/1)" ve "tanık koruma kararında bulunacak hususlar (m. 7/1-e)" bu amaca yönelik düzenlemelerdir. Tanık Koruma Kurulu ile korunacak kişi arasında imzalanan mutabakat metninde yer alan "bilgilendirilmiş rıza" (TKK m. 15) ifadesi, korunacak kişinin istediği tedbirin verilmesinin zaruri olduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

1.9. Teknik Cihaz ve Donanımlardan Faydalanma

Tanıkların fiziki olarak korunması amacıyla teknik cihaz ve donanımlardan faydalanma konusunda en belirgin düzenleme Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesinde fiziki koruma başlığında yapılmıştır. Bu düzenleme, tanık koruma birimi veya korumayı yapacak kolluğa, fiziki koruma sırasında gerektiği durumlarda teknik cihaz ve donanımlardan faydalanma imkanı tanımıştır.

Ancak, ilgili yönetmelikte yer almasına rağmen, Tanık Koruma Kanununda teknik cihaz ve donanımlardan faydalanılmasına dair bir ifadenin yer almamış olması, uygulamada Yönetmeliğin hatalı olduğu yorumlarına yol açarak, uygulayıcılar üzerinde tereddütlere yol açabilecektir. Örneğin tanığın yerleştirildiği adresin girişini 24 saat fiziki olarak kamera yardımıyla izlemek için koruma biriminin veya koruma görevini üstlenen kolluğun, Tanık Koruma Kanununda aradığı yetkiyi bulamaması sonucu yaşanan tereddüt nedeniyle uygulamayı zaafa uğratabilecektir.

1.10. Topluma Kazandırma Yasası ve Tanık Koruma Kanunu Kesişmesi

TKK'nın uygulanmasında karşılaşılabilecek olası sorunlardan bir diğeri, geçmişte 4959 sayılı yasadaki faydalanmış olan tanıklardır. TKK'nın 22.

⁹⁹ ERŞAHİN Hakan, "Türkiye'de Organize Suçluluk ve Tanıklıkta Karşılaşılan Sorunlar", *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 67.

¹⁰⁰ Tanyar, *a.g.m.*, s. 58.

Maddesinin üçüncü fıkrasına göre, 4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu hükümlerine göre haklarında koruma tedbiri uygulananlara Tanık Koruma Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır. Bu düzenlemenin, kanun yapıcının bir kişiye iki kez koruma tedbiri uygulamaktan kaçınmak amacıyla koymuş olduğu değerlendirilmektedir.

Sınırlı süre için çıkarılmış olan 4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunundan yararlanarak hakkında bazı koruma tedbirleri uygulanan tanıkların, 4959 sayılı kanunun yürürlük tarihi sona erdikten sonra¹⁰¹ farklı bir olaya tanıklık etmeleri ve bu tanıklıklarından dolayı tehdit altında bulunmaları halinde de Tanık Koruma Kanundan faydalanabilmeleri sağlanmalıdır¹⁰².

SONUÇ

Tanık koruma sistemi ceza muhakemesinde çok önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle örgütlü ve terör suçlarında hem tanık temini hem de diğer delillerin temini güçtür. Bu nedenle tanıklık günümüzde de önemini sürdürmektedir.

Tanık Koruma Kanunu ile Türkiye’de tanıkların korunması ve ceza yargılamasında yeni bir döneme geçilmiştir. 2004 tarihli CMK ile getirilen düzenlemelerden sonra, tanıklık görevinin yapılmasından sonraki tanık koruma sistemini düzenlemek için ayrı bir kanun yapılması CMK’ya eklenmiştir. Ancak 2008 yılında yürürlüğe giren 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu, sadece tanıklık sonrası korumayı düzenleyen bir kanun olmakla kalmamış, soruşturma, kovuşturma ve kovuşturma sonrası hem muhakeme usulü hem fiziki koruma tedbirlerini düzenleyen bir kanun olarak hazırlanmıştır.

CMK ve TKK hükümleri arasında tanık koruma kapsamına giren suçlar ve karar mercilerine göre karar türleri bakımından bir ayırım dikkat çekmektedir. CMK her türlü örgütlü suç ile kendini sınırlandırmış, örgütlü olmayan suçları kapsamına almamıştır. TKK ise hem örgütlü hem örgütlü olmayan suçları kapsamına alırken, örgütlü suçta iki yıl ceza alt sınırı koymuş, örgütlü olmayan suçlarda da yine ceza limiti getirmiştir¹⁰³. Ceza miktarına göre

¹⁰¹ 4959 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle; bu maddenin birinci ve son fıkrasının Kanunun yayımı tarihi olan 6/8/2003’ten itibaren altı ay sonra yürürlükten kalkacağı hükme bağlanmıştır.

¹⁰² Balo, *a.g.e.*, s. 295.

¹⁰³ Balo, *a.g.e.*, s. 263.

sınırlama, kural koyma açısından faydalı iken, önemli ancak, ceza alt sınırı düşük suçların kapsam dışında kalması bakımından sakıncalıdır¹⁰⁴.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen *Adil Yargılanma Hakkının* gözetilmesi için, öncelikle fiziki koruma tedbirlerinin, sonrasında bunun yeterli görülmemesi halinde muhakeme usulüne dair koruma tedbirlerine başvurulması iç hukukta dikkat edilmesi gerek bir husustur.

Mevzuatımıza CMK ve TTK ile girmiş olan gizli tanıklık, bu alanda en fazla tartışmaya konu olan bir uygulamadır. AİHM de gizli tanıklık konusuna koşulsuz olarak karşı olmamakla birlikte bu uygulama için ağır şartların varlığını aramaktadır. Bu kararın ciddi bir gerekçeye dayanması, gizli tanık beyanının tek başına ve ağırlıklı olarak mahkumiyet kararına esas teşkil etmemesi, savunmanın muhakemenin herhangi bir aşamasında iddia tanığına en az bir kere soru sormak ve onun güvenilirliğini sorgulama olanağına sahip olması bu şartların en önemlileridir.

Türkiye’de tanıkların güvenilirliği ve gizli tanıklık konusunda yasaya ve uygulamaya yönelik medyaya bazı eleştirilerin yansıdığı bilinmektedir. Bazı yasa maddelerinin AİHM içtihatları ve adil yargılanma ilkeleriyle çeliştiği iddia edilmektedir.

Türk hukukuna göre adres ve kimlik bilgileri gizlenen tanığın beyanları tek başına mahkumiyet kararının kurulması için yeterli olmamasına rağmen (TTK md. 9/8) mahkumiyet kararında önemli ölçüde değerlendirmeye alınmasında bir yasal engel bulunmamaktadır. Bu durum AİHM içtihatları ile çelişmektedir. Ayrıca TTK md. 9/7’ye göre “Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir” ifadesi, çelişmeli muhakeme ilkesine aykırı görülmektedir.

Mahkumiyet kararı, tek başına veya büyük ölçüde tanık ifadesine dayanırılmış ve savunma makamı, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında bir kez bile olsa iddia tanığına soru sorma fırsatı bulamamış ise silahların eşitliğinden söz edilemez. Bu durum AİHS’nin 6/3-d maddesinin ihlali sayılır¹⁰⁵.

Bu kararların yerindeliği ve uygulamalarının başarısı zaman içinde özellikle AİHM’ne Türkiye aleyhine taşınan başvurular ve AİHM’nin bu başvurulara vereceği kararlarla ortaya çıkacaktır. Zira tanık koruma kararlarının yerindeliği ve uygulama başarısında tanıkların ve yakınlarının mal ve can

¹⁰⁴ Balo, *a.g.e.*, s. 273.

¹⁰⁵ Tezcan ve ark. *a.g.e.*, s. 364.

güvenliklerinin sağlanarak muhakemeye olan katkılarının yanında, yargılamaların adil olarak yapılıp yapılmadığına bağlıdır. Gizli tanıklık yerine, tanığın açık kimliği ile çelişkili yargılama, vasıtasızlık ilkeleri gibi ilkelerin gözetilerek ifade vermesi ve duruşma öncesi ve sonrasında gerekli olan en iyi tedbirlerle korunması alternatif mevzuatımız için tartışılmaya devam edilmelidir.

Tanık için belirlenecek tanık koruma tedbirinin tespitinde tanık koruma birimince hazırlanacak olan değerlendirme raporunun önemi büyüktür. Tedbirin tespitinde tanığın aydınlatılmış rızası aranması koşulu olsa da hem muhakemenin adil olması hem tedbirin uygulanabilirliği açısından yapılacak analizde hassasiyet gösterilmelidir. Önerilecek tedbirlerde savunma hakkını en az etkileyen tedbir veya tedbirler tercih edilmelidir. Kararlar, tanıkların basit kaygıları, korkuları istekleri yerine somut gerekçelere dayandırılmalıdır. Tanığın tercihi, somut gerekçeler göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu bakımdan koruma birimi görevlileri değerlendirme raporunu hazırlamada bu hususa son derece dikkat etmelidirler.

4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu gibi bazı özel yasalarla sağlanan benzer koruma tedbirleriyle örtüşen veya ayrışan hususlar yeniden değerlendirilmelidir. Yeni bir olay hakkında bilgisi olan kişi, geçmişte bazı özel yasalardan faydalanmış olsa bile bu durum tanık koruma kanunundan faydalanmasına engel oluşturmamalıdır.

Mevzuatımıza ve AİHM içtihatlarına göre, koruma tedbiri verilebilmesi için tanığa yönelen tehdit, şiddet ve baskının tanıklık konusu olaydan kaynaklanması gerekmektedir. Bu durumda, delil kaynağı olan tanığın başka bir nedenle risk altında olması durumunda kolluğun genel koruma ve önleme tedbirleri devreye girmelidir.

TKK ile yapılan düzenlemede soruşturma ve kovuşturma evrelerinde verilebilecek kararların ağırlıklarının eşit tutulmaması bir sorun olarak görülmektedir. Soruşturma aşamasında sadece Savcı tarafından verilebilecek tedbirlerin düzeyi tanığın veya yakınların etkili şekilde korunması için yeterli olmayabilecektir.

KAYNAKÇA

- Adalet gov tr, <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/>, 29 Nisan 2014.
- AKYAZAN Ahmet Emrah, *Türk Hukukunda Tanıkların Korunması*, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 2010.
- BALO Yusuf Solmaz, *Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- CASTEROT Coralie Ambroise, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi” *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu Bildirileri*, Türkiye Barolar Birliği, Yargıtay Konferans Salonu 26-27 Eylül 2003, Türkiye Barolar Birliği-İHAUM Yayını:4, 2004.
- ÇETİN Hakan Cem, “The Effectiveness of The Witness Security Program in The Fight Against Organized Crime and Terrorism: A Case Study of The United States And Turkey”, *A Dissertation for the Degree of Doctor of Philosophy*, Global Affairs in The State University of New Jersey, New Jersey, 2010.
- ÇİÇEK İbrahim, “5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanık”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Ocak-2009, Sayı: 29, Sayfa: 111-136.
- DEĞİRMENCİ Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları” *TBB Dergisi*, Sayı 77, 2008.
- DEĞİRMENCİ Olgun, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, *TBB Dergisi*, sayı 83, 2009.
- EGM, *Tanık Koruma Uygulamaları-2*, Emniyet Genel Müdürlüğü Tanık Koruma Dairesi Başkanlığı, EGM Basımevi, Ankara, 2012.
- EUROPOL, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment Report*, Vienna, 2007, s. 5-6.
- EUROPOL, *High Level Expert Conference on Witness Protection in Rome, Italy*, 2013. <https://www.europol.europa.eu/content/europol-high-level-expert-conference-witness-protection-rome-italy>, 15 Nisan 2014.
- ERŞAHİN Hakan, “Türkiye’de Organize Suçluluk ve Tanıklıkta Karşılaşılan Sorunlar”, *Yayınlanmamış Yüksel Lisans Tezi*, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- GEDİK Fırat, “Hukuk Dünyamızda Bir Yenilik:5726 Sayılı Tanık Koruma Kanunu”, *Güncel Hukuk Dergisi*, Şubat 2008.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Adil Yargılanma”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5268.pdf>, e.t.12.01.2015.

KARAKEHYA Hakan, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, *İÜHFM C. LXV, S.2*, s. 121-142, 2007

KARAKEHYA Hakan, “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, file:///C:/Users/1_/Downloads/5000001567-5000000693-PB.pdf, e.t: 26.01.2015.

ÖZLEM Önder, “Gerekçeli-TBMM Komisyon Raporları-Birleşim Tutanakları Işığında Tanık Koruma Kanunu”, <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=29747>, 15 Haziran 2014.

ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SIRMA

Özge, KIRIT Yasemin F. Saygılar, ÖZAYDIN Özdem, AKCAN Esra Alan, ERDEN Efser, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 37.

ÖZTÜRK Bekir, *Gizli Tanık*, Togan Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Salzburg Forum, <http://www.salzburgforum.org/site/aboutus.html>, 10

Haziran 2014.

ŞAHİN Cumhur, “Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:VI, S.:1-2, 2002.

ŞEN Ersan, Yurttaş Yasemin “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Seçkin Yayıncılık, 2008, yıl 3, sayı 6. , sayfa: (21-50).

ŞENTÜRK Candide, BAYZİT Tuğba, “Gizli Tanık/Secret Witness”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Temmuz-Agustos-2012.

TANYAR Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı”, *LHD (Legal Hukuk Dergisi)*, Cilt 10, Sayı 114, 2012.

TAŞÇI Alp Tekin, TAŞÇI Gülsen, “Türkiye’de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler”, Ankara Barosu Yayınları, Ağustos 2007.

TATAR Erol, “Gizli Tanık”, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2013-4/8.pdf>, e.t. 21.01. 2015, s. 289.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SANCAKTAR Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, İkinci Baskı.

TURGUT Bayram, “Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması”, *Yayınlanmış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2009.

TURGUT Bayram, *Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

TURHAN Faruk, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

Turhan Faruk, “Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu Kitabı*, (Editör: Bahri Öztürk), Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

VERMEULEN Gert vd., “Background”, *EU Standards in Witness Protection and Collaboration With Justice*, Ed. Gert Vermeulen, Principal, European Commission (JAI/2004/AGIS/077), Antwerp/Apeldoora, 2004.

Wikipedia, “Salzburg forum”, http://en.wikipedia.org/wiki/Salzburg_Forum, 06 Mayıs 2014

www.hukukturk.com/fractal/.../pages/dwnldCntHT.jsp?...Karar..“Yenisey/Altunç/Öztezel, *İHAS Kararlar Özeti* (24.10.2007)”, .e.t: 16.01.2015.

YAŞAR Yusuf, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Tanıklık”, *e-akademi*, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ekim 2013, Sayı:133.

YENİDÜNYA Caner, “Ceza Yargılamasında Gizli Tanık”, *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye Uluslararası Sempozyum* (Editör: Ahmet Taşkın), Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Yayın 7.

HÂKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN DEMOKRATİK MEŞRUIYETİ

*Arş. Gör. Dr. Abdulkadir YILDIZ**

ÖZET

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısı yargı bağımsızlığı ve yargının tarafsızlığı konularıyla birlikte sürekli tartışılmaktadır. Buna göre Meclis'in üye seçimine katıldığı bir Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun demokratik meşruluğuna karşı, yargının bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri yarışmaktadır. 1961 Anayasası'ndaki ilk düzenleme Venedik Komisyonu kriterleri benzerinde demokratik meşruiyete yönelmişken 1971 değişiklikleri ve 1982 Anayasası değişiklikleri sonrasında Kurul, bu özelliklerden yoksun olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapısı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarihi gelişimi, Venedik Komisyonu kriterleri, HSYK önerisi.

THE DEMOCRATIC LEGITIMACY OF TURKISH SUPREME BOARD OF JUDGES AND PROSECUTORS

ABSTRACT

Structure of the Supreme Board of Judges and Prosecutors is really controversial issue with independence and neutrality of judiciary. Parliament's participation to choose members makes the Board more legitimate although independence of judiciary and separation of powers are two main arguments on this issue. On the historical background 1961 Constitution's Board structure was more legitimate than 1971's and 1982's structure that Parliament has no authority to choose members anymore.

Key Words: Structure of Supreme Board of Judges and Prosecutors, Historical Background of the Board, Venice Commission's criteria on the Board, Suggestions for the Board.

* Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

GİRİŞ

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, esas olarak hâkim bağımsızlığı ile sağlanır¹. Her ne kadar zanlı aleyhine delil toplama yetkisiyle birlikte lehe delil toplama göreviyle de donatılmış olsa bile savcı, esas olarak, devletin avukatıdır ve bu anlamda mutlak tarafsızlığı söz konusu değildir. Bu açıdan kuvvetler ayrılığı, yasama ve yürütme arasında sert veya yumuşak olabilmekle birlikte, yargı bakımından yasama ve yürütmeden mutlak bir ayrılık öngörülmüştür². Bu durum, yalnızca demokratik rejimlerde değil, ampirik veriler ışığında tarihteki devletleri incelediğimizde, adalete yönelmiş her yapıda bu şekilde bir gelişim görülür. Özellikle bizim tarihi geleneğimizde, Osmanlı Devleti'nde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı devletin temeli sayılmıştır. Yargı bağımsızlığını sağlamak açısından, ilk olarak, 1961 Anayasası ile Yüksek Hâkimler Kurulu ve Yüksek Savcılar Kurulu olmak üzere iki ayrı yapı öngörülmüş olmasına rağmen, 1982 Anayasası'nda bu sistem benimsenmemiş ve tek başlı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) öngörülmüştür.

2010 Anayasa değişiklikleri, lehine ve aleyhine yürütülen uzun ve çekişmeli bir kampanya sürecinden sonra gerçekleşebilmiştir. Kimileri bu süreci 1982 Anayasası ve darbe ile hesaplaşmak ve darbe anlayışını ortadan kaldırmak olarak görmüş ve bu şekilde lanse etmiş; bazıları ise bu süreci, devletin niteliklerine ilişkin tüm kazanımları ortadan kaldıracağı yönünde değerlendirmiştir. Sonuç olarak, Balyoz ve Ergenekon davaları devam ederken bireysel başvuru imkânından yaralanılarak bazı yargılama ihlallerinin ortadan kalkması değişikliklere ilişkin olumlu yönü oluşturup kampanya sürecindeki haksız eleştirileri bertaraf edecektir. Bununla birlikte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu seçimleri öncesi ve sonrasında yaşanan süreçler ve yargı camiasının hukukçu kimliği dışındaki kamplaşmış görüntüsü ve özellikle “paralel devlet” iddiası, değişikliklerin en azından bu açıdan yetersizliğini ortaya koymuştur.

HSYK'nın bağımsızlığı ve demokratik meşruiyeti ise üye seçimi ve HSYK'nın yetkileriyle yakından alakalıdır. Bu makalede, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun tarihi gelişimiyle birlikte mevcut yapısının Venedik Komisyonu standartlarıyla kıyaslanması ve yargı bağımsızlığı açısından ortaya konulabilecek ideal HSYK yapısı belirlenmeye çalışılacaktır. Yargı

1 **YAZICI**, Serap, “Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletinin Değişen İçeriği”, *AÜHFD*, ss.77-118, 2005, s.85.

2 **GÖZLER**, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 3. Ek Baskı, Ekin Yayınları, Ekim 2010, s.223.

bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olmaktadır. Demok-rasi ilkesi ile ilişkisi, HSYK'nın demokratik meşruiyetini ortaya koymaktadı-r. Esas olarak, Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi ve demok-ratik devlet ilkesi devletin nitelikleri arasında sayılmaktadır. Bu açıdan, bu ilkeler birbirinden bağımsız değerlendirilmemelidir.

1. HSYK'NIN TARİHİ GELİŞİMİ

HSYK'nın tarihi gelişimi, 1961 Anayasası ile 2010 Anayasa değişiklik-leri sonrasındaki mevcut yapının tamamını içerecek kapsamda incelenecek-tir³.

1.1. 1982 Anayasası Öncesinde

1.1.1. 1961 Anayasası'nın İlk Halinde

1961 Anayasası'ndan önce Türkiye'de Adalet Bakanlığı hâkim ve savcı-ların terfi ve özlük haklarıyla ilgili her konuda yetkiliydi⁴. HSYK'ya muka-bil Yüksek Hâkimler Kurulu ilk defa 1961 Anayasası'nda öngörülmüştür⁵. 1971 Anayasa değişiklikleri öncesinde 143. maddeye göre Yüksek Hâkimler Kurulu on sekiz asıl ve beş yedek üyeden oluşur. Bu üyelerden altısı Yargı-tay genel kurulu tarafından, altısı birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce kendi aralarından gizli oyla seçilirdi. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu yük-sek mahkemelerde hâkimlik etmiş veya bunlara üye olma hakkını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Ayrıca Yargıtay Genel Kurulu iki ve birinci sınıfa ayrılmış hâkimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu birer yedek üye seçerler. Yüksek Hâkimler Kurulu kendi üyeleri içinden başkanını seçer. Adalet Ba-kanlığı Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına katıldığı halde oylamaya katı-lamaz⁶.

³ HSYK'nın tarihi gelişimi için bkz. <http://www.hsyk.gov.tr/tarihce.html>, (E.T. 2.4.2015).

⁴ CAN, Osman, **Darbe Yargısının Sonu**, 1. Baskı, İstanbul; Timaş Yayınları, 2010, s.139; ÜNVER, Yener, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", **İÜHFİM**, Cilt LIII, Sayı 14, ss. 153-196, 1988-1990, s.170.

⁵ 1961 Anayasası'nda Yüksek Hakimler Kurulu düzenlemeleri için bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, 7. Baskı, Beta, İs-tanbul, 2011, s.92-94.

⁶ KESER, Hayri ve NİYAZIOĞLU, Fatma, "Türkiye'de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:2, ss.119-157, 2011, s.

Görüleceği üzere Kurul'un üye seçimi bakımından ilk hali demokratik açıdan daha temsilidir. Bunun yanında Meclislerden üye seçme imkânı yine demokratik meşruiyet ve kooptasyon tehdidini engelleyici bir önlem teşkil etmektedir. Bununla birlikte, sonraki değişiklik ve 1982 Anayasası dönemi buradaki demokratik temsil ve meşruiyeti sağlamaktan uzak kalmıştır. Kurul'un kendi içinden başkanını seçmesi usulü yine 1982 Anayasası'nın ortadan kaldıracağı demokratik yönlerden biridir⁷.

Hâkimlerin bütün özlük haklarına ilişkin karar verme yetkisi Kurul'undur (m. 144/1). Bir hâkimin meslekten çıkarılmasına ilişkin karar genel kurulun salt çoğunluğu ile alınabilir (m. 144/2). Adalet Bakanı gerekli gördüğü hallerde bir hâkim hakkında disiplin kovuşturması açılması için Yüksek Hâkimler Kurulu'na başvurabilir (m. 144/3). Hâkimlerin denetimi de Kurul tarafından görevlendirilecek üst derecedeki hâkimler eliyle yapılır (m. 144/5).

1.1.2. 1971 Anayasa Değişiklikleri Sonrasında

Her darbenin doğal sonucu olan demokrasinin gerileyip vesayetlin ön plana çıkması vakası, 1971 muhtırası sonrasında da gerçekleşecek ve HSYK'nın yapısına ilişkin vesayeti artırıcı tedbirler öngörülebilecektir. Buna göre 1961 Anayasası'nın ilk halindeki HSYK'ya demokratik meşruiyet kazandıran Meclislerin üye seçimi ortadan kaldırılacak ve on bir asıl ve üç yedek üyenin tamamının Yargıtay Genel Kurulu tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilmesi usulü getirilecektir⁸. Bu düzenlemeyi, siyasetin, yargı bağımsızlığı açısından oluşturacağı sorunlar nedeniyle yerinde bulanlar varsa da⁹, demokratik meşruiyet bağlamında geriye gidiş olduğunu söylemek gerekir. Yine hâkimlerin kendi aralarından üye seçmesinin önünün kapanması mesleki temsil noktasında da meşruiyet krizine yol açacak mahiyettedir.

Kurul, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile kendi içinden başkanını ve bölüm başkanlarını seçer (m. 143/2). Üyelerin görev süresi dört yıldır (m. 143/3). Adalet Bakanı gerekli gördüğü durumlarda toplantılara başkanlık eder (m. 143/son). 45 sayılı kanunun 4. maddesine göre Adalet Bakanının oy verme hakkı da vardır¹⁰.

⁷ Keser ve Niyazioğlu, s.126.

⁸ Can, s.139.

⁹ Bkz. ÜNVER, Yener, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", *İÜHFİM*, Cilt LIII, Sayı 14, ss. 153-196, 1988-1990, s.179.

¹⁰ Ünver, s.180.

Anayasa'nın 144. maddesine göre Kurul'un görevleri, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kararlar vermek¹¹, bir mahkemenin veya hâkimin kadrosunun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi hususlarıdır. Hâkimlerin özlük işleri hakkındaki kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamayacağına ilişkin hüküm Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir¹². Danıştay, 1981 yılındaki HSYK Kanunu'na kadar Kurul'un kararlarına karşı açılan davalara bakmıştır¹³. Disiplin cezaları ile meslekten çıkarılma cezalarının Kurul tarafından bir defa daha incelenmesini Adalet Bakanı veya hakkında karar verilen hâkim isteyebilir. Bu hükmün asıl önemi yargı yoluna başvurma imkânını ortadan kaldıran hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine kadar olan süreçtedir. Çünkü yargı yolunun mümkün olması zaten yeni bir incelemeyi içermektedir. Meslekten çıkarma cezaları salt çoğunlukla olmakta ve Adalet Bakanı gerekli gördüğünde bir hâkim hakkında disiplin soruşturması açılmasını isteyebilmektedir.

Hâkimlerin denetimi ve haklarındaki soruşturma, Yüksek Hâkimler Kurulu'na bağlı ve sürekli olarak görevli müfettiş hâkimler eliyle yapılır. Müfettiş hâkimlerin atanması da Yüksek Hâkimler Kurulu'nca hâkim ve savcılar arasından yapılmaktadır (m. 144/son).

1971 Anayasası ile getirilen bir yenilik de savcılığın düzenlendiği 137. maddedeki değişiklikte Yüksek Savcılar Kurulu'nun oluşturulmasıdır. İdari görevleri bakımından Adalet Bakanına bağlı olan cumhuriyet savcılarının Yargıtay üyeliğine seçilmeleri dışındaki bütün özlük ve disiplin işlemleri Yüksek Savcılar Kurulu'nun uhdesinde toplanmıştır. Yüksek Hâkimler Kurulu'nun kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasına paralel olarak Yüksek Savcılar Kurulu'nun kararları da yargı denetimi dışında bırakılmıştır fakat, Anayasa Mahkemesi bu hükmü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁴.

Yüksek Savcılar Kurulu da Adalet Bakanı başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulu'nca seçilen üç asıl ve iki

¹¹ 1961 Anayasası'nda idari hâkimlerin özlük işleri konusunda kanunla özel düzenleme yapılacağı hükmünden dolayı Yüksek Hâkimler Kurulu yalnızca adli hâkimler hakkında yetkili kılınmıştır. Bkz. **YANIK**, Murat, Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi, Anayasa Yargısı 27, 2010, s.174.

¹² E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977.

¹³ Keser ve Niyazioğlu, s.125.

¹⁴ E. 1977/82, K. 1977/117, K.T. 27.9.1977.

yedek üye ile Adalet Bakanlığı müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdüründen ibarettir. Bakan olmadığında Kurul'a Cumhuriyet Başsavcısı başkanlık edecektir (m. 137/3).

Sonuç olarak, 1971 yılındaki değişiklikleri, hem Kurul'un bağımsızlığı açısından hem de demokratik meşruiyeti açısından eleştirmek mümkündür. Demokratik meşruiyet bağlamında, millet ile millet adına kullanılan egemenliğin yargı erki arasında bir ilgisinin kalmaması, bu eleştirileri haklı kılmaktadır¹⁵.

1.2. 1982 Anayasası'nda HSYK Düzenlemesi

1.2.1. 2010 Değişiklikleri Öncesinde

1982 Anayasası'nın 159. maddesi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu düzenlemiştir¹⁶. 2010 Anayasa değişiklikleri öncesinde Kurul, yedi asıl ve beş yedek üyeden oluşmaktadır. Üç asıl ve üç yedek üye Yargıtay ile iki asıl ve iki yedek üye Danıştay üyeleri arasından Cumhurbaşkanı tarafından ve dört yıl için seçilmekteydi. Kurul'un başkanı Adalet Bakanı'dır ve Adalet Bakanlığı müsteşarı tabii üyedir. Dolayısıyla Kurul'un yürütmeden gelen iki üyesi dışındaki tüm üyelerinin yüksek yargıyı temsil etmesi hem demokratik meşruiyeti sağlamaması hem de kooptasyon denen anlayışa sebep olması yönlerinden eleştirilmiştir¹⁷. Bununla birlikte, yürütmenin temsilcilerinin bulunmasını, Kurul'un bağımsızlığı açısından sorunlu görenler de vardır¹⁸. Kanaatimizce, yürütmeden temsilcilerin olması, kooptasyonun önlenmesi açısından önemlidir. Bunun yanında parlamenter sistemde Bakan'ın büyük ihtimalle aynı zamanda milletvekili olması, demokratik meşruiyet açısından Kurul'un milletle ilişkisinin kurulması olarak görülebilir.

HSYK, adli ve idari hâkim ve savcıların göreve kabulü, atama ve nakil, geçici görevlendirme, yükselme ve birinci sınıfa ayrılma, kadro, meslekten çıkarma, disiplin işlemleri hususlarının tamamında yetkilidir. Adalet Bakanlığının bir mahkemenin veya bir hâkimin veya savcının kadrosunun kaldı-

¹⁵ Ünver, s.180.

¹⁶ Madde için bkz. Yüzbaşıoğlu, s.215-218.

¹⁷ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011, s.383; BALTACI, Cemal, Demokrasi ve Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Türkiye'de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, ss.157-168, 2013, s.162.

¹⁸ Ünver, s.185.

rılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki kararlarını konusunda yetkilidir (m. 159/3). Kurul'un kararlarının genel olarak hâkimlerin özlük haklarına ilişkin olması hâkimlik teminatıyla bağlantılı olan yargı bağımsızlığını yakından ilgilendirdiğini gösterir¹⁹.

Anayasa'nın 159/4. maddesine göre HSYK kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. HSYK kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmış olması, demokratik meşruiyetten yoksun HSYK kararlarına ilişkin hukuki meşruiyet krizlerine de sebep olmaktadır. Mevcut düzenlemede de yalnızca meslekten çıkarma cezalarına ilişkin yargı yolu mümkündür ve fakat diğer kararlara karşı yargı yolunun mümkün olmaması eleştiriye açık olan bir yöndür.

1.2.2. 2010 Anayasa Değişikliği Sonrasında HSYK'nın Mevcut Yapısı

Son haliyle HSYK, yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeden oluşmaktadır (m. 159/2). Kurul'un dört asıl üyesi yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Üç asıl ve üç yedek üye Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulu tarafından, iki asıl ve iki yedek üye Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulu tarafından, bir asıl ve bir yedek üye ise Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu tarafından kendi üyeleri arasından seçilir. Yedi asıl ve dört yedek üye birinci sınıf adli yargı hâkim ve savcılar arasından adli yargı hâkim ve savcılar tarafından, üç asıl ve iki yedek üye ise birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcılar arasından idari yargı hâkim ve savcılar tarafından seçilir (m. 159/3).

Kurul'un üye seçimi bakımından değişiklikler öncesine göre daha demokratik bir hal aldığı söylenebilir²⁰. Eski halinde yedi üyesinden beşinin yalnızca yüksek yargıyı temsil etmesine göre yeni durum daha dengeli bir mahiyet arz etmektedir²¹. Bununla birlikte, yasama organının üye seçimine katılmıyor olması eleştirilecek önemli bir noktadır²². Görevleri idari ve disipline ilişkin olan yani yargısal bir görev icra etmeyen Kurul'a ilişkin ya-

¹⁹ Yanık, s.167.

²⁰ İNCEOĞLU, Sibel, "Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler", *TBB Dergisi*, ss.235-268, 2011, s.238.

²¹ Baltacı, s.164.

²² ŞENTOP, Mustafa, *Anayasalarda ve Değişiklik Önerilerinde AYM VE HSYK*, Seta Analiz, Sayı: 23, Haziran 2010, s.41.

samanın üye belirlemiyor olması buradaki temsili, sorumluluk almayı ve vesayetin engellenmesine ilişkin bir dizi tedbiri bertaraf edebilecektir. Nitekim özellikle HSYK'nın 12 Ekim 2014 üye seçimiyle ilgili yaşanan problemlerin temelinde bu vardır.

2010 Anayasa değişiklikleri sonrasında Adalet Bakanı ve Bakanlık müsteşarının kuruldaki üyelikleri devam etmesine rağmen üç daire haline görev yapacağı belirlenen Kurul'un daire çalışmalarına Bakan'ın katılmaması ve yalnızca genel kurul çalışmalarına katılabilmesi yürütmenin etkisini azaltan bir değişiklik olmuştur. Bunun dışında, Kurul'un toplanabilmesi ve karar alabilmesi için zorunlu olan Kurul'un doğal üyesi Adalet Bakanlığı müsteşarı olmadan da toplantı ve karar yetkisinin mümkün olması yürütmenin etkisini azaltan diğer bir değişiklik olmuştur.

HSYK'nın kendi sekretaryasının kurulması da Kurul'un bağımsızlığının artırılması ve yürütmenin etkisinin azaltılması açısından önemli bir gelişme olmuştur²³. Diğer önemli bir gelişme HSYK'nın meslekten çıkarma kararlarına ilişkin yargı mercilerine başvurmanın önünün açılmasıdır. Bu HSYK'nın tüm kararlarına karşı yargı yolunun açılmaması sebebiyle her ne kadar eksik bir düzenleme olsa da yaptırımın ağırlığının göz önünde bulundurulması karşısında en azından en önemli ihlalin önüne geçilmesini sağlayacak önemli bir adım olmuştur. Böylelikle, 1982 Anayasası'nın vesayet tesisini öngören ve *istisna anayasa*²⁴ olarak da ifade edilen yargı yolu engellerinden önemli bir tanesi ortadan kaldırılmıştır. Buna rağmen, HSYK'nın tüm kararına karşı yargı yolunun açık olması gerekir.

1.2.3. HSYK'nın Demokratik Meşruiyeti

Yargının bağımsızlığı hukuk devleti ilkesini açıklamakta iken demokratik meşruiyet, iktidarın kaynağı olarak egemenliğin millete ait olmasının yani demokrasinin sonucudur²⁵. Bu bağlamda, yargının demokratik meşruiyeti, hukuk devleti ilkesiyle de ilgili olarak yargı erkinin demokratik temsille ilişkilendirilmesini ifade eder. Dolayısıyla bağımsız ve tarafsız olmayan bir yargının meşruiyeti olmayacaktır²⁶. Yani yargı da devletin diğer erkleri gibi

²³ Aynı yönde bkz. İnceoğlu, s.238.

²⁴ İbrahim Ö. KABOĞLU, "Neden- Ergenekon Yörünge Mi Değiştiriyor", http://www.candundar.com.tr/_v3/index.php#!#Did=9593, (E.T.10.10.2014).

²⁵ TOSUN, Fahri Mutlu, Yargı ve Demokratik Meşruiyet, **TBB Dergisi**, ss.320-332, 2010, s.321.

²⁶ Tosun, s.325.

hukukla bağlı olmalı ve adaleti sağlama amacına yönelmelidir. Bununla birlikte, demokratik rejimlerde demokratik temsille ilişkilendirilme, adaleti sağlama amacına yönelmenin bir diğer unsuru olarak anılabilir. Bu açıdan, millet adına karar veren yargının milletle ilişkisinin kurulması önemlidir²⁷.

Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlanırken demokratik meşruiyet unsurunun gözetilmesi, farklı bir açıdan fakat yine yargının bağımsızlığına hizmet etmektedir. Çünkü yargının kendi içinde hiyerarşik bir yapıya dönüşmesi aynı zamanda yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracak bir durumdur²⁸. Dolayısıyla HSYK'ya Meclis tarafından da üye seçilmesi HSYK bünyesinde juristokratik bir sistemi engelleyecektir²⁹. Mevcut yapısında HSYK'ya Meclis tarafından üye seçilmemesi demokratik meşruiyet bağlamındaki eleştirilerin en önemli kısmını oluşturmaktadır. Yasama organının yargı bağımsızlığı açısından oluşturabileceği görüşü ise üye seçiminde nitelikli çoğunluk aranması suretiyle aşılabılır. Böylelikle üye seçiminde muhalefetin oyunun da gerekmesi, bu konuda uzlaşmayı ve tarafsızlığı sağlayacak bir unsur olarak nitelenebilir³⁰.

Esas olarak, Adalet Bakanı ve müsteşarın kurulda bulunması demokratik meşruiyet bağlamında görülebilecek olmasına rağmen, bunu yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda sorunlu görenler de bulunmaktadır³¹. Fakat, çoğulculuğun oluşmaması ve mesleki hiyerarşi, yargıda, yürütmeye göre daha güncel bir tehdit riski taşımaktadır. Başka bir deyişle, yasama ve yürütmenin Kurul'da temsil edilmesi, kooptasyonu önlemek suretiyle halk iradesinin Kurul'a yansımını sağlayacaktır³².

2. VENEDİK KOMİSYONU KRİTELERİ'NDE HÂKİMLER KURULU

Avrupa'da yüksek hâkimler kuruluna ilişkin farklı örnekler mevcuttur. Bu açıdan hâkimlerin özlük ve disiplin işlerine ilişkin kurulları tek bir örnek olarak betimlemek mümkün değildir. Güney Avrupa modelinde hâkimlerin özlük

27 Şentop, s.41.

28 Can, s.147.

29 **YAZICI**, Serap, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkililiği**, Ed. Ahmet TAŞKIN, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, ss.97-119, 2009, s.100.

30 Keser ve Niyazioğlu, s.132.

31 Bkz. Inceoğlu, s.239.

32 Keser ve Niyazioğlu, s.134.

ve disiplin işlemlerinin tamamıyla ilgili bir kurul öngörülerek yargı bağımsızlığına ilişkin güvence amaçlanırken; Kuzey Avrupa modelinde yüksek kurul idari işlemlerle ve mahkemelerin işleyişine ilişkin genel hususlarla ilgilenmektedir³³. HSYK örneğini bu anlamda Güney Avrupa modeli kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bununla birlikte HSYK, kimi açılardan Kuzey Avrupa modeliyle de benzeşmektedir³⁴. Burada bağımsız, tarafsız ve demokratik meşruiyet için aranan ölçütlerin Venedik Komisyonu'nun ortaya koyduğu ilkeler kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olacaktır.

2007 yılında yargısal atamalara ilişkin raporunda Venedik Komisyonu, hâkimlerin disiplin ve özlük işlemlerine ilişkin yüksek kurul usulünü yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamada bir yol olarak ifade etmiştir. Fakat hukuksal yapı içerisinde bu kurulun öngörülmesi tek başına yeterli görülemeyecektir³⁵. Hakikaten HSYK seçimlerinde ve seçim sonrasında HSYK'nın kararlarının hukuki açıdan sorgulanmasına ilişkin süreçlerde görüldüğü üzere, hâkimlere ilişkin yüksek kurulun olması yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı için tek gösterge olamaz. Zaten Venedik Komisyonu da bu anlamda raporun başlangıcında birçok demokratik ülkede yürütme erki tarafından yapılan atamaların yargı tarafsızlığı ve bağımsızlığı açısından sorunlu görülmeyebilecek olmasını demokrasinin yerleşmişliğine bağlamaktadır³⁶. Zaten bu açıdan HSYK'ya ilişkin tek bir modelin ideal olarak sunulması yetersiz kalacağı gibi yürütmeyi doğrudan dışlamak da çözüm olarak sunulamaz.

Venedik Komisyonu, yüksek hâkimler kurulu sisteminde kurulun atama ve yükselme işlemlerinde karar alıcı konumda olmasını ve kurulun disiplin işlemlerine ilişkin olarak mahkemelere başvurma imkânının olması gerektiğini ifade etmiştir³⁷. Bu husus önemlidir çünkü yukarıda görüldüğü üzere mevcut HSYK'nın yalnızca meslekten ihraç kararları aleyhine yargı yolu mümkündür. Hâlbuki tüm kararlarına karşı yargı yolunun mümkün olması hukuk devletinin bir gereğidir. Kurulun oluşumu bakımından Komisyon,

33 Ayrıntılı bilgi için; ERDEM, Kasım ve SOLAK, Mehmet, "Bazı Ülkelerde Yargı Konseylerinin Oluşumu ve Görevleri", *Yasama Dergisi*, Sayı: 13, 2009, s.125.

34 **Venedik Komisyonu**, Interim Opinion On The Draft Law On The High Council For Judges And Prosecutors Of Turkey, CDL-AD(2010)042, Strasbourg, 20 December 2010, p.5, dn.

35 **Venedik Komisyonu**, Judicial Appointments, CDL-AD(2007)028, Venice, 22 June 2007, p.5.

36 **Venedik Komisyonu**, Judicial Appointments, p.3.

37 **Venedik Komisyonu**, Judicial Appointments, p.6.

büyük çoğunluğunun yargıçların kendi arasından seçmesi gerekliliğini vurgulamakla birlikte, demokratik meşruiyetin sağlanması için bir kısım üyenin parlamento tarafından seçilmesi gereğini vurgulamaktadır³⁸.

Adalet Bakanı Sadullah Ergin'in 2010 Anayasa değişikliklerine ilişkin görüş talebi sonrasında Komisyon 2011 yılında Anayasa değişikliklerini genel olarak olumlu bulduğunu ifade etmiştir³⁹. Yukarıda bizim de incelediğimiz şekilde değişikliklerin hukuki ve demokratik açıdan HSYK'nın önceki yapısına göre daha demokratik olduğunu ifade etmekle birlikte parlamentonun üye kompozisyonunun oluşumunda herhangi bir fonksiyonunun olmasını, demokratik meşruiyeti bağlamında eleştirmek hala mümkündür. Yine Venedik Komisyonu'nun eksik gördüğü bir diğer nokta disiplin işlemlerine ilişkin olarak yargı yolunun mümkün olmamasıdır⁴⁰.

3. SONUÇ YERİNE: DEMOKRATİK BİR HSYK'YA İLİŞKİN ÖNERİ

Türkiye'de kuvvetler veya erkler ayrılığında genelde yürütmenin yargıya müdahale etmemesi anlaşılmıştır. Bu durum, yürütmenin yargıya müdahale geleneğinden çok, parlamenter sistemde yasama çoğunluğunun yürütmede de etkin olması sonucu, toplumsal ve siyasal iradenin yargıda etkin olmasına karşı çıkışı simgeler⁴¹. Başka bir deyişle, yargının demokratik meşruiyetinin karşısına erkler ayrılığı savunusu, hukuk devletinin korunması için değil, vesayet devam etmesi aracı olarak görülmüştür. Bu durum, zaten her darbe sonrasında kurumların demokratik temsilin azaltılması yönünde yapılan anayasa değişikliklerinde kendini göstermiştir.

İdeal bir yüksek hâkimler kurulu bağlamında, ilk olarak, mevcut düzenlemenin uzun ve karmaşık yapısı ortadan kaldırılarak net ve öz bir düzenleme ile Kurul'un yapısının yeniden belirlenmesi gerekmektedir. Yani madde metnini ayrıntıya boğarak her türlü noktanın belirlenmesi mümkün olmadığı gibi bu usul ideal anayasa yapıcılığıyla da bağdaşmaz. Bunun dışında, yukarıda bahsedilen Avrupa örneklerinde görüldüğü gibi yürütmenin Kurul'da temsili doğrudan bir müdahale olarak algılanmamalı ve Adalet Bakanlığı ile

38 **Venedik Komisyonu**, *Judicial Appointments*, p.10.

39 **Venedik Komisyonu**, *Opinion On The Draft Law On Judges And Prosecutors Of Turkey*, CDL-AD(2011)004, Strasbourg, 29 March 2011, p.17.

40 **Venedik Komisyonu**, *Opinion On The Draft Law On Judges And Prosecutors Of Turkey*, p.17.

41 Can, s.38.

kurulun doğal ilişkisi olarak kabul edilmelidir. Bu açıdan, oy verme yetkisi noktasında farklı düşünceler beyan edilse bile Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarının kuruldaki varlıkları devam etmelidir⁴². Nitekim kimi demokratik devletlerde hâkimlerin atanmasına ilişkin nihai yetki yürütme organının uhdesinde mündemiç olabiliyorken⁴³ yüksek kurul sisteminde en azından yürütmenin temsili normal görülmelidir. Gözler'in belirttiği parlamenter sistemde siyasi sorumluluğun hükümete ve bakana ait olması, Adalet Bakanı'nın sistem içerisinde bulunma sebeplerinden bir diğeri olarak görülmelidir⁴⁴.

1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikler ile Meclislerin HSYK'ya üye seçmeleri usulüne son verilmiş ve bu usül 2010 yılı değişiklikleri de dâhil olmak üzere benimsenmemiştir. Bugün vesayet ortadan kalktı denmesine rağmen ortaya çıkan "paralel vesayet" olgusu, yargıda her türlü gruplaşmanın kötü olduğunu ispatlar mahiyettedir. Bahsedilen gruplaşmayı önlemek ise ancak, demokratik bir temsille mümkün olabilir. HSYK' da 2010 yılı Anayasa değişikliklerinde de öngörülme-yen yasamanın üye seçmesi usulü, HSYK üyelerinin üçte birinden yarısına kadar bir oranda üyenin, Meclis tarafından seçilmesinin öngörüleceği bir Anayasa değişikliğini zorunlu kılmıştır. *İnceoğlu*, çoğulculuğu içeren ve demokratik meşruiyeti haiz bir HSYK'nın oluşumu açısından, Cumhurbaşkanının üye seçmesi usulüne son verilmesi gerektiğini ve Meclis'in HSYK'nın hukukçu olmayan üyelerini seçmesini ifade etmektedir⁴⁵.

Bir diğer önemli nokta olarak savcılık kurumunun devletin avukatlığı olduğu anlayışının toplumsal ve yargısal zihinde benimsenmesi gereğidir. Bunun başlangıcı olarak HSYK olarak sunulan yapının en azından 1961 Anayasası düzenlemesinde olduğu şekilde ayrılması gerekir. Yani bağımsız ve tarafsız yargı için savcıların Kurul bünyesinde bulunmasının bir gereği yoktur⁴⁶. En önemli bir nokta olarak her ne şekilde olursa olsun Kurul'un demokratik meşruiyeti için TBMM'nin en az üçte bir oranında üyeyi seçmesi

42 Şentop, s.41; **ODYAKMAZ**, Zehra, "Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler", **Anayasa Yargısı** 25, ss.155-166, 2008, s.164.

43 Gözler, s.390-391.

44 Gözler, s.392.

45 *İnceoğlu*, s.243.

46 Ters yönde bkz. Odyakmaz, s.164.

gereğidir. Kurul'un demokratik meşruiyeti bu şekilde gerçekleşeceği gibi Meclis'teki çeşitliliğin Kurul'a yansması tek tip bir HSYK'nın ortaya çıkmasını engelleyecektir. Bu açıdan, millet adına karar veren hâkimlerin milli temeli de sağlanmış olacaktır. Bu durum, iddia edildiği şekilde yargı bağımsızlığına ilişkin bir tehdit oluşturmaz⁴⁷. Tam tersine kooptasyon ve juristokrasi tehdidinin ortadan kalkması ve Kurul'un çeşitli vesayet organlarının denetiminden uzak kalabilmesi, hukuki meşruiyet açısından da demokratik bir temeli zorunlu kılmaktadır.

Yargı bağımsızlığı açısından öngörülecek her türlü yapısal ve kurumsal iyileştirme ve demokratikleşmeye rağmen, gerçek anlamda yargı bağımsızlığı hukuk mantığının tam olarak yerleştiği ve içerisinde bulunduğu ideoloji veya cemaate göre değil, hâkimlerin bireysel olarak hukuku temel alarak vereceği kararlar üzerine bina edilecektir⁴⁸. Bunun dışında, alınacak her türlü tedbirde bir zayıf nokta bulunması mümkün olabilir. Bu açıdan, hukuk uygulayıcılarının önyargısız ve tabii hukuk bağlamında gerçekleştirecekleri muhakeme adil, bağımsız, tarafsız ve meşru bir yargılama olarak görülebilir.

47 Ters yönde bkz. Tosun, s.328.

48 **YILDIZ**, Abdulkadir, Uluslararası Standartlar Açısından Türk Anayasa Mahkemesi'nin Din ve Vicdan Özgürlüğü'ne İlişkin Kararları, **Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2015, s.222.

KAYNAKÇA

Genel Kaynaklar

BALTACI, Cemal, “Demokrasi ve Yargı Bağımsızlığı Bağlamında Türkiye’de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, Cilt 14, Sayı 1, ss.157-168, 2013.

CAN, Osman, **Darbe Yargısının Sonu**, 1. Baskı, İstanbul; Timaş Yayınları, 2010.

ERDEM, Kasım ve **SOLAK**, Mehmet, “Bazı Ülkelerde Yargı Konseylerinin Oluşumu ve Görevleri”, **Yasama Dergisi**, Sayı: 13, 2009.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, 3. Ek Baskı, Ekin Yayınları, Ekim 2010.

İNCEOĞLU, Sibel, “Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler”, **TBB Dergisi**, ss.235-268, 2011.

KABOĞLU, İbrahim Ö., “Neden- Ergenekon Yörünge Mi Değiştiriyor”, http://www.candundar.com.tr/_v3/index.php#!#Did=9593, (E.T.10.10.2014).

KESER, Hayri ve **NİYAZIOĞLU**, Fatma, “Türkiye’de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:2, Sayı:2, ss.119-157, 2011.

ODYAKMAZ, Zehra, “Yeni Anayasa Çalışmalarında Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu İçin Üye Seçimleri ve Bazı Konular Hakkında Görüşler”, **Anayasa Yargısı** 25, ss.155-166, 2008.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, 2011.

ŞENTOP, Mustafa, **Anayasalarda ve Değişiklik Önerilerinde AYM VE HSYK**, Seta Analiz, Sayı: 23, Haziran 2010.

ÜNVER, Yener, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu”, **İÜHF**, Cilt LIII, Sayı 14, ss. 153-196, 1988-1990.

Venedik Komisyonu, Interim Opinion On The Draft Law On The High Council For Judges And Prosecutors Of Turkey, CDL-AD(2010)042, Strasbourg, 20 December 2010.

Venedik Komisyonu, Judicial Appointments, CDL-AD(2007)028, Venice, 22 June 2007.

Venedik Komisyonu, Opinion On The Draft Law On Judges And Prosecutors Of Turkey, CDL-AD(2011)004, Strasbourg, 29 March 2011.

YANIK, Murat, Karşılaştırmalı Hukuk ve Uluslararası Standartlar Işığında HSYK'nın Oluşumu, Çalışma Şekli ve Kararlarının Denetimi, **Anayasa Yargısı** 27, 2010.

YAZICI, Serap, Avrupa Birliği Süreci: Ulus Devletten Ulusüstü Devlete Geçişte Hukuk Devletin Değişen İçeriği, **AÜHFD**, ss.77-118, 2005.

YAZICI, Serap, **Yargının Bağımsızlığı Tarafsızlığı ve Etkililiği**, Ed. Ahmet TAŞKIN, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, ss.97-119, 2009.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Anayasa Hukukunun Temel Metinleri**, 7. Baskı, Beta, İstanbul, 2011.

İnternet Kaynakları

Council of Europe Venice Commission, <http://www.venice.coe.int/webforms/events/>

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, <http://www.hsyk.gov.tr/tarihce.html>, (E.T. 2.4.2015)

THE OPTIONAL PROTOCOL TO THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

Arş. Gör. Ayşe CEBECİOĞLU*

Abstract

An Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) was adopted by the UN General Assembly on 10 December 2008 and it came into force on 5 May 2013. The protocol gives individuals the right to raise complaints about violations of their rights which are enshrined by the covenant. Although, an optional protocol regulating the complaint procedure for its sister treaty, the International Covenant on Civil and Political Rights, was entered into force in 1976, it was postponed for ICESCR until 2013 because of the historic debate discussing whether these rights are justiciable or not. This division between the treaties left the protection of the ESCR in the background. This essay will analyse the extent to which the protocol resolved the historical concerns about the protection of economic, social and cultural rights under international human rights law.

Özet

Uluslararası Ekonomik Sosyal Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne (ESKHS), 10 Aralık 2008'de, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, isteğe bağlı bir protokol kabul edildi ve 5 Mayıs 2013'te yürürlüğe girdi. Protokol, bireylere, ilgili sözleşmede yer alan haklarının ihlal edildiğine dair iddialarını bireysel başvuru yolu ile şikayet etme hakkı getirmektedir. Şikayet prosedürünü düzenleyen bir isteğe bağlı protokolün, ESKHS'nin ikiz sözleşmesi olarak adlandırılan Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi için 1976'da yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, ESKHS için benzer bir protokol, bu hakların mahkemeye taşınabilirliği üzerine yapılan tarihi tartışmadan dolayı 2013'e kadar ertelendi ve ikiz sözleşmeler arasındaki bu farklılık ESKHS'ni koruma mekanizması bakımından geri planda bıraktı. Bu makale isteğe bağlı protokolün, ekonomik, sosyal kültürel hakların Uluslararası

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Genel Hukuk Anabilim Dalı.

İnsan Hakları Hukuku altında korunmasına yönelik endişeleri ne dereceye kadar giderebildiğini analiz edecektir.

Introduction

The General Assembly of United Nations adopted The Universal Declaration of Human Rights, which encapsulates both social (economic, social and cultural) and liberal (civil and political) human rights, in 1948 when the world was divided into two parts as Western and Eastern blocks as a result of the Cold War.¹ After the adoption of the declaration, the drafting process started for a treaty that would provide an international legal protection for human rights. At the beginning of the drafting process, it was intended to prepare a single draft treaty protecting all basic human rights of everyone at the same level. But there were debates on the nature of the rights, their extends, the possible control mechanisms and the types of obligations and duties for states.² Accordingly, while some supporting an integrated approach to the human rights, the majority were in favor of a distinction between the social and the liberal human rights.

According to Langford, these debates flared up with the beginning of the Cold War depending on different ideological and political ideas. In other words, division that the Cold War brought about was also reflected in the human rights area as in many parts of life.³ For instance, while the Western countries were supporting the civil and political rights, the Eastern Block gave more importance to the social and economic (ESC) rights. Accordingly, two separate covenants had been drafted to protect these rights under international human rights law; *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR) and *the International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR).

At first glance, it can be said that both blocks were the victors of this argument because both of them reached a treaty regulating the rights that they found more significant. However, there were significant differences between the two covenants as they had different natures. First of all, the obtainment

1 The Universal Declaration of Human Rights: History of the Document' (United Nations) <<http://www.un.org/en/documents/udhr/history.shtml>> accessed 25.01.2014

2 Marco Odello & Francesco Seatzu, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (1st, Routledge, USA 2013) 5.

3 Malcolm Langford, "An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights [2009] *Nordic Journal of Human Rights*, vol.27, issue 1, p. 3-4.

of the rights for ICESCR was made subject to progressive realization while immediate realization was approved for the rights regulated by its sister treaty. Furthermore, while the ICCPR was calling states to take domestic judicial measures, the ICESCR ambiguously referred to legal and other measures.⁴ The differences between them were not limited to these; different monitoring mechanisms were also foreseen for two covenants and finally, while an optional protocol regulating the individual complaints for the ICCPR entered into force in 1976, a similar protocol for its sister treaty (ICESCR) had been postponed until 2013.

All these differences between the two treaties naturally led people to believe that the economic, social and cultural rights were less protected than the civil and political rights under international human rights law. It can be claimed that the famous 'three generations theory' of Karel Vasak, which actually categorizes the human right into three groups according to their historical evolution,⁵ has contributed to this belief by creating an illusory hierarchy between the rights.⁶ However, an optional protocol regulating the complaint process was seen as a remedy to close the gap between the first two generations, civil-political rights and social-economic rights, and entered into force on 5 May 2013.

This essay discusses how the Optional Protocol to the ICESCR helped to close the gap between the ICCPR and the ICESCR in terms of their protection under international human rights law. First of all, the debates on the nature and the content of economic, social and cultural rights will be introduced. Then, the birth process of the Optional Protocol will be presented by using the works of the Open-Ended Working Group, which was assigned to prepare the draft of the protocol. Finally, it will be discussed whether the protocol can become a remedy to eliminate the imbalance between the sister covenants in terms of equal protection of human rights.

4 *ibid* 4.

5 'Definitions and Classifications: First, Second and Third Generations Rights' (Icelandic Human Rights Centre) <<http://www.humanrights.is/en/human-rights-education-project/human-rights-concepts-ideas-and-fora/part-i-the-concept-of-human-rights/definitions-and-classifications>> accessed 27.01.2014.

6 'A Hierarchy Of Rights Protection' (Law Teacher 2013) <<http://www.lawteacher.net/free-law-essays/administrative-law/a-hierarchy-of-rights-protection-administrative-law-essay.php>> accessed 29.04.2015.

I. THE BRIEF OUTLINE OF THE ICESCR

Before examining the debates on the ESC rights, briefly looking at the ICESCR will be useful. The ICESCR was adopted on 16 December 1966 to promote better standards of life and social progress for everyone without discrimination. Since it is an international treaty, it creates legally binding obligations for state parties. The supervisory body of the covenant is the Committee on Economic, Social and Cultural Rights which was established on 29 May 1985.⁷ As of July 2008, 161 states are the parties to the ICESCR⁸ and some of the rights envisaged by the covenant are; the right to work, the right to form and join trade unions and the right to strike and the right to social security including social insurance.⁹

II. THE DEBATES ON THE NATURE OF THE ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

The debates, which started during the drafting process of the Universal Declaration of Human Rights and led to the creation of the two distinct covenants on the protection of human rights, are mainly based on the justiciability of the ESCR. The main concerns of these debates, which are mostly emphasized by the proponents of distinction, can be summarized under three titles: the vague character of the ESCR which are limited to positive action, the institutional capabilities and the legitimacy concerns.

A. Vague Character and Being Limited to Positive Action

One of the key issues, which is frequently recurs to emphasize the differences between the CPR and the ESCR, is the vague character of the social rights which are limited to positive action. According to the proponents of the distinction, the civil and political rights have more absolute characteristics than the social rights to be enforceable and justiciable in a court. It can be claimed that the social rights are mostly uncertain, but there are also several civil and politic rights which are more vague and open-texture than the social rights. For instance, while the right to liberty has an uncertain charac-

⁷ 'Background Information on the ICESCR' (ESCR-Net 'International Network for Economic, Social & Cultural Rights') <<http://www.escr-net.org/docs/i/425251>> accessed 01.02.2014.

⁸ 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (United Nations Treaty Collection 2014)<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en> accessed 01.02.2014.

⁹ Background Information on the ICESCR,(n 6).

teristic, the right to education has a more precise frame by specifically stating that the primary education is compulsory and free.¹⁰

In addition to being vague, the social rights are also compared with the civil and political rights in terms of state action. It is argued that the protection of civil and political rights is easier than that of the social rights because it requires negative state action while the social rights need positive state action in order to be protected.¹¹ In other words, as Rubin stated, 'it is easier to tell governments that they shall not throw persons in jail without a fair trial than they shall guarantee even minimum but sufficient standards of living'.¹² From this perspective, ESCR can not be justiciable in the courts because they are regarded as not specific legal rights but programmatic guidelines for national governmental policies where the governments have to take positive measures and actions to enforce and protect them.¹³ Moreover, as taking positive actions need money, poor states cannot afford to implement and protect these rights and so cannot be tried in a court in case of violation of these rights.

However, according to Karan, this approach ignores that the CPR may also require positive actions. For instance, for the implementation of the right to a fair trial (art 14 of the ICCPR), undoubtedly, the governments have to avoid unfair trial. However, in addition to this negative obligation, several positive obligations also arise, such as development of the judicial bodies or the training of the members of the judiciary.¹⁴ Another response to the arguments of the distinction supporters stems from the claim that the protection of the CPR is irrelevant without the protection of the ESCR. To exemplify this argument, it can be said that without the protection of the right to adequate food (art 11 (2) of ICESCR) or the right to health (art. 12 of ICESCR), the protection of the right to life (art. 6 of ICCPR) would be irrelevant.

¹⁰ Aoife Nolan, Bruce Porter, Malcolm Langford, 'The Justiciability of the Economic, Social and Cultural Rights: An Updated Appraisal' [2007] *CHRGJ Working Paper*, No. 15, p. 9.

¹¹ Odello & Statzu (n 2) 6.

¹² Seymour J. Rubin, 'Economic and Social Human Rights and the New International Economic Order' [1986] *American University International Law Review*, vol.1, issue 1, p. 82.

¹³ Odello & Statzu (n 2) 6.

¹⁴ Ulaş Karan, 'Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: 'Bütüncül Yaklaşım'(An Opportunity for Strengthening Social Rights)' [2007] *Amme İdaresi Dergisi*, vol. 40, issue 3, p. 38.

B. Institutional Capabilities

The second objection to the justiciability of the ESCR is that there is not a competent forum to deal with the specific and social questions. In other words, international authorities could not have enough knowledge about the local conditions of the states. For instance, when somebody lodges a complaint about the violation of the right to education, the decision makers should have the information about the education system in that state. Relevant statistical data or the percentage of the budget, that is devoted to education should be known by them in order to decide whether the state meets its responsibility of fulfillment. So, it is claimed that, it is almost impossible for the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to collect required data for each specific case while there are 161 states parties to the covenant.¹⁵

Nonetheless, although this is a reasonable objection, it is not well-founded because the committee can work with experts, lawyers, national courts and NGOs to collect the required data. Additionally, the state responsibility for the implementation of the human rights is not restricted to fulfillment, they also have obligations to respect and protect these rights. In other words, the implementation of human rights is not only related to using maximum resources and adopting appropriate measures, but it is also about respecting and protecting. States have to respect human rights by refraining from interfering with the enjoyment of the rights and have to prevent third-parties from interfering with the enjoyment of the rights.¹⁶ Therefore, the justiciability of the ESCR must be assessed in light of the three state obligations.

The decision of the African Commission on Human and People's Rights in Ogoni Case can be an excellent example to support this argument. In 1996, the African Commission received a complaint about the violation of several human rights of the Ogoni people in Nigeria. The complaint claimed that the government of Nigeria directly participated in irresponsible oil development practices in the Ogoni region. According to the complaint, the state oil company of Nigeria built a partnership with Shell Petroleum Development Company whose activities caused pollution and health problems in

¹⁵ Dr. Tawhida Ahmed, 'Seminar 5 of International Human Rights Module' 2013, University of Reading.

¹⁶ Key Concepts on ESCRs - What are the Obligations of States on Economic, Social and Cultural Rights?(United Nations Human Rights 2012) <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/ESCR/Pages/WhataretheobligationsofStatesonESCR.aspx>> accessed 29.01.2014.

Ogoni Region. The complaint especially emphasised serious contamination of the soil, water and air; destruction of the homes; burning of the crops and killing of farm animals, which were all directly relevant to right to health, a healthy environment, housing and food. It was also argued that the Nigerian Government neither checked the activities of the petroleum company nor took measures for the security of local people. Besides, the government did not provide the people of the region with the information concerning the danger created by the petroleum company. Moreover, it was also alleged that the security forces of the government attacked, burnt and destroyed a number of Ogoni villages based on several pretexts. Finally, the government also failed to find the perpetrators of these attacks and punish them.¹⁷

The African Commission reached a decision in 2001 and found the Nigerian Government guilty of violations of economic, social and cultural rights enshrined in the African Charter.¹⁸ Briefly, the commission stated that the Nigerian Government had violated the ESCR of the Ogoni people by failing to perform its three minimum responsibilities; firstly, the government directly participated in the activities damaging the soil, air and water and so, damaging the health of the local people.¹⁹ So it failed to fulfill its obligation to *respect*. Secondly, the government did not protect its people from harms done by Shell Petroleum Company but instead used its security forces to facilitate the activities of the company.²⁰ Therefore, it failed to fulfill its obligation to *protect*. Finally, the government neither provided any information nor permitted studies to be undertaken regarding environmental and healthier risks caused by the activities of the oil company.²¹ Hence, it also failed to perform its obligation to *fulfill*.

As seen in the Ogoni Case, the state obligation for the implementation of economic, social and cultural rights is not solely restricted to fulfillment. Indeed, in most of the cases, it encapsulates all three of them; respect, pro-

¹⁷ Fons Coomans, 'The Ogoni Case before the African Commission on Human and Peoples' Rights' [2003] *International and Comparative Law Quarterly*, vol.52, issue 03, p. 749-50.

¹⁸ Shira Stanton, 'Human Rights Abuses in Nigeria: "Ogoni 9" Trial against Shell to Begin April 27 in New York' (Centre for Economic and Social Rights 2009) <<http://cesr.org/article.php?id=340>> accessed 29.01.2014.

¹⁹ The Secretary of the African Commission on Human and People's Rights, ' (Centre for Economic and Social Rights) <<http://cesr.org/downloads/nigeriapetition.pdf>> accessed 29.01.2014.

²⁰ *ibid.*

²¹ *ibid.*

tect and fulfill. Therefore, approaching the issue only from the fulfillment argument and leaving the respect and the protect out of picture can mislead us in terms of the justiciability of the ESCR.

C. Legitimacy Concerns

Concerns related to the legitimacy are another important part of the justiciability debates. It is frequently argued that management of the state budget and formulation of the social and economic policies are under the responsibility of the elected representatives of the public. Therefore, a judicial review on these issues is perceived as a threat to democracy and to the separation of powers by many democratic countries.²²

First of all, it is undoubtedly necessary that there is a constitutional protection for the economic and social rights in democratic countries to limit or direct the actions of the elected parts of the government and to protect the rights of minority groups. In this regard, the social rights enhance democracy, not undermine it. However, the problem here is that in contrast to the civil and political rights, a judicial decision on the social rights can have financial consequences which is administrated by the elected part of the government. So, it is claimed that this kind of decision can distort the historical roles of the executive branch and legislative power and it can also distort the traditional balance between the separate powers (the legislature, the executive and the judiciary).²³

Although the separation of power is a significant objection to the justiciability of the social rights, it should be considered with the principle of the rule of law. Under the rule of law principle, the national courts must ensure that all rights have an appropriate and effective remedy and also ensure that the state's conduct is consistent with its obligation to respect these rights.²⁴

III. THE BIRTH OF THE OPTIONAL PROTOCOL TO THE INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS

"An Optional Protocol is a legal instrument that supplements an international treaty. The term 'optional' signals that such instruments do not auto-

²² Langford, (n 3) 13.

²³ Nolan, Porter, Langford, (n 10) 12.

²⁴ CESCR General Comment No. 9, The Domestic Application of the Covenant, (Nineteenth Session, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998), para. 14).

matically bind states parties to the original treaty, but are subject to independent ratification." Under the UN human rights system there are several protocols regulating the individual complaint procedures. These protocols enable the individuals to bring a complaint to the treaty bodies authorised to supervise each human rights treaty. Currently, the number of human rights treaties having an optional protocol that enables the treaty body to receive complaints reached to four after the addition of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.²⁵

The adoption of the Optional Protocol to the ICESCR was a prolonged process which has officially started in 1990 with the discussions in the Committee on Economic, Social and Cultural Rights.²⁶ These discussions led the committee to draft an analytical paper to be present at the Vienna World Conference on Human Rights in 1993. In the conference, development of an optional protocol enabling it to hear individual complaints about the violations of the ESCR was encouraged. The Former Commission on Human Rights was also encouraged by the world conference to cooperate with the Committee to study the possibility of an optional protocol. Accordingly, the commission requested a report from the committee.²⁷ The report was presented to the commission with a draft of the optional protocol in 1996. It strongly argued that the protocol would help to realization of the social rights and also would encourage the governments to ensure more effective remedies for these rights.²⁸ However, the debates in the committee revealed that not all members agreed with the necessity of an optional protocol and not all proponents of the protocol agreed on the content.²⁹ Subsequently, the commission asked the members to comment on this draft, but only

²⁵ *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1st, Geneva Academy, Geneva 2013) 3 (footnotes).

²⁶ Arne Vandenberg & Wouter Vandenhole, 'The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process' [2010] *Human Rights Law Review*, vol. 5, issue 1, p. 207.

²⁷ Claire Mahon, 'Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' [2008] *Human Rights Law Review*, vol. 8, issue 4, p. 622.

²⁸ Langford, (n 3) 6.

²⁹ Mahon, (n 23) 622.

a few states responded this request in the following three years of the submission.³⁰

After 2001 the process was revived again with the appointment of an independent expert. The expert, Professor Hatem Korane, presented two reports supporting the optional protocol to the Commission on Human Rights and recommended the commission to form a working-group to focus on the optional protocol. On his recommendation, an Open-Ended Working Group (OEWG) was established in 2002 and the first meeting of the group was held in 2004.³¹ After that date, the group held four more meetings on the issues of the nature and the scope of state obligations under the ICESCR; the justiciability of the ESCR and the benefits of an optional protocol and its practicability.³² However the main moot point of all five sessions of the group was the justiciability of the ESCR.

During all these five sessions while most of the representatives from the GRULAC (Latin America and Caribbean Group) and African Countries were clearly supporting the protocol the countries such as China, Egypt, India, Japan, Poland, UK and USA did not agree with them on the justiciability issue and stated their opinions against the OP. On the other hand European Countries mostly remained reluctant by supporting the reinforcement of the ECSR but not clearly backing up the protocol.³³

Despite all objections, a draft protocol was able to occur after lengthy discussions and it was unanimously adopted by the General Assembly on the symbolic date of 10 December 2008 which was the 60th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights.³⁴ Considering that the protocol was adopted unanimously, the attitude of the opposite states during the sessions can be interpreted as an effort to weaken the protocol and extend the process as much as possible. Langford explained this situation by stating: "Indeed some opposing States privately conceded that they knew the protocol would eventually materialise, but the strategy was to delay the process as long as possible".³⁵

³⁰ Vandenbogaerde & Vandenhole, (n 26) 208.

³¹ Mahon, (n 23) 623.

³² *ibid.*

³³ Vandenbogaerde & Vandenhole, (n 22) 210-11.

³⁴ *ibid* 216-17.

³⁵ Langford (n 3) 7.

IV. TO WHAT EXTENT THE PROTOCOL FILLED THE GAP BETWEEN THE ICESCR AND THE ICCPR

Different approaches to the human rights did not only resulted in two distinct covenants but also resulted in two different enforcement mechanisms for each of them. While an optional protocol embracing a compulsory periodic reporting procedure, an interstate complaint procedure, a friendly settlement procedure as well as an individual complaint procedure was granted to the ICCPR, the ICESCR was only endowed with a periodic reporting procedure until 2008.³⁶

The periodic reporting system is the only compulsory monitoring procedure for all state parties of the ICESCR. In other words, submitting a comprehensive report, within two years of the entry into force of the ICESCR and after that every five years is the only duty of the state party. The reports are about the measures taken by the state for the enjoyment of the ESCR and about the progress made in the enjoyment of these rights. These reports are examined by the state representatives and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights in a meeting. Finally, the CESCR gives recommendations to the state and if it is needed, can arrange financial assistance from other organizations to assist with the realisation of the rights.³⁷ Therefore, only bequeathing the ICESCR with the periodic reporting system because of the traditional view regarding the ESCR as unjusticiable left the covenant weak and vulnerable in comparison with its sibling covenant. However, the significant changes brought by the optional protocol closed the historical gap between the sisters.³⁸

First of all, the adoption of the optional protocol has changed the traditional view and persuaded the governments that social rights are also justiciable. By breaking down the sixty-years taboo, the protocol provided a very significant improvement in the protection of the ESCR. Accordingly, the first article of the OP guaranteed a complaint procedure for individuals.³⁹ This is the second improvement that is as important as breaking the taboo

³⁶ Thoko Kaime, 'Whose Rights are They Anyway? A Critical Analysis of the International Supervision Mechanisms for Economic, Social and Cultural Rights' (ZAMLII) <<http://www.unza.zm/zamlil/comment/zlj/v3706.html>> accessed 02.02.2014.

³⁷ Odello & Statzu (n 2) 25.

³⁸ Kaime, (n 54).

³⁹ The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (2008), article 1.

because as Kaime stated, to be effectively protected, individuals whose rights are guaranteed under the covenant must have an access to the protection mechanisms when their rights are violated or under the risk.⁴⁰ In spite of the discussions in the working group on the selective approach and thanks to the last-minute attack of Pakistan and Algeria to include the right to self determination, a comprehensive approach for all the rights enunciated in the covenant adopted by the OP.

In addition to its communication procedure, the OP-ICESCR includes two other mechanisms in its scope; inquiry procedure and inter-state complaint procedure. 'The inter-state complaints procedure, regulated by article 10, is an opt-in procedure'⁴¹ which means that the two sides, the complaining and the defending state, should declare that they recognise the competence of the Committee in the case of an inter-state communication.⁴² Another significant improvement brought by the OP is the inquiry procedure which is regulated with article 11 stipulating that the CESCR may investigate a situation in a state party when it receives reliable information about a grave or systematic violation.⁴³ It is important because it gives an opportunity for the committee to unveil the state violations which are not declared on periodical reports. The inquiry procedure is an opt-in procedure as well. Besides these, for the full realization of economic, social and cultural rights the protocol regulates the interim measures under article 5 and the international assistance and cooperation under article 14. Based on article 5, the committee can request the state to take interim measures in order to prevent irreversible damage to the victim or victims of the claimed violation.⁴⁴ Additionally, the protocol contributes to the realization of the ESCR by providing international assistance and cooperation. According to article 14, with the consent of the state party, the committee can transmit the issue to various UN institutions to get advice, recommendation and helps. In addition, the article includes the establishment of a trust fund to provide financial and technical assistance to the state parties. As the protocol stated, it is being

⁴⁰ Kaime, (n 54).

⁴¹ Langford, (n 3) 27.

⁴² The Optional Protocol to the ICESCR, article 10.

⁴³ The Optional Protocol to the ICESCR, article 11.

⁴⁴ The Optional Protocol to the ICESCR, article 5.

implemented to contribute "to building national capacities in the area of economic, social and cultural rights in the context of the protocol".⁴⁵

Conclusion

Last February, Uruguay opened the door for the world to realize an ideal by providing the tenth ratification of the ICESCR Optional Protocol. Although the protocol was adopted on 10 September 2008, it was waiting for the ratifications of ten states to be entered into force. After the ratification of Uruguay, the protocol finally entered into force on 5 May 2013 and a dream came true after a long time.

The new enforcement mechanism brought by the optional protocol indicates a significant step in human rights protection. It can be said that for the first time since the Universal Human Rights Declaration was adopted, all the human rights become equal under international human rights law. By allowing individuals to lodge a complaint to the international community when their rights are violated, the new mechanism enabled the protection of fundamental social rights such as the right to food, the right to health and the right to work under international law.

The most important aspect that the optional protocol succeeded to bring forward was proving the full justiciability of the social rights. As a result, the International Covenant on the Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on the Civil and Political Rights, which has been enforced by the similar mechanisms for about forty years, are at the same level now. In other words the ICESCR caught up with his sister about forty years later.

However, the long process which started in 1990 and continued with lengthy discussions has not finished yet. In addition to Uruguay; Argentina, Spain, Ecuador, Mongolia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Slovakia, El Salvador and Portugal have ratified the protocol. But, more states should ratify it to make the protocol reached its desired aim. As more states ratify the protocol worldwide, victim protection will become more significant and attainable on international level.

⁴⁵ The Optional Protocol to the ICESCR, article 14.

REFERENCES:

- Ahmed T, 'Seminar 5 of International Human Rights Module' 2013, University of Reading.
- 'Background Information on the ICESCR' (ESCR-Net (International Network for Economic, Social & Cultural Rights)) <<http://www.escr-net.org/docs/i/425251>> accessed 01.02.2014.
- CESCR General Comment No. 9, The Domestic Application of the Covenant, (Nineteenth Session, 1998), U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998).
- Coomans F, 'The Ogoni Case before the African Commission on Human and Peoples' Rights' [2003] *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 749-760.
- 'Definitions and Classifications: First, Second and Third Generations Rights' (Icelandic Human Rights Centre)
<<http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/humanrightsconceptsideasandfora/theconceptssofhumanrightsanintroduction/definitionsandclassifications/>> accessed 27.01.2014.
- Kaime T, 'Whose Rights are They Anyway? A Critical Analysis of the International Supervision Mechanisms for Economic, Social and Cultural Rights' (ZAMLII) <<http://www.unza.zm/zamlii/comment/zlj/v3706.html>> accessed 02.02.2014
- Karan U, 'Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkan: 'Bütüncül Yaklaşım'(An Opporunity for Strenghtening Social Rights)' [2007] *Amme İdaresi Dergisi*, s.31-62.
- 'Key Concepts on ESCRs - What are the Obligations of States on Economic, Social and Cultural Rights?' (United Nations Human Rights 2012)
<<http://www.ohchr.org/EN/Issues/ESCR/Pages/WhataretheobligationsofStatesonESCR.aspx>> accessed 29.01.2014.
- Langford M, 'An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' [2009] *Nordic Journal of Human Rights*, pp. 1-28.
- Mahon C, 'Progress at the Front: The Draft Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' [2008] *Human Rights Law Review*, 617.

- Nolan A, Porter B, Langford M, 'The Justiciability of the Economic, Social and Cultural Rights: An Updated Appraisal' [2007] CHRGI Working Paper 1.
- Odello M & Seatzu F, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (1st, Routledge, USA 2013) 5.
- The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (2008).
- Rubin S, 'Economic and Social Human Rights and the New International Economic Order' [1986] *American University International Law Review*, pp. 67-96.
- Stanton S, 'Human Rights Abuses in Nigeria: "Ogoni 9" Trial against Shell to Begin April 27 in New York' (Centre for Economic and Social Rights 2009) <<http://cesr.org/article.php?id=340>> accessed 29.01.2014.
- 'The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights' (United Nations Treaty Collection 2014) <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en> accessed 01.02.2014.
- *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1st, Geneva Academy, Geneva 2013) 3 (footnotes).
- The Secretary of the African Commission on Human and People's Rights, ' (Centre for Economic and Social Rights) <<http://cesr.org/downloads/nigeriapetition.pdf>> accessed 29.01.2014.
- 'The Universal Declaration of Human Rights: History of the Document' (United Nations) <<http://www.un.org/en/documents/udhr/history.shtml>> accessed 25.01.2014
- . Vandenberg A. & Vandenhoe W , 'The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process' [2010] *Human Rights Law Review*, pp. 207- 237.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN GAYGUSUZ KARARI: MÜLKİYET HAKKININ GENİŞ YORUMU VE AYRIMCILIK YASAĞI

*Arş. Gör. Murat ERDOĞAN**

Özet: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan haklar kısa ve çerçeve niteliktedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de kurulduğu günden bu yana görevi, bu hakların kapsamını belirlemek olmuştur. Gaygusuz kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin insan hakları yorumu konusunda en önemli kararlarından biridir. Son derece mütevazı olmasına rağmen bu karar, mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağının yorumlanması konusunda Mahkeme içtihadını belirleyici bir rol oynamıştır. Kararda özellikle mülkiyet hakkını geniş yorumlayan Mahkeme, bu yorumuyla insan haklarının yorumunda ilerici bir yaklaşım benimsemiştir. Kararda ayrımcılık yasağına ilişkin yapılan yorum ise Avrupa'da yaşayan göçmenlere, hakları konusunda umut vermiştir. Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayrımcılık yasağı konusunda sonraki kararlarında bu ilerici içtihadını devam ettirmeyi başaramamıştır. Böylece Gaygusuz kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı konusundaki içtihadını belirleyen en önemli kararlardan biri olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Gaygusuz Kararı, Genişletici Yorum, Bütüncül İnsan Hakları Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkı, Ayrımcılık Yasağı.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' GAYGUSUZ DECISION: WIDE INTERPRETATION OF RIGHT TO PROPERTY AND PROHIBITION OF DISCRIMINATION

Abstract: Rights that indicated in European Convention on Human Rights are short and frame. The task of European Court of Human Rights, since the day of its establishment, had become determining the scope of that rights. Gaygusuz decision is one of the most important decisions on human rights interpretation. Despite being so discreet, this decision plays a determinant role on Court's jurisprudence regarding interpretation of right to property and prohibition of discrimination. The Court, interpreting especially right to property in the decision, has adopted a progressive approach

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

with this interpretation. Also the interpretation that had been made regarding prohibition of discrimination in the decision gave hope to the migrants who live in Europe. However, European Court of Human Rights has failed to maintain this progressive jurisprudence on prohibition of discrimination. Thus, Gaygusuz decision has become one of the most important decisions which determined European Court of Human Rights' jurisprudence on right to property and prohibition of discrimination.

Key Words: Gaygusuz Decision, Wide Interpretation, Integrated Human Rights Approach, Right to Property, Prohibition of Discrimination.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 16 Eylül 1996 tarihinde vermiş olduğu Gaygusuz kararı, özellikle İngilizce literatürde geniş yankı uyandıran bir karardır. Bunun yanında karar, mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağının yorumlanması konusunda Mahkeme içtihadını belirleyici bir rol oynamıştır. Gaygusuz kararının insan hakları literatüründe bu denli geniş yankı uyandırmasının ise iki temel sebebi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Mahkeme'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde koruma altına alınmış olmayan sosyal güvenlik haklarından özellikle parasal (*pecuniary*) değere sahip olanları mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirmesi iken, ikincisi, yine Mahkeme'nin bir ülkenin mevzuatında sosyal güvenlik haklarının yalnızca o ülkenin kendi vatandaşlarına tanınmış olmasını ayrımcılık yasağına aykırı görmesidir¹. Söz konusu olgulardan birincisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının kapsamı ve sınırlarını belirlerken faydalanacağı bir kriter olması açısından büyük önem taşımaktadır. İkincisi ise özellikle Avrupa Birliği hukukunda, çeşitli hukuki düzenlemelerle birtakım sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakılmış olan üçüncü ülke vatandaşlarının hakları açısından büyük bir öneme sahiptir². Nitekim Gaygusuz kararının

¹ Bahsedilen olgular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VONK, G., J.; “**Social Security and Property: Gaygusuz and After**”, University of Groningen, 2012, s. 1, https://www.rug.nl/research/portal/files/14631853/2000_Social_security_and_property.pdf. Erişim Tarihi: 10.06.2015.

² Bu yönde bkz. PENNING, Frans; “The Potential Consequences of Gaygusuz Judgment”, **European Journal of Social Security**, Cilt: 1, Sayı: 2, 1999, s. 181; ayrıca Gaygusuz kararını inceleyen Dembour, bu kararlar, Avrupa Birliği sosyal güvenlik sisteminden faydalanma imkanının, sisteme entegre olabildikleri takdirde tüm üçüncü ülke vatandaşlarına tanınmasının yolunun açıldığını ifade etmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. DEMBOUR, Marie-Benedicte; **When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint**, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 250 vd.

özellikle Avrupa Birliği hukuku ile ilgilenenler arasında bu denli popüler olması³ ve karar üzerine yazılanlar eserlerin çokluğu ve çeşitliliğinin temel sebebi budur.

Tüm bu açıklamalar ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği Gaygusuz kararının iki veçhesinin özellikle önem arzettiği ve bu iki veçhe üzerinden kararın incelenmesi gerektiği ifade edilebilir. Bunlar bir taraftan mülkiyet hakkı ile sosyal güvenlik hakları arasındaki bağlantı iken diğer taraftan kararın ayrımcılık yasağı üzerindeki etkileridir. Bu sebeple öncelikli olarak Gaygusuz kararının verilmesi ve önemi, bunun ardından da Gaygusuz kararının, mülkiyet hakkının kapsamı ve Avrupa Birliği hukuku üzerine yansıyan etkilerinin doğru bir biçimde tespiti gerekmektedir. Ancak tüm bunlardan önce mülkiyet hakkının kapsamı ve sınırları hakkında genel mahiyetli birtakım bilgilerin verilmesi zorunludur.

I. GAYGUSUZ DAVASININ ÖNEMİ: USULİ AŞAMALAR VE MAHKEMENİN MÜLKİYET HAKKINI GENİŞLETİCİ YORUMLAMA BİÇİMİ

Avusturya'da yaşayan ve 1973 ile 1984 yılları arasında çeşitli kesintilerle de olsa bu ülkede çalışan Cevat Gaygusuz isimli Türk vatandaşı, 1984 yılından 1986 yılına dek Avusturya yasaları uyarınca sağlık sebepleriyle çalışacak durumda olmaması sebebiyle işsizlik ödeneği almış, ancak anılanın ödeneği, 1986 yılından itibaren kesilmiştir. Bunun üzerine Cevat Gaygusuz, Avusturya Yasaları tarafından ve işsizlik ödeneği alamayan kişiler için öngörülen "acil yardım ödeneği" için başvurmuş, ancak bu talep, acil yardım ödeneğinin mevzuatta yalnızca Avusturya vatandaşları için öngörülmesi sebebiyle Avusturya makamları tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuran Cevat Gaygusuz'un davasında Mahkeme'nin verdiği karar, günümüzde mülkiyet hakkı, sosyal güvenlik hakları ve ayrımcılık yasağının kapsam ve sınırları ile Avrupa Birliği hukuku

³ Gaygusuz kararının önemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BOUCKAERT, Steven; D'HONDT, Sarah; "The Growing Impact of Human Rights Standards on the Socio-Economic Status of Undocumented Migrants in Belgium: A Few Illustrations", **Social, Economic And Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments** içinde (eds. Peter van der AUEWERAERT, Tom DE PELSMAEKER, Jeremy SARKIN, Johan Vande LANOTTE), Maklu, Antwerpen, 2002, s. 297-300; ayrıca SCHOUKENS, Paul; "The Right to Access Health Care: Health Care According to International and European Social Security Law Instruments", **International Health Law: Solidarity and Justice in Health Care** içinde (ed. A. P. Den EXTER), Maklu, Apeldoorn-Antwerpen, 2008, s. 43-44.

üzerinde belirleyici ve öncü bir rol oynamıştır⁴. Mahkemenin kararı, özellikle Avrupa Birliği hukukunda öylesine büyük bir yankı uyandırmıştır ki söz konusu karar ve bunun olası etkileri hakkında kararın hemen ardından geniş bir literatür inşa edilmiştir.

A. Başvurunun İnsan Hakları Komisyonu'nda İncelenmesi ve Komisyon Görüşü

Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı, 1998 yılına kadar kabul edilebilirlik kararları, başvuruların esastan incelenmesi ve karara bağlanması gibi günümüz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel görevlerini yerine getirmişlerdir. Bu çerçevede Komisyon öncelikli incelemeyi yapmakta, bir rapor hazırlamakta, Divan ise Komisyon bulgularının ardından inceleme sürecine dahil olabilmektedir⁵. Ancak Komisyon'un hazırlamış olduğu raporun bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Yine bugünkü Mahkeme sisteminde bulunan "dostane çözüm" süreci de Komisyonun kabul edilebilirlik kararının ardından sonra söz konusu olabilmektedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve bunun kabul edilebilirlik incelemesi, 01.11.1998 tarihinde yürürlüğe giren 11. Ek Protokol ile ortadan kalkmış ve Avrupa İnsan Hakları Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi haline getirilmiştir⁶. Böylece, Sözleşme haklarına Yüksek Sözleşmeciler Tarafından uyup uymadıklarına ilişkin denetimi sağlayan mekanizma teknik anlamı ile tam bir mahkeme statüsüne ve işleyişine kavuşmuştur.

Gaygusuz kararı, Divan tarafından 16 Eylül 1996 tarihinde verilmiş bir karar olup, kararın verildiği tarihte henüz 11. Ek Protokol yürürlüğe girmemiştir. Bu noktada inceleme konusu yapılacak olan husus, Gaygusuz kararı na temel teşkil eden Avrupa İnsan Hakları Komisyonu incelemesinde mülkiyet hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasında nasıl bir bağ kurulduğu ve ayrımcılık yasağına ne şekilde yaklaşıldığına ilişkindir.

4 Mahkemenin Gaygusuz kararının belirtilen hakların yorumlanması ve kapsamlarının tespit edilmesinde oynadığı öncü rol hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMBOUR, Marie-Benedicte; "Gaygusuz Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights' Equality Agenda", *Human Rights Law Review*, Oxford Journals, Cilt: 12, Sayı: 4, 2012, s. 689.

5 GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Turhan Kitabevi, 2007, s. 12.

6 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ (2007), s. 13.

Daha önce belirtildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Gaygusuz kararından önceki kararlarında sosyal güvenlik haklarını mülkiyet hakkı kapsamında görmemektedir. Örneğin 1985 yılında Hollanda'ya karşı yapılan bir başvuruda Komisyon, prim ödenmeksizin yalnızca sosyal dayanışma olgusuna dayanan sosyal güvenlik gelirlerinin mülkiyet hakkı kapsamına girmediğini ifade etmiştir⁷. Bunun en temel sebebi ise sosyal güvenlik ödemelerinin finansmanının hem kuşaklar arasında hem de aynı kuşak içindeki farklı yaş grupları arasında reel gelirin yeniden dağıtılması esasına göre işleyen "dağıtım sistemi" (*pay as you go*) şeklinde gerçekleştirilmesidir. Bu sistemde sigortalı tarafından yapılan katkılarla, sigortalılara ödenen ödenekler arasında herhangi bir bağlantının bulunmaması, Komisyon tarafından sigortalının finanse edilen fon içerisinde belirlenebilir (*identifiable*) bir payının olmaması şeklinde yorumlanmış⁸ ve bu gerekçeyle sosyal güvenlik haklarının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁹.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, primsiz sosyal güvenlik gelir ve pozisyonlarının mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğini öngören kararları, 1988 yılına dek istikrarlı bir biçimde devam etmiştir. Ancak 1988 yılında Komisyon, primsiz sosyal güvenlik pozisyonlarının mülkiyet hakkı kapsamında görülmesi doğrultusunda küçük fakat önemli bir adım atmıştır. Stigson davasında Komisyon, istihdama bağlı sosyal güvenlik gelirin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebileceği yönünde karar vermiştir¹⁰.

Gaygusuz kararı, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun yepyeni bir yaklaşım benimsediği bir dava olarak kaydedilebilir. Nitekim bu davada Komisyon, sigortalının çalıştığı süre içerisinde ödediği primleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. Ek Protokolü'nün 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*vergiler ya da başka harçlar*" ödeme yükümlülüğü içerisinde değerlendirerek acil yardım ödeneğinin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir¹¹. Yani esas olarak Komisyon, primsiz sosyal güvenlik ödemeleri konusunda herhangi bir değerlendirme yapmamış, yalnızca davacının çalıştığı yıllar içerisinde ödediği primlerle acil yardım ödeneği arasında

⁷ Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, H. Burak; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 378-379.

⁸ GEMALMAZ, (2009), s. 379.

⁹ PENNING, (1999), s. 183.

¹⁰ **Stigson v. İsveç, Başvuru No: 12264/86**, Kabul edilebilirlik kararı 13 Temmuz 1988.

¹¹ PENNING, (1999), s. 184.

belirgin bir bağ bulunduğunu, bu sebeple acil yardım ödeneğinin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

B. Mahkemenin Kararı ve Ortaya Koyduğu Argüman

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu incelemesinin ardından dava, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın önüne gelmiştir. Esasında Divan, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun primsiz sosyal güvenlik pozisyonlarına ilişkin kararları sebebiyle uzun müddet bu konudaki içtihadını belirgin bir biçimde ortaya koyamamıştır. Nitekim Gaygusuz kararı da Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın bu konudaki içtihadına netlik kazandıran yolu açan bir karar olması sebebiyle büyük önem taşımaktadır¹².

Divan öncelikle acil yardım ödeneğinin hukuki durumu üzerine nitelendirmeler yapmıştır¹³. Avusturya Hükümeti'nin savunmasında; acil yardım ödeneğinin, işsizlik sigorta fonuna yapılan prim ödemelerinin sonucu olarak değil fakat ihtiyacı olan kişilere devlet tarafından verildiği ifade edilmesine karşın Divan bu yaklaşımı benimsememiştir¹⁴. Divan, bu konuda uyuşmazlık tarihinde bu ödeneğin ancak işsizlik sigorta fonuna prim ödendiğinde kazanılabileceğini ve başvurucunun bu katkıları tartışmasız bir biçimde gerçekleştirdiğini ifade etmiştir¹⁵. Yani Divan, kararının bu bölümünde primsiz sosyal güvenlik ödemelerinin mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında herhangi bir belirleme yapmamış, acil yardım ödeneğinin hali hazırda prim ödenerek elde edilen bir sosyal güvenlik pozisyonu olduğundan bahisle acil yardım ödeneğinin parayla ölçülebilir bir hak olduğuna ve dolayısıyla mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁶.

Tüm bu açıklamalarla yetinildiğinde esas olarak Gaygusuz Davası'nın mülkiyet hakkının genişletilmesi noktasında hiç de devrimci bir karakter taşımadığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim Divan, söz konusu kararında, primsiz sosyal güvenlik ödentilerine dayanan sosyal güvenlik pozisyonlarına

¹² Bu yönde bkz. GEMALMAZ, s. 380; PENNING, (1999), s. 184.

¹³ Konu hakkında bkz. **Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996**, para. 38-41, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060# {"itemid":\["001-58060"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060# {), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

¹⁴ PENNING, (1999), s. 184; DEMBOUR, (2012), s. 696.

¹⁵ **Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996**, para. 40, ayrıca bkz. GEMALMAZ, s. 380.

¹⁶ DEMBOUR, (2012), s. 696; GEMALMAZ, (2009), s. 380.

ilişkin bir belirleme yapmak suretiyle değil, acil yardım ödeneğini primli sosyal güvenlik pozisyonları içerisinde değerlendirerek mülkiyet hakkı kapsamında görmeyi tercih etmiştir. Buna karşın Gaygusuz Davası'nın devrim niteliğindeki yönü, karara dayanak oluşturan söz konusu argümana eklenen bir ifadeden kaynaklanmaktadır¹⁷. Buna göre; “*acil yardım ödeneği, -ilgili mevzuatta belirtildiği üzere- Ek 1. Protokol'ün 1. maddesi kapsamında parayla ölçülebilecek bir haktır. Belirtilen sebeple söz konusu madde, uygulanabilir olup, bu maddenin (P1-1) uygulanabilir olmasıyla başvuru kişinin vergi veya bir diğer katkı ödeme yükümlülüğü arasında zorunlu bir bağ yoktur*”¹⁸.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, belirtilen cümleyle acil yardım ödeneğinin primli bir sosyal güvenlik pozisyonu olduğunu ifade etmiş olmasına karşılık, prim ödeme esasına dayanmayan sosyal güvenlik haklarının da mülkiyet kapsamında değerlendirilebileceğini çekingen bir biçimde belirtmiştir. İşte Gaygusuz kararının mülkiyet hakkını genişletici yönüyle devrim yaratan niteliği de belirtilen bu ifadeden kaynaklanmaktadır. Nitekim söz konusu ifade prim ödeme esasına dayanmayan sosyal güvenlik haklarının da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesiyle sonuçlanacak bir süreci başlatması açısından oldukça önemlidir.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, acil yardım ödeneğinin mülkiyet hakkı kapsamına girdiği yönünde yaptığı değerlendirmenin ardından son olarak dava konusunu ayrımcılık yasağı kapsamında ele alarak değerlendirmiştir. Nitekim Mahkeme'nin davada üzerine hüküm vermesi gereken asıl husus, acil yardım ödeneğinin mevzuatta öngörülen şekliyle yalnızca Avusturya vatandaşlarına verilebilir olmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına aykırı olup olmadığıdır¹⁹.

Avusturya Hükümeti, ayrımcılık yasağına ilişkin savunmasında, acil yardım ödeneğinin yalnızca Avusturya vatandaşlarına tanınan bir hakkı ifade etmesinin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Davalı hükümet, söz konusu argümanını, bir devletin öncelikli ola-

¹⁷ GEMALMAZ, s. 381; PENNING, (1999), s. 184.

¹⁸ Kararın İngilizce orijinalinde yer alan ifade şu şekildedir: “*The Court considers that the right to emergency assistance - in so far as provided for in the applicable legislation - is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1). That provision (P1-1) is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay "taxes or other contributions"*. **Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996**, para. 40.

¹⁹ PENNING, (1999), s. 184.

rak kendi yurttaşlarının refah ve mutluluğunu sağlamak konusunda özel nitelikli bir yükümlülüğe tabi kılındığı, dahası acil yardım ödeneğinin kanuni dayanağını oluşturan İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 33 ve 34. maddelerinde vatandaşlık şartına getirilen birtakım istisnalar olduğu ve son olarak Avusturya Hükümeti'nin Türk vatandaşlarına acil yardım verilmesini öngören herhangi bir sözleşmesel yükümlülük altında bulunmadığı iddiasıyla temellendirmeye çalışmıştır²⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avusturya Hükümeti tarafından öne sürülen iddiaları ikna edici bulmamış, acil yardım ödeneğinin yalnızca Avusturya vatandaşları için öngörülmesi, dolayısıyla davacının acil yardım ödeneğinden faydalanamamasının “*makul ve objektif bir sebebe*” dayanmadığını belirterek, davayı kabul etmiştir²¹.

Görüldüğü üzere Gaygusuz davası, birinci yönüyle mülkiyet hakkının kapsamının genişletilmesi bakımından önem arzederken, ikinci yönüyle Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde çalışan üçüncü ülke vatandaşlarının sosyal güvenlik haklarından yararlanması, dolayısıyla Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşları ile üçüncü ülke vatandaşları arasında ayrımcılık yapılmaması bakımından önem arz etmektedir. Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gaygusuz kararında geliştirdiği içtihadın (1) Sosyal Güvenlik ile mülkiyet hakkı arasındaki bağlantıya, (2) ayrımcılık yasağının yorumlanması ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerde yaşayan göçmen statüsündeki kişilerin sosyal güvenlik haklarına etkilerinin incelenmesi zorunlu hale gelmektedir.

II. GAYGUSUZ KARARININ SOSYAL GÜVENLİK İLE MÜLKİYET HAKKI ARASINDAKİ BAĞLANTIYA ETKİSİ

Gaygusuz kararı, daha önce belirtildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkının kapsamını belirleme noktasında verdiği en önemli kararlardan biridir. Nitekim bu kararın en önemli özelliği, sosyal güvenlik haklarını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirmesidir. Bu doğrultuda Mahkeme, yaşlılık yardımı ve nafaka ödenmesi hususunda önceki İnsan Hakları Komisyonu kararlarında söz konusu hakların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirtilmesine rağmen, acil yardım ödeneğini mülkiyet kapsamında değerlendirmiştir²². Dola-

²⁰ Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996, para. 45.

²¹ Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996, para. 50, ayrıca bkz. PENNING, (1999), s. 184.

²² PENNING, (1999), s. 184.

yısıyla sosyal güvenlik hakları ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişkinin olumlu niteliği ilk defa Gaygusuz kararındaki usuli aşamalarda ortaya konmuş ve söz konusu ilişkinin varlığı kabul edilmiştir. Belirtilen sebeple karara ilişkin olarak Komisyon ve Mahkeme aşamalarında yapılan değerlendirmelerin belirlenmesi, mülkiyet hakkı ile sosyal güvenlik hakkı arasındaki ilişkinin ne şekilde kurulduğunun tespiti için elzem hale gelmektedir.

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Mülkiyet Hakkının Kapsamı ve Sınırları

Mülkiyet hakkı, insan hakları hukuku sürecinin başlangıcından bu yana büyük bir öneme sahip olup, mülkiyet hakkı, hayat ve özgürlük haklarıyla beraber, aslında tüm insan hakları mücadelesine rengini veren haklar arasında sayılmaktadır²³.

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.

Sözleşme'de mülkiyet hakkıyla ilgili açık bir tanım yoktur. Mahkeme de böyle bir tanımın bulunmaması sebebiyle mülkiyet hakkını geniş yorumlamaktadır. Sözleşme hükmünde yer alan "mal ve mülk" deyimini, parasal değeri olan somut veya soyut her türlü konuyu kapsamaktadır. Böylece maddi varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmaz mallar, soyut birer varlık olan, hak, menfaat gibi değerler mülkiyet hakkının kapsamında yer almaktadır²⁴.

²³ GEMALMAZ, (2009), s. 1.

²⁴ DİNÇ, Güney; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 51, 2004, s. 134; ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde mülkiyet hakkının konu bakımından kapsamı hakkında bkz. BOYAR, Oya; "Mülkiyet Hakkı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme** içinde, (ed: Sibel İNCEOĞLU), Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 499-506.

Şirket hisse senetleri (Bramelid ve Malmström/İsveç 1979), patent hakları (Smith Kline ve French Laboratories/Hollanda 1990), sinemanın müşterileri (Latridis/Yunanistan 1999), avukat stajyerinin ücretsiz çalıştırılması (Van DerMuselle/Belçika 1983), taşınmaz kiralarna devletin müdahalesi (Mellacher ve diğerleri/Avusturya 1989), 1974 Kıbrıs müdahalesi nedeniyle taşınmazlarından yararlanamayan kişinin tazminat istemleri (Loizidou/Türkiye 1995, 1996, 1998) Mahkeme'nin mülkiyet hakkı kapsamında gördüğü konulardan bazılarıdır²⁵.

Bu madde kapsamında sağlanan koruma söz konusu iddia belirli bir mülkiyet hakkına dayanmadıkça uygulanmamaktadır. Yani kural olarak Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi doğmuş, yani *mevcut hakları* korumakta, kişiye hak kazanma yönünde bir hak vermemektedir²⁶. Bu nedenle Mahkeme, Marckx Belçika'ya karşı davasında Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin evlilik dışı doğan çocuğun annesinin ölümü halinde kendisine kalacak *muh-temel* miras hakkına uygulanamayacağına hükmetmiştir²⁷.

Mahkeme, mülkiyet kapsamında değerlendirilen alacak haklarına ilişkin olarak hakkın kesin olarak kazanılmış olmasını şart koşmaktadır. Ancak, bazı durumlarda hakkın mevcut olması gerektiği yönündeki genel kurala “*meşru beklenti*” içtihadı çerçevesinde istisna getirilmektedir²⁸.

Meşru beklenti kavramı somut nitelikte ve ulusal hukuktaki bir kurala, bir hukuki işleme veya bir Mahkeme kararına dayanma niteliklerine sahip bir beklentidir. Bu yönüyle basit bir hak kazanma beklentisinden farklıdır. Yani kişinin subjektif düşüncesine göre gelecekte bir hak elde edeceği beklentisi bu kapsama girmez. Bu beklentinin hukuki temellere dayanması ve objektif nitelikte olması gerekmektedir²⁹. Bunun dışında hukukun üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek, hakkaniyet, öngörülebilirlik, belirlilik ilkeleri de bu kavramın ortaya çıkmasında önemli yerlere sahiptirler. Bu bağlamda öngörülebilirlik ve belirlilik unsurlarının mülkiyet hakkının tespitinde önemli rol

²⁵ DİNÇ, (2004), s. 135.

²⁶ SARI, H. Gürbüz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması**, İstanbul, Beta, Nisan 2006, s. 23.

²⁷ GRGİC, Aida; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları Numara 10, Belçika, 2007, s. 5, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/aihskapsamindam_ulkuyethakki.pdf, Erişim Tarihi: 20.04.2015,

²⁸ SARI, (2006), s. 23.

²⁹ SARI, (2006), s. 28.

oynadığı *Pine Valley* davasından bahsetmek gerekir. *Pine Valley* davasında başvurucular imar planında hafif sanayi tesisleri imarına açıklık bakımından ön izne sahip bir taşınmaz almışlardır. Fakat daha sonra imar planında yapılan değişiklikle imar izni alamamışlar ve yargı kararıyla da ön imar izni geçersiz sayılmıştır. Dolayısıyla taşınmazın kıymeti de düşmüştür. Mahkeme ise başvurucuların hukuka uygun olarak ön imar iznine sahip olduklarını ve buna dayanarak amaçlanan inşaatı gerçekleştirme beklentisine kapıldıklarına karar vermiştir, ayrıca bu beklentinin mülkiyetin bir unsuru olduğuna hükmetmiştir³⁰.

Bir malın mülkiyet hakkı kapsamına girmesi için mali değerinin yanı sıra aynı zamanda belirli bir değer eşliğini de aşması gerekir. Aksi halde söz konusu mal, mülkiyet hakkı kapsamına girmez. Örneğin Mahkeme, Van Der Mussele davasında başvurucunun yapmış olduğu az miktarda masrafın mülkiyet hakkı kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre Van der Mussele, yoksul müvekkili için masrafta bulunmuştur. Bu masraflar miktar olarak oldukça az olup, Sözleşme'nin 4. maddesine uygun bir çalışma yapma yükümlülüğünden kaynaklanmıştır. Bu nedenle Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi tek başına veya 14. madde ile birlikte ele alınsa da, bu bağlamda uygulanabilir değildir.

Bir hakkın mülkiyet hakkı kapsamına girebilmesi için diğer bir özellik de hakkın yasal mevzuata uygun olarak kazanılmış olması gerektiğidir. Bu anlamda sattığı veya kaçırdığı uyuşturucuya devlet tarafından el konulan kişinin durumu mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilemez³¹.

Mahkeme ayrıca özel mülkiyete konu olamayan hakları mülkiyet hakkı kapsamında görmemektedir. Örneğin kıyı, orman gibi kamu mallarının özel mülkiyete konu olamayacağını vurgulamaktadır. Bu konuyla ilgili Karayazgan/Türkiye davasında Mahkeme kıyıların özel mülkiyete konu olamayacağını ifade etmiştir³².

Bir diğer özellik de mülkiyet hakkının öznesinin özel kişilerin yanı sıra tüzel kişiler de olmasıdır. Bu özellikle birlikte tüzel kişilerin Mahkeme'ye bireysel başvuru olanağı genişlemiştir³³.

30 Pine Valley Davası hakkında bkz. BOYAR, (2013), 501-502; GEMALMAZ, (2009), s. 145-146.

31 GEMALMAZ, (2009), s. 185.

32 GEMALMAZ, (2009), s. 187.

33 DİNÇ, (2004), s. 9.

B. Ekonomik ve Sosyal Hakların Sözleşme’de Yer Alan Haklar Kapsamında Değerlendirilmesi

Bilindiği üzere sosyal güvenlik hakkı, ikinci kuşak bir hak olup, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde açıkça düzenlenmemiştir³⁴. Buna karşılık daha önce de belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, zaman içerisinde sosyal güvenlik haklarını da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri kapsamında gören bir içtihat geliştirmiştir. Esasında bu durum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen kişisel hakların alanının genişletilerek, sosyal ve ekonomik hakların bu alana dahil edilmesiyle ilgilidir³⁵. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan haklar kısa ve çerçeve niteliktedir. Buna karşılık bu hakların yer aldığı Sözleşme metni, içerisinde pek çok ilkeyi barındırmaktadır. Söz konusu ilkeler de durağan değil dinamik ilkelerdir. Bu yüzden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeyi hayata geçirebilmek için durağan ve tarihsel bir yorumu değil, dinamik ve geliştirici bir yorum yöntemini benimsemektedir³⁶. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin en önemli özelliklerinden biri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde koruma altına alınan hak ve özgürlüklerin içeriğinin mahkeme tarafından genişletici bir yaklaşımla belirlenmesidir. Mahkemenin söz konusu yaklaşımı benimsemesi ise pozitif yükümlülükler doktrini çerçevesinde gerçekleşmektedir³⁷. Dolayısıyla Mahkeme, kararlarında Sözleşme

34 KAPUY, Klaus; “Social Security and the European Convention on Human Rights: How An Odd Couple Has Become Presentable”, **European Journal of Social Security**, Cilt: 9, Sayı: 3, 2007, s. 221-222.

35 GEMALMAZ, (2009), s. 388; ayrıca sosyal ve ekonomik hakların, kişisel haklar alanına dahil edilmesi yönündeki içtihadî gelişim hakkında bkz. DEMBOUR, (2012), s. 692-693; ayrıca KAPUY, (2007), s. 225-230.

36 YILMAZ, Mehmet Şerif; **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 73; Oder’e göre; “Dinamik yorum, yargıcın Anayasa koyucu veya yasa koyucunun tarihsel iradesini ya da normun yapıldığı tarihsel bağlamı araştıran bir tarihçi değil, normların anlamlarını “yaratan” kişi olduğunu benimser... Yargıcın işlevi de zaman içindeki değişimi norma yansıtmak ve normun anlamını değişime uyarlamaktır.”; ODER, Bertil Emrah; **Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 225.

37 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin pozitif yükümlülükler çerçevesinde hakların kapsamını genişletici bir yaklaşım benimsediği örnekler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GEDİK, Ömer; **Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 107-113; ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin dinamik yorum yöntemi hakkında bkz. METİN, Yüksel, **Anayasanın Yorumlanması**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 115-121.

tarafından formel bir biçimde düzenlenmiş olan kişisel hakların ekonomik ve sosyal boyutlarına bir önem atfetmekte ve hüküm tesis ederken bunları dikkate almaktadır³⁸. Mahkeme'nin ekonomik ve sosyal hakları, kişisel haklar içerisinde değerlendirirken söz konusu haklar ile arasında ilgi kurduğu haklar, adil yargılanma hakkı (md. 6), mülkiyet hakkı (P1-md. 1), özel hayatın gizliliği (md. 8) ve elbette ayrımcılık yasağıdır (md. 14)³⁹. Bu durum aynı zamanda doktrinde de *bütüncül insan hakları yaklaşımı* (*integrated human rights approach*) kavramsallaştırmasıyla alakalıdır⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sosyal ve ekonomik hakları Sözleşme'de yer alan haklara entegre ederek bunları koruma altına almasını açan yola giden süreç, 1968 yılındaki Belçika Dil Davası ile başlamıştır⁴¹. Bu davada Belçika'da azınlığa mensup olan çocukların Fransızca eğitim veren kurumlara kayıtları söz konusu olmuştur. Yani bu davada Belçika Hükümeti'nin, yalnızca Hollanda dilinin konuşulduğu bölgelerde, ilköğretimde öğretim dili olarak Fransızca'yı kullanan okullar açılması veya bunlara destek olmayı reddetmesi söz konusudur⁴². Bunun üzerine iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir.

Mahkeme ise sözleşmecî devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan kimselerin, 1. Ek Protokolün 2. maddesine dayanarak kamu makamlarının belirli bir türde eğitim sistemi kurmasını isteyemeyeceklerini, ancak belirli bir eğitim sistemi kuran devletin, bir eğitim kurumuna girişteki şartları belirlerken eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunda olduğunu ifade etmiş, yani 14'üncü madde anlamında, ayrımcılık yasağına aykırı bir tasarrufta bulunamayacağını belirtmiştir⁴³. Mahkeme bu kararında, Belçika Hükümeti'ni; özel statülü beldelerde ikamet etmeyen ve anadili Flemenkçe olan çocukların

38 GEMALMAZ, (2009), s. 388.

39 Ekonomik ve sosyal haklarla belirtilen haklar arasında kurulan ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAPUY, (2007), s. 222-223.

40 GEMALMAZ, (2009), s. 388.

41 DEMBOUR, (2012), s. 692, aynı yönde GEDİK, (2013), s. 108-110.

42 ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 3-4, 2007, s. 303, ayrıca Belçika Dil Davası hakkında bkz. KOÇAK, Mustafa; **Çok Kültürlülük Açısından Dil Hakları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010, s. 336-338.

43 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMBOUR, (2012), s. 693.

Flemenk sınıflarına kabul edilmesinin, buna karşılık anadili Fransızca olan çocukların Fransızca sınıflara kabul edilmemesinin, bu konudaki mevzuatın Flemenk veya Fransızca konuşan ailelere aynı şekilde uygulanmaması sonucunu doğurduğu ve olayda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle, mahkum etmiştir⁴⁴. Dolayısıyla söz konusu karar, eğitim hakkı ile ayrımcılık yasağının birlikte ele alındığı bir karar olmuş, her ne kadar eğitim hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça korunan bir hak da olsa diğer ekonomik ve sosyal hakların ayrımcılık yasağı kapsamında korunmasının yolunu açmıştır.

Ekonomik ve sosyal hakların kişisel haklara entegre edilerek bütünsel insan hakları yaklaşımının en ileri düzeyde kullanıldığı dava ise 1979 tarihli Airey Davası olmuştur. Airey kararında Mahkeme, ekonomik bir temele sahip olan adli yardımdan yararlanma hakkını, adil yargılanma hakkının en önemli veçhelerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmiş ve kocasından boşanmak isteyen kadının adli yardımdan mahrum bırakılmasını, başvurusunun iddiasını mahkemede etkili bir biçimde ortaya koyamaması olarak nitelendirmiştir⁴⁵. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu kararında Sözleşme'nin esas olarak kişisel ve siyasi hakları düzenlemiş olmakla birlikte, bunların birçoğunun sosyal ve ekonomik yansımaları olduğu görüşünü ortaya koymuştur⁴⁶. Bu da Mahkeme'nin ekonomik ve sosyal hakları, kişisel ve siyasal haklar içerisine entegre ederek yorumladığının en önemli kanıtlarından ve en somut örneklerinden biridir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ikinci kuşak hakların ötesinde üçüncü kuşak hakları da Sözleşme kapsamında gördüğü ve dolayısıyla genişletici yorumu en ileri düzeyde kullandığı kararlarından biri de 2004 yılında verdiği *Maşallah Öneriyıldız* kararıdır. 28 Nisan 1993 tarihinde İstanbul'da Ümraniye çöplüğünün patlaması sonucu hayatını kaybeden dokuz kişinin yaşam hakkına ilişkin Öneriyıldız davasında Mahkeme, üçüncü kuşak haklardan olan çevre hakkını, yaşam hakkı kapsamında değerlendirerek üçüncü kuşak hakları da koruma kapsamına dahil etmiştir⁴⁷. Avrupa İnsan Hakları

44 ÇALIŞKAN, (2007), s. 304.

45 **Airey v. İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09. 09. 1979**, para. 24, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420#{"itemid":\["001-574 20"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420#{), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

46 GEMALMAZ, (2009), s. 388, **Airey v. İrlanda, , Başvuru No: 6289/73, 09. 09. 1979**, para. 26.

47 Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. GEDİK, (2013), s. 111-113; YILMAZ, (2010), s. 183-184.

Mahkemesi, kararında şu ifadeleri kullanarak bu durumu açıkça ifade etmiştir:

“2. madde uyarınca yaşamı korumak için tüm önlemleri almaya yönelik kesin yükümlülük (bkz. yukarıdaki 71. paragraf), her şeyden önce, Devlet'e yaşama hakkını tehdit eden durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturacak yasal ve idari çerçeve oluşturmak görevi vermiştir.”

Bu yükümlülüğün, söz konusu etkinliğin kendine özgü niteliklerine ve insan hayatı açısından oluşturduğu potansiyel riske uygun olarak hazırlanan yönetmeliklere özellikle önem verilmesi gereken tehlikeli etkinlikler için de geçerli olduğu şüphesizdir. Bu yönetmelikler etkinliğe ruhsat verilmesini, hazırlanmasını, etkinliğin işletimini, güvenliğini ve denetimini düzenlemeli; tüm ilgililerin açığa çıkan riskler nedeniyle hayatı tehlikeye girebilecek vatandaşların etkili bir şekilde korunmasını sağlamaya yönelik pratik önlemleri almasını zorunlu hale getirmelidir⁴⁸.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Öneriyıldız kararıyla pozitif sorumluluk alanlarında ve dolayısıyla Sözleşme'nin koruması kapsamında kalan ilkelerde bir genişletmeye gittiği söylenebilir⁴⁹. Nitekim Gaygusuz kararı da Mahkeme'nin, en tartışmalı dönemde ekonomik ve sosyal hakları, kişisel ve siyasal haklar içerisine entegre ettiği en önemli kararlarından biridir⁵⁰. Dolayısıyla geline nokta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ekonomik ve sosyal haklara ilişkin güncel bakışımı, Mahkeme'nin vermiş olduğu son kararlar üzerinden tespit etmek zorunlu hale gelmektedir.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sonraki Kararlarında Sosyal Güvenlik ve Mülkiyet Hakkı

Daha önce de belirtildiği gibi Gaygusuz davasında esas olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davacının talep ettiği acil yardım ödeneğini prim esasına dayanan bir sosyal güvenlik pozisyonu olarak görmüş, bu sebeple acil yardım ödeneği ile mülkiyet hakkı arasında bağlantı kurarken çok da zorlanmamıştır. Buna karşılık söz konusu kararda mahkeme, prim esasına dayanmayan bir sosyal güvenlik pozisyonu ile mülkiyet hakkı arasında da

⁴⁸ Öneriyıldız v. Turkey, **Başvuru No. 48939/99, 30.11.2004**, para. 89-90, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/48939-99.pdf>, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

⁴⁹ GEDİK, (2013), s. 113.

⁵⁰ DEMBOUR, (2012), s. 694; ayrıca bkz. ALLEN, Tom; “The Autonomous Meaning of “Possessions” under the ECHR”, **Modern Studies in Property Law** içinde, (ed: Elizabeth Cooke), Cilt: 2, Hart Publishing, Portland, 2003, s. 75-76.

bir ilişki kurulabileceğine yönelik çekingen bir adım atmıştır. Yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “kapıyı açmış ve fakat kapıdan geçmemiştir⁵¹.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin sosyal güvenlik hakları ile mülkiyet hakkı arasındaki bağlantıyı kesin bir biçimde kurmasına kadar geçen süreçte Mahkeme, adım adım prim esasına dayanmayan sosyal güvenlik pozisyonlarını da mülkiyet hakkı kapsamına dahil etmiş, dolayısıyla mülkiyet hakkının kapsamını tedrici bir biçimde genişletmiştir. Bu konuda özellikle iki Mahkeme kararı büyük önem arz etmektedir: Bu kararlar; 11 Haziran 2002 tarihli Willis v. Birleşik Krallık ve 12 Nisan 2005 tarihli Stec v. Birleşik Krallık davalarında verilen kararlardır⁵². Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin sosyal güvenlik ile mülkiyet hakkı arasındaki bağlantıya bakışı, ancak söz konusu kararların incelenmesi ile mümkündür.

Willis davasında başvuru, karısı ölmüş bir erkektir. Söz konusu uyuşmazlık tarihinde Birleşik Krallık hukukuna göre dul kalan erkek eşlere, dul kalan kadınlardan daha az bir aylık ödenmesi söz konusudur. Başvurucuya göre ise bu durum mülkiyet hakkının kullanımında ayrımcılık yasağına aykırı bir durumdur⁵³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Willis Davası’nda verdiği kararda öncelikli olarak Gaygusuz kararında yapmış olduğu işsizlik ödeneğine ödenen primlerle, başvurunun parasal hakları arasındaki bağlantıya vurgu yapmıştır⁵⁴. Ardından da Mahkeme, somut olayda sosyal güvenlik pozisyonunun elde edilmesini sağlayan primlerin erkek eş değil, kadın eş tarafından ödemesi sonucunda, erkek eşin söz konusu primlere dayanan pozisyonunun mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmıştır. Mahkeme’nin vardığı sonuç olumlu olmuş, kararda söz konusu katkıyı müteveffa eşin yapmış olmasının başvurunun hak sahibi olmadığı anlamına gelmediği ifade edilmiştir⁵⁵. Bu çerçevede mahkeme, mülkiyet hakkından bahsedebilmek için sosyal sigorta ödeneğinin önceki prim ödemelerine dayanıp dayanmaması gerektiği hakkında bir yargıda bulunmayı gerekli

⁵¹ GEMALMAZ, (2009), s. 381.

⁵² Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAPUY, (2007), s. 231; DEMBOUR, (2012), s. 694; ayrıca GEMALMAZ, (2009), s. 381-384.

⁵³ GEMALMAZ, (2009), s. 382.

⁵⁴ **Willis v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36042/97, 11.06.2002**, para. 32, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60499#{\"itemid\":\[\"001-60499\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60499#{\), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

⁵⁵ **Willis v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36042/97, 11.06.2002**, para. 35.

görmemiş, kanunda öngörülen koşulların sağlanmış olması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. Ek Protokolü'nün 1. maddesinin uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir⁵⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Willis kararıyla Gaygusuz kararında açmış olduğu kapının eşiğine gelmiş, ancak yine kapıdan içeri girmemiştir. Bunun temel sebebi ise bu davada halen prim esasına dayanmayan sosyal güvenlik pozisyonları ile mülkiyet hakkı arasında doğrudan bir bağlantı kurulmamış olmasıdır. Nitekim bu bağlantının kurulması da 2006 yılındaki Stec Davası'nda kesin bir biçimde gerçekleşmiştir⁵⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 30. maddesinde "*Daire önünde görülen dava, işbu Sözleşmenin ve protokollerinin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğuruyorsa ya da sorunun çözümü Mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişkili olacak ise, Daire, hüküm vermediği süre içerisinde, taraflar itiraz etmedikçe, yargı yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçebilir.*" hükmü yer almaktadır. Stec Davası'nda da Mahkeme, Strasbourg organlarının bu konudaki pek çok tutarsız kararından bahsetmiş ve Mahkemenin dördüncü bölümü, Strasbourg organlarındaki söz konusu tutarsız kararların yarattığı belirsizlik ve çelişkinin giderilmesi için yargı yetkisini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 30. maddesi kapsamında Büyük Daire'ye bırakmıştır⁵⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sosyal güvenlik hakkı ile mülkiyet hakkı arasında kurduğu bağlantı da günümüzde söz konusu davada öngörülen gerekçelerde somutlaşmaktadır⁵⁹.

Büyük Daire'nin kararına göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bir bütündür ve çeşitli hükümleri arasında içsel tutarlılık ve uyum sağlanarak yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda Büyük Daire'ye göre prim esasına dayansın veya dayanmasın sosyal güvenlik pozisyonlarına ilişkin uyumsuzluklar, uzun

⁵⁶ Willis v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36042/97, 11.06.2002, para. 36.

⁵⁷ KOCH, İda Elizabeth; "A Right to Social Case Benefits under the European Convention on Human Rights?", **The Paper Presented to The Danish Institute for Human Rights**, Tarihsiz, s. 18-19. <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop13/Koch.pdf>, Erişim Tarihi: 10.06.2015; ayrıca Stec Davası'nın prim esasına dayanmayan sosyal güvenlik pozisyonlarını mülkiyet hakkı kapsamına kesin bir biçimde dahil ettiği yönünde bkz. ETGÜ, Mehmet Akif; **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 210.

⁵⁸ Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Kabul edilebilirlik kararı; 6 Temmuz 2005, para. 35-46, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70087# {"item-id":\["001-70087"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70087#{), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

⁵⁹ Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCH, (Tarihsiz), s. 19-21.

zamandır Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi bağlamında kişisel hak olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Dolayısıyla Sözleşme'nin bir bütün olarak tutarlılığı açısından özerk nitelikteki malvarlığı ibaresi de 6. madde anlamındaki kişisel hak kavramıyla uyumlu bir biçimde yorumlanmalıdır⁶¹.

Büyük Daire'ye göre prim esasına dayanan sosyal güvenlik pozisyonları, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilirken, prim esasına dayanmayan sosyal güvenlik pozisyonlarının bu kapsamda görülmemesi son derece yapay bir ayırım yaratmaktadır⁶². Dolayısıyla prim esasına dayanan sosyal güvenlik pozisyonları ile prim esasına dayanmayan sosyal güvenlik pozisyonları arasında Sözleşme'nin 1. Ek Protokolü'nün 1. maddesinin uygulanabilirlik amaçları bakımından bu farklılığın sürdürülmesi mümkün değildir⁶³.

Stec Davası'nı yorumlayan Gemalmaz'a göre; "*Görüldüğü üzere, Büyük Daire suretindeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerekçeleri hem kuvvetli hem de yetkin kapsamlı ve sağlam örgülü erken dönem kararlarını yeniden hatırlatan türde ayrıntılı ve derindir. Sosyal devlet anlayışının izleri net olarak görülmektedir. Ayrıca, prim katkısız olarak kazanılmış pozisyonlardan doğan mülkiyet hakkı söz konusu olduğunda hukuk devleti nosyonunun bir ilkesi olan "güven" ilkesinin mülkiyet hakkının bir unsuru olarak ayrıştığını gözlemek mümkündür... Stec davasındaki kabuledilebilirlik kararının ...teorik boyutu ile Mahkemenin mülkiyet hakkı kavramında esaslı bir genişlemeye gittiği söylenebilir*⁶⁴."

III. KARARIN AYRIMCILIK YASAĞININ YORUMLANMASI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Taraf devletler, bu sözleşmelerle, kendi ülke sınırlarında yaşayan ve yetkisi altında bulunan herkese, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya başka

⁶⁰ Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006, para. 48, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-73198#{"itemid":\["001-73198"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-73198#{), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

⁶¹ Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006, para. 49.

⁶² Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006,, para. 51.

⁶³ Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006,, para. 53.

⁶⁴ GEMALMAZ, (2009), s. 384.

ka bir fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum vb. statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu sözleşmelerde tanınmış olan hakları sağlamakla ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür. Bu sözleşmelerde ayrımcılık yasağının kapsamında bazı farklılıklar olmasına rağmen, maddelerin ortak özelliği, yalnızca ilgili sözleşme içinde yer alan haklara ilişkin olarak ayrımcılığı yasaklamış olmalarıdır. Ayrımcılığı yasaklayan söz konusu bu maddeler tek başlarına değil, sözleşmelerde yer alan diğer haklar ile beraber gündeme gelebilmektedir⁶⁵.

A. Ayrımcılık Yasağının Kapsamı ve Sınırları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14.maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağı şu şekilde ifade edilmektedir:

“Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.”

Maddede belirtildiği şekliyle Sözleşmenin 14. maddesi, genel bir eşitlik ilkesini öngörmemektedir. Bu madde Sözleşmede garanti edilen haklarla sınırlı bir ayrımcılık yasağını içermektedir. 14. madde ile getirilen ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hak ve özgürlüklerle sınırlı olup, ayrımcılık eyleminin kendisi bir insan hakları ihlali olarak düzenlenmemiştir⁶⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14.maddesi genel bir ayrımcılık yasağı ilkesini tanımayıp, yalnızca Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından ayrımcılık yasağını güvence altına almakta olduğundan bu madde, sınırlı bir uygulama alanına sahiptir.

Ayrımcılık yasağının başka bir hak ihlaline bağlı olması, bu maddenin ancak Sözleşmenin tanıdığı başka bir hak ve özgürlüğe bağlı olarak ileri sürülebilmesine ve dolayısıyla maddenin bağımsız niteliğini yitirmesine neden olmaktadır⁶⁷. Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 14. maddenin özerkliğini kabul etmektedir. Yani Sözleşmenin bir maddi hükmü

⁶⁵ GÜL, İdil Işıl, KARAN, Ulaş: **Ayrımcılık Yasağı** (ed.: YEŞİLADALI, Burcu, AYATA, Gökçeçek), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2011, s. 9.

⁶⁶ KORKUT, Levent; **Ayrımcılık Karşıtı Hukuk**, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Birinci Baskı, Ankara, Şubat, 2009, s. 21.

⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ANAYURT, Ömer; **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 135-136.

ihlal edilmemiş olsa bile, bu maddi hüküm bakımından 14. maddeden ihlal edilebilecektir⁶⁸. Bunun için dava konusu olayların Sözleşmenin ya da Protokollerin başka bir maddi hükmünün alanına girmesi yeterlidir.

Ancak her ne kadar 14. madde tek başına ele alınamasa da Sözleşmede ve Protokollerde yer alan madde hükümlerini *tamamlayıcı* nitelik arz ettiğinden ana maddeden bağımsız incelendiği ve ana maddeden ihlal tespit edilmemesine karşın, 14. maddeden ihlal söz konusu olduğuna ilişkin kararlara konu olan davalar da bulunmaktadır.

“Ana maddeden ihlale karar verilmemesine rağmen 14. maddeden ihlal bulunması” halinin son örneği Türkiye’den **Ünal Tekeli Davası**dır. İzmirli Avukat Ayten Ünal Tekeli, evlendikten sonra kocasının soyadı yerine kendi kızlık soyadını kullanmak istemiştir. Ancak Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesi, buna izin vermemektedir. Başvurucu, bu durumun özel yaşamın korunması hakkını haksız biçimde zedelediğini, yalnızca evli erkeklerin evlendikten sonra da ailesinin soyadlarını taşıyabilmesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu öne sürmüştür. Dolayısıyla başvurucu, ulusal mercilerin evliliğinden sonra yalnızca kızlık soyadını kullanmasına izin vermemelerinin, hem tek başına, hem de 14. maddeyle beraber düşünüldüğünde 8. maddeye aykırı olduğunu iddia etmektedir.

Mahkeme, Yasanın evli kadın ile evli erkeğe farklı işlemler yapmasını, 14. madde ile beraber özel ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan 8. madde açısından inceledikten sonra 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu sonuca göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu farklı muameleyi ayrıca 8. maddeden incelemeye gerek görmeyip tek başına 8. maddeyi ihlal edip etmediğini belirlememiş ve yalnızca 14. maddeden ihlal olduğuna dair hükme bağlamıştır⁶⁹.

Ayrımcılık yasağına ilişkin bir diğer önemli husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir muamelenin ayrımcılık yasağına uygun olup olmadığı noktasında benimsenen ve kullanılan kriterlerdir.

Farklı bir muamelenin “objektif ve makul” meşruiyet dayanaklarına sahip olup olmaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne takdir yetkisi tanıyan, kesinliği olmayan bir ölçüt niteliğinde olup Mahkeme, bu ölçüte açıklık

⁶⁸ ANAYURT, (2004), s. 135.

⁶⁹ **Ünal Tekeli v. Türkiye, Başvuru No: 29865/96, 16.11.2004**, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67482#{\"itemid\":\[\"001-67482\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67482#{\), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

kazandırmak amacıyla, çeşitli koşullar geliştirmiştir⁷⁰. Mahkemeye göre, bir ayrımın; “meşru bir amacı yoksa” ve izlenen amaç ile kullanılan araç arasında “makul bir ölçülülük ilişkisi yoksa”, bu ayrım “objektif ve makul bir meşrulaştırma”dan yoksun bir ayrımcılık olarak nitelendirmeye olanak veren kesin bir ölçüttür⁷¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 14. madde uygulamasını sınırlandırdığı bir diğer husus da madde korumasının yalnızca “benzer durumdaki kişiler arasındaki farklı muameleler”i kapsamı halidir⁷². Bu doğrultuda Mahkeme, önüne gelen başvuruda, bir kez aynı durumda olunmadığı yönünde karar verirse, diğer hususları incelemeksizin ihlal kararı vermektedir.

B. Kararın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Vatandaşlık Temelli Ayrımcılık Konusunda Sonraki Kararlarına Etkisi

Daha önce belirtildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gaygusuz kararı, bir yönüyle mülkiyet hakkının sosyal güvenlik pozisyonları bakımından genişlemesi açısından önemli bir kararken, diğer bir yönüyle Avrupa Birliği hukukunun uygulandığı ülkelerde üçüncü ülke vatandaşlarının tabi olduğu normlarda bunlara ayrımcılık uygulanması bakımından önem arz etmektedir. Buna karşın söz konusu karar, birinci yönüyle hukuk dünyasında oldukça etkili olmasına karşılık, kararın ikinci yönüyle etkilerinin abartıldığı ve öncü nitelikli bir karar haline gelemediği ifade edilmektedir⁷³. Bunun da en temel sebebi, söz konusu kararın Avrupa Birliği üyesi ülkelerde yaşayan üçüncü ülke vatandaşlarının hakları konusunda ülkeye yasal yollardan giren ve ülkedeki varlığı hukuki olmayan göçmenler arasında bir ayrılığa, dolayısıyla insan haklarının evrenselliğinde bir kafa karışıklığına yol açmış olmasıdır⁷⁴.

⁷⁰ Bu yönde bkz. **Camp ve Bourimi v. Hollanda, Başvuru No. 28369/95, 03.10.2000**, para.37, <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/468>, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

⁷¹ Objektif ve makul ölçütler hakkında bkz. ANAYURT, (2004), s. 135.

⁷² ÖZDEK, Yasemin; **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayını, Birinci Baskı, Mart 2004, s. 291.

⁷³ LEMMENS, Paul; “The Gaygusuz Decision Situated in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Social Security, Non-Discrimination and Property** içinde, (ed.: Stefan van den BOGAERD), Maklu, Antwerp, 1997'den naklen, DEMBOUR, (2012), s. 697.

⁷⁴ DEMBOUR, (2012), s. 697, 721.

Her şeyden önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gaygusuz kararında yalnızca vatandaşlık temeline dayanarak yapılacak bir ayrımın meşru bir amacı ve amaç ile araç arasında uygun bir bağlantı olması gerektiğini, dolayısıyla böyle bir ayrımın yapılması için söz konusu ayrımı gerektiren çok ağır sebeplerin bulunması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁵. Dolayısıyla mahkeme, bu kararıyla, önceki kararlarından farklı olarak Avrupa Birliği'ndeki üçüncü ülke vatandaşlarının sosyal güvenlik haklarından yararlanmasında vatandaşlık temeline dayanan bir ayrım yapılmasını reddetmiştir. Bu durum ise münhasıran Avrupa'da büyük bir sorun teşkil eden göçmenlerin hakları ile refah devletinin korunması arasındaki gerilime işaret eder⁷⁶. Bu gerilim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vatandaşlık temeline dayalı farklı muameleler söz konusu olduğunda detaylı bir ihlal incelemesi yapmasından kaynaklanmaktadır⁷⁷.

Daha önce belirtildiği gibi Avusturya Hükümeti, savunmasında bir devletin öncelikli olarak kendi yurttaşlarının refah ve mutluluğunu sağlamak konusunda özel nitelikli bir yükümlülüğe tabi kılındığını ifade etmiş, buna karşılık Mahkeme ise Avusturya Hükümeti'nin söz konusu iddiasını "ikna edici" bulmadığını belirtmiştir⁷⁸. Buna karşılık Dembour, söz konusu argümanın hiç de zorlama bir argüman olmadığını düşünmektedir⁷⁹. Nitekim Gaygusuz kararını veren Mahkeme yargıçlarından biri olan Matscher de karara ekli kısmi karşı oyunda davacıya verilen tazminatın miktarını fazla bulmuş ve davayı, günümüzde bütün toplumlarda yaygın bir biçimde gerçekleşen şekilde, refah devletinin suiistimalinin tipik bir örneği olarak nitelendirmiştir⁸⁰. Bunun sonucu olarak Avrupa Birliği üyesi ülkelerde çalışma ve oturma izni alan üçüncü ülke vatandaşları ile ülkeye yasal yollar dışında girenler arasında bir ayrıma gidilmiştir.

⁷⁵ Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996, para. 42.

⁷⁶ Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2012), s. 698-201, özellikle 699.

⁷⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gaygusuz kararında bu yaklaşımını somut bir biçimde ortaya koymuştur. Bu yönde bkz. ARNARDOTTIR, Oddny Mjöll; **Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights**, Kluwer Law International, Lahey, 2003, s. 150.

⁷⁸ Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996, para. 50.

⁷⁹ DEMBOUR, (2012), s. 698-701, özellikle 699.

⁸⁰ Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996, Partially Dissenting Opinion Of Judge Matscher.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Gaygusuz kararından sonraki kararlarında; 2011 yılında verdiği Bah v. Birleşik Krallık kararına dek, Gaygusuz kararında verilen karardan çok farklı değerlendirmelere rastlamak mümkün görünmemektedir⁸¹. Nitekim Gaygusuz kararının üzerinden yedi yıl geçmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Koua Poirrez v. Fransa davasında Gaygusuz davasında benimsediği yaklaşımı tekrar etmiştir⁸². Buna göre aslen Fildişi Sahilleri vatandaşı olup, bir Fransız vatandaşı tarafından evlat edinilen Koua Poirrez, engelli olmasına karşılık Fransız vatandaşı olmadığı gerekçesiyle engelli ödeneği alamamış, bunun üzerine iç hukuk yollarını tüketmesinin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, söz konusu başvuru üzerine verdiği kararında Fransız Hükümeti'nin Koua Poirrez'in istediği takdirde Fransız vatandaşı olmak suretiyle engelli ödeneğine hak kazanacağı doğrultusundaki savunmasını kabul etmemiş ve Gaygusuz kararında öne sürdüğü gerekçelerle Fransız Hükümeti'ni mahkum etmiştir⁸³. Bunun ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen vatandaşlık temelli ayrımcılık davalarında özellikle sosyal güvenlik pozisyonları konusunda Gaygusuz kararının açtığı yoldan ilerlemiştir⁸⁴. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin söz konusu kararlarında Avrupa Birliği üyesi ülke vatandaşları ile aralarında ayırım yapılan üçüncü ülke vatandaşlarının Avrupa Birliği üyesi ülkelere yasal yollardan giren göçmenler olduğunu ifade etmek gerekir. Nitekim Gaygusuz davasında da davacının söz konusu statüde olması; tüm bu davalar açısından Gaygusuz kararında çizilen yolun izlenmesini kolaylaştırmıştır. Buna karşın insan haklarının evrenselliği doktrini açısından oldukça sıkıntılı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları, özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelere yasal yollardan girmemiş olan, ancak kanunda öngörülen şartları yerine getiren göçmenler hakkında verilmiş olan kararlardır. Bu noktada da özellikle 2011 tarihindeki Ponomaryovi v. Bulgaristan ile Bah v. Birleşik Krallık davalarının incelenmesi ve söz konusu davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadının doğru bir biçimde yorumlanması gerekmektedir.

Ponomaryovi v. Bulgaristan davasında, annesi bir Bulgar vatandaşı ile evlenen ve Bulgaristan'da bir süre yasal göçmen statüsünde bulunduktan

81 Bu yönde bkz. DEMBOUR, (2012), s. 709, 714.

82 DEMBOUR, (2012), s. 705.

83 Mahkemenin kullandığı gerekçeler için bkz. **Koua Poirrez v. Fransa, Başvuru No: 40892/98, 30.09.2003**, para.37, ayrıca 46-49, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61317#{"itemid":\["001-61317"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61317#{), Erişim Tarihi: 12.07. 2014.

84 Bu kararların ayrıntılı incelemesi için bkz. DEMBOUR, (2012), s. 705-710.

sonra bu statüsü sona eren bir Rus vatandaşının; annesinin evliliğine istinaden Bulgaristan'da kalıcı oturma izni istemesi üzerine kendisinden istenen 1300 Levi tutarındaki meblağı ödeyememesi ve bu sebeple eğitim gördüğü Bulgar okulu tarafından 800 Euro para cezasına çarptırılması söz konusudur⁸⁵. Bunun üzerine konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmış ve Mahkeme, davacının eğitim hakkından yararlanmada ayrımcılığa uğradığı gerekçesiyle Bulgaristan'ı mahkum etmiştir⁸⁶. Buna karşın Mahkeme, söz konusu kararında Gaygusuz davasındaki içtihadından farklı olarak Avrupa Birliği üyesi ülkelerin takdir yetkilerini kullanarak yasal statüde bulunmayan göçmenler bakımından makul ve objektif sebeplere dayanmak kaydıyla istisnai düzenlemeler yapabileceğini belirtmiştir⁸⁷. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu kararında Gaygusuz davasında attığı adımın esasen ülkede yasal statüde bulunan üçüncü ülke vatandaşları için söz konusu olabileceğini, yasal statüde bulunmayan göçmenler açısından bunun mümkün olmayacağı yönünde görüş bildirmiş olmaktadır. Nitekim Mahkeme'nin Haziran 2011'de verdiği bu kararı, Eylül 2011 tarihinde de bu konuda net açıklamalar getiren Bah v. Birleşik Krallık kararı izlemiştir.

Bah v. Birleşik Krallık davasında, ülkeye 2000 yılında gelen ve iltica talebi kabul edilmeyen Sierra Leone'li bir kadın ve onun ülkeye 2007 yılında getirttiği küçük çocuğunun, ülkede kalma ruhsatını, kamu fonlarını talep edememe koşulu ile elde etmesi söz konusudur. Ancak davacı, kiracı olarak kaldığı evin sahibi tarafından evden çıkarılmış, bunun üzerine başvuru, Southwark'ta faaliyet gösteren ve evsizlerin ev bulması amacıyla oluşturulmuş bir fona müracaat etmiş, buna karşılık aynı durumdaki bir Birleşik Krallık vatandaşının bu yöndeki talebinin kabul görmesi gerekirken başvurunun müracaatı yerel makamlar tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine konu da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmiştir⁸⁸.

Mahkeme, kararında başvurunun çocuğunu ülkeye getirmesinin ön koşulu olarak, başvurunun herhangi bir kamu fonu üzerinde hak talep etme koşulunu kabul ettiği gerekçesiyle başvurucuyu haklı bulmamış, dolayısıyla

85 DEMBOUR, (2012), s. 711.

86 **Ponomaryovi v. Bulgaristan, Başvuru No: 5335/05, 21.06.2011**, para. 49-53, özellikle 50, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105295#{\"itemid\":\[\"001-105295\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105295#{\), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

87 **Ponomaryovi v. Bulgaristan, Başvuru No: 5335/05, 21.06.2011**, para. 54.

88 DEMBOUR, (2012), s. 713.

sıyla başvuru yapılan muamelenin ayrımcılık yasağı ile ters düşmesinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir⁸⁹.

Görüldüğü üzere Bah kararıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, açıklanması gerçekten zor bir yola girerek Avrupa Birliği üyesi ülkelere yasal bir biçimde giriş yapmayan üçüncü ülke vatandaşları ile ülkeye yasal giriş yapan üçüncü ülke vatandaşları arasında bir ayrıma gitmiştir. İşte Gaygusuz davası her ne kadar öncü bir dava olsa da kendisinden beklenen işlevi yerine getiremiyor olmasının temel sebebi de budur. Nitekim Mahkeme, Gaygusuz davasında vermiş olduğu kararın dayandığı temel prensiplerden geri adım atmış gibi görünmektedir⁹⁰. Bu doğrultuda söylenebilecek olan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle Avrupa Birliği üyesi ülkelerde göçmen sorununu, belirtilen tercihler doğrultusunda olumlu ya da olumsuz bir biçimde şekillendirmeye aday olduğudur.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16 Eylül 1996'da Gaygusuz kararını verdikten hemen sonra, söz konusu kararın uyandırdığı geniş yankılar, kararın hukuki mahiyeti ve geleceği hakkında uluslararası bir literatürün oluşumunu beraberinde getirmiştir. Bu doğrultuda literatür, Gaygusuz kararının iki veçhesiyle oldukça ilgi çekici ve umut verici nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Bunlardan birincisi, Mahkemenin mülkiyet hakkını sosyal güvenlik haklarını da içine alacak şekilde genişletici bir biçimde yorumlaması, ikincisi ise çok daha çetrefil bir sorun olan Avrupa'daki göçmenlere uygulanan ayrımcılığın Mahkeme tarafından cezalandırılmasıdır. Gaygusuz kararının her iki yönüyle, yayımlanmasından itibaren belirtilen konularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını belirleyici bir niteliğe sahip olması beklenmiştir. Dolayısıyla bu noktada kararın her iki yönüyle kendisinden beklenen işlevi görüp göremediğinin doğru bir tespiti yapılmalıdır.

Gaygusuz kararı, önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre prim esasına dayanan sosyal güvenlik haklarına ilişkin olarak görülmüştür. Buna karşın karar, daha önce de belirtildiği gibi içerdiği "*bu maddenin (P1-1) uygulanabilir olmasıyla başvuru kişinin vergi veya bir diğer katkı ödeme yükümlülüğü arasında zorunlu bir bağ yoktur*" cümlesiyle mülkiyet hakkının kapsamında yepyeni bir sınır çizmiş, böylece mülkiyet hakkının sınırlarını

⁸⁹ **Bah v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 56328/07, 27.09.2011.** para. 50, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106448#{"itemid":\["001-106448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106448#{), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

⁹⁰ DEMBOUR, (2012), s. 715.

genişletmeyi başarabilmiştir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sosyal güvenlik hakları ile mülkiyet hakkı arasındaki ilişki bağlamında Gaygusuz kararının açtığı yolu takip etmiş ve önce 2002 yılındaki Willis ve nihayet 2005 yılındaki Stec kararıyla tüm sosyal güvenlik haklarını -prim esasına dayansın veya dayanmasın- mülkiyet hakkı kapsamında gördüğünü açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla Gaygusuz kararı, birinci veçhesiyle kendisinden beklenen etkiyi yaratmıştır.

Gaygusuz kararının kendisinden beklenen etkinin ikinci veçhesi, kararın ayrımcılık yasağına ilişkin kısmının Avrupa'nın önemli ve yakıcı bir sorunu olan göçmen sorununun çözümünde oynamaya aday olduğu hukuki role ilişkindir. Bu noktada kararın, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin, Avrupa Birliği dışındaki üçüncü ülke vatandaşlarının sosyal güvenlik hakları konusunda herhangi bir ayrımcılığa gitmesini engelleyebilecek bir işlev görmesi umut edilmiştir. Aslında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Gaygusuz kararının verildiği tarihi takip eden tarihlerde kararda belirtilen esaslar doğrultusunda içtihat geliştirmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, yasal yollardan Avrupa Birliği üyesi ülkelere giren üçüncü ülke vatandaşlarının sosyal güvenlik hakları bağlamında herhangi bir ayrımcılığa tabi tutulmasını kabul etmemiş, özellikle vatandaşlık temelinde yapılan ayrımları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine aykırı bularak, bu ayrımı yapan devletleri mahkum etmiştir. Ancak Avrupa'da en az hukuki olduğu kadar siyasi bir sorunu da ifade eden yasadışı göçmenler açısından Mahkeme'nin aynı yönde bir tutum geliştirdiğini söylemek mümkün değildir. Mahkeme, yasal yollardan ülkelere giriş yapan göçmenlerin sosyal güvenlik haklarının kullanımında ayrımcılığa tabi tutulmasını kesinlikle kabul etmemektedir. Buna karşılık Mahkeme, özellikle 2011 yılında verdiği kararlarla yasadışı yollardan ülkeye giren göçmenlerin söz konusu haklardan yararlanmaları hususunda engelleyici bir içtihat benimsemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin taraf devletler açısından sorun yaratabilecek bir aktivist tavır içerisine girmemesinin temel sebebi, Mahkeme'nin taraf devletlerin Sözleşme'ye sırtlarını dönmelerinden duyduğu endişedir. Bu sebeple Mahkeme, özellikle Avrupa Birliği'ne üye ülkelerdeki yasadışı göçmenlerin sosyal güvenlik haklarından yararlanmaları bakımından farklı esaslar benimsenmesinin makul ve objektif nedenlere dayanan bir ayırım olduğu sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla Gaygusuz kararı, mülkiyet hakkının genişletilmesi bağlamında kendisinden bekleneni vererek yepyeni bir içtihadın kapısını açmıştır. Ancak karar, ayrımcılık yasağının yorumlanmasında kendisinden beklenen işlevi görmeyi başaramamış, kararın etkisinin Avrupa Birliği üyesi ülkelerde ikamet etmekte ve çalışmakta olan göçmen kesimin eşitlik taleplerini karşılama potansiyeli oldukça sınırlı kalmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin eleştirilebilir olduğu nokta da tam burasıdır. Nitekim insanın sadece insan olduğu için sahip olduğu haklar olarak ifade edilen insan haklarının en önemlilerinden biri olan eşitlik ilkesinin Mahkeme tarafından yaratılan bu sun'i ayrıma tabi kılınmasının insan haklarının evrenselliği doktrini açısından kabul edilebilirliği oldukça tartışmalıdır.

KAYNAKÇA**Kitap ve Makaleler**

ALLEN, Tom; “The Autonomous Meaning of “*Possessions*” under the ECHR”, Modern Studies in Property Law içinde, (ed: Elizabeth Cooke), Cilt: 2, Hart Publishing, Portland, 2003, s. 55-78.

ANAYURT, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

ARNARDOTTIR, Oddny Mjöll; Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, Lahey, 2003.

BOUCKAERT, Steven; D’HONDT, Sarah; “The Growing Impact of Human Rights Standards on the Socio-Economic Status of Undocumented Migrants in Belgium: A Few Illustrations”, Social, Economic And Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments içinde (eds. Peter van der AUEWERAERT, Tom DE PELSMAEKER, Jeremy SARKIN, Johan Vande LANOTTE), Maklu, Antwerpen, 2002, s. 289-314.

BOYAR, Oya; “Mülkiyet Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme içinde, (ed: Sibel İNCEOĞLU), Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s.495-532.

ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 3-4, 2007, s. 295-314.

DEMBOUR, Marie-Benedicte; “*Gaygusuz* Revisited: The Limits of the European Court of Human Rights’ Equality Agenda”, Human Rights Law Review, Oxford Journals, Cilt: 12, Sayı: 4, 2012, s. 689-721.

DEMBOUR, Marie-Benedicte; When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint, Oxford University Press, Oxford, 2015.

DİNÇ, Güney; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, TBB Dergisi, sayı 51, 2004.

ETGÜ, Mehmet Akif; Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

GEDİK, Ömer; Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2013.

GEMALMAZ, Burak; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 377.

GRGİC, Aida; v.d., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları Numara 10, Belçika, 2007.

GÜL, İdil Işıl, KARAN, Ulaş; Ayrımcılık Yasağı (ed.: YEŞİLADALI, Burcu, AYATA, Gökçiçek), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2011.

KALABALIK, Halil; İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

KAPUY, Klaus; "Social Security and the European Convention on Human Rights: How An Odd Couple Has Become Presentable", European Journal of Social Security, Cilt: 9, Sayı: 3, 2007, s. 221-241.

KOCH, Ida Elizabeth; "A Right to Social Case Benefits under the European Convention on Human Rights?", The Paper Presented to The Danish Institute for Human Rights, Tarihsiz, <http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop13/Koch.pdf>, Erişim Tarihi: 10.06.2015.

KOÇAK, Mustafa; Çok Kültürlülük Açısından Dil Hakları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.

KORKUT, Levent; Ayrımcılık Karşıtı Hukuk, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Birinci Baskı, Ankara, Şubat, 2009.

METİN, Yüksel, Anayasanın Yorumlanması, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.

ODER, Bertil Emrah; Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

ÖZDEK, Yasemin; Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayın, Birinci Baskı, Mart 2004.

PENNINGS, Frans; "The Potential Consequences of Gaygusuz Judgment", European Journal of Social Security, Cilt: 1, Sayı: 2, 1999, s. 181-202.

SARI, H. Gürbüz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması, İstanbul, Beta, Nisan 2006.

SCHOUKENS, Paul; "The Right to Acces Health Care: Health Care According to International and European Social Security Law Instruments", International Health Law: Solidarity and Justice in Health Care içinde (ed: A. P. Den EXTER), Maklu, Apeldoorn-Antwerpen, 2008, s. 17-49.

VONK, G., J.; "Social Security and Property: Gaygusuz and After", University of Groningen, 2012, https://www.rug.nl/research/portal/files/14631853/2000_Social_security_and_property.pdf. Erişim Tarihi: 10.06.2015.

YILMAZ, Mehmet Şerif; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2010.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Airey v. İrlanda, 09. 09. 1979, Başvuru No: 6289/73, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420# {"item-id":\["001-57420"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57420# {), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Bah v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 56328/07, 27.09.2011, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106448# {"item-id":\["001-106448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106448# {), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Camp ve Bourimi v. Hollanda, Başvuru No. 28369/95, 03.10.2000, http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscase sand-materials/cases/regionalcases/european_courtofhumanrights/nr/468, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru No, 17371/90, 16.09.1996, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060# {"item-id":\["001-58060"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58060# {), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Koua Poirrez v. Fransa, Başvuru No: 40892/98, 30.09.2003, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61317# {"item-id":\["001-61317"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61317# {), Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Öneryıldız v. Türkiye, Başvuru No. 48939/99, 30.11.2004, para. 89-90, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/48939-99.pdf>, Erişim Tarihi: 13.06.2015.

Ponomaryovi v. Bulgaristan, Başvuru No: 5335/05, 21.06.2011, [http:// hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105295#](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105295#) {"itemid":["001-105295"]}, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Kabul edilebilirlik kararı; 6 Temmuz 2005, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70087#> {"itemid":["001-70087"]}, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Stec ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006, para. 48, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-73198#> {"itemid":["001-73198"]}, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Stigson v. İsveç, Başvuru No: 12264/86, Kabul edilebilirlik kararı 13 Temmuz 1988.

Ünal Tekeli v. Türkiye, Başvuru No: 29865/96, 16.11.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67482#> {"itemid":["001-67482"]}, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Van der Musselle v. Belçika, Başvuru No. 8919/80, 23. 11. 1983, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57591#> {"itemid":["001-57591"]}, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Willis v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36042/97, 11.06.2002, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60499#> {"itemid":["001-60499"]}, Erişim Tarihi: 12.07.2014.

Özel Hukuk

TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA İŞLETME ADI VE İŞLETME ADININ KORUNMASI

*Yrd. Doç. Dr. Seda Ş. GÜNGÖR**

I. Giriş

İnsanların ihtiyaçlarını doğrudan veya dolaylı olarak karşılamak amacı ile işletilen iktisadi birim ya da organizasyon olarak tanımlanan¹ işletmeler, ticaret hayatının önemli unsurlarından birini oluştururlar. Özellikle hizmet sektöründe faaliyet gösteren işletmelere diğer işletmelerden ayırt edilmeleri ve tanınmışlıklarını arttırmak amacıyla, işletenleri tarafından bir işletme adı koyulduğu görülmektedir.

Ticaret hayatında, işletmeye konulan adların genellikle ayrı bir kavram şeklinde değerlendirilmeyip, ticaret yapılırken kullanılan ad olan ticaret unvanı olarak algılandığı tespit edilmiştir. İşletme adı, marka ile de sıklıkla karışıklığa yol açacak şekilde kullanılmaktadır.

Anglo - Sakson hukuk sistemi incelendiğinde “işletme adı” olarak kullanılan, sadece işletmeye özgülenmiş bir kavram ve buna ilişkin yasal düzenleme tespit edilememiştir². Türk Ticaret Kanunu’nun mehzaz Kanunu olan 2007 tarihli Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch) içerisinde işletme adını düzenleyen bir maddeye rastlanılmamış olup, İsviçre Borçlar Kanunu (Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code, Part Five: The Code of Obligations) da işletme adına ilişkin bir madde içermemektedir.

Ticari işletme esasına dayalı modern sistemin³ kabul edildiği 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, işletmeler için isim seçilmesine ve seçilen ismin işlet-

* Namık Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **KOÇEL, Tamer;** İşletme Yöneticiliği, İstanbul 2014, s. 76.

² Amerikan Hukukunda “business name” ya da “company name” olarak kullanılan kavramların, ticaret unvanını olarak hem işletme hem de işletmeyi işleten şirketin adını ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir.

³ Ticaret hukukunun düzenlenmesinde sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKAN, Sabih;** Ticari İşletme Hukuku, Ondokuzuncu Baskı, Ankara 2014, s. 3-5.

meye özgülmesine imkân tanımıştır. TTK'nın 53. maddesinde yer alan, işletme adına ilişkin yapılmış olan düzenlemeye göre, işletme sahibi, işletmesi için bir ad seçip kullanmak zorunda olmamasına rağmen, işletme sahibinin işletmesi için bir ad seçip kullanmaya başlaması halinde, Kanunun işletme adını düzenlemek için öngördüğü düzenlemeler uygulanacaktır (TTK 53, 38, 45, 47, 50, 51,52).

II. İşletme Adı

A. İşletme Adının Niteliği ve Tanımı

İşletme adı, işletme ile işletmeyi işleten kişi (tacir ya da esnaf) arasında bir ilgi kurma amacı taşımadan⁴, müşterilerin işletmeyi tanımasına ve diğerlerinden ayırt etmesine yarayan, işletmenin malvarlığına dâhil bir unsurdur (TTK 11/3 bkz. ve karşı. TTK 39, 40).

Bir ticari isim olan⁵ işletme adı, ticaret unvanı, marka, coğrafi işaretler⁶ gibi ayırt edici bir fonksiyon ifa eder⁷; ancak buradaki ayırt edicilik işletmeye yöneliktir. İşletme sahibi, işletme adı seçip kullanmakla işletmesini ferdileştirip⁸, halka işletme adı altında tanıtarak, işletmesine yönelik talep sağlamaya çalışır⁹.

⁴ **DOMANIÇ, Hayri**; Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988, s. 236.

⁵ **KAYIHAN, Şaban/ YASAN, Mustafa**; Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 139.

⁶ Marka, mal ve hizmeti şahsileştirerek bunların diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlar; coğrafi işaretler ise, belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibarıyla kökeninin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünün diğerlerinden ayırt edilmesini sağlarlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahir/ NAL, Temel**; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Baskı, Ankara 2011, s. 153, 307.

⁷ **POROY, Reha**; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1983, s. 210. Yazar burada ayırt ediciliğin iki fonksiyonu olduğunu ifade etmektedir. Bunlardan ilki belirli bir müşteri kitlesinin işletmeye bağlanmasını sağlamaktır. Diğeri ise, müşterilere tercih ettikleri işletmeyi seçme imkânı tanımaktır. Bu sayede hem işletme sahibinin hem de müşterilerin menfaatleri korunmuş olur.

⁸ **KARAYALÇIN, Yaşar**; Ticaret Hukuku, C. I: Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 397; **AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin**; Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012, s. 223.

⁹ **ARSLANLI, Halil**; H. Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), İstanbul 1960, s. 78. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında “İşletme adı, sadece işletmeyi hedef alır. İşletme adı, işletmeyi diğerlerinden ayırır.” (Y. 11. HD. 10.04.2006 - E.3967/K.3863) şeklinde hüküm vermiştir, bkz. **ERİŞ, Gönen**; Açıklamalı İçtihatlı

İşletme adı olarak verilebilecek en tanınmış örnekler şunlardır: Divan Oteli, Kanaat Lokantası, Pelit Pastanesi, Şifa Eczanesi, Site Sineması, Bafra Pide Salonu.

İşletme adı birçok bakımdan ticaret unvanına benzer. Tacir ile işletme arasında ilişki kuran unsur olan ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesini ilgilendiren işlerde imzası ile birlikte kullandığı addır (TTK 39).

Ticaret unvanı tek başına maddi ve manevi bir değer taşımadığı halde ticari işletmenin itibarı ile doğru orantılı olarak iktisadi bir değere sahiptir. İşletme adı da, ticaret unvanı gibi işletmenin maddi olmayan unsurları içine girer. Doktrinde işletme adının, ticaret unvanı gibi, iktisadi değer taşıdığı ve devredilebilen bir malvarlığı hakkı olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Ticaret unvanında olduğu gibi, iktisadi bir değer taşıyan işletme adı iflas masasına girmelidir¹¹.

Ticaret unvanı kullanmak tacirler için bir zorunluluktur; ancak işletme sahibi tacir olsun veya olmasın işletmesini diğer işletmelerden ayırt etmek için işletme adı kullanmaya mecbur tutulamaz¹². Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilir, esnafların ticaret unvanı kullanmaları söz konusu değildir.

Ticaret unvanı kullanımından farklı olarak, TTK'nın 15. maddesinde işletme adını düzenleyen 53. maddeye atıf yapılmış olması sebebiyle, esnaflar da tacirler gibi, işletmeleri için işletme adı seçip kullanabilirler¹³. Esnafın işletme adı seçip kullanması halinde, işletme adının oluşturulması, tescili, devri, korunması ve kullanılması ile ilgili tacirler için geçerli olan düzenle-

6335-6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1271.

¹⁰ **EREM, Turgut S.**; Ticaret Hukuku Prensipleri (Cilt I Ticari İşletme), İstanbul 1980, s. 162; **POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi**; Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012, s. 386; **AYHAN, Rıza**; Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir-Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet, Sempozyum Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4 (2012), s. 46.

¹¹ **POROY**, s. 224.

¹² **TEOMAN, Ömer**; Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar, Kitap 5: 1992-1993), İstanbul 2000, s. 40; **ERİŞ**, s. 1269.

¹³ **ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün**; Ticari İşletme Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 2009, s. 336-337.

meler ve bu düzenlemeler sonucu doğacak hak ve sorumluluklar esnaflar için de geçerli olacaktır¹⁴.

Türk Ticaret Kanunu, işletme adına ilişkin bir tanım maddesi içermektedir. İşletme adına ilişkin Kanunda yer alan tek madde olan 53. madde “İşletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adların da sahipleri tarafından tescil ettirilmesi gerekir” düzenlenmesini getirmiştir.

Söz konusu madde işletme adını tanımlamamakla birlikte işletme adının niteliğini ortaya koymaktadır. Maddenin ikinci cümlesinde ticaret unvanına ilişkin hangi düzenlemelerin işletme adına da uygulanacağı ilgili maddelere atıf yapılarak belirlenmiştir.

Kanaatimizce, Kanunda yer alan düzenlemelerden yola çıkılarak işletme adı için şu tanım yapılabilir: İşletme adı, tacir ya da esnaf işletmesi farkı gözetilmeksizin, işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmeye yarayan, kullanılması zorunlu olmayıp, kullanılması halinde tescil edilmesi zorunlu olan, işletmenin malvarlığına dâhil bir unsurdur.

B. İşletme Adının Kullanılması

1. İşletme Adının Oluşturulması

TTK, gerçek ve tüzel kişi tacirlerin ticaret unvanlarının ne şekilde oluşturulacağını emredici düzenlemelerle belirlemiştir (TTK 41, 42, 43, 44). Türk Ticaret Hukuku sistemine göre ticaret unvanları karma esasa uygun olarak gerçeklik ilkesine göre oluşturulacak çekirdek kısım ile çekirdek kısma yapılacak zorunlu ya da isteğe bağlı eklerden oluşturulmak zorundadır¹⁵.

TTK, ticaret unvanından farklı olarak işletme adının içerik ve şeklinin nasıl oluşturulması gerektiğine ilişkin bir düzenleme içermemektedir (TTK 53). İşletme adının sadece işletmeyi tanıtmak amacıyla hizmet etmesi ve işletmelerin hukuki niteliklerinin tacirlerde olduğu gibi farklılık göstermemesi sebeplerinden dolayı işletme adının şekline ilişkin emredici düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç duyulmadığı ve gerek olmadığı görülmektedir.

¹⁴ KAYAR, İsmail; Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2013, s. 233.

¹⁵ Ticaret unvanlarının oluşturulmasında tarihi gelişim ve belli başlı sistemler için bkz. ARKAN, s. 257-258; POROY/YASAMAN, s. 392-393.

POROY, işletme adı oluşturulurken serbestlik ilkesinin geçerli olduğunu ifade etmiştir¹⁶. Doktrinde işletme adının belirlenmesi hususunda serbestlik ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmesine rağmen bu serbestliğin sınırları bulunmaktadır. İşletme için belirlenen ad kamu düzeni ile ahlaka aykırı olmamalı, başkasının hakkını ihlal edici nitelik taşımamalı ve diğer işletme adları ile karışıklık yaratmamalıdır (TTK 53, 32/3)¹⁷.

İşletme adı üçüncü kişileri aldatıcı nitelikte oluşturulmamalıdır. İşletme adının üçüncü kişileri aldatıcı nitelik taşıyacak şekilde belirlenmesi halinde haksız rekabet durumunun ortaya çıkması söz konusu olabilir (TTK 55/a/3)¹⁸.

MOROĞLU, özellikle son yıllarda ticaret unvanları ile işletme adlarının yabancı sözcüklerle oluşturulması eğiliminin arttığını belirterek belli istisnalar saklı kalmak kaydıyla ticaret unvanları ile işletme adlarının yabancı sözcüklerden oluşturulamayacağı hükmüne 6102 sayılı yeni TTK'da yer verilmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu ifade etmiştir¹⁹.

İşletme adı genellikle işletme sahibini belirtmeden oluşturulur; ancak bazen işletme adı, işletme sahibinin ad ve/veya soyadından da oluşabilir (Örneğin Süreyya Lokantası)²⁰.

DOMANIÇ'e göre ticari işletme işleten derneklerin unvanlarında işlettikleri işletmelerin belirtilmesi mümkündür (Örneğin Galatasaray Spor Kulübü Stadyum İşletmesi)²¹.

¹⁶ **POROY**, s. 225; aynı yönde görüş için bkz. **EREM**, s. 167; **ARKAN**, s. 270; **BOZER, Ali/ GÖLE, Celal**; Ticari İşletme Hukuku, İkinci Bası, Ankara 2013, s. 137; **ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 337; **BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan**; Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2012, s. 180; **BAHTİYAR, Mehmet**; Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2013, s. 119; **KAYAR**, s. 231.

¹⁷ **ERİS**, s. 1270; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 223; **ASLAN, İ. Yılmaz**; Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa 2012, s. 61; **ÇEKER, Mustafa**; Ticaret Hukuku Genel Esaslar, Adana 2014, s. 93; **KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 393. Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin konuyla ilgili 27. maddesine göre "Sicile yapılacak tescillerin, gerçeği tam olarak yansıtması, üçüncü kişilerde yanlış izlenim yaratacak nitelik taşımaması ve kamu düzenine aykırılık oluşturmaması gerekir".

¹⁸ **POROY/YASAMAN**, s. 408.

¹⁹ **MOROĞLU, Erdoğan**; Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları (Değerlendirme ve Öneriler), 6. Baskı, İstanbul 2009, s. 54.

²⁰ **POROY**, s. 211.

²¹ **DOMANIÇ**, s. 231.

İşletme adı ticari işletmeyi benzer işletmelerden ayırt etmeye yarayan bir ad olduğu için işletme konuları farklı olan işletmeler aynı adı kullanabilirler. İşletme adının ticaret unvanının eki olarak da ticaret siciline tescil edilmesi mümkündür²².

TTK'nın 53. maddesinin 2. cümlesinde yer alan atıf nedeniyle ticaret unvanlarına yapılacak eklere ilişkin getirilen düzenlemeler işletme adları için de uygulama alanı bulacaktır (TTK 45; ayrıca bkz. TSY 46). Söz konusu düzenlemeler uyarınca bir işletme adına Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir işletme adından ayırt edilmesi için gerekli olduğu takdirde, ek yapılması zorunludur (TTK 45).

HELVACI, bir işletme adının daha önce başkası adına tescil edilmiş diğer bir işletme adı ile ayırt edilmesi için ek yapılması durumu ortaya çıktığında, ek yapılarak tescilin sadece zorunluluk halinde mümkün olduğunu, böyle bir zorunluluğun bulunmadığı durumlarda mevcut tescilin işletme adı bakımından bir tescil engeli oluşturacağını ifade etmiştir²³.

Ticaret unvanına yapılacak eklerin ne şekilde oluşturulacağına ilişkin kurallar getiren TTK'nın 46. maddesine işletme adı için atıf yapılmamıştır (TTK 53). Doktrinde işletme adına uygulanmak üzere ilgili hükme atıf yapılmaması eksiklik olarak nitelendirilmiştir²⁴.

Kanaatimizce, her ne kadar ilgili maddeye atıf yapılmamış dahi olsa tacirin ya da esnafın işletmesi için bir ad seçip kullanırken ek yapma mecburiyeti doğarsa ya da ek yapmaya karar verilirse, ticaret unvanlarına yapılacak eklere ilişkin kuralların işletme adlarına yapılacak ekler açısından da geçerli olacağını söylemek, TTK'nın 45. maddesi ile 46. maddesinin konuyla ilgili düzenleme açısından bütünlük teşkil etmesi sebebiyle, mümkündür²⁵.

İşletme adına yapılacak ekler tacirin kimliği, işletmesinin genişliği, önemi ve finansal durumu hakkında, üçüncü kişilerde yanlış bir görüşün

²² **TEOMAN**, s. 41. Yazar, bu durumda işletme adına gerçekleştirilecek ihlalin ticaret unvanının korunmasına ilişkin hükümler uyarınca giderileceğini ifade etmiştir.

²³ **ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 337.

²⁴ **NOMER ERTAN, Füsün**; Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 87.

²⁵ Doktrinde TTK'nın 53. maddesinde doğrudan atıf bulunmamasına rağmen, 51. maddeye yapılan atıf dolayısıyla 46. madde hükümlerinin işletme adı açısından da uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir, bkz. **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 224; **KAYAR**, s. 231, dn. 177.

oluşmasına sebep olacak nitelikte bulunmamak, gerçeğe ve kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla işletmenin özelliklerini belirten veya varsa ticaret unvanında yer alan kişilerin kimliklerini gösteren ya da hayalî adlardan oluşturulabilir (TTK 46/1). Tek başlarına ticaret yapan gerçek kişilerin şirketlerinin olduğu izlenimini yaratmamaları gerekir (TTK 46/2). İşletme adına “Türk”, “Türkiye”, “Cumhuriyet” ve “Millî” kelimeleri eklenmek isteniyorsa bu ancak Bakanlar Kurulu kararıyla gerçekleştirilebilir (TTK 46/3).

TTK'nun, “*Ticaret unvanının devamı*” kenar başlıklı 47. maddesi, 53. maddede yer alan atıf nedeniyle, işletme adı için de uygulanacaktır. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre ticari işletme sahibinin veya bir ortağın ticaret unvanında yer alan adı kanunen değişir veya yetkili makamlar tarafından değiştirilirse unvan olduğu gibi kalabilir. Atıf yapılan 47. maddenin işletme adına ne şekilde uygulanması gerektiği incelendiğinde, kanaatimizce, işletme sahibinin isminin işletme adında yer alması halinde isminde meydana gelecek değişiklikten işletme adının etkilenmeyeceği sonucuna varılmalıdır²⁶.

2. İşletme Adının Tescili ve Tescilin Sonuçları

İşletme adının tescili mecburiyeti, adın kullanılması ile doğar (TTK 53, TSY 46). İşletme sahibinin, işletmesi için bir ad seçmesi halinde, seçtiği adı tescil ve ilan ettirmeden önce kullanmaya başlaması mümkündür. Ticaret unvanı için olduğu gibi, buradaki tescil kurucu değil, açıklayıcı nitelik taşımaktadır²⁷. Kanaatimizce, Kanun tarafından işletme sahiplerine işletme adı kullanma yükümlülüğü yüklenmediği için işletme adı için getirilmiş olan tescil ve ilan yükümlülüğü ihtiyari kullanıma bağlı olarak ortaya çıkacak bir yükümlülüğün yaptırımını olarak nitelendirilebilir.

²⁶ Maddenin 2. fıkrası şu hükmü içermektedir: “*Kollektif veya komandit şirkete ya da donatma iştirakine yeni ortakların girmesi hâlinde ticaret unvanı değiştirilmeksizin olduğu gibi kalabilir. Bu şirketlerden birinin ticaret unvanına adı dâhil olan bir ortağın ölümü üzerine mirasçıları onun yerine geçerek şirketin devamını kabul eder veya şirkete girmemekle beraber bu hususta izinlerini yazılı şekilde bildirirlerse şirket unvanı olduğu gibi bırakılabilir. Şirketten ayrılan ortağın adı da yazılı izni alınmak şartıyla şirket unvanında kalabilir*”. Söz konusu hüküm kollektif ve komandit şirketlerin ticaret unvanlarının devamına ilişkindir. İsmi işletme adında kullanılan işletme sahibinin ölümü ya da işletmeyi devretmesi hallerinde söz konusu hükümden yola çıkılarak işletme adının da mirasçılardan onay alınmak suretiyle değiştirilmeden işletme adı olarak aynen kalacağı söylenebilir.

²⁷ İMREGÜN, Oğuz; Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler- Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), Onüçüncü Bası, İstanbul 2005, s. 77; AYHAN, s. 46.

İşletme adının tescilini isteme süresi onbeş gün olup, bu süre, tescili gerekli işlem olan işletme adının seçilip kullanılmaya başlandığı tarihten itibaren başlayacaktır. Ticaret sicili müdürlüğünün yetki çevresi dışında oturanlar için ise bu süre bir aydır (TTK 30, TSY 33). İşletme adı kullanılmaya başlandıktan sonra tescilin yapılmaması halinde, buna ilişkin Kanunda öngörülen müeyyide uygulanacaktır (TTK 38, TSY 36)²⁸.

TTK'nın 35. maddesinin 3. fıkrası uyarınca tescil edilen hususlar, Kanun veya Yönetmelikte²⁹ aksine bir hüküm bulunmadıkça, ilan olunur. İlgili düzenlemelerde işletme adının tescili halinde ilanının yapılmaması gerektiği şeklinde bir düzenleme yer almadığı için tescil edilen işletme adlarının ilan edilmesi zorunludur.

Esnaflar da işletmeleri için bir işletme adı seçip kullanırlarsa tescil yükümlülüğü altına girerler. Bu yükümlülük TTK'nın 15. maddesinde esnafa uygulanacak hükümler arasında işletme adını düzenleyen 53. maddeye de yer verilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Esnaflar işletme adı seçip kullanırlarsa, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun³⁰ ilgili maddeleri (67, 68, 69, 70, 75) ile Esnaf ve Sanatkarlar Sicili Yönetmeliği'nin 10. maddesinde yer alan düzenlemeler uyarınca, seçim ve kullanmayı takip eden otuz gün içinde, işletme adını Esnaf ve Sanatkarlar Siciline tescil ettirmek zorundadırlar³¹.

Tescil ve ilan edilmiş olan bir işletme adını sadece sahibi kullanabilir. **EREM'e** göre tescil edilmiş bir işletme adı üzerinde sahibinin mülkiyet hakkı vardır³². İşletme adını tescil ettiren kişi, tacir ya da esnaf gerçek ya da tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın, tüm Türkiye kapsamında işletme adı üzerinde tekel hakkına sahip olur³³. İşletme sona erince işletme adını kullanma hakkı da sona erecek ve sicildeki kaydın terkin edilmesi gerekecektir.

28 **BERZEK, Ayşe Nur**; Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, İstanbul 2013, s. 80.

29 TSY'nin 41. maddesinde TTK'nın 35. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun olarak "Tescil edilen olgular, Kanunda veya bu Yönetmelikte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilan olunur" hükmü yer almaktadır.

30 RG 21.06.2005, 25852.

31 **ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 337.

32 **EREM**, s. 163.

33 **ARKAN**, s. 270; **ASLAN**, s. 61.

Kanun işletme adının tescili ile ilgili usulsüz işlem yapılması halinde buna ne gibi yaptırımlar uygulanacağını da düzenleme altına almıştır. TTK 53. maddesinde yer alan atıf dolayısıyla ticaret siciline tescil ve kayıt için gerçeğe aykırı beyanda bulunanlar, gerçeğe aykırı tescilden dolayı zarar görenlerin tazminat hakları saklı kalmak kaydıyla ikibin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılacaklardır (TTK 38/1).

Tescil kayıtlarının Kanun hükümlerine uygun yapılmadığını öğrendikleri hâlde düzeltilmesini istemeyenler ve tescil olunan bir hususun değişmesi, sona ermesi veya kaldırılması dolayısıyla, kaydın değiştirilmesini veya silinmesini istemeye ya da yeniden tescili gereken bir hususu tescil ettirmeye zorunlu olup da bunu yapmayanlar, bu kusurları nedeniyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararları tazmin ile yükümlüdürler (TTK 38/2)³⁴.

3. İşletme Adının Devri ve Rehni

İşletmenin devri işletme adının da devrini kapsar (TTK 11/3). Devir sözleşmesinde işletme adının devir dışı bırakılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı sürece işletme adı kendiliğinden devre dâhil olacaktır³⁵.

TTK'ya göre ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devri mümkün değildir (TTK 49). İşletme adının işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün olup olmadığına ilişkin Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır³⁶. **ARSLANLI**'ya göre işletme adının, işletmeden ayrı olarak devri mümkündür³⁷. **POROY**, burada tek başına değer taşıyan ve kişiye bağlı olmayan bir

³⁴ TTK'nın 53. maddesinde işletme adına uygulanmak üzere atıf yapılan diğer bir madde de 51. maddededir. İlgili madde şu hükmü içermektedir: "(1) Bütün mahkemeler, memurlar, ticaret ve sanayi odaları, noterler ve Türk Patent Enstitüsü görevlerini yaparlarken bir ticaret unvanının tescil edilmediğini, kanun hükümlerine aykırı olarak tescil edildiğini veya kullanıldığını öğrenirlerse durumu yetkili makamlara bildirmek zorundadırlar.

(2) 39 ilâ 45. veya 48. maddeleri ihlal edenler, ikibin Türk Lirası idari para cezasıyla cezalandırılır.

(3) 46. maddeyi ihlal edenler veya 49. maddeye aykırı olarak ticaret unvanını devredenlerle devralan ve kullananlar, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır".

³⁵ **KAYIHAN/YASAN**, s. 139.

³⁶ Doktrinde işletme adına uygulanması için atıf yapılan maddeler arasında TTK'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının da yer alması gerektiği ifade edilmiştir, **NOMER ERTAN**, s. 87, dn. 32.

³⁷ **ARSLANLI**, s. 79; **ASLAN**, s. 61; **KARAHAN/ SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 393; **ÇEKER**, s. 92; **KAYAR**, s. 232.

unsur bahis konusu olduğu için işletmenin adının ayrı olarak devrinin garip-senmemesi gerektiğini ifade etmiştir³⁸.

KARAHAN, işletme adı için getirilen, ticaret unvanına ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağını gösteren maddede (TTK 53) ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devrini yasaklayan TTK'nın 49. maddesine doğrudan atıfta bulunulmaması sebebiyle işletme adının ticari işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün olduğu kanaatindedir³⁹. **KAYAR**, işletme adının işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün olduğunu ve sözleşmede açıkça belirtilerek devir kapsamı dışında tutulabileceğini ifade etmiştir⁴⁰.

BOZER/ GÖLE ise aksi görüştedirler. Yazarlara göre işletme adını düzenleyen 53. maddenin işletme adı için 51. maddenin uygulanacağı düzenlemesini içermesi ve 51. maddenin ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemeyeceği düzenlemesini içeren 49. maddeye atıf yapmış olması sebebiyle, işletme adının işletmeden ayrı olarak devredilebileceği sonucuna ulaşmak güçtür⁴¹.

ERİŞ, ticaret unvanının içinde işletme adının da bulunması halinde, aksi kararlaştırılmamışsa, ticaret unvanının işletme ile birlikte devrinin işletme adının da devredilmesi sonucunu ortaya çıkaracağını belirttikten sonra, unvan devredilirken işletme adının unvandan ayrılmasının olanaklı olduğunu ifade etmiştir⁴².

Kanaatimizce, her ne kadar TTK'nın 53. maddesinde 49. maddesine atıf yapılmamış olsa da, ticaret unvanının ayrı olarak devrini yasaklayan düzenlemenin getiriliş amacı göz önünde bulundurularak, işletme adının işletmeyi tanıtmak ve diğer işletmelerden ayırt etmek için seçilip kullanılan doğrudan işletmeye özgülenmiş bir ad olması sebebiyle, işletmeden ayrı olarak devre konu olması mümkün olmamalıdır.

Bir ticari işletme için kullanılan işletme adının rehnine ilişkin hususlar Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ticari İşletme Rehni Ka-

³⁸ **POROY**, s. 225; **KARAHAN, Sami**; Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Konya 2012, s. 167.

³⁹ **KARAHAN**, s. 167; aynı yönde görüş için bkz. **KAYIHAN/ YASAN**, s. 139.

⁴⁰ **KAYAR**, s. 232.

⁴¹ **BOZER/GÖLE**, s. 138. Yargıtay konuyla ilgili şu şekilde bir karar vermiştir: “Tescil edilen ticari işletme adı yasaca korunan bir hak oluşturur. İşletme devredilmedikçe, sadece işletme adının devri olanaksızdır.” (Y. TD. 27.10.190- E.1574/K.3909), bkz. **ERİŞ**, s. 1272.

⁴² **ERİŞ**, s. 1270.

nunu'nun 3. maddesinin (a) bendine göre, ticari işletme rehnine dâhil unsurlara ticaret unvanı ile birlikte ve işletme adı da dâhildir ve maddenin son cümlesinde yer alan hükme göre tarafların işletme adını rehnin dışında bırakmaları mümkün değildir.

Rehin alanın kredili satış yapan müessese olması durumunda ise rehin hakkı münhasıran müessesenin vadeli satış yapmış olduğu, Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendinde gösterilen hususat üzerinde tesis edilecek ve işletme adı rehnin kapsamına girmeyecektir. Aynı Kanununun ek 2. maddesi hükmüne göre sanayî işletmeleri üzerinde rehin kurulurken sadece 3. maddenin (b) ve (c) bentlerinde yer alan unsurlardan bir veya daha fazlası rehnin konusu yapılabileceğinden, sanayi işletmeleri üzerinde kurulacak rehinlerde, işletme adı rehne dâhil olmayacaktır.

III. İşletme Adının Korunması

A. Tescil Edilmiş İşletme Adının Korunması

İşletme adı üzerindeki hakkın ihlalini önlemeye yönelik olarak Kanunda öngörülen ilk koruma hükmüne göre, bir işletme adı eğer Türkiye'nin herhangi bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş bulunan diğer bir işletme adı ile karışıklık yaratacak nitelikte ise, tescili istenen işletme adına ek yapılması zorunludur (TTK 53, 45).

Kanunda öngörülen ikinci koruma, işletme adını düzenleyen 53. maddenin atıf yaptığı maddeler arasında 50, 51 ve 52. maddelerin yer alması sebebiyle, tescil edilmiş ticaret unvanına tecavüz halinde öngörülen korumadır⁴³.

TTK'nın "*Ticaret unvanının korunması*" kenar başlıklı 50. maddesine göre usulen tescil ve ilan edilmiş olan ticaret unvanını kullanma hakkı sadece sahibine aittir. Hükümde yer alan kullanma tekeli, zarar görme ya da zarar tehlikesi gibi şartlar aranmaksızın, mutlaklık arz eder⁴⁴. Ticaret siciline yapılacak tescil işlemi işletme adının üzerinde kullanma bakımından tekeli

⁴³ Türk Ticaret Kanunu madde gerekçelerinde, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununun 54. maddesinin ticaret unvanı sahibinin korunması yönünden yetersiz olduğu, unvan sahibine tanınan dava ve talep haklarının yetersizliğinin, markalar, endüstriyel tasarımlar, patentlere ilişkin kanun hükmünde kararnamelelerde yer alan düzenlemeler ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda marka, tasarım, patent ve eser sahibine tanınan haklarla karşılaştırıldığında daha iyi anlaşıldığı ifade edilmiş ve 52. maddede yapılan değişikliklerle ticaret unvanı sahibine de diğer hak sahibine tanınan hakların verildiği belirtilmiştir (bkz. Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, s. 13).

⁴⁴ POROY/YASAMAN, s. 401; KARAHAN/ SULUK/SARAÇ/NAL, s. 385.

hakkının doğması ve buna bağlı olarak söz konusu hakkın ihlali halinde talep edilecek koruma için kurucu etki taşımaktadır⁴⁵.

Yargıtay, konuyla ilgili bir kararında, işletme adının tescil edilmesi halinde, bunun kullanılmasının mümkün olduğunu ve bu kullanmanın marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet sayılmayacağını hüküm altına almıştır (Y. 11. HD. 22.07.2011-E.15033/K.9297)⁴⁶.

İşletme adının bir başkası tarafından Kanuna aykırı olarak kullanılması halinde işletme adı tecavüze uğramış olur⁴⁷. Genellikle tecavüz işletme adının aynen ya da benzer şekilde başka bir işletmede kullanılması şeklinde ortaya çıkar.

Doktrinde ticaret unvanının daha önce tescil edilmiş olan bir ticaret unvanı ile aynı müşteri çevresi ve iş kolunda kullanılması halinde iltibasın meydana geleceği ve sicilden terkinin istenebileceği ifade edilmiştir⁴⁸. Aynı durum işletme adları için de geçerlidir. Daha önce tescil edilmiş bir işletme adı ancak aynı müşteri çevresi kapsamında ve aynı alanda faaliyet gösteren bir işletmenin adı olarak kullanılıyorsa tecavüz durumu ortaya çıkacaktır. İşletme adı üzerindeki hakkın ihlal edilip edilmediği tespit edilirken Türkiye'deki bütün sicil müdürlükleri kapsam dâhilindedir⁴⁹.

45 **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 181. **HELVACI**, esnafın kullandığı işletme adının Esnaf ve Sanatkarlar Siciline tescilinin yapılmamış olmasının, sicile bağlı korumanın sağlanmasına olanak vermeyeceğini ifade etmiştir, **ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN**, s. 337.

46 **ERİŞ**, s. 1271.

47 **KARAHAN/ SULUK/SARAÇ/NAL**, s. 391.

48 **POROY/YASAMAN**, s. 402. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir: “Çulum” ile “Özçulum” işletme adları arasında iltibas vardır. Adi ortaklıkta kullanılan işletme adı, ortaklığın tasfiyesinde hangi ortağa bırakılmışsa, o ortak işletme adını kullanabilir. Taraflar arasında yapılan ve ortaklığın tasfiyesine ilişkin 01.11.1985günlü sözleşmenin 6. maddesine göre, “Çulum” isminin sadece davacı tarafından kullanılmasının kararlaştırılmış olmasına, davalının bu sözleşmeye karşın aynı karakter ve kompozisyonda yazdığı “Özçulum” isminin görsel ve zihinsel imajları ile tarafların işletmeleri arasında iltibas yarattığının bilirkişi tarafından yerinde gerekçelerle tespit edilmiş bulunmasına göre, yerel mahkeme kararı doğrudur. (Y. 11. HD. 18.05.1990-E.3354/K.3997), **ERİŞ**, s. 1272.

49 **BERZEK**, s. 77.

TTK'nın 52. maddesinde yer alan koruma kapsamında tescil edilmiş bir işletme adının, ticari dürüstlüğe⁵⁰ aykırı biçimde bir başkası tarafından kullanılması sonucu hakkın tecavüze uğraması durumunun ortaya çıkması hâlinde hak sahibi,

- tecavüz durumunun tespitini,
- tecavüzün yasaklanmasını;
- haksız kullanılan işletme adı tescil edilmişse kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesini veya silinmesini,
- tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, gerektiğinde araçların ve ilgili malların imhasını ve
- zarar varsa, kusurun ağırlığına göre maddi ve manevi tazminat isteme hakkına sahiptir.

Maddi tazminat olarak mahkeme, tecavüz sonucunda mütecavizin elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da hükmedebilir (TTK 52/1). Mahkeme, davayı kazanan tarafın istemi üzerine, giderleri aleyhine hüküm verilen kimseye ait olmak üzere, kararın gazete ile yayımlanmasına da karar verebilir (TTK 52/2).

6762 sayılı eski TTK'ya göre gerçek kişi tacirlerin ticaret unvanlarının ve işletme adlarının koruma kapsamı kayıtlı buldukları sicil çerçevesi ile sınırlandırılmıştı. Bu düzenleme yeni TTK'da terk edilmiş ve yukarıda belirtildiği üzere, koruma, tacirlerin gerçek ya da tüzel kişi olup olmadıkları farkı gözetilmeksizin tüm Türkiye kapsamında geçerli olmuştur.

Doktrinde, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 11. maddesinde yer alan "*Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren anılan Kanunun ticaret unvanına ilişkin hükümleri uygulanır*" hükmü uyarınca, Türkiye'nin herhangi bir yerinde TTK'nın yürürlük tarihi olan 1 Temmuz 2012 tarihinden önce tescil edilmiş olan bir işletme adı sahibinin farklı bir sicil çevresinde kendisinininki ile aynı işletme adını Kanunun yürürlük tarihinden önce tescil ettirmiş olması halinde önceki mevzuat çerçevesinde haklı olarak kullanılmış bir işletme adının kullanılmaya devam edilmesinin Kanuna aykırılık durumunu oluşturmayacağı ifade edilmiştir⁵¹.

50 Doktrinde maddede yer alan "ticari dürüstlük" kavramının "ticari alanda geçerli olan dürüstlük kuralları (TMK 2)" olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir, bkz. **NOMER ERTAN**, s. 84.

51 **NOMER ERTAN**, s. 87-88.

B. Tescil Edilmemiş İşletme Adının Korunması

Tescil edilmemiş bir işletme adına tecavüz halinde, işletme adı ancak TTK'nın haksız rekabet hükümlerine (TTK 54-63) göre tüm Türkiye kapsamında korunur⁵². Haksız rekabet halinde öngörülen korumadan faydalanabilmek için zararın veya zarar görme tehlikesinin varlığı aranmaktadır.

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan işletme adı tecavüze uğrayan işletme sahibi; fiilin haksız olup olmadığının tespitini, haksız rekabetin men'ini, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını, kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini, Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde öngörülen şartların varlığı halinde manevi tazminat verilmesini isteyebilir (TTK 56).

Haksız rekabet hükümleri dışında tescil edilmemiş işletme adlarının Türk Medeni Kanunu'nun 26. maddesinde yer alan ismin korunması hükümleri kapsamında korunması mümkündür⁵³.

İşletme adının korunması, işletme tasfiye edilene kadar mümkündür. İşletmenin geçici bir süre için çalışmaması Kanununda öngörülen korumaların uygulanmasını etkilemeyecektir⁵⁴.

V. Sonuç

6102 sayılı yeni TTK, işletme adını eski Kanun sisteminden ayırmayarak tek bir madde ile düzenlemiş ve söz konusu maddenin ikinci cümlesinde tescil edilmiş bir işletme adına ticaret unvanına ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağını atıf yoluyla belirlemiştir. TTK'da işletme adına ilişkin bu tek düzenleme ve düzenlemede doğrudan atıf yapılan maddeler, işletme adını ilişkin her hususu kapsar nitelikte değildir.

⁵² İMREGÜN, s. 77; ÜLGEN/ TEOMAN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 338.

⁵³ AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 224. Türk Medeni Kanunu'nun "Adın korunması" kenar başlıklı 26. maddesi şu hükmü içermektedir: "Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir".

⁵⁴ ERİŞ, s. 1270.

Ticaret unvanına atıf yapılan maddelerde işletme adının kullanımı ve koruması konuları düzenlemektedir. Bununla birlikte 53. maddede atıf yapılmayan ticaret unvanı için getirilmiş olan diğer konulara ilişkin hükümlerin (TTK 46, 49) işletme adına uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Kanunda açıklık bulunmamaktadır.

İşletme adının kullanılması sırasında unvan için düzenleme altına alınmış konularda, işletme adının devri gibi, Kanunda düzenleme yapılmamıştır ve uygulamada sorunların ortaya çıkması mümkündür. Kanaatimizce, atıf yapılmamış dahi olsa, Kanunun iki kavram arasında benzerlik kurarak, işletme adı için ticaret unvanına ilişkin düzenlemeleri aynen kullanmış olması sebebiyle, atıf yapılmayan konularda da ticaret unvanına ilişkin düzenlemelerin uygulanması bir çözüm yolu olarak kullanılabilir. Bunun dışında işletme adının özellikle ticaret hayatında işletmeler tarafından sıklıkla kullanılan bir kavram olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Kanunda konuyla ilgili daha ayrıntılı ve açık düzenlemelere yer verilmesi uygulamada ortaya çıkacak sorunları önleyecektir.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih;** Ticari İşletme Hukuku, Ondokuzuncu Baskı, Ankara 2014.
- ASLAN, İ. Yılmaz;** Ticaret Hukuku Dersleri, Bursa 2012.
- ARSLANLI, Halil;** Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), İstanbul 1960.
- AYHAN, Rıza;** Ticari İş-Ticari İşletme-Tacir-Ticaret Sicili-Ticaret Unvanı-Haksız Rekabet, Sempozyum Yürürlüğünün Birinci Yılında 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu, EÜHFD, C. XVI, S. 3-4 (2012), s. 31-53.
- AYHAN, Rıza/ ÖZDAMAR, Mehmet/ ÇAĞLAR, Hayrettin;** Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012.
- BAHTİYAR, Mehmet;** Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2013.
- BERZEK, Ayşe Nur;** Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, İstanbul 2013.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan;** Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2012.
- BOZER, Ali/ GÖLE, Celal;** Ticari İşletme Hukuku, İkinci Bası, Ankara 2013.
- ÇEKER, Mustafa;** Ticaret Hukuku Genel Esaslar, Adana 2014.
- DOMANİÇ, Hayri;** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1988.
- EREM, Turgut S.;** Ticaret Hukuku Prensipleri (Cilt I Ticari İşletme), İstanbul 1980.
- ERİŞ, Gönen;** Açıklamalı İçtihatlı 6335-6552 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. 1, 2. Baskı, Ankara 2014.
- İMREGÜN, Oğuz;** Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler- Ortaklıklar-Kıymetli Evrak), Onüçüncü Bası, İstanbul 2005.
- KARAHAN, Sami;** Ticari İşletme Hukuku, 23. Bası, Konya 2012.
- KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahir/ NAL, Temel;** Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Baskı, Ankara 2011.
- KARAYALÇIN, Yaşar;** Ticaret Hukuku, C. I: Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968.
- KAYAR, İsmail;** Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2013.
- KAYIHAN, Şaban/ YASAN, Mustafa;** Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.

KOÇEL, Tamer; İşletme Yöneticiliği, İstanbul 2014.

MOROĞLU, Erdoğan; Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları (Değerlendirme ve Öneriler), 6. Baskı, İstanbul 2009.

NOMER ERTAN, Füsun; Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012.

POROY, Reha; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1983.

POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2012.

TEOMAN, Ömer; Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar, Kitap 5: 1992-1993), İstanbul 2000.

ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsun; Ticari İşletme Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 2009.

BORÇLAR HUKUKU VE İCRA İFLAS HUKUKU ÇERÇEVESİNDE İCRA KEFALETNAMELERİ

*Arş. Gör. Burçin YAZICI**

GİRİŞ

Kefalet, şahsi teminat sağlama amacı güden güvence sağlamaya yönelik bir hukuki işlemdir. Kefalet sözleşmesi ile kefil borçlunun yanında ve asıl borca teminat sağlamak için yer alır. Şartları oluştuğunda kefaletin teminat fonksiyonu uyarınca kefil, sorumlu olduğu meblağı ifa ile yükümlenir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği en önemli ve radikal değişikliklerden biri kefalet hukuku alanında gerçekleşmiştir. Bu değişiklikler kefalet hukukunun özel bir görünümü olan icra kefaletlerinin kurulması ve uygulanmasına da sirayet etmektedir. Bu çalışmada, özellikle icra kefaletnamelerinin kurulması ve geçerliliğine ilişkin hususular, Türk Borçlar Kanunu kefalet hükümleri ile İcra İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde ve Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır.

A. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMELERİ VE İCRA KEFALETNAMELERİ

I. Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kefalet Sözleşmesi

Kefalet sözleşmeleri Türk Borçlar Kanunu md. 581'de şu şekilde tanımlanmıştır; “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Bu tanım, güvence sağlamaya amacına yönelmiş olan kefalet kurumunu, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, borç ilişkisi doğuran tüm hukuki ilişkileri kapsar hale getirmiştir. Fakat alacak kazandıran bu ilişkinin sebeplerinden¹ farklı olarak kefilin borcunun hukuki sebebi teminattır².

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Borç ilişkisi doğuran sebeplerin genel olarak; ifa sebebi, alacak sebebi ve bağışlama sebebi olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu üç sebep dışında da kazandırma için başka sebeplerin bulunabileceği kabul edilmektedir; teminat, yenileme vb.

² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 777.

1. Kefalet Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

a) Kefaletin Fer'iliği (Bağımlılığı)

Şahsi teminat sağlama amacına hizmet etmesi bakımından kefalet sözleşmesi asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki ilişkiye özel bir şekilde bağımlıdır³. Bu bağımlılık vazgeçilmez nitelikte olup sözleşme ile aksi düzenlenemez⁴. Zira bağımlılığın mevcut olmaması halinde artık kefalet ilişkisi de mevcut olmayacaktır⁵. Kefilin borcunun asıl borca bağımlılığı, bu borcun doğumu, devamı ve ifa mecburiyeti açısından söz konusudur⁶.

Asıl borç ilişkisinde alacağın veya borcun temlik hallerinde kefaletin fer'i olma niteliği önem arz eder. İcra kefaleti açısından ele aldığımızda bir icra takibinde taraflarının değişebilmesi mümkündür⁷. İcra dosyasında tarafların değişmesi hali kefilin kefalet borcuna nasıl etki yapacağı sorusunu gündeme getirir. Kefalet alacağı fer'i niteliği gereği asıl alacaktan bağımsız olarak devredilemez. TBK m.189 alacağın temlik edilmesi halinde bağlı haklarında kendiliğinden devrini öngörmekle beraber, borcun devri halinde yani asıl borcun borçlusunun değişmesi halinde ise TBK m.198/2 uyarınca kefilin sorumluluğunun devam etmesi için kefilin, borcun nakline yazılı olarak rıza göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Bu rızanın da en geç borcu nakleden sözleşmesinin kurulmasından önce verilmesi gerekir⁸.

Fer'iliğin diğer bir görünümü kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan daha ağır olmaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Kefilliğin fer'i olması gereği kefil, kısmen veya tamamen asıl borca teminat oluşturur.

³ Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, Beta Yayınevi, 2014, s. 1366.

⁴ Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, 14. Bası, Ankara, 2014, s. 676.

⁵ “Fer'ilik kaldırıldı mı, kefalet değil, bir garanti sözleşmesi ya da bir müteselsil borç ilişkisi mevcuttur”, Yavuz, s. 1367.

⁶ Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınevi, 10. Bası, Ankara, 2014, s.438. “Bir kefalet senedinde, kefalet borcunun asıl borç sona erse dahi devam edebileceği kararlaştırılabilirse de; o takdirde yükümlülüğün niteliği değişecektir. Kullanılan kefalet ibaresine rağmen ortada başka bir akdi yükümlülük, çoğunlukla bir garanti sözleşmesi bulunacaktır” Seza Reisoğlu, *Türk Kefalet Hukuku*, Cem Web Ofset San. Tic. Ltd. Şti, Ankara 2013, s. 22.

⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Baki Kuru, *İcra İflas El Kitabı*, 2. Bası, Adalet Yayınevi 2013, s. 168 vd.

⁸ Aral / Ayrancı, s. 439.

Ancak kefilin sorumluluğu asıl borçludan daha ağır ve farklı olamaz⁹. TBK m.589 uyarınca kefil her hâlükârda kefalet sözleşmesi ile kararlaştırılan azami miktar dahilinde sorumlu olacaktır.

Fer'iliğin doğal bir sonucu olarak kefaletin varlığına ilişkin bir ihtilaf halinde ise alacaklı sadece kefalet ilişkisinin varlığını değil asıl borç ilişkisinin varlığını da ispatla yükümlü olacaktır.

Kefalet sözleşmesinin, asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki (asıl) ilişkiye bağımlılığı sınırlı açıdan ele alınmalıdır. Zira kefalet (kefil ile asıl alacaklı arasındaki ilişki), kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişkiden bağımsızdır. Kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişki vekalet, vekaletsiz iş görme veya bağışlama şeklinde olabilir¹⁰. Kefalet sözleşmesi asıl alacaklı ile kefil arasında kurulur ve bu yönden asıl borçlu bu ilişkiden bağımsızdır. Zira taraflar arasında kefalet ilişkisinin kurulabilmesi için asıl borçlunun bu ilişkiye rıza göstermesi gerekmediği gibi kefil asıl borçlunun bilgisi haricinde de kefalet ilişkisini kurabilir¹¹. Bu halde borçlunun asıl alacaklıya olan borcu ile kefilin borcu birbirinden bağımsızdır. Geçerlilik şartları açısından da asıl borcu doğuran hukuki ilişki ile kefalet ilişkisi birbirinden bağımsızdır.

b) Kefaletin Tali (İkinci Derecede) Borç Olması

Kefaletin tali niteliği kefilin sorumluluğunun adi kefalet hükümlerince kurulması halinde söz konusu olur. TBK md. 585 uyarınca alacaklı borçluya başvurmadıkça kefile başvuramaz. Ancak aynı madde bu kuralın istisnalarını da belirtmektedir. Buna göre asıl borçluya karşı başlatılan takipte, kesin aciz belgesi alınmış veya borçlu aleyhine icra takibinin Türkiye'de tatbikatının imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi hali, borçlunun iflasına karar verilmiş veya konkordato mühleti verildiği hallerde¹² doğrudan kefile müracaat mümkün olmaktadır.

Müteselsil kefalet halinde kefaletin tali niteliği zayıflamış bir şekilde yer alır. Zira her türlü kefalette belirli ölçüde talilik unsuru mevcuttur. Mütesel-

⁹ Reisoğlu, s. 22; Burak Özen, *Kefalet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008, s.68; Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler C.II*, Vedat Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 2012, s.287.

¹⁰ Aral/Ayrancı, s. 438.

¹¹ “Zira kefalet sözleşmesi asıl borçlunun sorumluluğu üzerinde herhangi bir olumsuz etkiye sahip değildir; aksine çok defa ona yarar sağlamaktadır”, Aral/Ayrancı, s. 437.

¹² Konkordato mehli verilmiş olması hali 6098 Sayılı TBK ile getirilmiş ve adi kefalet halinde talilik unsurunun istisnaları genişletilmiştir, Cevdet İlhan Günay, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 1629.

sil kefalet halinde de esas borcun muaccel olmadan müteselsil kefile başvurulamayacağı göz önünde bulundurulursa müteselsil kefalet halinde de talilik halinin mevcudiyeti kabul edilecektir¹³.

c) Kefaletin İvazsızlığı (Tek Taraflı Borç İlişkisi)

Kefalet sözleşmesi kural olarak ivazsız yani tek tarafa edim yükümlülüğü yükleyen bir sözleşme türüdür. Kefil, asıl alacaklıya asıl borçlunun edimini yerine getirme taahhüdünde bulunurken bunu karşı bir edim beklemeksizin gerçekleştirir. Fakat aksi durumların varlığı yani kefilin kefilliği karşısında borçludan bir yarar sağlaması hali de mümkündür. Bu halde dahi kefalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme haline gelmez¹⁴. Kefaletin ivazsızlığı fer'ilik gibi vazgeçilmez bir unsur değildir. Kefile sağlanan edim borçludan değil de alacaklıdan kaynaklanırsa sözleşmenin niteliği değişmekte, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme haline gelmektedir¹⁵.

Kefillığın sağlanması amacı ile asıl borçlu tarafından kefile menfaat sağlanmasına yönelik edimler kefaletin ivazsızlığını etkilemez. Bu tür bir menfaat kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiye dahildir¹⁶. Kefil ile asıl borçlu arasındaki ilişki değişik sebeplerden kaynaklanabilir (bağışlama, vekalet, veya borçlu ile aralarındaki herhangi bir borcun karşı edimi vb.).

II. İcra Kefaletnameleri

1. Tanımı

İcra kefaletnameleri, temelinde Borçlar hukuku kurumu olan ve Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kefalet sözleşmelerinin İcra hukukundaki görünümü olarak karşımıza çıkar¹⁷. İcra kefaletnamelerine ilişkin hususlara İİK m.38'de sınırlı bir ifade ile yer verilmiştir. İİK md.38 uyarınca icra dairesindeki kefaletler ilam niteliğinde belgelerden kabul edilmek suretiyle, bu belgeler ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabi tutulmuştur.

¹³ Özen, s. 230.

¹⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 678.

¹⁵ Eren, s. 773.

¹⁶ Aral/Ayrancı, s. 441.

¹⁷ Süha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Yetkin Yayınevi, 1996, s. 128.

Genel olarak kefalette üç türlü bir hukuki ilişki bulunmaktadır¹⁸. Bu ilişkinin tarafları kefil, asıl borçlu ve asıl alacaklıdır. Taraflar kefalete ilişkin sözleşmeyi serbestçe gerçekleştirebilmektedir. Borçlar hukuku kapsamındaki kefalet sözleşmesinden farklı olarak icra kefaletleri sadece icra dairesi huzurunda gerçekleşebilir. Bu gereklilik İİK m.38 lafzından anlaşılmaktadır. İlgili kanun hükmünün “icra dairesindeki kefaletler” ifadesi gereğince icra dairesinde icra müdür veya memurları huzurunda düzenlenecek icra kefaletnameleri ile icra dairesi dışında ve özellikle haciz esnasında icra müdür veya yardımcıları huzurunda gerçekleşecek kefaletname belgeleri bu kapsamda yer almaktadır¹⁹.

İcra İflas Kanunu’nda icra kefaletnamelerinin tanımı yer almadığından söz konusu tanım için Türk Borçlar Kanunu’nun kefalet hükümlerine bakmak gerekir. Zira icra kefaletnamelerinin geçerliliğine ilişkin şekil kuralları belirlenirken Borçlar Kanunu’nun kefalet sözleşmesi hükümleri dikkate alınır²⁰. TBK m. 581 kefalet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır; “*kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir*”. Bu sorumluluk para ile belirlenebilen her türlü alacak için kurulabilir²¹. Kefalet sözleşmesinde asıl alacaklı ve asıl borçlu arasındaki ilişkinin para alacağı doğuran bir ilişki olması gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre “*Kefilin teminat sağladığı asıl borç, para borcu olabileceği gibi para dışında bir verme borcu veya yapma borcu olabilir; yeter ki parasal olarak bir değere sahip olsun. Kefil olunan asıl borç kişiye sıkı sıkıya bağlı bir borç dahi olabilir*”²². Buradan çıkan

18 Yavuz, s. 1362.

19 “İhtiyati haciz sırasındaki kefalet de geçerli olup asıl borçlu hakkındaki takip iptal edilmedikçe icra kefilî müteselsilen sorumludur” Kuru, El Kitabı, s. 897; “İhtiyati haciz sırasında verilen icra kefaleti de geçerli olup, asıl borçlu hakkında takip iptal edilmediği sürece kefaletin geçerliliği devam eder...*Haciz mahallinde hazır bulunan şikayetçiler tarafından toplam dosya borcu olan 7.390 TL'ye icra kefilî olunarak 10.01.2009 tarihinde ödeme beyanında bulunulduğu, alacaklı vekilince icra kefilîliğinin kabul edildiği, icra kefilîliğinin yasal sorumluluğu ihtaren anlatılarak tutanağın imzalandığı görülmüştür*”, Yarg. 12. HD. 2010/21262 E. 2011/1181 K. , 21.02.2011 Tarihli kararı.

20 “İcra kefaletinin şekli hakkında İİK’nda özel bir hüküm bulunmadığından B.K.’nin 482(581) ve onu izleyen maddelerinin uygulanması gerekir”. Yargıtay 12. HD. 01.02.1977 T., 100421/10099.

21 “Sadece sözleşmeden doğan borçlar değil, başka borç kaynaklarından doğan borçlarda kefalet güvencesine bağlanabilir. Haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanun tarafından tanımlanan başkaca olgulardan doğan borçlar içinde kefalet sözleşmesi yapılabilir”, Yavuz, s. 1359.

22 Gümüş, s. 299.

sonuç; asıl alacağın para ile belirlenebildiği bir alacak olmadığı icra takiplerinde icra kefilliğinin de söz konusu olmayacağıdır.

İcra İflas Kanunu'nu md.38'in lafzından anlaşılan diğer bir husus icra kefaletinin müteselsil kefalet hükmünde sayılacağıdır. Müteselsil kefalet hali kanun gereği kabul edilmiştir. İcra İflas Kanunu'nun madde gerekçesinde müteselsil kefalet hali ile alacaklının hukuki durumunun kuvvetlendirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir²³.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında İcra kefaletleri; İİK uyarınca ilam niteliğinde belgelerden sayılan, bir para alacağı borcundan doğan asıl borç ilişkisinin, üçüncü şahısların kefil sıfatıyla icra dairesi önünde ve müteselsil kefalet hükümlerine tabi olarak icra takibine konu olan borcun, kısmen veya tamamen ödenmesinin üstlenildiği bir kefalet sözleşmesi görünümüdür²⁴.

2. İcra Kefaletnamesinin Düzenlenme Amacı

İcra kefaleti ile icra dosyasının tarafları olan borçlu ve alacaklı dışında üçüncü bir şahsın, dosya borçlusu menfaatine takip konusu alacağın tamamı veya bir kısmına kefil olarak teminat sağlaması amaçlanır. Zira icra kefaletini, kefalet sözleşmesinin bir görünümü olarak kabul ettiğimizden bu husus kefalet sözleşmesinin amacına da uygundur.

İcra kefaleti, icra takibine konu edilen ve anında ödenemeyen borcun üçüncü kişi (icra kefil) tarafından ödenmesini sağlamaya yönelerek borçlunun borcuna teminat sağlama amacı güderken, alacaklının da elini kuvvetlendiren bir kurum olarak karşımıza çıkar²⁵. İcra kefaleti özellikle borcun taksidde bağlanması halinde üçüncü kişinin icra müdürü huzurunda borca kefil olması şeklinde gerçekleşmektedir²⁶.

23 “...İcra kefaletleri için teselsül karinesi kabul edilerek alacaklının durumu kuvvetlendirilmiştir” (538 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi), Mustafa Oskay / Çoşkun Koçak / Adnan Deynekli / Ayhan Doğan, İİK Şerhi Cilt 1. Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 719.

24 Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II*, 6. Bası, Adalet Yayınevi 2013, s. 1082; Tanrıver, *İlamlı İcra*, s. 128; Talih Uyar, *İlam Dengi Belgeler*, Ankara Barosu Dergisi 2004/3, s. 75; Baki Kuru, *İcra İflas Hukuku El Kitabı*, s. 896; Süha Tanrıver, *İcra ve Temyiz Kefaletleri*, Ankara Barosu Dergisi, 1989/6, s. 972; Talih Uyar, *İcra İflas Kanunu Şerhi C.2*, Feryal Matbaacılık, 2. Bası, Ankara 2009, s. 3333.

25 Yarg. 12. HD. 2013/31202 E. 2013/ 37362 K. 26/11/2013 T. Kararı (www. hukuk-türk.com).

26 Kuru, s. 897.

3. İcra Kefaletnamesinin Hukuki Niteliği

İcra kefaletnameleri, Borçlar hukuku anlamında kefalet sözleşmesine özgü nitelik barındırmakla beraber İcra İflas Kanunu'nda düzenlenen kefalet sözleşmesinin özel bir görünümü olarak karşımıza çıkar. İcra İflas Kanunu İİK m.38 icra kefaletnamelerine ilişkin olarak, ilam dengi belge niteliği tanımakla beraber, icra kefilinin sorumluluğuna da müteselsil sorumluluk niteliğini vermiştir. Netice itibarıyla icra kefaletnamesinin hukuki niteliği ele alınırken Borçlar Hukuku anlamında kefalet sözleşmesi olması ve İcra İflas hukuku anlamında ilam niteliği taşıması hususu birlikte değerlendirilmiştir.

a) Sözleşme Niteliği

Üçüncü kişilerin icra dairesi önünde takip borçlusunun borcuna kısmen veya tamamen kefil olması, diğer bir ifade ile borcun ödenmesini kısmen veya tamamen üstlenmesi halinde icra kefaleti doğar²⁷. Bu üstlenme kefil tarafından gerçekleştirilen irade beyanı ile gerçekleşir fakat sözleşmenin kurulması için alacaklının kabulü ile onanması gerekir²⁸. İcra kefaleti niteliği itibarıyla tek tarafa borç yükleyen sözleşmedir.

İcra kefaleti İİK m.38 uyarınca icra dairesi önünde gerçekleşir ve kefil üçüncü şahıs ile dosya alacaklısının irade beyanlarının örtüşmesi ile kurulur. İcra kefilinin kefalet iradesi icra tutanağına geçirilmekle icap oluşur. Sözleşmenin kurulması bu icabın alacaklı tarafından kabul edildiğinin yine aynı icra tutanağından belirtilmesi ile mümkün olacaktır. Bu bağlamda haciz esnasında²⁹ kefalet iradesi ileri sürülebileceği gibi bizzat icra dairesi huzurunda bu iradenin tutanağına geçilmesi mümkündür.

b) İcra Kefaletinin İlam Niteliğinde Belge Sayılması

Mahkeme, usule veya esasa ilişkin bir nihai kararla davayı sona erdirir. Yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karar, hükümdür (HMK m.294). Taraflardan birinin mahkeme yazı işlerine başvurması üzerine verilen hükmün mühür ve imzalı suretine ise ilam denir³⁰. Kanun

²⁷ Yarg. 12 HD. 2010/21262 E. 2011/1181 K. 21/02/2011 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

²⁸ Reisoğlu, s. 72.

²⁹ Yarg. 12 HD. 2013/1363 E. 2013/ 10049 K. 19/03/2013 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

³⁰ Muşul, s. 1070; HMK m.302 "Taraflar, harcının ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilamı her zaman alabilirler. Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün

koyucu mahkeme ilamları dışında bazı belgelere ilam vasfı tanıyarak, bu belgelerin icra edilebilirliğini kuvvetlendirmiştir. Zira ilamsız icra takibinde borçlu vereceği bir dilekçe ile takibi durdurabilmekte iken ilamlı takipte gerekli şartların sağlanması halinde icra mahkemesi yahut ilgili kanun yolu mahkemesinden icranın geri bırakılmasını sağlamak zorundadır.

İİK m.38 uyarınca ilam niteliğini haiz belgeler şunlardır; Mahkeme huzurunda yapılan sulh ve kabuller³¹, kayıtsız şartsız (tek taraflı) para borcu ikrarını içeren düzenleme biçimindeki (re'sen tanzim edilen) noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ve icra dairesindeki kefaletler bu madde uyarınca ilam niteliğinde olup ilamların icrasına ilişkin hükümlere tabi olmaktadır. İlam niteliğini haiz belgeler İİK m.38'de sayılanlardan ibaret değildir³².

Kanun koyucu, ilam niteliğindeki belgeleri sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur³³. Mahkemenin esasa ilişkin nihai kararı olan ilam ile ilam mahiyeti tanınan ilam niteliğinde belgeler aynı kuvvette değildir. Bu farklılıklar şu şekilde sıralanabilir;

tebliğe çıkarılmasına, takibe konmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez" hükmüne amirdir.

- 31 Feragatin bu kapsam da değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre mahkeme huzurunda yapılan feragatlara ilam niteliği tanınmalıdır, zira feragatta kabul gibi kesin hüküm sonucunu doğurur (Kuru, *El Kitabı*, s. 895). Başka bir görüşe göre ise, feragat halinde uyumsuzluğun esasını oluşturan maddi haktan da feragat edildiğinden ortada cebri icraya elverişli bir alacak kalmayacaktır. Maddi varlığı bulunmayan bir hakkın ise icrası mümkün değildir (Tanrıver, *ilam niteliğindeki belgeler*, s. 116).
- 32 Kanunun açık hükümlerinde hangi belgelerin ilam niteliğini haiz olduğu belirtilmemiştir. Örneğin 1581 Sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m. 12 "Kooperatiflerin kredi ile ilgili alacak senetleri, kağıtları ve her türlü taahhütname ve sözleşmeler ortağın oturduğu veya kooperatifin bulunduğu köy veya mahalle ihtiyar heyetleri tarafından parasız olarak tasdik olunur. Bu suretle tasdik olunan senet ve belgeler İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı belgeler hükmündedir" hükmüne amirdir. Avukatlık Kanunu m.35/A uyarınca düzenlenen uzlaşma belgesi ilam niteliğine haizdir. Yine Arabuluculuk Kanunu m.18 uyarınca düzenlenen anlaşma belgesi mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi ile ilam niteliğine kavuşur.
- 33 Tanrıver, s.83; "Vuzuh verilmek suretiyle ilama muadil vesikaların cebri icra bakımından ilamların rejimine tabi olduğu katıyetle beyan edilmiş, vesikalar arasındaki muadelele rağmen tatbikatta bunların icrası hakkında yaratılmak istenen farklılara nihayet verilmek istenmiştir" (538 sayılı Kanuna İlişkin Hükümet Gerekçesi), Oskay /Koçak / Deynekli / Doğan, s. 719.

- İlamlar maddi anlamda kesin hüküm oluştururken, ilam niteliğindeki belgeler kesin hüküm oluşturmazlar ve dolayısıyla sahteliği ileri sürülebilir, aksi iddia ve ispat edilebilir.

- İlamlar kanun yolu denetiminden geçerken ilam niteliğinde belgelerde böyle bir imkân bulunmamaktadır.

- İİK m.259 uyarınca ihtiyati haciz isteyen alacaklı ilama dayanıyorsa teminat aranmazken, ilam niteliğinde belgeye dayanması halinde teminatın gerekli olup olmadığı hakim tarafından takdir edilecektir.

Bir belgenin ilam niteliğinde olup olmadığı, ancak kanun tarafından belirlenir³⁴. Bir belgeye ilam niteliği verildiği açıkça ilamlı icraya konu olacağına belirtilmesi şeklinde olabileceği gibi “bir hüküm elde etmeye ihtiyaç olmadan” veya “bir mahkeme hükmü gerekmeden” şeklindeki ifadelerle de sağlanabilir³⁵. İcra kefaletinin ilam niteliğinde belgelerden sayılması, bu belgenin ilam niteliğinde diğer belgelerde olduğu gibi resmi bir makam önünde düzenlenmiş olmasındandır³⁶.

İcra kefaleti kanun gereği ilam niteliğinde belge sayıldığından ilamların icrası yolu ile icra edilecek, kefaletin para ile belirlenebilen alacak halinde kurulabildiği göz önüne alındığında ise ilamlı icranın para veya teminat verilmesine ilişkin ilamların icrası (m.32) yolu ile icra edilecektir³⁷.

III. İcra Kefaletinin Geçerlilik Şartları (Şekil Sorunu)

1. Türk Borçlar Kanunu Uyarınca İcra Kefaletinin Geçerlilik Şartları

İcra dairesindeki kefaletin şekline ilişkin hükümler İİK’ nda düzenlenmemiştir. İcra kefaletlerinin düzenlenmesi ve geçerliliğine ilişkin şekil kuraları için kefalet sözleşmelerini düzenleyen genel nitelikli yasa olan TBK’ nın

34 ”Bir belgenin ilam niteliğinde sayılması, o belgeye dayanmanın, ilamların icrasına ilişkin hükümlerden yararlanması sonucunu doğurup ilama ilişkin tüm etkilerden yararlanacağı(örneğin kesin hüküm etkisi gibi) ya da bir konuda aranan özel bir resmi belgenin yerine geçeceği (tapuda taşınmaz mülkiyetinin devri gibi) anlamına gelmez”, Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Meral Sungurtekin Özkan / Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 319.

35 Pekcanitez / Atalay / Sungurtekin – Özkan / Özkes, s. 319.

36 Muşul, s. 1084.

37 Muşul, s. 1088.

kefaletle ilişkin hükümlerine bakmak gerekir³⁸. TBK m.583 ve 584 uyarınca geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulabilmesi için şu şartların mevcut olması gerekir;

- Kefaletin yazılı şekilde olması (kefilin beyanının icra tutanağına geçirilmesi),
- Kefalet sözleşmesi (bu nitelikteki icra tutanağının altının) kefil olan üçüncü şahıs tarafından imzalanması,
- Kefil olunan miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olduğunun kefil tarafından kendi el yazısı ile belirtilerek imzalanması,
- Kefilin eşinin yazılı rızasının bulunması gerekir.

Yasada öngörülen şekil şartlarına uyulması ispat kolaylığı (ispat şekli) yahut alacaklının alacağının belirliliği açısından değil borçluyu koruma ve himaye düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Borçlar Kanunu kefaletin geçerliliğini İsviçre Borçlar Kanununda yer alan kefalet şekillerinden ağırlaştırılmış adi yazılı şekil şartına benzetilmiştir³⁹. Ağırlaştırılmış adi yazılı şekil⁴⁰ şartı uyarınca kefil, kefil olunan azami miktarı ve müteselsil kefalet iradesini bizzat kendi el yazısı ile yazarak kefilliğe ilişkin sorumluluğunun farkına varması amaçlanmıştır. 6098 Sayılı TBK ile el yazısı ile belirtilecek hususlara kefil olunan tarihi de eklemiştir⁴¹. Kefaletin kurulması hususunda getirilen bir diğer yenilik, kefalet iradesinin temsilci vasıtası ile kullanıldığı veya

38 “İcra kefaletinin amacı, icra takibine konu edilen ve anında ödenemeyen bir borcun üçüncü kişi (icra kefil) tarafından ödenmesini sağlamaya yöneliktir. İİK'nun 38.maddesinde kefaletin şekli hakkında özel bir hüküm bulunmadığından 6098 sayılı BK'nun 583 maddesi hükmü icra kefilliği içinde geçerlilik şartıdır. Anılan maddenin birinci fıkrasına göre; "Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır.". Aynı yasanın 584.maddesinde de eşin rızasının da en geç kefalet anında alınması gerektiği hususu hüküm altına alınmıştır” Yarg. 12.HD.2013/31202 e, 2013/37362 k, 26/11/2013 T. Kararı; Yarg. 8. HD. 2013/14327 E. 2013/12865 K. 23/09/2013 T. Kararı(www.hukukturk.com); Muşul, s. 1082; Reisoğlu, s. 142.

39 “Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, Nami Barlas, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler, Çiğdem Kırcı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 216.

40 Doktrinde yazılı şeklin bu haline “Ağırlaştırılmış adi yazılı şekil yahut özellikli yazılı şekil” adı verilmektedir, Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Yayınevi, 20, Bası, İstanbul, 2014, s. 200.

41 Barlas, Yenilikler, s. 216.

kefil olma iradesinin vaadedildiği (ön sözleşme) hallerde bu hususların geçerliliğinin kefalet sözleşmesi kurulması hususundaki şekil kurallarına tabi olduğudur (TBK m.583/2)⁴².

Eş rızası, TBK m.584 uyarınca evli kişilerce verilecek kefil olma iradesinin geçerli olabilmesi için eş tarafından kefalet sözleşmesi öncesinde veya en geç sözleşmenin kurulması aşamasında verilmesi gerekmektedir. Bu anın belirlenmesindeki ispat külfeti alacaklıya aittir⁴³. Eşin rızası emredici nitelikte bir hüküm olup⁴⁴, bu hususun eksikliği kefalet sözleşmesinin kesin hükümsüz kılacaktır⁴⁵. Eşin rızası kanun gereği yazılı olmak zorundadır. Bu rızanın vücut bulacağı belge HMK m.199 anlamında herhangi bir belge olup, özellikle icra kefaleti anlamında icra tutanağı olması şart değildir. Eşin rızası somut ve belli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olarak verilmelidir, bu bağlamda genel nitelikte bir rıza verilmesi kefalet sözleşmesinin geçerli kurulmasına engel teşkil edecektir. Kanaatimizce icra memurunca yapılması gereken kefil olma beyanında bulunulması halinde şahsın kimliğini ibrazı üzerine evli olup olmadığını re'sen inceleyip evliliğin varlığı halinde eş rızasının sağlanmasını talep etmesi gerekir.

Evleviyetle belirtmek gerekir ki, kefalet sözleşmesinin geçerliliği, Türk Borçlar Kanunu ve diğer kanunların emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecek bir şekilde kurulmuş asıl borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır.

⁴² Eren, s. 785; Barlas, s. 217; Günay, s. 1623.

⁴³ Yavuz, s. 1378.

⁴⁴ Gümüş, s. 305; Eş rızasının aranmayacağı haller şunlardır; TBK m.584 uyarınca evli olan şahsın eşinin rızası almamış olması şu hallerde kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmaz; 1. Eşler hakkında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olması 2. Yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuş olması(Barlas, Yenilikler, s. 221), 6455 sayılı kanun 77. Maddesi ile TBK m.584. maddeye eklenen 3. Fıkra ile Ticari şirket ortakları içinde eş rızası şartı kaldırılmıştır. “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz”.

⁴⁵ “Yeni Borçlar Kanunu’nun 584. Maddesi, kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, eşin yazılı rızasını şart koşturmaktadır. Bu hükümde, rızanın kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kuruluşu anında verilmesi zorunlu görülmüştür.. Böyle bir rızanın gerekli olduğu hallerde eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesi “noksan” değil “kesin hükümsüz”dür. Çünkü kanunda eşin işleme sonradan onay vermesi yolu kapatılmıştır”, Oğuzman/Barlas, s. 205.

Kefalet sözleşmesinin yukarıda belirtilen şekil şartlarına aykırı olması halinde kesin hükümsüzlük kurallarının gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁴⁶. Bu durumda, kefalet sözleşmesi baştan itibaren hüküm ifade etmez, taraflar açısından bu durum bir itiraz sebebi teşkil ederken, hakim mevcut hükümsüzlüğü re'sen nazara almakla yükümlüdür. Kefilin baştan geçerlilik şartlarını taşımayan kefaletnameye sonradan icazet vermesi veya borcu ifa etmesi, kefaletnameyi geçerli hale getirmez⁴⁷.

2. İcra İflas Kanunu Uyarınca İcra Kefaletinin Geçerlilik Şartları

İİK'nda, icra kefaletinin geçerliliği hakkında herhangi bir hüküm bulunmamakta olup, esasen sorumluluğun niteliği belirtilmekle yetinilmiştir. Bu sebeple icra kefaletinin kendine özgü şartlarının tespiti yargı kararları ve uygulama ile belirlenmektedir. Buna göre icra kefaletinin genel kefalet sözleşmesi şartlarına ek olarak şu hususlar nazara alınarak kurulması gerekir;

- Usulüne uygun bir icra kefaleti kurulmuş olsa dahi, dosya borçlusuna (asıl borçluya) karşı yürütülen takibin kesinleşmesinden önce icra kefiline icra emri gönderilemez⁴⁸. Ancak asıl borçlu için muaccel hale gelmiş bir borç için kefile başvurulabilir.

- Takibin kesinleşmesi ile aynı sonucu doğuracak bir diğer şart borç miktarının kesinleşmiş olması gerekir. Bu sebeple dosya borcu asıl borçlu ve asıl alacaklı arasında ihtilaf konusu olmamalıdır.

- Kefilin kefil olduğu miktarın belirli olması gerekir. Kefilin sorumlu olduğu azami miktar, TBK m.538 uyarınca kefil tarafından kendi el yazısı ile belirtilmelidir. Kanun koyucunun miktarın belirtilmiş olmasını yeterli bulması EBK döneminden süre gelen miktarın rakamsal değerinin açıkça belirtilip belirtilmemesi hususundaki tartışmaları devam ettireceği açıktır. 1944 Tarihli bir İçtihada göre “*Kefalet senedinde kefilin ödeyeceği muayyen bir miktar gösterilmiş olup olmadığı ve senetten böyle muayyen bir miktarın*

⁴⁶ Gümüş, s.325; “Bir sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü gerektiren sebepler... sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması...” Kemal Oğuzman /Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 180

⁴⁷ Melek Fettah, “Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirtilmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan Cilt – 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 702.

⁴⁸ “*İcra kefaleti tüm dosya borcuna yönelik olup; bu kefalet borçlulardan sadece A. İçin verildiğine olanak bulunmamaktadır. Diğer borçlulardan şirket hakkında takip kefaletten önce kesinleşmiş olmasına göre, icra müdürlüğünün icra kefiline icra emri tebliğine ilişkin işlemi usul ve yasaya uygundur*”, YHGK 2010/22 E. 2010/60 K. 10/02/2010 T Kararı; Yarg. 12. HD. 2012/7930 E. 2012/30028 K. 18/10/2012 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

anlaşılması kabil olup olmayacağı hususu hakim tarafından re'sen nazara alınmalıdır" şeklinde belirtilmiştir. Kefilin sorumlu olduğu meblağın gösterilmemesi itiraz sebebidir⁴⁹. Yargıtay daha sonra verdiği kararlarında, kefilin sorumlu olacağı tutarın kefalet senedinde açıkça gösterilmesi ya da basit bir hesaplama ile tayin edilebilir olmasını benimsemiştir⁵⁰. Doktrinde rakamsal değer belirlenebilir olmasına dair farklı görüşler mevcuttur. Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda bir görüşe göre kefilin sorumlu olduğu meblağın kefalet senedinde rakamla gösterilmesi zorunlu olmayıp, kefalet senedinde yer alan hususların yorumuyla tayin edilebilir olmalıdır⁵¹. Bu konudaki bir başka görüşe göre rakamsal belirleme yapma hali bir zorunluluktur, kanun maddesindeki "miktar" ibaresi ile anlaşılması gereken rakamsal belirliliktir⁵². Kanaatimizce konuyu icra kefaletnameleri ile sınırlı olarak ele aldığımızda dahi rakamsal belirliliğin sağlanmış olmasının önem arz edeceğini belirtmek gerekir. Zira İcra kefil, kefil olduğu dosya borcunun, sorumluluk altına girdiği tarih itibarıyla hangi meblağ için imza atacağını bilmesi gerekir. Aksi halde cebri icra tehdidine maruz kalacağı gibi tazyik hapsi ile cezalandırılması dahi mümkün olacaktır. Kaldı ki TBK kefaletin kuruluşunu ağırlaştırılmış şekil şartlarına tabi tutma niyeti ile kefile yüklediği sorumluluğun "farkındalığını" sağlamak istemiştir. Bütün bu hususlar nazara alındığında, kefilin sorumluluğunu hesaplanabilir olması yeterli değildir, özellikle icra kefaletnameleri düzenlenirken "dosya borcunun tamamına" gibi ifadelerin TBK m.583 karşısında artık geçerli olmayacağı, kalem kalem tüm masraf kalemleri ile asıl meblağın toplam mı belirlendikten sonra icra kefilinin ya belirtilen tüm meblağ miktarınca yahut yine rakamla göstermek suretiyle belirli bir meblağın kadar olan kısma kefil olduğunu (Örneğin 5.000 TL'ye kadar) belirtmesi suretiyle imza atması gerekecektir.

49 Senai Olgaç/ Haydar Köymen, *İçtihatlarla İcra İflas Kanunu*, İsmail Akgün Matbaası, 2. Bası, 1965, s. 272.

50 Fettah, s.712; Yargıtay borcun tamamına ferileriyle beraber kefil olunduğu yahut dosya borcuna kefil olunduğu hallerde borç miktarının belirlenebilir olmasını yeterli görmektedir. Bir Yargıtay kararında "*Şikâyetçiler 30.12.2004 tarihli icra zaptını dosya borcunun tamamına ferileriyle birlikte icra kefil olduklarını beyanla imzalamışlardır. İcra zaptında borç miktarı yazılı değil ise de, bu haczin taalluk ettiği icra dosyasında alacak miktarı faizi ve takipten sonra istenen faiz oranı da bellidir. Şikâyetçiler kefalet ettikleri miktarı ayrıca sınırlandırmadıklarından tüm takip miktarıyla faiz ve oranlarıyla sorumlu oldukları ortadadır*", Yarg. 12 HD. 2005/15082 E.2005/19148 K. 06/10/2005 T. Kararı(Oskay/ Koçak/ Değnekli /Doğan, Cilt I, s. 730).

51 Fettah, s. 712.

52 Barlas, s. 221; Fettah, s. 712.

- Birden fazla dosya borçlusu olduğu durumlarda kefaletin borçlulardan sadece birine hasredildiği ya da tüm dosya borcuna verildiği hususunun saptanması gerekir⁵³,

- Kefaletin geçerli olabilmesi için, kefilin beyanının icra tutanağına geçirilmesi ve tutanağın altının imzalanması gerekir. İİK.m.8' e uygun şekilde tutanak düzenlenmiş olmalıdır⁵⁴,

- TBK'nun aradığı el yazısı şartına uyulması hususu ve özellikle kefilin kendi el yazısı ile yazacağı hususların icra müdürü tarafından doldurularak kefile imzalatılması şeklindeki icra kefilliğinin geçerli olmaz⁵⁵,

- TBK m.582'nin aksine icra kefaleti şarta bağlanamaz⁵⁶,

- İcra kefalet harcının yatırılması (2015 yılı için binde 9,48)⁵⁷ gerekir. Bu husus kefaletin kurulması anından sonra ve kefile icra emri gönderilene kadar tamamlanmalıdır.

İhtiyati haciz sırasında verilen icra kefaleti de geçerli olup, asıl borçlu hakkında takip iptal edilmediği sürece kefaletin geçerliliği devam eder. İhtiyati haciz halinde usulüne uygun icra kefaleti alınsa dahi, asıl borçluya yönelik ihtiyati haczi tamamlayıcı işlemler gerçekleştirilerek, asıl borçlu yönünden takip kesinleşmedikçe icra kefile icra emri çıkarılamayacağı gibi, borç

⁵³ YHGK 2010/22 E. 2010/60 K. 10/02/2010 T Kararı (www.hukuktürk.com).

⁵⁴ "Ayrıca İİK'nun 8/son maddesine göre icra tutanakları kapsadıkları husus hakkında aksi ispat edilebilen karine teşkil ederler. Yani icra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Ancak icra tutanağı bu hukuki işlemi belgelendiriyorsa (örneğin icra kefilliğinde-tutanak altı imzalanmış ise) o zaman tutanağın aksini ispat etmek ancak yazılı delil ile mümkündür", Yarg. 12. HD. 2010/21262 E, 2011/1181 K, 21/02/2011 T. Kararı (Hukuktürk).

⁵⁵ "Üçüncü kişi E.Y'nin "dosya borcu olan 93.454,71 TL'ye icra kefil olduğu" hususunu içeren haciz zabtı İcra Müdürünün el yazısı ile düzenlenmiş olup, Yasa'nın aradığı koşullara uygun değildir", Yarg. 8. HD. 2013/14327E. 2013/12865 K. 23/09/2013 T. Kararı; Yarg. 12. HD. 2013/15098 E. 2013/20781K. 04/06/2013 T. Kararı. "Somut olayda, borçlu icra kefaleti için icra müdür yardımcısının tuttuğu tutanağa göre icra kefil olmak istediğini belirtmişse de söz konusu tutanakta kefalet tarihinin olmadığı gibi müteselsil kefil olarak yükümlülük altına girdiğine ilişkin kendi el yazısıyla bir ifadenin yazılmadığı gibi evli ise eşinin rızasının alınıp alınmadığı hususu da belli değildir", Yarg. 12. HD. 2013/31202 E. 2013/37362 K. 26/11/2013 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

⁵⁶ Muşul, s. 1083; Yarg. 12. HD. 2010/33472 E. 2011/14889 K. 07/07/2011 T. Kararı (www.hukuktürk.com). TBK m.582 f.1 c.2'ye göre "gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir". Kefalet sözleşmeleri geciktirici yahut bozucu şarta bağlanabilirken icra kefaletleri niteliği gereği böyle bir şarta tabi tutulamaz. Ancak İcra kefaletinin belirli bir vade öngörülerek düzenlenmesi mümkün olabilecektir.

⁵⁷ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141230-12.htm>

miktarının kesinleşmemesi halinde takibin devamı da mümkün olmayacaktır⁵⁸.

İcra kefaletinin geçerliliğinin incelenmesi, kefile usulüne uygun bir icra emri gönderilmesi üzerine kefil tarafından yapılacak itiraz veya şikayet üzerine gündeme gelecektir⁵⁹.

İcra kefaletinin aksi ancak aynı kuvvette (ilam yahut ilam niteliğinde belge) ile ispatlanır⁶⁰. Bu sebeple geçerlilik şartları oluşmuş bir icra kefaletinin aksinin iddiası ancak bu nitelikteki bir belge ile mümkün olacaktır. Ayrıca İİK'nun 8/son maddesine göre icra tutanakları kapsadıkları husus hakkında aksi ispat edilebilen karine teşkil ederler. Yani icra tutanakları aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Ancak icra tutanağı bu hukuki işlemi belgelemediyse (örneğin icra kefilliğinde - tutanak altı imzalanmış ise) o zaman tutanağın aksini ispat etmek ancak yazılı delil ile mümkündür⁶¹.

B. İCRA KEFİLİNİN TAKİBİ VE SORUMLULUĞU

I. İcra Kefaletnamesinin İcrasında Usul

1. Kefile Karşı İcra Takibinin Başlatılması

İcra kefaletnameleri icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutulmuştur. İlamlı icra prosedürü içerisinde takip edilecek icra kefil, kefil olunan dosyaya bağlı olarak takip edilebileceği gibi yeni bir icra dosyası ile takibi de mümkündür.

Alacaklı icra kefaleti veren üçüncü kişiye karşı icra kefaletini icraya koyarak takibe girişebileceği gibi; asıl borçluya karşı başlattığı icra dosyasından takibin icra kefilini yöneltmesini isteyebilme hakkına sahiptir⁶². Birinci halde alacaklı borçlusu icra kefil olan yeni bir ilamlı icra takibine girişmektedir. Bu halde kefaletin sadece para borcu için verilebileceğinden ala-

58 “İhtiyati haciz sırasında takibin bilahare kesinleşmesi koşulu ile icra kefil olunması mümkündür”; Yarg. 2005/10611 E. 2005/14542 K. 04/07/2005 T Kararı; Yarg. 12 HD. 2010/21262 E. 2011/1181 K. 21/02/2011 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

59 Muşul, s. 1084; “...Ancak icra emri gönderildikten sonra kefilin itirazı üzerine kefaletin geçerli olup olmadığı incelenebileceğinden...”, Yarg. 12 HD. 2005/16843 E. 2005/20657 K. 24/10/2005 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

60 Yarg. 12. HD. 2010/33472 E. 2011/14889 K. 07/07/2011 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

61 Yarg. 12 HD. 2010/21262 E. 2011/1181 K. 21/02/2011 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

62 Tanrıver, s. 132.

caklı para ve teminat verilmesi hakkındaki ilamların icrası (İİK m.32) hükümleri uyarınca ilamlı icra takibine başvuracaktır. İkinci halde ise asıl dosya üzerinden müteselsil kefil niteliğindeki kefile karşı takibe başlanacak, bunun için ise öncelikle kefile aynı dosya üzerinden bir icra emri tebliğ edilmesi gerekir. Her iki halde de icra emri tebliği kefalet sorumluluğunun başlatılması için emredici niteliktedir. İcra emri tebliğ edilmeden kefile karşı hiçbir takip işlemi yapılamaz⁶³.

Ayrı bir dosya üzerinden icra kefiline ilamlı icra takibi başlatılıyorsa yetkili icra dairesi İİK m. 34 uyarınca her icra dairesi yetkili sayılacaktır. Bu halde asıl borçluya karşı başlatılan icra dosyası ile icra kefiline karşı başlatılan icra dosyaları farklı yer icra dairelerince görülebilmesi mümkündür.

Bu aşamada bir daha üzerinde durmak isteriz ki icra kefiline karşı başlatılacak ilamlı icra takibinin geçerliliği, hakkında takip yapılan asıl borçluya yönelik takibin kesinleşmesi şartına bağlıdır. Yargıtay asıl borçlu yönünden dosya borcu kesinleşmeden icra kefiline gönderilen icra emrinin usulsüz olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermektedir⁶⁴.

TBK m.590/1 gereği borçlunun iflası sebebiyle asıl borç daha önce muaccel olsa bile, belirlenen vadeden önce kefile karşı takibat yapılamaz. Aksi halde icra kefilisi vadenin gelmediğinden bahisle muacceliyet def'i imkanını kullanarak takibin iptalini sağlayabilir.

2. İcranın Geri Bırakılması, İcranın İadesi ve Zamanaşımı Halinde İcra Kefaletnamelerinin Durumu

a) “İcranın Geri Bırakılması” (İİK m.33) Açısından Durum

İİK m.32 uyarınca, kefile karşı başlatılan, para alacakları hakkında ilamların icrası yolu ile takipte icra kefilinin takibi ilamlı icra prosedürü içerisinde durdurabilme imkanı olabilecek midir? İster aynı takip dosyasında isterse ayrı bir takiple icra kefiline yönelen icra emri asıl borçlunun takip edildiği dosya ve borçtan sahip olunan itiraz sebepleri bakımından bağımsız kabul edilmelidir. İcra kefilisi alacaklıya karşı sahip olduğu itiraz sebeplerinin ilamlı icra prosedürü içerisinde ileri sürebilecektir. İİK m. 33 uyarınca kefil icra emrinin tebliğ edilmeden önceki yahut bu evreden sonraki aşamada kanunda

⁶³ “Somut olayda, icra kefilisi hakkında haciz uygulanabilmesi için öncelikle adı geçene icra emri gönderilmesi zorunludur”, Yarg. 12 HD. 2005/16843 E. 2005/20657 K. 24/10/2005 T. Kararı (Hukuktürk).

⁶⁴ Yarg. 12. HD. 2014/15028 E, 2014/17553 K, 17/06/2014 T. Kararı; Yarg. 12. HD. 2010/21262 E, 2011/1181 K, 21/02/2011 T. Kararı (Hukuktürk).

yazılı belgelerden birine dayanarak borcun ödendiği, kendisine mehil verildiği yahut zaman aşımı şartlarının gerçekleştiğini ileri sürerek icra mahkemesine müracaatla icranın geri bırakılmasını talep edebilecektir⁶⁵.

Burada önem arz eden husus Borçlar Kanunu ile müteselsil kefile sağlanan koruyucu nitelikteki yeni bir def'i kavramının varlığıdır. Kefile karşı başlatılan takipte TBK m. 590/2 kefilin aynı güvence göstermesi halinde kefile koruma kalkanı tanımaktadır. Söz konusu madde uyarınca "Aynı güvence sağlanması şartı ile kefil, hakimden mevcut rehinler paraya çevrilinceye ve borçlu aleyhine yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınca ya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasını isteyebilir". Doktrinde "takibin durdurulduğu def'i"⁶⁶ olarak adlandırılan ve müteselsil kefil koruyucu etki doğuran bu def'i ile müteselsil kefil sıfatını haiz icra kefil kendine yönelen icra takibini durdurma imkanına sahip olmuştur. Zira burada kanun koyucu belirli şartların varlığı halinde takibin belirli bir süre boyunca duracağına hükmetmektedir. Burada TBK hükmünden doğan, icra takibinin geçici durdurulması hali söz konusu olmaktadır. Öncelikle bu şartlar şu şekilde sıralanabilir;

- Kefile yönelik bir takibin başlamış olması,

- Kefilin aynı teminat göstermesi (şahsi teminat yeterli görülmemiş ayrıca genel kabul gören görüşe göre bu teminat kefilin sorumlu olduğu en yüksek tutarı karşılayacak ölçüde olmalı⁶⁷),

- Hakim tarafından takibin durdurulmasına karar verilmelidir. Esasen TBK m.590/2 ile getirilen bu imkan İİK m.33 uyarınca borçluya mehil verilmesi halidir⁶⁸. Dolayısıyla başvuru hakim İcra Mahkemesi hakim olacaktır.

İcra kefil kendisine karşı başlatılan takibi durdurabilme açısından sahip olduğu imkanlar sınırlı olması ve icra kefaletinin ilam niteliğinde belge olması sebebi ile tehiri icra talebinde bulunması mümkün değildir. Yine ilam dengi belge olmasının bir sonucu olarak kefil imza inkârında da bulunamaz.

65 "İİK'nun 33. Maddesinde düzenlenen icra emrine itiraz yolu(yani icranın geri bırakılması), yalnız mahkeme ilamına dayalı icra takiplerinde değil, ilam hükmünde olan belgelere istinaden yapılan ilamlı icra takiplerinde de uygulanır" Yarg. 12. HD. 2011/9706 E., 2011/28061 K., 05/12/2011 T. Kararı.

66 Grassinger, s. 124.

67 Gümüş, s. 374.

68 Gümüş, s. 376.

b) “İcranın İadesi” (İİK m.40) Açısından Durum

Asıl borçluya yöneltilen takibin ilama dayalı olması ve ilamın temyiz edilmesi halinde, Yargıtay’ın bozma kararının icra kefiline etkisi olacak mıdır? İİK m.40 bir ilamın Bölge Adliye Mahkemesince kaldırılması veya temyizen bozulması icra işlemlerini bulunduğu aşamada durdurucu etkiye sahip olduğunu belirtmektedir. Müteselsil kefil statüsündeki icra kefilinde aynı kural uygulanacak ve ona karşı da artık hiçbir işlem yapılamayacaktır.

Yargıtay tarafından verilen bozma asıl borçlu aleyhine olursa icra muameleleri devam eder. Yerel mahkeme bozma üzerine yeniden hüküm verene dek icra işlemlerinin devamı mümkündür⁶⁹. Yargıtay’ın verdiği bozma asıl borçlu lehine hüküm içerdiği takdirde İİK m.40 devreye girecektir. İlamın Yargıtay’ca bozulması takibi durdurur, fakat bozma kararı başlı başına icranın iadesi için yeterli değildir. İcranın iadesi için yerel mahkemenin bozma kararına uyması ve bu uyma sonucunda davayı kısmen yahut tamamen reddetmesi ve bu kararında kesinleşmesi gerekir. Zira bu halde asıl borçlunun hiç yahut takip miktarınca borçlu olmadığı kesin olarak belirlenmiş olacaktır⁷⁰.

Asıl borçlu hakkında verilen icranın iadesi kararı icra kefilini doğrudan etkileyecektir. Kefilin borcunun asıl borca bağımlı (fer’i) nitelikte olması nedeni ile asıl borçlunun hiç yahut takibe konu miktar kadar borçlu olmadığı mahkeme kararı ile kesinleşmesi halinde, icra kefilinin sorumluluğu da kesinleşen meblağ ile sınırlanacaktır.

⁶⁹ Yarg. 12 HD., 2002/5155E., 2002/6122K., 26/03/2002 T. Kararı; “İİK’nun 40. Maddesine göre bir ilamın bozulması halinde icra muamelesinin olduğu yerde durdurulmasına karar vermek gerekirken takibin iptaline karar verilmesi doğru değildir”, Yarg. 12 HD. 2002/2540 E., 2002/3888K., 20/02/2002 T. Kararı; “İlamın bozulması ve bozmadan sonra yeniden yargılama yapılarak hüküm altına alınması halinde, hükmün içeriğine göre infaza devam edilmesi zorunlu olup, borçluya ayrıca icra emri tebliğ edilmesine gerek yoktur”, Yarg. 12 HD. 2002/4939 E., 2002/6118 K., 25/03/2002 T. Kararı; “İİK m.40 uygulanması sadece takibi olduğu yerde durdurur. Konan hacizlerin kaldırılmasını gerektirmez. Haczin kaldırılmasına karar verilmesi isabetsizdir”, Yarg. 12.HD. 2001/19407E., 2001/19959 K., 26/11/2001T. Kararı.

⁷⁰ Muşul, s. 1104; “Yargıtay bozma kararı sonucu yeni bir hüküm kurulmadığından ve davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğinden, bozmadan evvelki ilam uyarınca tahsil edilen paranın borçluya İİK m.40 uyarınca iadesi gerekir”, Yarg. 12.HD, 2001/7818E., 2001/8700 K., 17/05/2001 T. Kararı.

c) Zamanaşımı Yönünden Durum

İcra kefaleti zaman aşımı bakımından Borçlar Kanunu hükümlerine değil, hakkında özel bir düzenleme bulunması nedeni ile İİK m. 39 hükmüne tabidir. Söz konusu hükme göre ilama dayalı takipler on senelik zamanaşımı süresine tabidirler⁷¹. Bu süre belirlenirken, icra kefilisi hakkında başlatılan takipte ki son işlem tarihi, on yıllık süre için başlangıç tarihi olur.

İcra kefaleti zaman aşımı bakımından dosya borçlusunun asıl alacaklı ile olan borç ilişkisinden bağımsızdır. Bu nedenle borçlu ile alacaklı arasındaki takibin dayandığı borç ilişkisi bir kambiyo senedine bağlı olsa dahi icra kefilisi açısından kambiyo senedi ile ilgili zamanaşımı kuralları uygulanmaz⁷².

II. İcra Kefaletnameleri Çerçevesinde İcra Kefilinin Sorumluluğu

1. Sorumluluğun Başlangıcı ve Kapsamı

TBK md. 581’de yer alan kefalet sözleşmesi tanımında kefilin sorumluluğunun sınırlarını açık bir şekilde ifade edilmektedir. Buna göre tarafları kefil ve alacaklı olan kefalet sözleşmesinde kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenmektedir. Bu sorumluluk uyarınca kefil ne borçlunun ifa etmediği borcu ifaya uğraşacak ne de borçlunun ifasını sağlamaya yönelik gayret göstermeye uğraşacaktır. Kefil sadece borcun ödenmemesi halinde alacaklının uğradığı zararı para olarak ödemekle yükümlüdür⁷³.

Kefilin sorumlu olacağı meblağın sınırı TBK m.589 belirtilmiştir. Buna göre kefil her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara kadar sorumludur. Aynı maddede kefilin sorumluluk kapsamına giren alacak kalemleri de açıkça gösterilmiştir⁷⁴. Azami sınır ile belirlenen meblağ ile asıl

⁷¹ Talih Uyar, İlamlı Takipler, 2. Bası, Feryal Matbaası, 1991 Manisa, s. 92; Oskay /Değnekli/ Koçak/ Doğan, s.751.

⁷² Muşul, s. 1085.

⁷³ Yavuz, s. 1361.

⁷⁴ TBK m. 589/2 uyarınca “aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa kefil, belirtilen azami miktarla sınırlı olmak üzere, aşağıdakilerden sorumludur:

1. Asıl borç ile borçlunun kusur veya temerrüdünün yasal sonuçları,

2. Alacaklının, kefile, onun borcu ödeyerek yapılımlarını önleyebileceği uygun bir zaman önce bildirmesi koşuluyla, borçluya karşı yönelttiği takip ve davaların masrafları ile gerektiğinde rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflar,

borç farklı kavramlardır. Azami meblağ sınırı, asıl borç ve ferilerinden oluşur. Bu bağlamda kefil, kefil olacağı meblağı üst bir limit belirleyerek (azami meblağ sınırı) oluşturabileceği gibi sadece asıl borçla da sınırlandırabilir⁷⁵.

TBK ile gösterilen kapsam madde gerekçesinde belirtildiği üzere emredici nitelikte olmayıp taraflarca aksinin sözleşmede kararlaştırılması mümkündür. Bu çerçevede icra dairesinde gerçekleştirilen kefalet kapsamında dosya borcu, işlemiş faizler, takip masrafları ve diğer masrafların tek tek hesaplanarak toplam meblağın parasal değer olarak rakamla belirlenmesi gerekir⁷⁶. Ancak bu hususun da emredici nitelikte olmadığını belirtmek gerekir.

Birden fazla borçlunun bulunduğu icra takiplerinde kefilin kefalet iradesi önem taşır. Özellikle kefile müracaat etmeden takibin kesinleşmesi gerekliliği yönünde kendini göstermektedir. Takibin tüm dosya borçluları yönünden mi yoksa sadece kefil olduğu varsayılan borçlu yönünden mi kesinleşmiş

3. İşlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri". Kanun gereği asıl borç dışında kefilin sorumlu tutulduğu ferî alacaklar 589. Maddede gösterilmiştir.

⁷⁵ Yargıtay özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran kira sözleşmelerindeki kefalet halinin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla, kefilin sorumluluğunu kira süresi ile sınırlamakta ve bu sınırlar içinde geçerli olmasını kefilin sorumlu olacağı meblağın azami sınırlarının belirlenmiş olmasına bağlamaktadır. "Kefilin sorumluluğu kira müddeti ile sınırlıdır. Sorumluluğunun devam edebilmesi için, bu müddetin ve kefilin sorumlu olabileceği miktarın, azami haddinin tayin edilmiş olması gerekir. Talep edilen alacak ilk kira dönemine ait olmayıp uzatılan kira dönemine ilişkindir, Davacının istediği ve mahkemece hüküm altına alınan kalemler hor kullanma tazminatı ile, ödenmeyen kira, apartman aidatı ve su bedeline ilişkin olup, sözleşmenin düzenlendiği tarihte kira miktarı dışında hor kullanmadan meydana gelen hasarlardan kefilin sorumlu olduğu ve bunun miktarı belirlenmiş değildir. Bk. 484. madde ve 12.4.1944 günlü 14/13 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı gereğince kefilin sorumlu olacağı miktarın belirtilmesi kaydı ile uzatılan süre için kefalet sözleşmesi geçerlidir. 6570 sayılı Kanununun 11. maddesi uyarınca, kira sözleşmesinin uzaması halinde kiracının kira borcuna bir yıl için kefalet eden kefilin sorumluluğunun uzamasını gerekli kılmaz. Bu nedenle sözleşmenin 9. maddesindeki (kefilin kefaleti bir sene için olmayıp, mukavelenin devamı müddetince geçerlidir. Kefil bundan hiçbir suretle imtina edemez.) şeklindeki hüküm, ne kadar uzayacağı belli olmayan bir süreye ilişkin olduğu için, ilk yılın dışındaki kira paraları yönünden ve kötü kullanmadan doğan zararlar içinde kefilin sorumlu olduğu miktar belirtilmediğinden ve kefilin sınırsız sorumluluğa götüreceğinden kefilin bağlamaz ve geçersizdir. Bu durumda kefil olan davalı K. E. hakkındaki davanın reddi gerekir. Mahkemece aksi yazılı düşüncelerle davalı K. E. hakkındaki davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir", Yarg. 13 HD. 2002/ 2127E, 2002/3628 K. 04/04/2002 T.Kararı.

⁷⁶ Tanrıver, s. 129.

olması hali, kefillik iradesinin tüm dosyaya mı yoksa tek bir borçluya mı hasredildiğine göre değişmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında “ şikayetçi icra kefilinin “dosya borcuna kefil” olduğu, borçlulardan sadece birisine kefil olduğu konusunda herhangi bir belirlemede bulunmadığı belirgindir... durum bu olunca, icra kefaleti tüm dosya borcuna yönelik olup; bu kefaletin borçlulardan sadece A. İçin verildiğini kabule olanak bulunmamaktadır. Diğer borçlulardan şirket hakkında takip kefaletten önce kesinleşmiş olmasına göre, icra müdürlüğünün icra kefiline icra emri tebliğine ilişkin işlemi usul ve yasaya uygundur”⁷⁷.

İcra kefilinin sorumluluğunun doğması için öncelikle kefil olunan dosyadan yahut ayrı bir icra dosyasından usulüne uygun icra emri düzenlenip tebliğ edilmesi gerekir. Bu tebliğ ile kefilin şikayet ve icranın geri bırakılması gibi hakları ile kefil olunan meblağın ödenmesi yönündeki yükümlülüğü başlayacaktır.

Kefilin sınırı aşan ödemede yapması halinde fazla ödenen miktar sebep-siz zenginleşme hükümlerine göre alacaklıdan talep edilebilir⁷⁸. İcra kefaleti açısından duruma bakıldığında icra takibi esnasında ödemede bulunduğu için şartları gerçekleşmesi halinde istirdat davası yolu ile tahsil edilebilir⁷⁹.

2. Sorumluluğun Müteselsil Kefalet Hükümünde Olması

İİK m. 38 uyarınca icra dairesinde tanzim olunan kefaletin müteselsil kefalet hükümündedir. Belirtildiği üzere adi kefalet yerine müteselsil kefalet hükümlerinin benimsenmesi alacaklının hakkını kuvvetlendirme maksadından kaynaklanmaktadır⁸⁰.

Müteselsil kefalet halinin ayırt edici temel özelliği, alacaklıya esas borçluya başvurmadan doğrudan doğruya kefile başvurabilme imkanı tanınmasıdır. TBK m.586 uyarınca alacaklının müteselsil kefile müracaat edebilmesi için bazı koşulların oluşması gerekir. Bu koşullar şunlardır;

- Borçlunun ödemede temerrüde düşmesi (ifada gecikme),
- Alacaklı tarafından bu hususun ihtar edilmiş olması (bu ihtar asıl borçluyu temerrüde düşürmek için yapılan temerrüt ihtarından farklıdır),

⁷⁷ YHGK 2010/22 E. 2010/60 K. 10/02/2010 T Kararı (www.hukuktürk.com).

⁷⁸ Gümüüş, s. 364.

⁷⁹ Yarg. 11.HD. 2003/799 E. 2003/6546 K. 19/06/2003 T. Kararı (www.hukuktürk.com).

⁸⁰ Tanrıver s. 130, dp. 147.

- İhtar şartına alternatif olarak asıl borçlunun açıkça ödeme güçlüğü içinde olması hali, borçlunun ödeme güçsüzlüğü açıkça anlaşılıyorsa alacaklı tarafından ayrıca ihtar edilmesine gerek yoktur. Ödeme güçsüzlüğü hali için örneğin borçlunun iflasına karar verilmesi, konkordato mühleti verilmesi yahut asıl borçlu hakkında kesin aciz belgesi alındığı haller gösterilebilir. Bununla beraber doktrinde asıl borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkansız hale gelmesi veya önemli ölçüde güçleşmesi hali de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁸¹.

Bu şartların oluşması halinde alacaklı doğrudan kefilin sorumluluğuna müracaat edebilecektir. İcra kefilisi açısından bu şartların oluşup oluşmadığının incelenmesi ve şartların oluştuğu dikkate alınarak kefile icra emri tebliğinin yapılması gerekir. Kanaatimizce bu incelemenin yapılmaması ve şartlarının oluşmadığı evrede kefile icra emri gönderilmesi kanuna aykırılık nedeni ile şikayet sebebidir. Kefil böyle bir icra emrine karşı süre sınırlaması olmaksızın icra mahkemesinde şikayet hakkını kullanabilmelidir.

Asıl borçlunun ifada gecikmesi icra takibin başlangıcında mevcut olacağı için kefil açısından da varlığı mevcut olan bir husustur. Zira çoğu zaman ifada gecikme sebebiyle takip başlamaktadır. İkinci şart olan seçimlik durumun (ihtar yahut aciz hali) gerçekleşmesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. İcra takibinin borçluya tebliğ edilmesinin hukuki sonuçlarından borçluyu temerrüde düşürmek⁸² olduğuna göre şartlardan ilkinin niteliği gereği icra kefilisi açısından gerçekleştiğini söyleyebiliriz. Bu sebeple alternatifi olan aciz halinin varlığını aramaya gerek kalmayacaktır.

TBK m.586 uyarınca müteselsil kefalet hükümlerinin doğması ancak bu kefalet türünün açıkça benimsendiğini ifade edilmesine bağlı tutulmuştur. Buna karşın İİK m.38 icra kefaletlerinin müteselsil kefalet hali olduğunu madde metninde açıkça belirtmiştir. Bu halde acaba icra kefaletinin belirtildiği tutanakta müteselsil kefalet anlamına gelecek bir ibarenin bulunması mecburi midir? TBK m. 586 gereği müteselsil kefillik anlamına gelen bir ibarenin⁸³ kefilin kendi el yazısı ile belirtilmesi, müteselsil niteliğin kabulü

81 Gümüş, s. 348.

82 “Borçlu daha önce temerrüde düşmemiş ise, takip talebinde bulunulması ve ödeme emrinin borçluya tebliği ile (borçlu) temerrüde düşer. Fakat Yargıtay 11,13 ve 19. Hukuk Daireleri takip talebinin yapıldığı tarihte temerrüde düşeceği görüşündedir. Kanımca borçlu takip talebi tarihinde değil, kendisine ödeme emri tebliğ edildiği tarihte temerrüde düşer”, Kuru, El Kitabı, s. 207.

83 “Kefalet sözleşmesinden, kefilin müteselsil kefil sıfatı ile borçlanma iradesinin anlaşılması gerekir. Bununla beraber, sözleşme metninde mutlaka “müteselsil kefil” deyiminin kullanılması şart değildir; kullanılan kelimelerden müteselsil kefalet iradesinin anlaşıl-

için geçerlilik şartıdır. Borçlar kanununun bu hükmünün emredici nitelikte olduğunu kabul edersek İİK m.38 maddesinin varlığına rağmen müteselsil kefalet halinin belirtilmesini aramak gerekecektir. Bu hususta bir görüşe göre, bu ibarenin bulunması emredici nitelikte olmadığını ve müteselsil kefilliğe dair ibarenin bulunmaması halinde dahi İİK m. 38'in açık hükmü gereğince müteselsil kefalet halinin varlığının doğacağını kabul etmektedir. Bu ibarenin bulunmaması halinde kefilin, esasen kefil olma iradesinin adi kefaletle ilişkin olduğunu ileri sürmesi kabul edilmeyecektir⁸⁴. Bir diğer görüşe göre, üçüncü kişinin adi kefalet verme isteğinin icra müdürünce reddedilmesi gerektiğini fakat alacaklının adi kefaletle onay vermesi halinde icra müdürünün bu kefaleti icra takibi açısından kabul edebileceği görüşündedir⁸⁵. Başka bir görüşe göre,⁸⁶ icra kefaletlerine müteselsil kefalet hükmü tanınması gereksiz ve yersizdir, zira icra kefaletleri ilam hükmünde olduğundan infaz kabiliyeti kuvvetlendirilmiştir ve ilamlar her türlü kefaletten daha güçlü bir teminattır. Bu gerekçe ile müteselsil yahut adi kefalet hükümlerine tabi olmasının bir önemi kalmamıştır. Kanaatimizce alacaklının kabulü ile dahi adi kefalet hükümleri icra kefil hakkında uygulanamaz. Zira icra kefaleti ilam niteliğinde bir belge olması, kefilin sorumluluğunun önemli ölçüde borçlunun sorumluluğu yerine geçmesi⁸⁷ ve kanunun açık hükmü karşısında (bu noktada özgür iradenin geçerliliği söz konusu olmayacaktır) icra kefilliğinin niteliği adi kefaletle cevaz vermeyeceği açıktır.

Müteselsil kefillik hali gereğince dosyaya kefil olan üçüncü kişi dosya borcundan yahut bu borcun sınırlandırılması halinde belirtilen meblağdan kendi malvarlığından sorumlu olur.

SONUÇ

Üçüncü kişinin borcunu taahhüt etme borcu içeren icra kefaletnameleri, icra takibi esnasında, alacaklının elini kuvvetlendiren ve borçluya borcunu

ması yeterlidir. TBK m.586/1' de "müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse" demek suretiyle bu husus ifade edilmiştir", Aral / Ayrancı, s. 454.

84 Reisoğlu, s.142.

85 Tanrıver, s. 131.

86 Tanrıver, s. 131, dp. 150.

87 "İcra kefaletlerine müteselsil kefalet niteliğinin verilmesi sonucunda, kefilin sorumluluğu tali bir sorumluluk olmaktan çıkartılıp; asli bir sorumluluğa dönüştürülmüştür", Tanrıver, s. 131.

ödeyememe halinde destek imkanı vermesi bakımından geniş bir uygulama alanına sahip bir cebri icra kurumudur.

İcra kefaletnameleri her ne kadar İcra iflas Kanunu'nda düzenlenmiş olsa da söz konusu kanun bu kuruma ait çok sınırlı bilgi içermektedir (ilam niteliğini haiz olduğu ve müteselsil borçluluk hali). İcra kefaletnamelerinin işlevi, geçerliliği ile hukuki temelleri Borçlar Kanunu'da yer alan esaslara dayanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun yenilenmesi ve yine Türk Borçlar Kanununa 6455 sayılı kanunla yapılan değişiklikler çerçevesinde icra kefaletnamelerinin uygulanabilirliğine yönelik önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu değişiklikler ile kefaletin kurulmasını sağlayan ve aksi mümkün olmayan şekil kuralları getirilmiştir. Kefalet sözleşmesi özünde üçüncü kişiye ait bir borcun üstlenilmesi halinin yaratılması olduğundan, Kanun koyucu teminat borcu üstlenen kişiyi koruyucu nitelikte şekil kuralları tayin etmiştir. Yargıtay kararlarında da sıkça vurgu yapıldığı üzere kefilin sorumlu olduğu azami miktarın tespiti ile bu miktarı kendi el yazısı ile yazması ve imzalaması, kefilin üstlenmeyi kabul ettiği borcun ciddiyetine varması bakımından önemli olduğu kadar kefaletin kurulması açısından da elzemdir. Yine değişiklikler çerçevesinde eş rızası aile birliğinin korunması amacı çerçevesinde getirilmiştir. Bu kurallara aykırılık halinin icra kefaletinin kesin hükümsüz olması sonucunu doğuracağı açıktır.

KAYNAKÇA

- Aral Fahrettin / Ayrancı Hasan, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınevi, 10. Bası, Ankara, 2014.
- Ayan Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Mimoza Yayınları, 9. Baskı, Konya, 2015.
- Barlas Nami, “*Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler*”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler Tebliğler, Çiğdem Kırca, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayın evi, Ankara, 2014.
- Fettah Melek, “*Kefaletin Geçerliliği Bakımından Azami Meblağın Belirtilmesi*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan Cilt – 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Gümüş Alper, *Borçlar Hukuku Özel hükümler C.II*, Vedat Kitabevi, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Günay Cevdet İlhan, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- Grassinger Gülçin Elçin, “*TBK’nda Kefilin Savunma İmkanları ve Kefaletin Sona Ermesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’ a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Legal Yayınevi, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Kayar İsmail, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler/ Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2015.
- Kuru Baki, *İcra İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Muşul Timuçin, *İcra ve İflas Hukuku Cilt II*, 6. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2013.
- Nomer Haluk N, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, 13. Bası Ağustos İstanbul, 2013.
- Oğuzman Kemal / Barlas Nami, *Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar*, Vedat Yayınevi, 20. Bası, İstanbul, 2014.
- Oğuzman Kemal / Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2014.

Olgaç Senai / Köymen Haydar, *İçtihatlarla İcra İflas Kanunu*, İsmail Akgün Matbaası, 2. Bası, 1965.

Oskay Mustafa / Koçak Çoşkun / Deynekli Adnan / Doğan Ayhan, *İcra İflas Kanunu Şerhi Cilt I*. Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Özen Burak, *Kefalet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul, 2008.

Pekcanitez Hakan / Atalay Oğuz / Sungurtekin Özkan Meral / Özekes Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara, 2012.

Reisoğlu Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Cem Web Ofset San. Tic. Ltd. Şti, Ankara 2013.

Tanrıver Süha, *İcra ve Temyiz Kefaletleri*, Ankara Barosu Dergisi, 1989/6, s.972 vd.

Tanrıver Süha, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1996.

Uyar Talih, *İcra İflas Kanunu Şerhi C.2*, Feryal Matbaacılık, 2. Bası, Ankara, 2009.

Uyar Talih, *İlam Dengi Belgeler*, Ankara Barosu Dergisi 2004/3, s.69 vd.

Uyar Talih, *İlamlı Takipler*, 2. Bası, Feryal Matbaası, Manisa, 1991.

Yavuz Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Zevkliler Aydın / Gökyayla Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, 14. Bası, Ankara, 2014.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141230-12.htm>

www.hukukturk.com