

YAŞAR HUKUK DERGİSİ YAŞAR LAW REVIEW

CİLT 3

SAYI 2

TEMMUZ 2021

VOLUME 3

ISSUE 2

JULY 2021



YAŞAR
ÜNİVERSİTESİ

SAHİBİ

(Yaşar Üniversitesi Rektörlüğü adına)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER

YAYIN KURULU BAŞKANI (EDİTÖR)

Dr. Öğr. Üyesi Candide ŞENTÜRK

İNGİLİZCE EDİTÖR

Öğr. Gör. David BRODY

EDİTÖR YARDIMCILARI

Araş. Gör. Zeynep Aslı ÖZKAN

Araş. Gör. Aslı AYKUTALP

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

Prof. Dr. Fevzi DEMİR

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ

Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

Prof. Dr. İsmail KIRCA

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN

Prof. Dr. Işıl ÖZKAN

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Prof. Dr. Yıldırım ULUER

Prof. Dr. Veliye YANLI

YAŞAR HUKUK DERGİSİ

CİLT 4 SAYI 2 TEMMUZ 2021

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER*

TÜRKİYE’DE İÇ GÜVENLİK VE KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLER ARASINDAKİ İLİŞKİNİN
AYM KARARLARINA YANSIMASI.....7

Dr. Öğrt. Üyesi Deniz ACARAY

KAMU DÜZENİ KAVRAMININ SPORTİF FAALİYETLER YÖNÜNDEN ETKİLERİ (İDARE
HUKUKU ODAKLI BİR ANALİZ).....35

Dr. Öğrt. Üyesi Onur KAPLAN

ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR İŞİĞİNDA YARGI MENSUPLARININ
ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ.....84

Dr. Bahattin ARAS

KİŞİLİK HAKKI PERSPEKTİFİNDEN KADIN CİNAYETLERİNDE HÜKÜMLÜNÜN
UNUTULMA HAKKI.....129

Ar. Gör. Buket GÜNAY

ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA İSTİHKAK DAVASI (REI
VINDICATIO).....161

Av. Aybüke ÖZDAĞ

* Makaleler, yazarların akademik unvanı ve adlarına göre sıralanmıştır.

ROMA HUKUKUNDA ZİLYETLİĞİN KORUNMASINA YÖNELİK HUKUKİ ÇARE:
INTERDICTUM.....189

Av. Ecenur BARUTÇU

YAŞAR LAW REVIEW

VOLUME 2, ISSUE 2, JULY 2021

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES (Refereed) *

REFLECTION OF THE RELATION BETWEEN INTERNAL SECURITY AND PUBLIC FREEDOMS IN TURKEY IN THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT.....7

Dr. Öğrt. Üyesi Deniz ACARAY

EFFECTS OF THE CONCEPT OF PUBLIC ORDER ON SPORTIVE ACTIVITIES (AN ANALYSIS FOCUSED ON ADMINISTRATIVE LAW).....35

Dr. Öğrt. Üyesi Onur KAPLAN

THE FREEDOM OF ASSOCIATION OF JUDICIAL MEMBERS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND REPORTS.....84

Dr. Bahattin ARAS

CONVICT'S RIGHT TO BE FORGOTTEN IN FEMICIDES FROM THE PERSPECTIVE OF PERSONAL RIGHT.....129

Ar. Gör. Buket GÜNAY

ACTION OF REPLEVIN IN ROMAN AND TURKISH LAW (REI VINDICATIO).....161

Av. Aybüke ÖZDAĞ

* Articles are ordered according to the academic titles and names of the authors.

LEGAL REMEDY FOR THE PROTECTION OF POSSESSION IN ROMAN LAW:
INTERDICTUM.....189

Av. Ecenur BARUTÇU

TÜRKİYE'DE İÇ GÜVENLİK VE KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLER ARASINDAKİ İLİŞKİNİN AYM KARARLARINA YANSIMASI

*Dr. Öğrt. Üyesi Deniz ACARAY**

ÖZET

Bu çalışmada; her devletin en temel amaç ve görevleri arasında yer alan güvenlik olgusu, iç güvenliğin sağlanması ile kamusal özgürlüklerin güvenceye kavuşturulması açısından ele alınmaktadır. İç güvenlik ile kamusal özgürlüklerin sağlanması, özgürlük-güvenlik dengesi temelinde ele alınarak; devletin kamu düzenini tesis etmesini sağlayan kamu otoritesi, kamusal özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel ölçütlerin yerine getirilmesi bakımından devletin yükümlülükleri ve bu alandaki mevzuatın uygulanmasından doğan hak ihlalleri incelenmiştir. Bu türdeki hak ihlalleri, Anayasa Mahkemesi'nin Eylül 2012'den itibaren aldığı bireysel başvuru kararlarına ilişkin istatistik temelinde ele alınmış, bazı Anayasa Mahkemesi kararları ve Yüksek Mahkemenin hükme esas kıldığı gerekçeleri özetlenmiştir. Yapılan değerlendirme ve tartışmaların Genel Kamu Hukuku alanında literatüre katkı sağlaması amaçlanmaktadır.

Anahtar kelimeler: İç güvenlik, milli güvenlik, kamusal özgürlükler, kolluk, hak ihlalleri.

REFLECTION OF THE RELATION BETWEEN INTERNAL SECURITY AND PUBLIC FREEDOMS IN TURKEY IN THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

In this study, the concept of security, which is among the most basic goals and duties of every state, is discussed in terms of ensuring internal security and public freedoms. The provision of internal security and public freedoms has been examined on the basis of the freedom-security balance. The public authority that enables the state to establish public order, the obligations of the law enforcement in terms of fulfilling the basic criteria in limiting public

* Dr. Öğretim Üyesi, Polis Akademisi Başkanlığı Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Ceza Adaleti ABD Öğretim Üyesi, denizacaray@yahoo.com, ORCID: 0000-0003-2675-9333.

freedoms and the violations of rights arising from the implementation of the legislation in this field are discussed. In order to set an example for such violations of rights, the individual application statistics of the Constitutional Court since September 2012 were examined, and some of the Constitutional Court verdicts and the justifications of the Court were summarized. The evaluations and discussions are intended to contribute to the literature in the field of General Public Law.

Keywords: Internal security, national security, public freedoms, police, violation of the rights.

GİRİŞ

Yöneten-yönetilen ayrımının oluştuğu her toplumda gelişen iktidar olgusu, bilinen tarih boyunca siyaset bilimi ve onun beslendiği diğer bilgi kaynaklarının en temel çalışma konusunu teşkil etmiştir. Literatürde, sosyolojik ve siyasal anlamda iktidarın varoluş sebepleri ile ilgili pek çok teorinin arasında iki temel çıkış noktası dikkat çeker. Bunlardan ilki, ekonomik faaliyetlerden hareketle David Easton tarafından geliştirilen teoride, diğeri ise düşman olgusundan hareketle Carl Schmitt tarafından oluşturulanda görülebilir. Esasen her iki teori de incelendiğinde; temelde güvenliğin sağlanması ihtiyacının belirlilik kazandığı anlaşılır. Birinde üretim faaliyetleri sonucunda artık ürün (ihtiyaç fazlası üretim) elde edilmesiyle gelişen pazarın ve ticaretin güvenliği, diğeri ise bir şekilde sahip olunan (verimli) toprakların ve üzerinde yaşayan insanların nezdinde sahip olunan hükmetme gücünün güvenliği mevzu bahistir. Easton'ın teorisinde sahip olunan kıt kaynakların dağıtımı ile ilgili olarak güvenliğin içerde sağlanması, Schmitt'in teorisinde ise biz ve diğeri (dost-düşman) ayrımından hareketle güvenliğin dışa yönelik olarak sağlanması söz konusudur¹.

Literatürde genel olarak ifade edildiği üzere; siyasi iktidarın kurumsallaşması² ile oluşan devletlerin, egemenliğin tesisi bakımından varoluşsal işlevlerinin öbeğinde yine güvenlik gelir. Modern devlet yapılarının tarih sahnesinde baş göstermesiyle eş zamanlı olan modern demokrasi anlayışı ya da insan hakları değerlerinin, devletlerin yükümlülüklerinin

¹ Poggi, Gianfranco: Modern Devletin Gelişimi, 2.Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 19-28.

² Akal, Cemal Bali (Editör): Devlet Kuramı, 2.Baskı, Dost Kitabevi, 2005, s. 14.

belirleyicisi³ olmadan evvel güvenlik, bir devletin halkının güvenliğinden ziyade topraklarının güvenliği olarak kabul edilirdi⁴. Bu uğurda binlerce yıl süren savaşlarda ordular ve halk kitleleri birbirlerini katletmişlerdir. Bununla birlikte bu savaşlara meşruiyet sağlayan aktörler günümüzde de örtülü olarak varlığını sürdüren din referanslı silahlı örgütler olmuştur. Referans kaynağı ne olursa olsun, savaşıma potansiyeli olan tüm örgütlerin sürdürülebilirliklerini sağlayabilmelerinin tek yolu, uğruna savaştıkları (savaştıkları algısını yarattıkları da dâhil) halkların güvenliğini sağlamaktır. Güvenlik tehdidinin sürekli ve zaman zaman artan oranlarda gerçekleşmesi, savaşın gerekli kıldığı başta insan kaynağının ve onun ürettiği ekonomik ve silah kaynağının en önemli motivasyon aracıdır. Güvenliğin varlığından ve güvende olmaktan ziyade güvende olmamak ya da güvende hissetmemek, tarih boyunca iktidarların varlık ve işlemlerine meşruiyet kazandıran en önemli gerekçe olagelmıştır.

I. İÇ GÜVENLİK VE KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

Genel olarak “emniyette olmak, varoluşunu teminat altına almak” anlamına gelen güvenliğin iç boyutunun ağırlık kazandığı bu çalışmada devlet açısından güvenlik, bir devletin egemenlik alanı dâhilinde sahip olduğu ontolojik unsurlarının⁵ güvenliği olarak kabul edilebilir. Makro düzeyde yapılan bu tanım, ölçeğin paydası küçültüldükçe daha net ve gözlemlenebilir bir boyut kazanabilir. Özellikle insan unsuru bakımından güvenlik, bir devletin halkının can, mal ve ırz güvenliğinin teminat altına alınmasını sağlayan, kendi eliyle kurduğu ve yönettiği işleyen bir sistemi gerektirir. Buradan hareketle, güvenliğin merkezine toprak unsurundan ziyade insan unsuru koyulduğunda, güvenliği sağlanan ve bu yolda sunulacak hizmetlerin asli ve doğrudan faydalanıcısı da halk ve halkı oluşturan bireyler olacaktır. Dolayısıyla güvenliğin tanımı, “Neyin güvenliği?” ya da “Kimin güvenliği?” gibi iki farklı soru sorulmasına göre

³ Günümüzde çağdaş devletin amacı ve hedefi hukuk devleti anlayışı çerçevesinde işaret edilirken, insan ile siyasi iktidarların karşılıklı etki-tepki ilişkisi de Genel Kamu Hukuku'nun inceleme alanını oluşturmaktadır. **Akad, Mehmet / Dinçkol, Bihterin Vural:** Genel Kamu Hukuku, 4. Baskı, Der Yayınları, 2006, s. XXV.

⁴ **Yılmaz, Sait:** Uluslararası Güvenlik, 1. Baskı, Kaynak Yayınları, 2017, s. 66.

⁵ Devlet, kurumsallaşmış siyasi iktidar tipi olarak üç esas unsura dayanır. Bu unsurlar; insan, toprak ve irade unsurlarıdır. İnsan unsuru millet (ulus), toprak unsuru ülke, irade unsuru ise egemenlik olarak ifade edilir. (**Uygun, Oktay:** Devlet Teorisi, 6. Baskı, Onikilevha Yayınları, 2019, s. 10; **Doehring, Karl,** Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), 3. Baskı, İnkılap Yayınları, 2002, (Türkçe'ye Çeviren: Ahmet Mumcu), s. 24.) Bu üç unsurun bir arada bütünsel bir tutarlılık içinde varlığını devam ettirmesi hayati bir öneme sahiptir. Bu biraradalık, senkronizasyon ya da orkestrasyon olarak da ifade edilebilir (**Acaray, Deniz:** İnsan Hakları, 3. Baskı, Polis Akademisi Yayınları, 2020, s. 48).

değişecektir. “Neyin güvenliği?” sorusuna verilecek “toprak güvenliği”, “Kimin güvenliği?” sorusuna verilecek “halkının güvenliği” cevapları, güvenliğin iki farklı boyutunu ortaya koyacaktır. Bu nedenle güvenlik, bir devletin insan ve toprak unsuru bakımından iki farklı boyutta ele alınabilir. Ancak bu ayrım da sınırları keskin bir ayrım olarak düşünülmemelidir. Toprak güvenliği (silahlı) insan eliyle sağlanacağından⁶ insan unsuruna ve dolayısıyla onun güvenliğine, insan güvenliği de başta doyma ve barınma ihtiyacının toprak ve topraktan elde edilen değerlerle sağlanacağından toprak unsuruna ve onun güvenliğine bağlıdır.

Kavramsal açıdan değerlendirmeye devam edildiğinde; iç güvenliğin tanımı bakımından, meseleye mekân üzerinden açıklık getirilebilir. *Mefhum-u muhalifinden* hareketle, iç güvenlik kavramı, dış güvenlik kavramının açıklanmasıyla daha da anlaşılır hale gelecektir. Bu bakımdan bir devletin unsurlarının güvenliğinin dışardan gelebilecek ya da yönelebilecek tehdit ve saldırılara karşı sağlanması dış güvenlik, kendi egemenlik alanı dâhilinde söz konusu olabilecek yerel ya da yerel görünümlü tehdit ve saldırılara karşı sağlanması ise iç güvenlik olarak kabul edilir.

Güvenliğin özne üzerinden yapılan tanımından hareketle denebilir ki, güvenliği sağlanan halkın sahip olduğu kazanımlar hukukun sunduğu güvence altındadır. Bu güvenceler kamusal özgürlükler olarak pozitif hukukta yerini alır. Esasen iç güvenliğin sağlanması, halkın kendisinin can ve mal güvenliğinden ziyade sahip olduğu hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması sonucunu doğuracağından; iç güvenliğin sağlanması adaletli bir kamu düzenin sağlanmasını gerektirir. Adaletli bir kamu düzeni ise kamusal alanı sadece zapturapt altına almayı değil, bilakis kamuyu oluşturan insanların hür iradeleriyle katılım sağlayabilecekleri, güvence altındaki hak ve hürriyetlerinin ihlali halinde adaletli bir tazmin-telafi mekanizmasının işlediği bir biraradalık, yaşam düzenini ifade eder. Bu açıdan değerlendirildiğinde, kamu düzeni yalın haliyle disiplinli, hareket potansiyeli görece kısıtlanmış ve o nedenle suç oranlarının düşük olduğu ya da yönetilebildiği sistemleri; adaletli bir kamu düzeni ise, hareketli ve katılımcı bir toplumsal düzende, toplumsal katılım alanlarının daraltılmadığı ve baskılanmadığı halde oluşabilecek her türlü hak ihlallerinin giderildiği, giderilmesinin olanaklı olmasından doğan güven duygusunun yeşerdiği sistemleri ifade eder.

⁶ Teknolojinin ulaştığı ve daha da ulaşacağı seviyeler bakımından toprak güvenliğinin sağlanması için ihtiyaç duyulan silahlı insan gücünün, silahlı veya silahsız insansız hava, kara ve deniz araçlarıyla ikame edilmesi yakındır, denebilir.

İç güvenlik ile kamusal özgürlükler, özgürlük-güvenlik dengesi bakımından ele alınırken, devletin kamu düzeni tesis etmesini sağlayan kamu otoritesi, bir diğer ifade ile hukuk koyma ve uygulama gücü de kavramsal açıdan açıklanmalıdır. Her toplumsal yaşam alanında insanlar arasında ihtiyaç, talep ve tercih farklılıklarından ortaya çıkan anlaşmazlıklar, çatışmalar yaşanır. Bu çatışmalar da genellikle çatışan tarafların sahip olduğu güç ile sona erdirilir. Tatmin edici sonuçlar elde edilemediği sürece, en azından taraflardan biri için, görünürde giderilmiş olan çatışmalar örtülü bir şekilde devam eder. Çoğu zaman bu çatışmalar tatmin olmayan taraf için bir hayat-memat meselesi haline gelir ve kendi gücünün yetmediği zaman alt soyuna (bir sonraki kuşağa) miras bırakılır. Karşılıklı bireysel ya da küçük gruplar arasında gerçekleşebilecek bu tür çatışmalar kamu düzenleri açısından çok büyük bir tehlike arz etmezler. Ancak insanların duygusal ve sosyal varoluş özellikleri, içinde yaşadıkları kültürün de kuşatıcı etkisi ile bir şekilde çatışan taraflardan bir tanesinin ya doğuştan üyesi, ya da sonradan devşirilerek sempatzanı veyahut fayda sağlayıcısı olmasına yol açar. Yoğun kar yağışının ardından açan kış güneşinin gölgesinde bulutların kar toplaması gibi, bu süreçte mağlup taraflar başta insan kaynağı olmak üzere ekonomik ve bilgi kaynağı bakımından gücünü toparlamaya çalışır ve kendini var eden amacını gerçekleştirmeye yönelik hazırlıklarına devam eder. Galip olanın ise bu yöndeki farkındalığı, onun hep güçlü ve rakiplerine karşı üstün gelmesini sağlayacak potansiyelini korumasını gerektirir. Tarihin hangi aşamasında ortaya çıktığı tartışmalı olan bu “gücü gücüne yetene” dünyası⁷ devlet ve onun tesis edeceği kamu otoritesi ile yönetilir⁸. Yönetilir çünkü tamamen giderilmesi hiçbir zaman mümkün değildir⁹.

⁷ Örneğin; Hobbes, Rousseau ve Locke bile bu konuda birbirlerinden ayrışır. Bu üç düşünür de; devleti, toplumu tabiat halinin güvensizliğinden, düzensizliğinden ve vahşetinden kurtaran, bireylerin gönüllü bir fikir birliği veya aralarında akdettikleri bir sosyal sözleşmenin sonucu olarak yarattıkları egemen bir güç olarak tasvir etmekle birlikte; bu tür bir sözleşmeye gerek duyulmasının sebepleriyle, sözleşme sonucunda ortaya çıkan otoritenin gücü ve yetkileri hakkında farklı tezler ileri sürerler (Acaray, İnsan Hakları, s. 32).

⁸ Bu konuda Eroğul'un açıklamalarına değinilebilir: Eroğul'a göre devlet; kendisinden beklenen işlevleri yerine getirebilmesi için toplumun üzerinde ayrı bir hukuki konuma gelmelidir. Hiçbir devlet, toplumun üzerine çıkmadan, otoriteye, iktidara ve iktidarın araçlarına sahip olmadan görevlerini yerine getiremez. Devlet ile toplum arasındaki ayrılık, devlet doğasının öylesine önemli bir özelliğidir ki, hem mantıken hem de tarihsel olarak, devlet kuruluşunun en önemli olgusu budur. Toplumun ortak gereksinimlerini (ortak iyiyi) yerine getirmek üzere kurulmuş organlar, önce toplumla bağlarını koparmadan, toplumun üzerine tırmanıp devlet haline gelemelerdi (Eroğul, Cem: Devlet Nedir? 3. Baskı, İmge Kitabevi, 2002, s. 41-64).

⁹ Bir devletin kendi egemenlik alanında yönettiği bu çatışma ise devletler ve devlet dışı, ulus-ötesi şirketler veya diğer uluslararası örgütler arasında dünyanın paylaşım kavgasında yaşanmaya devam eder. Bu konu ise bu

Devletin tesis edeceği kamu otoritesi ise onun şiddet potansiyeli olarak ifade edilir. Bir diğer ifade ile devlet, ontolojik unsurlarının sahip olduğu maddi kaynakların kontrolü, bu kontrol için toplumsal inanç, değer ve normlar üzerindeki kontrol, zor kullanımı (yaptırım gücünü) sürdürülebilir kılma amacıyla kullanılacak maddi ve örgütsel olanaklar üzerinde kontrol sahibi olandır¹⁰. Devlet aynı zamanda bir hukuk sisteminin teşkilatlanması olduğu için, hukukun normatif özelliği gereği yaptırım içeriyor olması, “devletin meşru şiddet tekeli” olarak da adlandırılır. Bir diğer ifade ile devletli toplumlarda hukukun yürürlüğe girmesiyle “*ihkak-ı hak yasağı*” söz konusudur. Cezalandırma, yani şiddet uygulama (hukuken tanınan istisnalar dışında; meşru müdafaa, zaruret hali gibi) vatandaşlar için yasaktır; bu yetki yalnızca yetkilendirilmiş kamu gücündedir¹¹.

İnsanlar arasında meydana gelen çatışmalar devlet ve devletin sağladığı kamu düzeni açısından ele alındığında iki farklı düzeyde etüt edilmelidir. İki farklı düzeyden kasıt ise yatay ve dikey ilişkilerdir. Bilindiği gibi yatay ilişkilerdeki çatışma, insanların salt sivil ve sosyal nedenlerden dolayı birbirleriyle çatışması ve çatışmanın şiddetle sonuçlanmasıdır. Dikey ilişkiler ise birey ya da grupların devlet ya da devlet iktidarıyla olan ilişkileri ya da görev ve yetkilerinden doğan ilişkilerdir. Dikey ilişkilerden doğan çatışma genellikle siyasal açıdan yönetimi ele geçirme sürecinde yaşanan çatışmaları, hukuki açıdan ise devletin her hangi bir eylem ya da işleminden doğan zararın giderilmesini talep eden çatışmalardır. Bu açıdan bir devletin en önemli işlevi, yatay ve dikey her iki düzeyde de gerçekleşen çatışmaları yönetmesi ve gidermesidir. Bunun için de devlet içinde sivil, sosyal, ekonomik, siyasi ve benzeri her türlü ilişki genel ve soyut düzeyde yani olgusal açıdan kurallara bağlanmalı, bu kurallar ihlal edilmeleri halinde yaptırımlar öngörmeli, bu yaptırımlar gerekli olduğu zamanda uygulanmalı ve bu uygulamalar yeknesak olmalıdır. Devletin kendini var eden bu teşkilatlanması, homojen kültürlerde görece daha sürdürülebilir olabileceken; etnik köken, dini inanç ve ibadet, siyasal düşünce gibi sebeplerden çok katmanlı ve bölünmüş, heterojen toplumsal yapılarda devlet otoritesinin sürdürülebilirliği bu düzenin doğru, yerinde, adaletli bir kamu düzeni olduğu inancını yani meşruiyet dinamikleri açısından demokratik mekanizmaları zorunlu kılar. Türkiye, bölgesel jeopolitik koşullarının etkisi ve etnik köken ile dini inanç tarzları bakımından

bölümde ele alınan konunun uluslararası düzeyde ele alınmasını gerektiren daha makro bir düzeyde tartışma konusudur.

¹⁰ Poggi, Gianfranco: Devlet Doğası, Gelişimi ve Geleceği, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 20-14.

¹¹ Acaray, İnsan Hakları, s. 44.

sahip olduğu çeşitlilikten ötürü bu tür tehlikelerle kuruluşundan beri mücadele etmektedir¹². Bu nedenle Cumhuriyet tarihi; darbeler, darbe girişimleri ve bu süreçte kaybedilen insan, zaman ve ekonomik kaynakların acı hatıraları ile demokrasiye geri dönüş için katlanılan acı reçetelerin anlatısıdır.

Bu aşamada kavramları demokratik devlet, demokratik kültür gelişimi açısından ele almak meseleyi daha anlaşılır kılacaktır. Her devlet kendini var eden insanların güvenliğini sağlayarak ayakta kalır. Bu anlamda güvenlik, yukarıda da bahsedildiği gibi salt can ve mal güvenliği değil, bir kümülatif etki olarak tüm kazanımların güvence altına alındığı daha geniş boyutta bir hukuk güvenliğidir. Esasen devleti bir tüzel kişi olarak ele aldığımızda, kendisini var eden insanların ve onların kuşaklar boyu ürettiği bir arada yaşam tecrübesinin yüzyıllardan süzülüp gelen kültürünün bir yansıması olduğu görülebilir. Bu kültür ve onunla uyumlu devlet düzeni içinde değişen koşulların yarattığı tartışma ikliminde insanlar, yatay ilişkiler için öngörülen hukuk düzenini ve bu hukuk düzeninin yaratıldığı karar alma mekanizmasını sorgular ve bu mekanizmaya dâhil olmak isterler. İşte bu istek demokratik kültürün bir yansıması olarak kamuoyu üretim sürecinin bir parçası olan sivil örgütlenmeler şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, bizzat yönetme isteğinin bir tezahürü olarak siyasal örgütlenmeler şeklinde de gerçekleşebilir. Devletin demokratik yapılanması bu anlamda sivil örgütlenmelerin kamuoyu üreterek karar alma ve yönetme mekanizmasına dâhil olmasını sağlarken, siyasal örgütlenmelerin de barışçıl, rekabetçi ve adil bir yarışta iktidar olarak ya tek başına ya da günümüzde sıkça rastlanan koalisyonlar halinde karar alma ve yönetme mekanizmasını elde etmesini sağlar. Bu şekilde sağlıklı işleyen bir demokratik devlet yapısı o devletin de varoluşunu teminat altına alır. Dolayısıyla yatay ilişkilerin düzenlendiği kamu düzeninin temeli olan hukuk düzeni, dikey ilişkilerin de belirleyicisidir. Bu anlamda iç güvenliğin tesisi, devletin yatay ve dikey ilişkilerinin birbirini sağlıklı bir şekilde beslediği devletlerde, toplumsal barış

¹² Çeçen'e göre Türkiye Cumhuriyeti'nin kültür ile ilgili sorunlarının büyük çoğunluğu Osmanlıların son döneminde biçimlenmeye başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğu bünyesinde pek çok etnik köken bir arada yaşadığından, değişik kültürler de var olmuş, Osmanlı Dönemi bir kültürel çeşitlilik dönemi olarak yaşanmış, bu dönemde kültürel bütüncülük eğilimi olmamıştır. Büyük çapta Doğu'nun, küçük çapta Batı'nın etkisinde kalan bir kesişme bölgesinde Türkiye Cumhuriyeti kurulurken Mustafa Kemal Atatürk, çağdaş bir ulus yaratmanın ve Türk insanını yaşadığı çağın düzeyine çıkarmanın aracı olarak kültürü görmüş, bu nedenle ciddi bir kültür politikasına gereksinme duyarak bir kültür devrimi hayata geçirmiştir. Bu kültür devrimi ile geleneksel kültürün karşısına yeni bir seçenek olarak ulusal ve demokratik bir kültür getirmeye çalışmıştır (Çeçen, Anıl: Türk Devletleri, 5. Baskı, Astana Yayınları, 2021, s. 436-437).

ve dayanışma ikliminin de bir teminatıdır. Aşağıda değinileceği üzere, bir devletin iç güvenliği açısından karşı karşıya kaldığı uzun vadeli kemikleşmiş sorunlar toplumsal barış ve dayanışma zeminini de sarsacağından, bu sarsılma sadece iç güvenlik değil aynı zamanda bir milli güvenlik tehdidi yaratabilecek düzeyde bir sorundur¹³. Özellikle heterojen toplumsal düzenlerde devletin iç güvenliği sağlaması, kamusal özgürlükler ile devlet otoritesi arasında kabul edilebilir bir dengenin tesis edilmesini gerekli kılar. Günümüzde, dünyada ve Türkiye'nin jeopolitik alanında artarak devam eden savaş koşulları, başta Türkiye olmak üzere bölge devletleri açısından bir milli güvenlik tehdidi yaratmakta; bu tehditlerin varlığı da devletlerin iç egemenlik alanlarında kamusal özgürlükler ile devlet otoritesi arasında kurulmuş olan dengeye zarar vermektedir. Bu zararlar, özellikle devletlerin demokratik devlet yapılarına ve demokratik kültür gelişimlerine yönelmekte, devletin yönetilmesini sağlayan üç kuvvetin, 1982 Anayasası'nda da belirtildiği üzere "medeni bir işbirliği ve işbölümü" esasına göre tesis edilmiş dengesinde, yürütme organı lehine değişiklikler yapılmasına yol açmaktadır.

Sağlıklı bir dengede işlerlik kazanan kamusal özgürlükler ve devlet otoritesi iç güvenliğin ve dahası milli güvenliğin de sigortası işlevi görür. Bu denge bozuldukça, devlet otoritesinin güçlü ve zayıf olma olasılığına göre iki farklı senaryo gündeme gelebilir. Bir kere iktidar gücü fizikteki enerji gibi¹⁴ toplumsal yaşamın doğal bir sonucudur ve boşluk olması halinde mutlaka başka bir güç tarafından doldurulur ya da ikame edilir. İşte devlet otoritesi ve kamusal özgürlükler arasında kurulan denge bozulduğunda devlet otoritesi zayıf ise bu durum devlet teşkilatlanması bakımından bir egemenlik sorunu haline gelmiş demektir, çünkü devlet iktidarı demokratik mekanizmalar eliyle barışçıl bir şekilde el değiştirebiliyorsa bu denge bozulmaz ya da bozulsa bile çok kısa sürede tekrar dengeye kavuşur. Dengenin bozulması kamusal alanda devlet otoritesi eliyle sağlanan kamu düzenini de tehdit eder boyuta geldiyse, bu durumda devlet iç egemenlik sorunu yaşıyor demektir. Bu sorun ya devleti yönetecek siyasal kadroların oluşmasını ve seçilmesini engelleyen yönetici insan kaynağı açısından bir sorundur ki, devletlerin ömrü bakımından düşünüldüğünde, görece kısa süren dönemlerde çözüme kavuşturulur; ya da bizzat devletin tüzel kişiliğinin kuruluş değerleriyle ilgili ontolojik bir

¹³ Milli güvenliğin kapsamlı bir şekilde ele alındığı araştırma için bakınız: **Acaray, Deniz:** "Anayasal Bir Kuruluş Olarak MGK - Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde MGK'nın Yeri Ve Alternatif Yeni Bir Kurum: Güvenlik Ve Dış Politikalar Kurulu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69-3 (2020): (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/58841/848985>) Erişim Tarihi: 30.06.2021.

¹⁴ "Fizikte enerji neyse toplumlarda da iktidar öyledir." Bertrand Russell'ın sözü (**Kapani, Münici:** Politika Bilimine Giriş, 21. Baskı, Bilgi Yayınları, 2008, s. 49).

sorundur. Esas tehlikeli ve bir devleti yıkıma götürebilecek denli stratejik boyutta olan tehlike de budur. Bu durumda sorun, iktidar sorunu değil, devletin kuruluşu ve temel teşkilatlanması ile ilgili varoluşsal bir tehlikedir. Böyle durumlarda devlet kendi varoluşunu sürdürebilecek güçte ise olağan yönetim usullerinden olağanüstü yönetim usulüne geçerek, bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek durumundadır. Aksi halde, devlet ya bir iç savaş ile ya da işgal ile karşı karşıya kalır. Zaten iç savaşa sürüklenen bir devlet, iç barışı bozulduğu oranda ya bölgesindeki komşu devletlerince, ya da güç odakları çatışmasının bir sonucu olarak - günümüzde örneklerinin yaşandığı gibi- bölge dışı küresel-emperyalist güçlerce işgal edilirler. İnsan hakları diliyle ifade edersek, o ülkeye insan hakları getirirler. Özetle, bir devlette kamusal özgürlükler ile kamu otoritesi dengesinde meydana gelen sarsılma, ya demokratik yollardan iktidar değişikliği ile çözülür ya da devletin gücüne göre olağan yönetim usullerinden olağanüstü hal uygulamaları eliyle demokrasinin yokluğunda devlet eliyle çözülür. Devletin bu süreçte sahip olduğu gücü şiddet potansiyeli olduğundan, olağanüstü hal dönemlerinin devletin iç barışının tesisi bakımından kısa sürmesi beklenir. Uzun süren olağanüstü hal dönemleri, teknik anlamda antidemokratik bir yönetim usulü ve hak ve özgürlükler açısından hukuken kazanımların gerisine gidiş olacağından, istenmeyen bir durumdur. Bu durumlarda olağan yönetim usullerine geri dönülememesi devletlerin iç barışını tehlikeye atacağından ya bir iç savaş ya da işgal sonucunu doğurur.

Kavramsal düzeyde bahsedilmesi gereken son bir husus vardır. O da, bu bölümün konu başlığında yer alan kamusal özgürlükler kavramının anlam bakımından çerçevesinin netleştirilmesidir. Kamusal özgürlükler, bir diğer ifade ile kamu hürriyetleri ya da temel hak ve özgürlükler, insan haklarının pozitif hukukta yer bulmuş, hukuk metinlerinde düzenlenerek güvenceye kavuşturulmuş kısmını ifade ederler. Bu açıdan insan hakları kavramı daha kapsamlı, hukuk metinlerinin dışında öğretilerde tartışılan, kamusal alanda talep edilen ya da dile getirilen hakları da içeren daha geniş bir kataloğa sahiptir. Bir başka açıdan insan hakları, olması gerekeni; kamusal özgürlükler (ve aynı anlamdaki diğer isimler) olanı açıklarlar¹⁵.

Kamusal özgürlükler pozitif hukukta düzenlenmekle güvenceye kavuşurken, bu güvence hak sahipleri bakımından bir güvence olmakla birlikte, devletin şiddet gücünü kullanma yetkisine sahip kişiler bakımından bir sınırlandırma teşkil eder. Bir diğer ifade ile pozitif hukukun sunduğu güvenceler, en büyük hak ihlalinde bulunma potansiyeline sahip olan devlet iktidarına karşı elde edilmiş güvencelerdir. Literatürde bu durum “devlet iktidarının

¹⁵ **Kapani, Münci:** Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 1993, s. 14.

sınırlandırılması” olarak ifade edilir. Kapani’ye göre devletin kuruluş ve teşkilatlanmasının iktidarın sınırlanmasını otomatik bir şekilde sağlaması ve hürriyetleri de güvence altına alabilmesi bir temel kuruluş sorunu, bir anayasa sorunudur¹⁶. Soysal’a göre de devlet içindeki güçlerin bir elde toplanmasını önlemek, yetki kullananları karşılıklı denetleme yollarına bağlı tutmak, belli görevleri belli dönemlere ve belli yetkilere bağlamak, her zaman iktidarın sınırlanış kurallarını üstün bir metinle yazılı duruma getirirken başvuru çarelerdir¹⁷. Tüm bu başvuru çareler iktidarların keyfi davranma potansiyelinden dolayıdır. Bu aşamada siyaset bilimi ve genel kamu hukuku çerçevesinde devletin, kendisini oluşturan toplumun örgütü olmakla birlikte ondan ayrı bir teşkilat olmasını, onun devamlılığını sağlamaya imkân veren hukuki kişiliğini, yani tüzel kişiliğini de düşünerek bir ayırım yapmak gerekir. Devlet-insan hakları bağlamında birey ile devlet karşı karşıya geldiğinde, insan haklarının korunması için “devletin sınırlandırılması” değil, “devlet iktidarının” sınırlandırılması anlaşılır¹⁸. Devlet iktidarının sınırlandırılması gereği, bu iktidarı ele geçiren (bugün temsili demokrasilerde de halktan temsil yetkisi alan) kişilerin keyfi davranma potansiyellerinden dolayıdır. Nitekim iktidarlar devlet kudretinin maliki değil, zilyedidirlere. Devlet kudretini ifa yetkisi, iktidar sahiplerine malikin mutlak yetkilerini değil, zilyedin sınırlı yetkilerini kullanma imkânı tanır¹⁹. Devlet kudretinin sınırlanabilmesi için önce sınırlandırmayı gerektirecek derecede gelişmesi, yani sınırlandırmanın bir ihtiyaç olarak kendisini belli etmesi gerekir²⁰. Bu ihtiyaç, bilindiği gibi, tarihte somut olarak ilk defa İngiltere’de mutlak monarşinin burjuva halk üzerindeki egemenliği karşısında hissedilmiştir²¹. Ancak bu hususta değinilmesi gereken bir paradoks vardır. Şöyle ki, aşağıda belirtildiği üzere modern devlet anlayışı insan haklarının gerçekleşmesi bakımından devletlere çeşitli yükümlülükler yüklemektedir. Bu yükümlülüklerden pozitif olanlar kapsamında devletler, etkili kamu hizmetleri sunmak zorundadırlar. Özellikle ekonomik ve sosyal haklar bakımından devletlerden talep edilen bu kamu hizmetlerinin etkililiği ve verimliliği, devletlerin mali kaynakları nispetinde mümkün olabilecek bir olgudur. Mali kaynaklarda meydana gelecek bir artış, bu hakların gerçekleşme

¹⁶ **Kapani**, Kamu Hürriyetleri, s. 260.

¹⁷ **Soysal, Mümtaz**: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5. Baskı, Gerçek Yayınevi, 1979, s. 164.

¹⁸ **Acaray**, İnsan Hakları, s. 46.

¹⁹ **Memiş, Emin**: Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011) Anayasa Hukuku Notları, Filiz Kitabevi, 2011, s. 19.

²⁰ **Zabunoğlu, Yahya**: Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, Ankara, 1963, s. 20.

²¹ **Acaray**, İnsan Hakları, s. 47.

ve erişilebilir olma seviyesini artıracaktır. Ancak devletlerin kamu hizmetlerinin sunumu ve bunlar için mali kaynak yaratması organik anlamda yürütmenin omuzlarında olduğundan bu sorumluluk yürütmenin yani iktidarların sorumluluğudur. Bu da güçlü yürütmeye olan ihtiyacı artırır. Güçlü yürütme ise şiddet potansiyelinin artması sonucunu doğurur. İnsan haklarının ya da kamu özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması da iktidarların sınırlandırılmasını gerekli kıldığından, söz konusu sınırlandırma artan ölçüde iktidarları iş yapamaz, kamu hizmeti üretemez, mali kaynak yaratamaz hale getirir. Dolayısıyla; kamu özgürlükleri için iktidarların şiddet potansiyeli kontrol edilmeye çalışılırken, o hak ve özgürlüklerin somut anlamda gerçekleşebilmesi için lazım olan kamu hizmetlerini de aksatacak kadar iktidarları sınırlandırmaması gerekir. İşte bu durum; bir devlette özgürlük-güvenlik dengesinin sağlıklı bir şekilde sağlanması ihtiyacını apaçık ortaya koymaktadır.

II. KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLERİN ULUSLARARASI DÜZEYDE GÜVENCEYE KAVUŞTURULMASI

Yirminci yüzyılda yaşanan iki büyük dünya savaşının ardından uluslararası barışın tesisini amaçlayan bir teşkilatlanma başlamış, günümüz çağdaş demokratik devletleri bu ideallerini yeşertmek ve uluslararası barışın koruyucusu olmak için uluslararası sözleşmelere imza atmışlardır. Bu imzalar onları taraf oldukları sözleşmelerin denetim mekanizmasına da dâhil etmiş, sözleşmeyle güvenceye kavuşturulan hakların kendi egemenlik alanlarında kamu gücü kullanılarak ihlali halinde yargılanmalarına ve yaptırıma maruz kalmalarına yol açmıştır. Bununla birlikte; bu sözleşmelerle kurulan uluslararası ve bölgesel örgütlerin güvenlik açısından etkin olmaya başlamaları Soğuk Savaş'ın sona erip, küreselleşmenin hızlandığı döneme rastlamaktadır. Bu süreçle birlikte artık devletlerin güvenlik konusunda otonom hareket eden aktörler olmadığı, karşılıklı bağımlılık ilişkisine göre tasarlanan bir sistemin aktörlerinden biri olarak konumlandıkları görülmektedir²².

Birleşmiş Milletler çatısı altında imzalanan İkiz Sözleşmeler (Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Sözleşmesi) ve bu sözleşmeleri tamamlayıcı mahiyette spesifik alanlarda da sözleşmeler²³ imzalanmış olup, bu sözleşmelerin ihlali halinde yargılama yaparak yaptırım uygulayan ve sürekli çalışan bir denetim

²² Bayra, A. Ersin: Güvenlik Devleti, 1. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 212-213.

²³ İşkence veya Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme.

mekanizması bulunmamaktadır. Bununla birlikte; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş ve saldırı gibi Roma Statüsünde belirtilen dört tip suç için 2002 yılında sürekli bir mahkeme olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. İnsanlığın barış, güvenlik ve refahına yönelik yapılmış utanç kaynağı pek çok suçun faillerinin cezasız kalmasının önüne çekilmiş önemli setlerden biri olarak nitelendirilen Uluslararası Ceza Mahkemesi²⁴ gerçek kişilerin uluslar üstü bir mahkemede yargılanmasına imkân veren, tamamlayıcı yargılama yetkisi (öncelikli yetkili olan ulusal ceza mahkemeleri) olan bir mahkemedir²⁵. Adalet Divanı ise devletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak bir uluslararası mahkeme olup, vatandaşların bu mahkemede dava açma hakkı bulunmamaktadır.

BM haricinde ise Avrupa Konseyi bölgesel bir uluslararası örgüt olarak 1949'da kurulmuş hükümetlerarası bir kuruluştur. Bu çatı altında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmenin ihlali halinde taraf devletleri yargılayan denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kamu özgürlüklerinin korunması açısından önemli bir işlev görmektedir. AİHM istatistiklerine bakıldığında; aleyhine en çok dava açılan ülkeler sıralamasında Rusya, Türkiye, Ukrayna, İtalya başı çekerken, hakkında en çok mahkûmiyet kararı verilen ülkelerin başında Türkiye ve ardından Rusya gelmektedir²⁶.

Kurumsal gelişmelerin yanı sıra; bu kuruluşların kamusal özgürlükler bakımından sunduğu güvence ve kazanımlara da değinmekte yarar vardır. Hakların tek tek sözleşmelere konu olması bir güvence olmakla birlikte, kolektif olarak da devletlere yüklenen yükümlülükler vardır. Bu yükümlülükler öğretide dört ana başlık altında toplanmaktadır: Tanıma, koruma,

²⁴ **Gül, Yunus Emre:** “Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve İnsan Haklarına Katkıları”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (IBAD) 3 (2018), s. 298.

²⁵ **Ormanoğlu, Hatice Derya:** “Modern Devletin Bir Unsuru Olarak Egemenlik Ve Uluslararası Ceza Mahkemesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, s. 267.

²⁶ **Tablo 1.** İlk 25 Ülke İçin 2020 Yılı AİHS İhlal Karar Sayısı Sıralaması [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/102202116594816-İlk 25 Ülke İçin 2020 Yılı AİHS İhlal Karar Sayısı Sıralaması.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/102202116594816-İlk%20Ülke%20İçin%202020%20Yılı%20AİHS%20İhlal%20Karar%20Sayısı%20Sıralaması.pdf).

Tablo 2. 01 Ocak 2021 İtibariyle AİHM Önünde Bekleyen Derdest Başvuru Sayıları [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10220211652192- 01 Ocak 2021 İtibariyle AİHM Önünde Bekleyen Derdest Başvuru Sayıları.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10220211652192-01%20Ocak%202021%20İtibariyle%20AİHM%20Önünde%20Bekleyen%20Derdest%20Başvuru%20Sayıları.pdf).

Tablo 3. 1959 –2020 Yılları Arasında Toplamda 100’ün Üzerinde İhlal Kararı Bulunan Ülkelerin Sıralaması [https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/102202117010818-1959 – 2020 Yılları Arasında Toplamda 100’ün Üzerinde İhlal Kararı Bulunan Ülkelerin Sıralaması.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/102202117010818-1959%20-%202020%20Yılları%20Arasında%20Toplamda%20100’ün%20Üzerinde%20İhlal%20Kararı%20Bulunan%20Ülkelerin%20Sıralaması.pdf).

yerine getirme ve geliştirme²⁷. Söz konusu yükümlülükler gereği devletler, sözleşmelerde güvence altına alınanlar başta olmak üzere insan haklarını kendi hukuk düzenlerinde tanıyacak, etkin bir koruma sistemi kuracak, bazı hakların gerçekleşmesi bakımından hukuken tanımının yanı sıra pozitif bazı edimlerde bulunacak ve bu hakların geliştirilmesi için de politikalar hayata geçirecektir. Bu yükümlülükler bir başka açıdan iki ayrı şekilde ifade edilir: Negatif ve pozitif yükümlülükler²⁸. Devletlerin negatif yükümlülüğü karışmama, müdahale etmeme olarak kabul edilirken, pozitif yükümlülükler ise hakların korunması ve gerçekleştirilmesi için devletlerin bu hakların gereğini bir kamu hizmeti olarak sunmasını gerektirmektedir. Özellikle pozitif statü hakları kapsamında sosyal ve ekonomik haklar bakımından söz konusu olan bu ihtiyaç genellikle devletlerin sahip olduğu bütçe ya da yaratabilecekleri ekonomik kaynak ile hayata geçebilmektedir. Bununla birlikte günümüzde, tarihsel gelişimleri bakımından negatif statü hakları arasında kabul edilen pek çok hak için devletlerin negatif yükümlülüklerinin yanı sıra pozitif yükümlülüklerinin de olduğu kabul edilmektedir²⁹.

²⁷ **Kalabalık, Halil:** İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2009, s. 37.

²⁸ **Harris D.J. / O'Boyle M. / Bates E.P./ Buckley C.M.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Türkçe 1. Baskı, Oxford University Press, Avrupa Konseyi, 2013, s. 19.

²⁹ Bu hususta pek çok örnek vermek mümkündür: İlk ve önemli bir örnek 1982 Anayasası'nın 24. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınan din ve vicdan hürriyeti ile ilgili olarak verilebilir. Laiklik ilkesi gereğince devletin karışmama, müdahale etmeme gibi negatif yükümlülüğünün daha görünür olduğu bu hak bakımından devletin aynı zamanda pozitif bir yükümlülüğü de vardır. 1982 Anayasası'nın 136. maddesiyle anayasal bir kurum olarak teşekkül eden Diyanet İşleri Başkanlığı, kendi özel kanununda da düzenlendiği biçimiyle İslam Dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek üzere yürütme organı bünyesinde kamu hizmeti sunmak üzere kurulmuş bir kurumdur. Yine bir başka örnek olarak; 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla ilgili olarak devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülükleri vardır: 19/2 gereğince Anayasa'da belirtilen haller dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz hükmü devletin bu hak bakımından negatif yükümlülüğüne örnektir. Bununla birlikte; 19/5 gereğince yakalanan veya tutuklanan kişinin, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılması gerekliliği ile 19/6 uyarınca kişinin yakalandığı veya tutuklandığının yakınlarına derhal bildirilmesi gereği devletin bu hak bakımından pozitif birer yükümlülükleridir.

III. TÜRKİYE'DE KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLER

A. TÜRKİYE'DE KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLERİN DÜZENLENME REJİMİ

Cumhuriyet Dönemi esas alındığında kamusal özgürlükler ilk kez 1924 Anayasası'nda düzenlenmiştir. Fransız İhtilalinin etkisinin devamı sayılabilecek negatif özgürlük anlayışının³⁰ geçerli olduğu o dönemde anayasal düzeyde tanınan ve güvenceye kavuşturulan haklar kısıtlı bir katalog ihtiva ederler.

İlk kez 1961 Anayasası ile sosyal devlet anlayışının bir tezahürü olarak sosyal ve ekonomik haklar da anayasal düzeyde tanınma ve güvenceye kavuşmuş, bu dönemde anayasanın üstünlüğü ilkesinin de bir gereği olarak anayasaya uygunluk denetimi yapmak üzere Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. 1961 Anayasası'nın kurduğu sistemde dikkat çeken husus, özgürlük-güvenlik dengesi bakımından önemli olan çoğulcu demokrasi anlayışının benimsenmesinin bir sonucu olarak, yürütme organının sınırlandırılması yönünde getirilen düzenlemelerdir. Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla anayasanın üstünlüğü ilkesine somut bir güvence getirilmesi, ayrıca yargı bağımsızlığını sağlayacak kurumsal düzenlemelerin hayata geçirilmesi bu yöndeki yürütmeyi sınırlandıran başlıca mekanizmalardır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması, hukuk devleti ve demokrasi için öngörülen kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı güvencelerinin teorik olarak doğruluğu savunulmakla birlikte, pratikte gelişmekte olan bir ülke olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin atması gereken adımları etkili bir yürütme gücü ihtiyacı nedeniyle bu anayasanın yürürlüğü süresince atamadığı görülmektedir. Bu dönemde 1969-1974 yılları arasında yaşanan 12 Mart Muhtırası ve yapılan anayasal değişiklikler neticesinde devletin karşı karşıya kaldığı ontolojik tehlikeler nedeniyle yürütme güçlendirilmek, 1961 Anayasası'nın sağladığı hürriyet güvencelerinden geriye gitmek zorunda kalınmıştır.

1961 Anayasası'nın 12 Eylül 1980 darbesiyle ilgasından sonra kabul edilen 1982 Anayasası da darbe ürünü bir anayasa olarak Türk Anayasal tarihinde yerini almıştır. Bu anayasa ile ilk dikkati çeken husus, lafzi olarak ilk defa 1961 Anayasası'nda düzenlenerek güvence altına alınan sosyal devlet ilkesinin 1982 Anayasası'nda, azalan ölçüde de olsa, korunduğudur. Özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel hakların güvence altına alınarak hayata

³⁰ Güncel Türkçe'ye "Özgürlük, başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek" olarak çevrilebilecek 1924 Anayasası madde 68: "Hürriyet, başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufatta bulunmaktır." Bu dönemde devletin yukarıda bahsettiğimiz her hak bakımından geçerli olabilecek negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunduğu anlayışı gelişmemiştir.

geçirilmesi yönünde 1961 Anayasası'nın daha etkin bir düzenleme alanı sağladığı gözlemlenir. Ancak yürütme organına görev olarak daha fazla yük yüklenmekle beraber, bir taraftan da insan hakları tarihsel gelişiminin öngördüğü iktidarı sınırlandıran mekanizmaların (kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ilkelerinin öngördüğü düzenlemeler) hayata geçirilmesi nedeniyle hükümetler kendilerinden beklenen kamu politikalarını uygulayamamıştır. 1982 Anayasası'nda bu hakların yerine getirilebilmesi için Anayasa'nın ikinci kısmının üçüncü bölümünün son maddesi (65. madde) 1961 Anayasası'nın 53. maddesi gibi "Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlığında düzenlemiştir. Devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği hükmolunan bu madde, 24 Ocak 1980 kararlarının da hayata geçirilebilmesi için, tarihsel bir zorunluluk olarak değerlendirilmektedir. 1961 Anayasası tecrübesinin de gösterdiği üzere, cesur ve iddialı iktisadi ve sosyal programların uygulanmasının gerektiği ülkelerde, yürütme organının sınırlandırılması sebebiyle, bu adımların atılması zorlaşabilir. Türkiye de ekonomik bağımsızlığını sağlamak üzere gerekli adımları atmak durumunda bir ülke olarak bu gerçekle karşı karşıya kalmıştır. Literatürde, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin kurulması ve hukuk devleti ilkesi yönünde atılan diğer adımların peşinden yaşanan olumsuzluklar, sonrasında bunlardan geri adımlar atılması, Türkiye'nin yalnız özgürlükler sorununun değil, ekonomik ve sosyal alanlardaki köklü sorunlarının da çözümlenmeden yargısal denetim dönemine girilmesinden kaynaklandığı görüşü savunulur³¹.

1982 Anayasası kapsamında temel hak ve hürriyetler Anayasa'nın ikinci kısmında dört bölüm halinde düzenlenmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın ilk kısmındaki Cumhuriyetin temel nitelikleri ile 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağı da temel hak ve hürriyetler rejiminin en temel güvenceleri arasında yer almaktadır.

Türkiye'nin AİHM nezdinde en çok dava edilen ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen ülkeler arasında en üst sıralarda yer almasından dolayı, dünyadaki benzer uygulamalardan hareketle, 2010 yılı Anayasa değişiklikleri çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetki alanına bireysel başvurular eklenmiştir. Bu kapsamda 2012 yılından beri Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları incelemekte, Anayasa'da güvence altına alınan haklardan AİHS kapsamındaki birinin ihlal edildiğini tespit ederse ihlal kararı vermektedir.

³¹ Soysal, s. 1-2.

Türk hukuk düzeninde kamusal özgürlükler iki dönem açısından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilmelidir. Bu dönemler olağan dönem güvenceleri ile olağanüstü hal dönemi düzenleme ve güvenceleridir.

İlk olarak belirtilmelidir ki, Anayasa’da ikinci kısmın dört bölümünde tanınarak güvenceye kavuşturulan haklar normal olarak olağan dönemler için getirilen güvencelerdir. Olağan dönem adından da anlaşılacağı üzere normal, geneli; olağanüstü hal ise istisnai bir durumu ya da dönemi, bundan dolayı kural dışına çıkmayı ifade eder. Devletler kamu düzenini demokratik hukuk düzeni içinde kolluk kuvvetleri eliyle sağlayabiliyor ise bu süreç olağan dönem sayılır. Ancak bir devletin ülkesinde güvenlik açığı oluşması ve bu açığın yaygın ve kamu düzenini tehdit eder duruma gelmesi, o ülkede olağan yönetim usullerinden vazgeçilip olağanüstü hal uygulamalarına geçilmesine sebep olabilir. Ani gelişen ve telafisi zor ya da imkânsız sonuçlar doğurabilecek olayların buhran ya da çöküntü yaratacak şekilde meydana gelmesi halinde, bu süreci etkili ve hızlı kararlar alarak yönetebilmek ve bu kararları uygulayabilmek gerekir³². Bu durumda olağan demokratik mekanizma bu hızlı ve etkili karar alıp sorun çözme işlevini yerine getiremeyebilir. Bu yüzden kuvvetler dengesinde bir değişikliklerle yürütme güçlendirilerek, olağan hukuk yöntemlerinin dışında olağanüstü sayılacak tedbir ve uygulamalarla bu dönemler bertaraf edilir. OHAL’de yürütmeye tanınan yetkiler anayasal ve yasal bir düzenlemenin sonucu olduğu için bu haller hukuk düzeninin bir parçası olmakla birlikte³³ olağanüstü hal uygulamaları kamusal özgürlüklerin demokratik hukuk devleti standartlarının gerisine düşülerek sınırlandırılmasını gerektirdiği için³⁴ ve insan hakları güvenceleri bakımından bir geriye gidiş olacağından antidemokratik, dolayısıyla da, sevilmeyen bir araçtır³⁵. Bu nedenle Hazır’a göre; yürütmenin yetkilerinin normal zamanlara göre çok fazla genişleyerek istisnai yetkilere sahip olması onu fonksiyonel anlamda birinci organ durumuna getirir. Yürütmenin, yasama hatta yargı organları karşısında bir üstünlük sağlamış olmasının literatürde “anayasal diktatörlük” olarak isimlendirildiğini hatırlatan Hazır,

³² **Acaray, Deniz:** 21. Yüzyılda İnsan Hakları Ve Güvenlik, Özkaya, Ömer, (Editör), Farklı Açılımlarla İnsan Hakları Ve Güvenlik, 1. Baskı, Adalet Yayınevi. 2020, s. 20-21.

³³ **Barın, Taylan:** “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK’larının Yargısal Denetimi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 75, No.2, 2020, s. 559.

³⁴ **Hazır, Hayati:** “Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği Ve Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1), s. 33.

³⁵ **Acaray,** 21. Yüzyılda İnsan Hakları Ve Güvenlik, s. 21.

bu anayasal diktatörlüğün anayasa müesseselerinde kalıcı bir hasar yaratmaması için yürütmeye tanınacak istisnai yetkilerin neler olduğunun, yetkilerin kimler tarafından ve ne kadar zaman için kullanılabileceğinin yasal olarak açıkça belirtilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir³⁶. Ancak bir devletin demokratik bir mekanizmaya kavuşabilmesi için kaçınılmaz olarak her devlet açısından geçerli sayılabilecek bir kronolojik gelişmeye ihtiyacı vardır: Demokratik devlet olabilmek için önce devlet olmak gerekir; tıpkı kuvvetler ayrılığı için önce kuvvetler birliğinin tesis edilmiş olmasının gerektiği gibi.

Olağan dönemler için 1982 Anayasası'nın sunduğu en temel güvence Anayasa'nın 13. maddesidir³⁷. 13. madde doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması belli ölçütlere bağlanmıştır. Bunlar; anayasada belirtilen sebeplerle sınırlandırma, yasayla sınırlandırma, öze dokunmama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun değildir. İnsan haklarının sınırlarının bu şekilde yine anayasada düzenlenmesi ise yürütme organı bünyesinde yer alan kolluk kuvvetleri gibi idare makamlarının temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını sınırlandırıcı veya durdurucu müdahalelerinde görev ve yetki alanlarının belirleyici olmasını amaçlar³⁸. En demokratik ve özgürlükçü ülkelerde bile kamusal özgürlükler, bu özgürlüklerin kendi nitelikleri gereği, belli sınırlandırılmalara tabiidir. Özellikle anayasada tanınarak güvence altına alınan bu hakların kullanımı, başka hak sahiplerine karşı kötüye kullanılması sonucunu yaratmamalıdır. Kamu düzeninin sağlanmasının en temel gereklerinden can, mal ve ırz güvenliği için hakların sınırlandırılması ve sınırlandırmanın kötüye kullanılmaması için bu sınırlandırma ölçütlerinin de anayasada düzenlenmesi demokratik hukuk devletinin en önemli göstergelerindedir.

Olağanüstü hal dönemi düzenleme ve güvenceleri için ise Anayasa'nın 15. maddesi en temel hükümdür. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin görevlerine ilişkin 148. madde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerine ilişkin 104. maddenin 17. fıkrası ve 119. madde temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin birbirleriyle ilişkili hükümlerdir. 2017 yılında meydana gelen anayasa değişiklikleri çerçevesinde yürütme organı ve yürütme bünyesinde de Bakanlar Kurulunun ilgası ile Cumhurbaşkanı, görev ve yetkileri artırılarak güçlendirilmiş, 119. maddenin 1. fıkrası gereğince Cumhurbaşkanına olağanüstü hale karar verme yetkisi

³⁶ **Hazır**, s.32-33.

³⁷ **Gözler, Kemal**, "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi Ve Olağanüstü Hal Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi", Ankara Barosu Dergisi, 1990, s. 561.

³⁸ **Acaray**, İnsan Hakları, s. 132.

tanınmıştır. Ayrıca, 119. maddenin 6. fıkrası gereğince Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104. maddenin 17. fıkrasında belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Bu kararnameler, Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrası gereğince Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi değildir³⁹.

B. KAMUSAL ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA TEMEL ÖLÇÜTLERİN YERİNE GETİRİLMESİ BAKIMINDAN ÖRNEK AYM KARARLARI

İç güvenliğin sağlanmasında demokratik yönetim standartları esas alınarak devletin yükümlülüklerinin açıklanacağı bu alt başlıkta, ilk olarak temel haklarla ilgili bir çerçeve çizmekte yarar vardır. Türkiye'de kamu düzeninin sağlanmasından 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 1. maddesi gereğince İçişleri Bakanlığına bağlı olarak görev yapan Emniyet Teşkilatı ve Jandarma Genel Komutanlığına bağlı birimler ile diğer bütün zabıta teşkilatı ve istisnai durumlarda gerekli olması halinde ordu kuvvetleri sorumludur. Kamu düzeninin sağlanmasında en temel amaç ilgili hükümde de belirtildiği üzere halkın can, mal, ırz güvenliği ile istirahatinin sağlanmasıdır. Bu kapsamda kolluk kuvvetlerinin görevlerini ifa ederken gerekli olması halinde yakalama, tutma, mukavemet edenleri def etme, üst arama, kimlik sorma, ifade alma, güvenlik tedbiri alma, delil tespit etme, fotoğraf ve parmak izi kaydı alma, toplumsal olaylara müdahale etme, durdurma, men etme, koruma, uzaklaştırma, idari para cezası kesme, zor ve silah kullanma ve istihbarat faaliyetleri kapsamında bilgi toplama, değerlendirme, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen verileri tespit etme, dinleme, sinyal bilgileri değerlendirme ve kayda alma vb. yetkileri vardır. Bu yetkiler hak ve özgürlüklere müdahale ya da engelleme sayılabilecek yani hakları sınırlandırıcı eylemlerdir. Ancak bu

³⁹ Anayasa Mahkemesi, (2017 değişiklikleri öncesinde) mülga 121. madde açısından geliştirdiği içtihat doğrultusunda, denetlenmesi istenilen metne verilen adla kendisini bağlı sayamayacağını kabul ederek, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konuya veya yere ilişkin olmayan kararnameleri, olağanüstü hâl kararnamesi niteliğinde görmemiş, Anayasa'nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını aşmış ve yargısal denetime tabi tutmuştu. Yüksek Mahkeme 1990/22 E., 1990/1 K., 10.01.1991 tarihli kararında geliştirdiği bu içtihadından 2016/166 E., 2016/159 K., 12.10.2016 tarihli kararında vazgeçerek, 15 Temmuz darbe girişimi sonrası çıkarılan 668 ve 669 sayılı olağanüstü dönem KHK'lerinin iptali istemini kendisini yetkili görmeyerek reddetmiştir. **Özkul, Fatih**: "1982 Anayasası'nda Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Serüveni", Ankara Barosu Dergisi, 2020, Cilt 78, Sayı 3, s. 221-222.

sınırlandırmalar başta Anayasa'nın 13. maddesi, bu maddedeki sınırlandırmaların sınırları ve diğer özel kanunlarına uygun olması halinde hukukidir.

Ülkemizde temel hak ve hürriyetlerin ihlaline ilişkin iddialar 2012 yılından itibaren Anayasa Mahkemesince bireysel başvurular neticesinde incelenmekte, Anayasa'ya aykırılık tespit edilmesi halinde ihlal kararı verilmektedir. Bu başvurulara Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında uyulması gereken ölçütlere aykırılık teşkil eden durumlar da dâhildir. Anayasa Mahkemesinin Eylül 2012-Mart 2021 tarihleri arasında kapsayan bireysel başvuru istatistikleri incelendiğinde görülmektedir ki, adil yargılanma hakkı, ihlal edilen hakların başını çekmektedir⁴⁰. Toplam 14476 ihlal kararından 9103'ü adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olup, bu da tüm ihlal kararlarının %62,9'una tekabül etmektedir. 2791 ihlal kararı ile mülkiyet hakkı ikinci, 611 ihlal kararı ile ifade özgürlüğü üçüncü, 463 ihlal kararı ile özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı dördüncü, 415 ihlal kararı ile kötü muamele yasağı beşinci sırada bulunurken, 287 ihlal kararı ile altıncı sırada etkili başvuru hakkı, 249 ihlal kararı ile de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yedinci sırada gelmektedir. Sekizinci sırada 136 ihlal kararı ile yaşam hakkı bulunurken, 127 adet toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlaline ilişkin kararlar da bu hakkı ihlal kategorisinde dokuzuncu sraya oturtmaktadır. Tüm bu ihlaller kamu gücü kullanılarak gerçekleştirilen müdahaleleri kapsayan başvurulara ilişkindir. Örneğin, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlaline ilişkin 415 karar bulunmaktadır. Sadece kolluk ile ilgili yapılan aramada 1178 adet karara rastlanmaktadır. Ancak kolluğun yer aldığı kararlar çok çeşitli sebeplere dayanabildiğinden, bu çalışma kapsamında kolluk aleyhine, görev ve yetkisi dâhilinde özellikle orantısız güç kullanımı iddiasıyla yapılan başvurular örnek olarak incelenmiştir.

İç güvenliğin sağlanmasında asli görevli olarak kalabalık bir kadro ile çalışan kolluk aleyhine yapılan bireysel başvuru ve kararlar incelendiğinde, en temel başvuru sebepleri ile ihlal kararı gerekçeleri arasında ölçülülük ilkesinin ihlali sayılabilecek orantısız güç kullanımı dikkat çekmektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları arasında "orantısız güç" şeklinde yapılan aramada 72 adet karara rastlanmaktadır. Bu kararların tamamı bu çalışma kapsamında okunmuş ve incelenmiş olup, 71'inin kolluk ve Cumhuriyet savcılıkları aleyhine yapılan ihlal başvurularına ilişkin olduğu, sadece birinde kolluğun dolaylı olarak yer aldığı tespit edilmiştir. Bu 71 kararın 67'si Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hakkının

⁴⁰ https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb_istatistik_2021-1-yeni.pdf (Erişim tarihi: 30.06.2021).

(kötü muamele yasağı) ihlaline ilişkin olup, üçü 19. maddede güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bir tanesi de 26. maddede güvenceye alınan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin ihlaline ilişkindir. 71 adet karar incelendiğinde görülmektedir ki, Anayasa Mahkemesi bu başvuruların 27'sini reddetmiş, 44 başvuruda ise ihlal kararı vermiştir. 44 başvurunun 9'unda ise hem 17. maddenin hem de 34. maddede güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

1. Anayasa Mahkemesi'nin B. No: 2016/1849, 19.11.2019 Tarihli Kararı

Başvurucunun iddiaları özetle şu şekildedir: Başvurucu 6.7.2013 tarihinde Taksim Meydanı'nda gerçekleştirilen protesto eylemine katılmış, söz konusu eyleme kolluk görevlilerince göz yaşartıcı gazla müdahale edilmiş ve buradan kaçan gösterici grup ile sivil birkaç kişi arasında kavga yaşanmış, yaşanan kavgada başvurucunun kolundan kesici aletle hafif şekilde yaralanmış, hiçbir uyarı yapılmaksızın kolluğun göz yaşartıcı gaz ve plastik mermi kullanarak göstericilere orantısız şekilde müdahale etmiştir. Başvurucu, ayrıca plastik merminin hedef gözetilerek kafasına doğru atıldığını, bu nedenle kafasını korurken kolundan yaralandığını, bu müdahale nedeniyle kaçarken de göstericilere saldıran sivil kişiler tarafından kesici aletle yaralandığını ileri sürmüştür. Başvurucu, kolluk görevlilerinin bilinçli olarak sivil kişileri engellemediğinden yakınmıştır.

Anayasa Mahkemesi esasa dair yaptığı incelemede; Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi boyutu (hem negatif yükümlülük hem de koruma yükümlülüğü açısından) ile usul boyutunun ihlal edildiğine ve Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme hakkının ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir. Yüksek Mahkeme verdiği bu ihlal kararının gerekçelerini 13. maddede yer alan ölçütlere dayandırmıştır. Bu kapsamda dava konusu müdahalenin ilk olarak kanunilik şartına uyup uymadığını incelemiş, 2559 sayılı PVSK'nın 16. maddesinin kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı sonucuna varmıştır. Anayasanın 13. maddesi kapsamında meşru amaç (anayasada belirtilen sebeplerle sınırlandırma) bakımından yaptığı değerlendirmede ise başvurucuya toplantı sırasında müdahale edilmesinin Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sebeplerden kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varmıştır.

Anayasanın 13. maddesi kapsamında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk bakımından yapılan değerlendirmede ise; temel hak ve özgürlüklere yönelik bir

müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerektiği ifade edilerek şu tespit yapılmıştır:

“toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının, demokratik toplumun en temel değerleri arasında yer almakta olduğu, bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçladığı, kolektif bir şekilde kullanılan ve düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti dışlayan yöntemlerle düşüncelerini açıklama imkânı veren bu hakkın, çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde zorunlu olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına aldığı”

Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile ilgili olarak da Yüksek Mahkeme şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Anayasa'nın 34. maddesi; fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır. Dolayısıyla toplantı hakkının amacı, şiddete başvurmeyen ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle değiştirilmesi ve gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilme imkânı sunulmalıdır. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplanma kavramı dışındadır. Dolayısıyla toplantı hakkının amacı, şiddete karışmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kişilerin toplantı hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesi çoğulcu demokrasinin gereğidir.”

Yüksek Mahkeme toplantı ve gösteri yürüyüşlerine yapılan müdahaleler için ise şu açıklamada bulunmaktadır:

“Barışçıl şekilde toplanan kişilere yapılan müdahalelerin demokratik toplumda kamu düzeninin korunması açısından gerekli olduğunun, müdahalenin kamu düzeninin bozulması veya bozulma tehlikesinin ortaya çıkması sebebiyle yapıldığının veya katılımcıların bu anayasal haklarını kullanırlarken sahip oldukları hak ve özgürlüklerin gerektirdiği ödev ve sorumluluklara uygun davranmadıklarının yetkili mercilerce -polis raporlarında, iddianamelerde veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde- gösterilmesi gerekir.”

Yüksek Mahkeme, ihlal tespit ettiği kararında, söz konusu toplantının neden dağıtılması gerektiğinin, başvuruçunun toplantının dağıtılmasını haklı kılacak şekilde barışçıl olmayan bir tutum ve davranış içinde bulunup bulunmadığının ne polisin tuttuğu tutanaktan ne de kovuşturmaya yer olmadığı kararından anlaşılamadığını belirtmektedir. Müdahalenin demokratik toplum düzenin gereklerine uygun olup olmadığı hususunda Yüksek Mahkemenin değerlendirmesi ise şu şekildedir:

“Söz konusu gösteriye katılması nedeniyle başvuruçunun hakkında herhangi bir adli ya da idari işlem yapılmadığı görülmektedir. Kolluk görevlilerinin alınan ifadelerinde veya diğer toplanan delillerde başvuruçunun barışçıl olmayan bir tutum içinde olduğu yönünde bir iddia da bulunmamaktadır. Şu hâlde başvuruçunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı açısından söz konusu toplantıya kolluk görevlilerince yapılan müdahalenin zorunlu sosyal bir ihtiyaca karşılık geldiği kamu otoritesince gösterilememiştir. Dolayısıyla başvuruçunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan ve zorunlu sosyal bir ihtiyacı karşılamayan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu da söylenemeyecektir.”

2. Anayasa Mahkemesi'nin B. No: 2016/31718, 9.7.2020 Tarihli Kararı

Söz konusu karar özetle şu şekildedir: Başvuruda, kimlik kontrolü sırasında polis tarafından darbedilme iddiasıyla yapılan şikâyetin kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanması nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddia edilmektedir. Öğretmen olan başvuruçunun 6.6.2016 tarihinde saat 15.00 sıralarında İstanbul Emniyet Müdürlüğü Devriye Ekipler Amirliğine bağlı bir polis ekibi tarafından durumundan şüphelenilmesi üzerine kimlik kontrolü amacıyla durdurulmuştur. Kimlik kontrolü sırasında görevli polisler ve başvuruçunun arasında tartışma yaşanmıştır. Başvuruçunun, basit bir kimlik kontrolü uygulaması esnasında umuma açık, öğretmen meslektaşları ve halkın gözü önünde kolluk kuvvetlerinin cebir ve şiddetine maruz kaldığını, ardından yere yatırılarak kelepçelendiğini belirtmiş; olay sonrası suçlu gibi gözaltına alınarak karakola götürüldüğünü iddia etmiştir. Başvuruçunun ayrıca hakkında gerçeğe aykırı rapor düzenlediğini iddia ettiği doktor hakkında hiç soruşturma yapılmamış olmasından da yakınmaktadır. Başvuruçunun; ceza soruşturmasının gereği gibi yürütülmemesi ve şikâyetine konu olay hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının, etkili başvuru hakkının ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme sonucunda, Anayasa'nın 17. maddesinde

güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi verdiği bu ihlal kararında ilk olarak devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme yükümlülüğüne değinerek, bu yükümlülüğün negatif ve pozitif ödev boyutlarının olduğunu tespit etmiştir. Bu yükümlülükle ilgili olarak Yüksek Mahkeme şu açıklamada bulunmaktadır:

“Anılan koruma yükümlülüğü devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevi yüklemektedir. Anılan yükümlülük, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun bir unsurunu, devletin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma doğrultusunda yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gereken bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda devletin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.”

Yüksek Mahkeme kuvvet kullanımının orantılı olması gerektiği ilkesi ile ilgili olarak şu tespitte bulunmaktadır:

“Sadece sınırları belli bazı durumlarda güvenlik güçleri tarafından fiziksel güce başvurulmasının kötü muamele olmadığı kabul edilebilmektedir. Bu kapsamda yakalamayı gerektiren durumlarda ve şüphelilerin kendi tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak mümkündür. Ancak bu durumda dahi bu tür bir güce sadece kaçınılmaz hâllerde ve orantılı olmak koşuluyla başvurulabilir.”

Devletin başvuru konusu hakkın korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünün usul boyutuna dikkat çeken Yüksek Mahkeme şu açıklamada bulunmaktadır:

“Devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüğün usule ilişkin bir boyutu da bulunmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesi "Devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddesindeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili, resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır. .. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde

uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır. Bu, bir sonuç yükümlülüğü değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür.”

Yüksek Mahkeme verdiği ihlal kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir:

“Somut olayın gerçekleşme koşulları dikkate alındığında öğretmen olan başvurucuya okul çıkış saatinde ve meslektaşlarının da tanıklık edebileceği şekilde kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen muamelenin belli bir ağırlık derecesinde olduğu ve olayda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının gerektirdiği asgari ağırlık eşiğinin aşıldığı sonucuna varılmıştır. .. Olayın başvurucunun şikâyetine konu edilen gerçekleşme koşullarının ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için Savcılıkça tanık ifadelerine başvurulmaması, polis tutanağında yer alan çelişkilerin giderilememiş olması ve şikâyet edilen doktor hakkında - makul bir şüphenin varlığına rağmen- soruşturma yürütüldüğüne dair bir bilginin bulunmadığı hususları bir bütün olarak gözetildiğinde soruşturmanın tam ve etkin şekilde yürütülmediği sonucuna varılmıştır.”

Anayasa Mahkemesi'nin bu çalışma kapsamında incelenen kararlarında görülmektedir ki; Yüksek Mahkeme verdiği kararlarda hem demokratik karar alma mekanizmasını işletmekte hem de verdiği kararların gerekçelerinde anayasaya uygunluk denetimi bakımından tutarlılık sergilemektedir. Örneğin; çalışmaya esas 72 kararın 65'inde oybirliğiyle, 7'sinde ise oyçokluğuyla karar almıştır. Oybirliğiyle aldığı kararların 22'si ret kararları olup, bu kararlar özellikle bir hakkın ihlal edilmediğine ilişkin olmaları bakımından önemlidir. Kurulduğu dönemden itibaren kararları dikkatle takip edilen Yüksek Mahkemenin bu alanda sergilediği tutum, hukuk devleti olmak ve özgürlük – güvenlik dengesinin sağlanması bakımından anayasa yargısı işlevinin de sağlıklı bir şekilde çalıştığına bir göstergesidir. Bu nedenle yeni ve sivil bir anayasa yapımı tartışmalarının gündemde olduğu 2023 ajandası kapsamında; yeni, demokratik ve çağdaş bir anayasa yapılarak kabulü halinde, Anayasa Mahkemesi'nin anayasal bir kurum ve yüksek mahkeme olarak görev ve yetki alanının korunması gerektiği düşünülmektedir.

SONUÇ

Modern çağın *ihkak-ı hak* düzeninde güven ve güvenlik içinde yaşam, hukukun tesis edilebilmesine bağlıdır. Devletler iç güvenliklerini, iç barışı sağlama amacıyla hukuk güvenceleri eliyle sağladıkça, bu nispette başarılı oldukları söylenebilir. Özellikle demokratik devletlerde iç güvenliğin sağlanması, demokratik hukuk devleti mekanizmalarını ve

demokratik kültürün bir gereği olarak sağlıklı oluşan ve iktidarları kamu politikalarının uygulanmasında besleyerek siyasete girdi oluşturan kamuoyunu gerekli kılar. Ancak bir devletin hüküm sürdüğü coğrafya nedeniyle bölgesel olarak karşı karşıya kalınan tehlikeler arttıkça, o devletin demokratik hukuk devleti mekanizmaları güvenliğin sağlanabilmesi bakımından yetersiz kalabilir. Bunun çeşitli sebep ve sonuçlarına çalışmanın giriş kısmı ve birinci bölümünde değinilmiştir.

Her devlet siyasal teşkilatlanmasını kendi insan unsurunun ve kültürünün üzerinde kurar. Türk devlet geleneğinde “İl gider töre kalır” sözü bunun bir ifadesidir. Bu söze göre Devlet yıkılsa bile, töresi, yani kültürü ayakta kaldıkça, yıkılan devletin yerine yeni devletini kurabilecektir. Türk Milleti’nin devletli yaşam tecrübesi bunun Orta Asya’dan itibaren gerçekleşen örnekleriyle doludur. Günümüzde geline aşamada ise Devlet, tüm acı tecrübelerle rağmen demokratik hukuk devleti mekanizmalarının güçlenerek kurumsallaşma sınavı verildiği koşullarla çevrilidir. Ortak sorunlara ortak çözümler bulma olarak tanımlanabilecek demokratik bağlılık, çözüm üretme tecrübesi için sorun yaşamaya bağlıdır. Türkiye Cumhuriyeti de iç güvenliğini, karşılaştığı tüm güvenlik sorunlarını kamusal özgürlüklerle bir denge içinde gidererek sağlamaya azami gayret göstererek tesis etmektedir. Bu süreçte devletin temel kuruluş ilkeleri ile teşkilatlanmasının hukuken güvence altına alındığı anayasaya uygunluk, hem normlar hiyerarşisi bakımından kural ihdasında hem de başta idare olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşları ile görev ve yetki sahibi kişilerin eylemlerinde gerçekleşebilmelidir. Anayasa Mahkemesi de, uzman bir yüksek mahkeme olarak, bu sürecin asli aktörlerinden biridir. Çalışmada; “orantısız güç kullanımı” nedeniyle hukuk dışı müdahalelerin varlığı iddia edilerek bireysel başvuruda bulunulması sonucunda verilen 72 karar incelenmiş, hak ihlalinin tespit edildiği 44 karardan örnek olarak iki Anayasa Mahkemesi kararı sunulmuştur. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi hem maddi yönden hem de usul boyutuyla hak ihlali bulunduğu hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin özgürlük – güvenlik dengesinin sağlanmasında çok kritik değerde olan bu kararları incelendiğinde görülmektedir ki; Yüksek Mahkeme verdiği kararlarda kendi içinde demokratik karar alma süreçlerini başarıyla hayata geçirmekte ve kararlarındaki yaklaşımları ile gerekçelerinde tutarlılık sergilemektedir. Bu nedenle; yeni, sivil ve çağdaş bir anayasa yapımının tartışıldığı bir gündemde bunun 2023 vizyonu kapsamında gerçekleştirilmesi halinde, Anayasa Mahkemesi’nin bir yüksek mahkeme olarak görev ve yetki alanının korunması gerektiği düşünülmektedir. Bununla birlikte; dünyada ve bölgede meydana gelen gelişmeler Türkiye’nin milli güvenliğine önemli oranda tehdit yaratmakta, bu durum da demokratik devlet yapısında kuvvetler dengesinde yürütme lehine

gerçekleştirilen değişikliklere yol açmaktadır. Bu değişikliklerin demokratik kültüre etkisi ise kamuoyu tepkileri ile ölçülebilir. Ancak kamuoyunun oluşma süreçlerinde gerçekleşme ihtimali olan kitlesel ya da toplumsal hareketler de kamu düzeni ve güvenlik gerekçesiyle müdahaleye maruz kalabilmekte veya çeşitli terör grupları eliyle provoke edilerek meşruiyetine gölge düşürülebildiğinden iç güvenliğin sağlanmasında değişen oranlarda sorun teşkil edebilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin tüm anayasal kuruluş ilke ve değerleriyle ilgili payidar kalması ise başta hukukçular olmak üzere güvenliğin ve adaletin sağlanmasında görev alan tüm kamu görevlilerinin Cumhuriyetin niteliklerine, kültürel değerlerine ve meslek etik kurallarına bağlılıklarıyla mümkün olacaktır. Unutulmamalıdır ki; Türkiye Cumhuriyeti'nin tüm kazanımları Anayasa'nın başlangıç metninde Türk Milleti tarafından demokrasiye âşik Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Acaray, Deniz:** İnsan Hakları, 3. Baskı, Polis Akademisi Yayınları, 2020.
- Acaray, Deniz,** “21. Yüzyılda İnsan Hakları Ve Güvenlik”, Özkaya, Ömer, (Editör), Farklı Açılımlarla İnsan Hakları Ve Güvenlik”, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Acaray, Deniz,** "Anayasal Bir Kuruluş Olarak MGK - Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde MGK'nın Yeri Ve Alternatif Yeni Bir Kurum: Güvenlik Ve Dış Politikalar Kurulu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69-3 (2020): 1293-1326. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/58841/848985>. Erişim Tarihi:30.06.2021.
- Akad, Mehmet / Dinçkol, Bihterin Vural:** Genel Kamu Hukuku, 4. Baskı, Der Yayınları, 2006.
- Akal, Cemal Bali** (Editör): Devlet Kuramı, 2.Baskı, Dost Kitabevi, 2005.
- Barın, Taylan:** “Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK'larının Yargısal Denetimi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 75, No.2, 2020, s. 557 –587. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/765778>. Erişim Tarihi:30.06.2021.
- Bayra, A. Ersin:** Güvenlik Devleti, 1. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.
- Çeçen, Anıl:** 5. Baskı, Türk Devletleri, Astana Yayınları, 2021.
- Çeçen, Anıl:** Türkiye’de Cumhuriyetçilik, 1. Baskı, Nergiz Yayınları, 2020.
- Doehring, Karl,** Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), 3. Baskı, İnkılap Yayınları, 2002, (Türkçe’ye Çeviren: Ahmet Mumcu).
- Eroğul, Cem:** Devlet Nedir?, 3. Baskı, İmge Kitabevi, 2002.
- Gözler, Kemal:** “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi Ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, 1990, s.561- 590. <https://www.anayasa.gen.tr/olaganustuhalt.htm>. Erişim Tarihi:30.06.2021.
- Gül, Yunus Emre:** “Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve İnsan Haklarına Katkıları”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (IBAD) 3 (2018): 293-303. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/441452>. Erişim Tarihi:30.06.2021.
- Harris D.J. / O’boyle M. / Bates E.P. /Buckley C.M.:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Türkçe 1. Baskı, Oxford University Press, Avrupa Konseyi, 2013.
- Hazır, Hayati,** “Olağanüstü Hal Rejimlerinin Hukuki Niteliği Ve Pozitif Hukuk Düzeni Üzerindeki Etkisi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1), 29-41. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/261571>. Erişim Tarihi:30.06.2021.

Kalabalık, Halil: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2009.

Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 1993.

Kapani, Münci: Politika Bilimine Giriş, 21. Baskı, Bilgi Yayınları, 2008.

Memiş, Emin: Türkiye’de Anayasa Gelişimleri Eğrisi (1808-2011) Anayasa Hukuku Notları, Filiz Kitabevi, 2011.

Ormanoğlu, Hatice Derya: “Modern Devletin Bir Unsuru Olarak Egemenlik Ve Uluslararası Ceza Mahkemesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD- Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/477587>. Erişim Tarihi:30.06.2021.

Özkul, Fatih: “1982 Anayasası’nda Olağanüstü Dönem Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Serüveni”, Ankara Barosu dergisi, 2020, Cilt 78, Sayı3, ss. 193-233. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/57375/811908>. Erişim Tarihi:30.06.2021.

Poggi, Gianfranco: Modern Devletin Gelişimi, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2002.

Poggi, Gianfranco: Devlet Doğası, 2. Baskı, Gelişimi ve Geleceği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

Soysal, Mümtaz: Dinamik Anayasa Anlayışı Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme, AÜSBF Yayınları, 1969.

Soysal, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 5. Baskı, Gerçek Yayınevi, 1979.

Uygun, Oktay: Devlet Teorisi, 6. Baskı, Onikilevha Yayınları, 2019.

Yılmaz, Sait: Uluslararası Güvenlik, 1. Baskı, Kaynak Yayınları, 2017.

Zabunoğlu, Yahya: Bir Hukuk ve Siyasal Bilim Problemi Olarak Devlet Kudretinin Sınırlandırılması, Ankara, 1963.

KAMU DÜZENİ KAVRAMININ SPORTİF FAALİYETLER YÖNÜNDEN ETKİLERİ (İDARE HUKUKU ODAKLI BİR ANALİZ)

*Dr. Öğr. Üyesi Onur KAPLAN**

ÖZET

Tarih boyunca insanlar tarafından yapılan sportif faaliyetlerin, günümüzde sosyal ve ekonomik yönden değer arz etmesi ve belirli hallerde içerdiği rekabet unsuru bağlamında düzenli bir şekilde yapılması, bu disipline özgü bazı kuralların varlığıyla mümkün olmuştur. İnsanların sportif faaliyetlerde bulunma ihtiyacının yanında, zaman içinde bu faaliyetlerin yapılabildiği elverişli ortamın oluşturulması da bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Özellikle profesyonel anlamda sportif faaliyetler icra edilirken; sporcular, antrenörler ve seyirciler gibi pek çok aktör bir arada yer almaktadır. Bu kapsamda sportif faaliyetlerin yerine getirilmesi sürecinde bu öznelere birbirleriyle olan ilişkilerinin hukuki olarak düzenlenmesi ve olası hukuka aykırı durumların önüne geçilmesi bakımından, idari makamların bazı pozitif yükümlülükleri söz konusu olmaktadır. İdari makamlar tarafından yerine getirilen ve tarihsel olarak öncel nitelikte olan kamu güvenliğine dair faaliyetler, kamu düzeni olgusunun korunması, bozulmuşsa yeniden sağlanmasına yönelmektedir. Bu doğrultuda sportif faaliyetler yerine getirilirken veya yerine getirilmeden önceki aşamada idari makamların, kamu düzeninin bozulmamasına yönelik olarak bazı tedbirler alması ve gerektiğinde anayasa ve ilgili kanunlardaki sınırlamalara bağlı olmak kaydıyla bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edebilmesi gündeme gelmektedir. Bu kapsamda çalışmada, öncelikle sportif faaliyetler ve kamu düzeni kavramı arasındaki hukuki ilişki ele alınacak; sonrasında yargı kararlarından yararlanmak suretiyle sportif faaliyetler bakımından kamu düzeni kavramının etkilerinin neler olduğu irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Spor, İdari Faaliyet, Kamu Gücü, Kamu Düzeni, Sorumluluk

* Dr. Öğr. Üyesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, onur.kaplan@yasar.edu.tr,
ORCID ID: 0000-0003-1252-6352

**EFFECTS OF THE CONCEPT OF PUBLIC ORDER ON SPORTIVE
ACTIVITIES**

(AN ANALYSIS FOCUSED ON ADMINISTRATIVE LAW)

ABSTRACT

Throughout history, the fact that sports activities carried out by people have social and economic value today and that they are carried out regularly in the context of the competition element included in certain situations, has been possible with the existence of some rules specific to this discipline. In addition to the need for people to engage in sports activities, it has become a necessity to carry out these activities in a certain order. Especially in professional sports activities, many actors such as athletes, coaches and spectators take part together. In this context, in the process of performing sports activities, administrative authorities have some positive obligations in terms of legally regulating the relations of these subjects with each other and preventing possible illegal situations. Activities for the protection of the security, which has historically been a priority in administrative activities, tend to protect the phenomenon of public order, if it is disturbed, to restore it. In this respect, while the sports activities are being carried out or at the stage before they are carried out, the administrative authorities may take some measures to prevent the deterioration of public order and, when necessary, intervene in the fundamental rights and freedoms of individuals, subject to the restrictions in the constitution and laws. In this context, firstly, the legal relationship between sports activities and the concept of public order will be discussed in this study; afterward, the effects of the concept of public order in terms of sports activities will be examined using judicial decisions.

Keywords: Sport, Administrative Actions, Public Power, Public Order, Responsibility

GİRİŞ

Spor, bireylerin fiziksel hareketlerle icra ettiği, belirli fiziksel güçlüğü ve becerileri içeren bir faaliyettir⁴¹. Bu kapsamda spor, “*amacı kendinde olan ve yapanın o etkinliği gerçekleştirmekle haz duyduğu bir eylem*”⁴² olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle, temel olarak hareket unsurunun⁴³ yanında içerisinde rekabet unsuru barındırması sebebiyle rekabet sporu olarak da karşımıza çıkabilen sportif faaliyetler, belirli kurallara bağlı biçimde ve nizami olarak yerine getirilebilmektedir⁴⁴. Bu kapsamda, hukuk disiplini daha çok ilgilendiren rekabet sporlarında⁴⁵, küreselleşme olgusu çerçevesinde uluslararası bazı kuruluşlar tarafından oluşturulan kuralların uygulanması da söz konusu olabilmektedir⁴⁶. Bunun yanında her ne kadar sportif faaliyetlerin tabi olduğu kurallar açısından yeknesak bir tanımlama yapılamazsa da bu kurallar bütünü, “*oyun kuralları*” kavramı veya “*spor ve hukuk*” ilişkisi çerçevesinde önem arz ettiği ifade

⁴¹ **Terlemez, Murat/Yorulmazlar, Mehmet M.:** Türkiye’de Sportif Küreselleşmenin Etkileri, International Journal of Social Science, Cilt:3, Sayı:2, 2020, s. 82. Spor kavramının tarihçesi hakkında bkz. **McComb, David G.:** Sports: An Illustrated History, Oxford University Press, Oxford, 1998, s. 13.

⁴² **Erdemli, Atilla:** Spor Nedir?, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 15. Ayrıca bkz. **Snyder, Eldon E./Spretizer, Elmer:** Sociology of Sport: An Overview, The Sociological Quarterly, Cilt:5, Sayı:4, 1974, s. 469; **Aydın, Zübeyt:** Spor ve Spor Politikaları, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. Akın Ataksoy” Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2015, s. 179.

⁴³ **Schulkin, Jay:** Sport: A Biological, Philosophical, and Cultural Perspective, Columbia University Press, New York, 2016, s. 2.

⁴⁴ **Özdemir Kocasakal, Hatice:** Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 2. Bununla birlikte, rekabet unsuru taşımayan bireysel faaliyet olarak yapılan sportif faaliyetlerin de tamamen kurallardan ayrık olduğunu söylemek güçtür. Bkz. **Şenol, Talay:** Spor Hukuku ve Spor Etiği Işığında Fair Play, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 707-708.

⁴⁵ **Özdemir Kocasakal,** s. 3.

⁴⁶ **Foster, Ken:** Is There a Global Sports Law?, Entertainment Law, Cilt:2, Sayı:1, 2003, s. 2. Ayrıca bkz. **Gürten, Kadir/Erenel, Ege:** Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2012, s. 297-298; **Erkiner, Kısmet:** Spor Hukuku’nun Çoğulluğu, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 185.

edilebilir⁴⁷. Esasen, spor ve hukuk ilişkisi bağlamında bu kurallar, spor endüstrisinin ve spor organizasyonlarının yapısının anlaşılmasının yanında düzenin sağlanmasında da yarar sağlamaktadır⁴⁸.

Gerçekten, bireylerce yapılan sportif faaliyetlerin nizami olarak gerçekleştirilmesi yönünden, hukuk kurallarına koşut biçimde “ *tarafların müsabaka organizasyonuna ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya sporcuların veya diğer ilgililerin oyun kurallarını ihlal etmeleri halinde uygulanmak üzere*”⁴⁹ disiplin kurallarına da yer verilmiştir. Bu doğrultuda, oyun kurallarından veya sportif faaliyetlerin yapılması bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarından bahsedilse de bu kuralların doğru biçimde uygulanabilmesi için; bireysel ya da özel bir çıkardan farklı biçimde “*spor yapılmasına elverişli ortamın oluşturulması*”⁵⁰ lazımdır. Başka bir deyişle, insanların kendini gerçekleştirebilmesi, geliştirebilmesi hakkına koşut biçimde özgün bir yaşama olayı olarak spor faaliyetlerinde⁵¹ bu kuralların uygulanması açısından elverişli ortamın sağlanması; hukuk düzeni açısından, devlete atfedilen pozitif yükümlülüğün varlığını gerektirmektedir⁵². Bu yönüyle, kamu düzeninin sürekliliğinin sağlanması ve bu sayede kamu yararının karşılanması⁵³ bağlamında “*sportif faaliyetlere dahil sùjelerin*

⁴⁷ **Healey, Deborah:** Sport and the Law, 3. Baskı, UNSW Press, Sydney, 2005, s. 8-9; **Gürten/Erenel,** s.302. Spor ve hukuk ilişkisinin tarihsel gelişimi bakımından ayrıca bkz. **Parrish, Richard:** Sports law and policy in the European Union, Manchester University Press, Manchester, 2003, s. 205.

⁴⁸ **Wong, Glenn M.:** Essentials of Sports Law, 4. Baskı, Praeger, Oxford, 2010, s. 3.

⁴⁹ **Bıçakçı, Levent:** Sporda Disiplin ve Siyaseti, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. Atılâ Elmas” Armağanı, (Ed. Çağlar, Tacar vd.), Ankara, 2012, s. 178-179.

⁵⁰ **Günday, Metin:** İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 290.

⁵¹ **Erdemli, Atilla:** Temel İnsan Hakları ve Spor, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 30.

⁵² **Öztek, Selçuk:** Devlet ve Sportif Faaliyet, Spor Hukuku Yazıları: Av. Kısmet Erkiner Armağanı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 17.

⁵³ **Atay, E. Ethem:** İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:1-2, 2007, s. 510.

*faaliyetlerinden ötürü birbirleriyle olan ilişkilerinin düzenlenmesi gereksinimi*⁵⁴, spor hukukuyla ilintili olmanın yanı sıra idare hukukunu da ilgilendirmektedir⁵⁵.

Türk hukuku açısından 1982 Anayasası (“AY”) md.59’da ifade edildiği üzere “*Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder*”. Gerçekten, bireylerin yalnızca bedensel gereksinimleri olarak değil; aynı zamanda ruhsal gereksinimlerinin karşılanması bakımından “*harekete zorunlu olma*⁵⁶” hali söz konusudur. Dolayısıyla bireylerin bu gereksinimlerinin karşılanması noktasında –sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlığı altında düzenlenen AY md.59 hükmü çerçevesinde spor yapılmasının teşvik edilmesi yönünden– devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğu gibi⁵⁷, gerekli tedbirlerin alınması bakımından da yükümlülüğü söz konusudur. Zira bireylerin spor yapma hakkını da içerir biçimde⁵⁸ AY md.17 çerçevesinde maddi ve manevi varlığını korunması ve geliştirilmesi, yani ruhsal ve fiziksel yönden sağlıklı olması; bireylere elverişli imkanların sağlanması,

⁵⁴ **Kocasakal, Ümit:** Spor Hukukunun Özellikleri Çerçevesinde Tahkim Yargılaması ve Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı, İstanbul, 2007, s. 41.

⁵⁵ Bu anlamda, bu çalışmada “*kamu düzeni*” kavramının milletlerarası özel hukuk çerçevesinde (Bkz. **Dönmez, Kazım Y.:** Spor Uyuşmazlıklarına İlişkin Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 253.) ya da usulî boyutuyla ilgilenilmeyecek olup, idare hukuku perspektifiyle analiz yapılacaktır.

⁵⁶ **Erdemli,** Spor Nedir?, s. 13.

⁵⁷ Nitekim bu sebepten ötürü Danıştay’ın vermiş olduğu bir kararda “*Köy Kanununun 14 üncü maddesinin 24 üncü bendi ile köyde spor yaptırılması görevi de verildiğinden spor sahası için yapılan kamulaştırmada mevzuata aykırılıktan söz edilemez(yeceği)*” ifade edilmiştir. D6D. E.1985/853, K.1985/1492, T.19.12.1985, Danıştay Dergisi, Sayı:62-63, s. 236. Ayrıca bkz. **Ertaş, Şeref/Petek, Hasan:** Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 53. Belirtmek gerekirse, 1924 ve 1961 Anayasalarında “*spor*” kavramına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığı gibi, devlete bu yönde bir pozitif yükümlülük de getirilmemiştir. Bkz. **Gök, Yasemin/Sunay, Hasan:** Türkiye ve Fransa’da Uygulanan Spor Yönetiminin Kamu Yönetimi Açısından Karşılaştırılması, Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2010, s. 9 vd.

⁵⁸ **Akyıldız, Ali:** Sporun Hukuku ve Yargısı, Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 63; **Memiş Kartal, Pınar:** Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHFHAD), Cilt:26, Sayı:2, 2020, s. 537.

çevre kirliliğinin önlenmesi, sağlıklı kent ortamı yaratılmasıyla mümkündür⁵⁹. Bu da spor hakkının amatör veya profesyonel düzeyde bireylerce kullanılabilmesi açısından “*temel hak ve hürriyetlerin gereği gibi kullanılabilirdiği bir düzeni*” akla getirmektedir⁶⁰. Esasen spor hakkının kullanılabilirdiği bir ortamın sağlanması, birey-devlet ilişkisinin yanında bireyler arasındaki hukuki ilişkileri de dikkate alan birey odaklı devlet kavramının getirdiği bir sonuçtur⁶¹. O halde, insan haklarının geçirdiği tarihsel evrim dikkate alındığında⁶², bireylerce yapılan sportif faaliyetler bakımından “*elverişli ortamın (=sporun belirli bir nizam içerisinde yapılabildiği düzenin) oluşturulması*” için idari makamlar tarafından belirli tedbirlerin alınması gerekliliğinden bahsedilebilir⁶³.

Bu anlamda çok boyutlu bir hukuki kavram olan kamu düzeni kavramının, yine pek çok konu ve disiplinle bağlantılı olan spor ve spor hukuku kavramları⁶⁴ yönünden değer arz ettiği söylenebilecektir. Zira Günday’ın deyiimiyle kamu düzeni, “*toplumun dış ve maddi düzeni olarak umumi veya umuma açık yerlerde bireylerin güvenlik, dirlik ve esenlik içinde ve sağlıklı olarak yaşamalarını*”⁶⁵ ifade ettiğinden; spor faaliyetlerinin yapıldığı yerleri de bu kapsamda ele almak gerekecektir⁶⁶. Nitekim 2559 sayılı Polis

⁵⁹ **Akkurt, Kemal:** Yerel Yönetimler ve Spor, Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 45.

⁶⁰ Bu noktada devletin pozitif hukuk kurallarıyla öngörülen yükümlülüğünün varlığı yanı sıra profesyonel biçimde yapılan ve devletin yanında bazı özel hukuk kişilerinin de dahil olduğu bir spor alanının da bulunduğunu vurgulamak gerekecektir. **Memiş Kartal**, s. 538.

⁶¹ **Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sancakdar, Oğuz vd.:** İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 49.

⁶² **Tezcan/Erdem/Sancakdar vd.,** s. 35.

⁶³ **Akyıldız,** (2013), s. 63.

⁶⁴ **Vieweg, Klaus:** Spor Hukukunun Büyüsü, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2010, s. 1.

⁶⁵ **Günday,** s. 290.

⁶⁶ Benzer yönde; **Carius, Manuel:** Police administrative et activités sportives de pleine nature, Revue Juridique de l’Environnement, Sayı:2, 2001, s. 177. Bununla birlikte Türk hukukunda, her ne kadar toplu olarak yapılan bir faaliyet olsa da spor faaliyetlerinin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden farklı nitelikte olduğunun vurgulanması gerekir. Nitekim 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu md.4’te “*spor faaliyetleri ile bilimsel, ticari ve ekonomik amaçlarla yapılan toplantıların*” bu kanun hükümlerine tabi olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. D10D. E.1995/300, K.1997/909, T.13.03.1997, (<https://legalbank.net>), Legalbank İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T. 04.02.2021.

Vazife ve Salâhiyet Kanunu⁶⁷ md.1’de “*polis, asayişî amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder*” ifadesi yer almakta olup, spor müsabakalarının yapıldığı alanlar bunun haricinde bırakılmamaktadır. Ne var ki, kamu düzeni ihlal edilebilen bir yapıya sahip olduğundan; spor faaliyetlerinin yapılması aşamasında ortaya çıkan bazı olaylar nedeniyle bireylerin temel hak ve hürriyetlerini gereği gibi kullanamaması söz konusu olabilir. Bu nedenle de AY md.17/1, md.42/1 ve md.59 hükümleriyle bağlantılı olarak⁶⁸ başta bireylerin sahip olduğu spor hakkı olmak üzere çeşitli temel hak ve hürriyetlerine, idari makamlar tarafından AY md.13’e uygun biçimde çeşitli müdahalelerde bulunması gerekebilir⁶⁹.

Bu bağlamda kanunda öngörülme şartıyla, sportif faaliyetlerle ilintili temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunmayacak şekilde gerçekleştirilecek bu müdahale olgusu⁷⁰, kamu düzeni kavramının çeşitli unsurlarından hareketle somutlaşabilmektedir. O halde, şu sorulara yanıt aramak gerekecektir: (i). çeşitli mülahazalar etrafında kapsamı genişleyen kamu düzeni kavramı açısından, “*spor kamu düzeninin*” varlığından bahsedilebilir mi, bahsedilebilirse bunun sonuçları neler olabilir?, (ii). spor disiplin kurallarının varlığı karşısında kamu düzeni kavramının ne şekilde ele alınması

⁶⁷ RG.14.07.1934-2751.

⁶⁸ AY md.17/1 “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*”. AY md.42/1 “*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz*”. AY md.59 “*Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur. Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz*”.

⁶⁹ **Çağlayan, Ramazan**: Spor Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 25. Bu çerçevede bireylerle idari makamlar arasında temel hak ve hürriyetlere yoğun bir müdahale içermesi nedeniyle çeşitli sorunlara neden olan idari kolluk faaliyeti yerine getirilirken; “*kamu düzeni ile temel hak ve hürriyetler arasında uzlaştırıcı bir dengenin kurulması*” icap eder. **Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us Doğan, Eser vd.:** İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 732.

⁷⁰ Temel hakların düzenlenmesi ve sınırlanması konusunda “*müdahale*” kavramına verilen anlam için bkz. **Bilgen, Pertev**: İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 48. Ayrıca bkz. **Sancakdar, Oğuz**: İdari Cezaların Yaptırım Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku’ndaki Anayasal Temeller, İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 105.

gerekmektedir?, (iii). spor müsabakalarında yapılan doping ve şike fiilleri, kamu düzenini ihlal eder nitelikte midir?, (iv). kamu düzeninin geleneksel unsurları arasında sayılan genel sağlık, genel güvenlik ya da dirlik-esenlik unsurları sportif faaliyetler bakımından yargı kararlarında nasıl değerlendirilmiştir ve bu konuda değişen paradigmalara hukuki dayanağı nedir?, (v). kamu düzeni kavramı, rekabet ögesi barındıran sportif faaliyetlerin dışında bireysel ya da toplu olarak yapılan ve fakat rekabet ögesi barındırmayan faaliyetler açısından da sonuç doğurabilir mi? Bu doğrultuda, çalışmanın devamında kamu düzeni kavramı, unsurlarıyla birlikte ele alınarak bu sorulara yanıt aranacaktır.

I. KAMU DÜZENİ KAVRAMININ SPORTİF FAALİYETLER YÖNÜNDE ÖNEMİ

Devletin genel anlamda spora olan ilgisindeki artışa rağmen spor için kamu politikasının analizinde akademik ilgide eşdeğer bir artış yaşanmamıştır⁷¹. Oysa, bireylerce spor hakkının gereği gibi kullanılabilmesi açısından; devlet tarafından elverişli ortamı sağlayacak biçimde doğru kamu politikasının oluşturulması önem arz etmektedir⁷². Bu kapsamda idari makamların sportif faaliyetler yönünden icra edeceği idari faaliyetlerde önemli yeri bulunan kamu düzeni kavramı açısından bir irdeleme yapılması gerekir. Belirtmek gerekirse, idari makamların kamu düzeninin korunmasına yönelik faaliyetleri; sporcular, seyirciler ve diğer aktörler açısından bütünlüğü sağlamanın yanı sıra spor kavramının sosyal değerini muhafaza etmesine yardımcı olur⁷³. Gerçekten, sportif faaliyetlerin; yapılmasından önceki aşamada ve yapılışı esnasında ya da sonrasında kamu düzeninin oluşturulması, söz konusu faaliyetlerin icrasını kolaylaştıracak, ayrıca sportif katılımın ve sporun olumlu değerlerinin artmasını sağlayacaktır⁷⁴. Her ne kadar sportif faaliyetlerin yapılması hususunda bireylerin spor

⁷¹ **Houlihan, Barrie:** Public Sector Sport Policy Developing a Framework for Analysis, International Review For the Sociology of Sport, Cilt:40, Sayı:2, 2005, s. 164.

⁷² **Ayanoğlu, Taner:** The Scope and Limits of the Right to Sport in Turkish Law, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Sayı:68, 2019, s. 5.

⁷³ **Lestrelin, Ludovic/Sallé, Loïc:** Le sport et ses valeurs: mobilisation des acteurs et élaboration d'un consensus, Le sport est-il éducatif?, Rouen, PUR, 2004, s. 224.

⁷⁴ **Lestrelin/Sallé,** s. 226.

yapma iradesi ve spor hakkını kullanması, belirli risklerin kabulü anlamına gelse de⁷⁵ spor faaliyetlerinin icrasında ortaya çıkabilecek ihlallerin kamu düzenini bozma ihtimali, göz önünde bulundurulması gereken ve bu doğrultuda yetkili idari makamların tedbir/tedbirler almasını gerektiren bir durumdur. Başka bir deyişle, öncesinde karışıklığın olmadığı ve düzenin olduğu bir ortamı ifade eden kamu düzeni kavramının bozulmaması için idari makamların birtakım pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır⁷⁶. Bu husus ise, tek başına oyun kurallarıyla yahut sportif faaliyetlere ilişkin özgün yaptırım sistemiyle⁷⁷ açıklanamayacak; aynı zamanda kamu gücü kullanımı içeren belirli irade açıklamalarının veya fiillerin yapılmasıyla anlam kazanacaktır.

Doktrinde Zanobini'nin vurguladığı üzere, “*amme intizamı tabiri, Devletin ve Devlet teşkilâtının ve hatta umumi sulh ve nizamın muhafazası ile alâkadar olan her şeyi ifade eder*”⁷⁸. Bu doğrultuda, kamu düzeni kavramının tanımlanması açısından ifade edilen genel güvenlik, genel sağlık, dirlik-esenlik unsurları yanında çeşitli unsurlar da kullanılabilir⁷⁹. Çoğu halde bu kavramın içeriği; ekonomi, çevre gibi çeşitli alt temalar kullanılarak farklı adlandırmalarla (örneğin ekonomik kamu düzeni⁸⁰, imar düzeni⁸¹) somutlaştırılabilir. Sportif faaliyetler yönünden ise, “*spor kamu düzeni*”

⁷⁵ **Mandin, François:** Le traitement juridique du risque sportif: de l'individualisation à la socialisation du risque, Les Cahiers de Droit du Sport, CDS 8, Les Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, s. 27.

⁷⁶ **Guettier, Christophe:** Droit administratif, Montchrestien, Paris, 1998, s. 138.

⁷⁷ **Reinhart, Michael:** Sportif Faaliyetler Sırasındaki Yaralanmalar ve Kazalarda Ceza Takibatı Yapılmasında Kamu Menfaati (çev. Özbek, V. Özer), Spor ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 58.

⁷⁸ **Zanobini, Guido:** İdare Hukuku Cilt-I: Umumiyet İtibarile İdarî Nizam (Çev. Akgüç, Atıf/Erman, Sahir), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1945, s. 5.

⁷⁹ **Okay Tekinsoy, Özge:** Kolluk, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 476.

⁸⁰ **Tan, Turgut:** Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi, Prof. Dr. Yıldırım Uler'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, s. 513.

⁸¹ **Sancakdar/Önüt/Us Doğan vd.,** s. 731.

şeklinde bir ifade kullanılabilirse⁸² de esasen bu ifade kullanımının içeriği yine daha önce belirtilen mülahalardan hareketle somutlaştırılacaktır.

Belirtmek gerekirse, spor hukukunda disiplin kurallarının varlığı ve bu kurallara uyma yükümlülüğü de kimi hallerde kamu düzeninin sağlanması hususuyla kesişmekle birlikte tam olarak aynı değeri ifade etmemektedir. Şüphesiz, disiplin kurallarının uygulanması neticesinde ilgili spor faaliyetini gerçekleştiren kişilerce spor kurallarına aykırı davranılmasının önüne geçilebilir⁸³. Bu yönüyle de her durumda sporda disiplinin sağlanması ile kamu düzeninin bozulmaması amacına yönelik faaliyetleri ayırmak kolay değildir. Bununla birlikte, her spor kuralı ihlali, kamu düzeninin bozulması neticesini doğurmamaktadır. Kaldı ki, bu hallerde bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması sadece sporda disiplinin sağlanması amacına yönelmemektedir. Ayrıca, idari makamların, örneğin genel sağlık mülahasası sebebiyle kişilerin spor hakkına müdahale ettiği ihtimalde; müdahalenin içeriği spor hukukuna özgü bir durumdan ileri gelmeyip bulaşıcı hastalığın önlenmesi maksadından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, spor organizasyonlarının, kulüplerin bağımsız hukuki nitelikleri ve özgü kuralları bulunsada kamu düzeni kavramına değinmeksizin konuyu sadece spor disiplin kuralları çerçevesinde ele almak isabetsiz olacaktır⁸⁴. Bu nedenle sportif faaliyetlerde disiplin kurallarının kendine özgü özellikleri olduğunu gözetmek suretiyle, kamu düzeni kavramının bu faaliyetler içerisindeki yeri ve niteliği belirlenmelidir.

⁸² **Lestrelin/Sallé**, s.224; **Akyıldız, Ali**: Sporun Kamu Düzeni: Yükümlülükler, Suçlar, Yasaklar ve Kabahatler, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. Akın Ataksoy” Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2015, s. 46.

⁸³ **Bıçakcı, Levent**: Sporda Disiplin ve Siyaseti, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 278. Ayrıca bkz. **Vieweg**, s. 7.

⁸⁴ Bu bağlamda, söz konusu ayırımın bir sonucu da spor disiplinine ilişkin uyumsuzlukların çözümü noktasında ortaya çıkmaktadır. Akyıldız’ın ifade ettiği üzere; spor disiplini alanına girmeyen bir uyumsuzluk, “örneğin spor kamu düzeninin sağlanmasına yönelik tedbirler ve bu yolda alınan kararlar” zorunlu tahkim başvurusunun konusu değildir. **Akyıldız**, (2015), s. 46.

II. SPOR HAKKI VE KAMU DÜZENİ İLİŞKİSİ

Kişi özgürlüğü temelinde bir hak olarak değerlendirilebilecek spor hakkının; sosyal haklarla da ilintili olduğundan bahisle karma özellikte olduğundan bahsedilebilir⁸⁵. Doktrinde Ertaş/Petek'in vurguladığı üzere, spor hakkının hem Anayasada düzenlenen temel bir hak olarak devlete karşı hem de diğer özel hukuk kişilerine karşı sübjektif bir hak olarak korunduğu ifade edilmelidir⁸⁶. Bu doğrultuda çok boyutlu bir hak olan spor hakkını⁸⁷ gerek bireylerin rekabet amacı olmaksızın yaptığı spor faaliyetleri (kitle sporu⁸⁸) gerekse profesyonel spor faaliyetleri bakımından ele almak gerekecektir. Sosyal bir olay hali olarak spor faaliyetleri⁸⁹; özellikle profesyonel düzeyde, fiziksel hareketleri yapan bireyler, seyirciler ve oyun esnasında müsabakaların kurallara uygunluğunu denetleyen gözlemciler gibi çeşitli öznelerin bir arada yer aldığı faaliyetleri ifade etmektedir. Bunun yanında, amatör düzeyde de söz konusu öznelerin bir arada bulunabileceği ortamın oluşturulması bakımından gerekli tedbirlerin alınması zarurietini ortaya çıkarmaktadır. Başka bir deyişle, ister amatör isterse profesyonel düzeyde olsun⁹⁰ sportif faaliyetlerin birer “sosyal ilişkiler örgüsü⁹¹” olduğu göz önüne alındığında; kamu düzeni kavramının önem arz ettiği söylenecektir. Dolayısıyla kamu düzeni kavramının her iki düzeyde de farklı yoğunlukta hukuki değer arz ettiği ve spor hakkıyla ilintili olduğu söylenebilecektir.

Örneğin, genel güvenliğin sağlanabilmesi için kolluk personelinin müsabakalarda görevlendirilmesi, spor müsabakalarının yapılacağı ortamların girişlerinde can ve mal güvenliği açısından tehlike arz edebilecek maddelerin sokulmaması için gerekli

⁸⁵ Memiş Kartal, s. 556-557.

⁸⁶ Ertaş/Petek, s. 68.

⁸⁷ Memiş Kartal, s. 557; Ertaş/Petek, s. 57.

⁸⁸ Özdemir Kocasakal, s. 1.

⁸⁹ Öztekin, Selçuk: Sporda Hukukçunun Yeri ve Önemi: Tahkim Kurulu Örneği, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 194; Erkiner, Kısmet: Spora Tarihsel Bir Bakış, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 57.

⁹⁰ Çağlayan, s. 17.

⁹¹ Vieweg, s. 31.

tedbirlerin alınması⁹², genel sağlık unsurunun sağlanabilmesi için salgın hastalıkların olduğu zamanlarda müsabakaların seyircisiz oynanması, belirli spor merkezlerinin kapatılması ya da dirlik-esenlik unsurunun sağlanmasına yönelik olarak çevreyi kirletecek nitelikte konfeti ve benzeri cisimlerin spor alanına sokulmaması için gerekli tedbirlerin idari makamlar tarafından alınması gündeme gelmektedir⁹³. Bunun yanında idari tedbirlerin yanında kamu düzeninin bozulması neticesinde idari cezaların uygulanması da söz konusu olabilmektedir⁹⁴. Örneğin, genel sağlık mülahazasının sağlanmasına yönelik öngörülen tedbirlere uymayan kişilere idari para cezası verilmesi gibi durumlarda, kamu düzeninin bozulmasının önüne geçilmesi değil ve fakat bozulan

⁹² Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik md.7 “İl ve ilçe emniyet müdürlükleri ile il ve ilçe jandarma komutanlıklarının görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır: a) Müsabaka güvenlik amirinin görevlendirilmesini sağlamak (...) f) Spor müsabakalarına ilişkin olarak alınacak emniyet tedbirleri ile ihtiyaç duyulacak araç, gereç ve personel planlamasını yapmak. g) Spor alanlarında genel kolluk görevlileri ile bunların gözetiminde olmak üzere özel güvenlik görevlileri tarafından yapılacak üst arama konusunda mülki idare amirinden yazılı izin almak. ğ) Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişilerin spor alanına girmesini engellemek. h) Her türlü silah, kesici veya delici alet, sis bombası, ses bombası veya maytap gibi patlayıcı, parlayıcı, yanıcı, yakıcı maddeler ile taş, metal gibi fırlatılabilecek veya yaralayıcı nitelikte sert cisim veya tehlike arz edebilecek veya müsabaka düzenini bozabilecek diğer maddeler ile alkollü içecekler ve çevreyi kirletecek nitelikte konfeti ve benzeri cisimlerin spor alanına sokulmaması için gerekli tedbirleri almak. ı) Müsabaka öncesinde ve sonrasında, her iki takımın seyirci topluluklarını birbirinden ayıracak güvenlik tedbirlerini almak”.

⁹³ “(...) vatandaşlarını spora teşvik etmek ve ona uygun olarak vatandaşların ihtiyaçlarını karşılayacak her türlü yatırımı ve altyapıyı hazırlamak Devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Ancak kamu düzeninin sağlanmadığı bir ortamda, hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılması mümkün değildir. Dolayısıyla, Devletin vatandaşlarını spora teşvik etme ve ona uygun olarak vatandaşların ihtiyaçlarını karşılama yükümlülüğünün yanında kamu düzenini sağlama görevi de bulunmaktadır”. AYM. E.2014/196, K.2015/103, T.12.11.2015, RG. 16.12.2015-29564.

⁹⁴ **Ulusoy, Ali D.:** İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 17. Ayrıca bkz. **Zanobini, Guido:** “İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes’elesi” (çev. Günal, Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:3, 1963, s. 315; **Gölcüklü, Feyyaz:** “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 1963, s. 117.

kamu düzeni nedeniyle bir nevi “cezalandırma” ögesi barındıran⁹⁵ kararların alınması ve uygulanması söz konusu olmaktadır.

Dolayısıyla idari makamların sporun yapılmasını teşvik etme görevinin yanında (AY md.59), spor hakkının gereği gibi kullanılabilirdiği ortamı yaratma konusunda sahip olduğu görev ve yetkiler, bireylerin bazı “temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilmesi” noktasında da kendini göstermektedir⁹⁶. Bu kapsamda örneğin; genel sağlık unsurunun sağlanmasına yönelik biçimde yetkili idari makamlar tarafından alınacak spor merkezlerinin kapatılması kararı hem spor merkezini işleten kişi yönünden çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne (AY md.48⁹⁷) hem de spor faaliyetini icra edecek bireyler yönünden spor hakkına müdahale ögesini içermektedir. İşte, kamu düzeni kavramının spor faaliyetleri açısından hukuki niteliği değerlendirilirken; temel hak ve hürriyetlere müdahale olgusunu da irdelemek gerekir. Bunun yanında, söz konusu müdahalelerin gerekli olup olmadığı ya da yetkili kolluk personeli tarafından⁹⁸ ölçülü biçimde yapıp yapılmadığı hususları hukuk devleti ilkesi çerçevesinde değerlendirilerek idari makamların sorumluluğunun hangi durumlarda oluşabileceği de ortaya konulmalıdır⁹⁹. Ayrıca, idari makamların hukuka aykırı biçimde müdahale ettiği durumların yanında

⁹⁵ Bkz. **Ulusoy**, s. 17. İdari cezaların yaptırımlar teorisi içindeki yerine ilişkin olarak bkz. **Sancakdar**, s. 63 vd.

⁹⁶ “Şiddetin ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla çeşitli tedbirler almak, Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete yüklenen kamu düzenini koruma ödevinin bir gereğidir. Bu nedenle, kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla özgürlüğün sınırlanması mümkündür. (...) vatandaşların ihtiyaçlarını karşılayacak her türlü yatırımı ve alt yapıyı hazırlamak Devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Dolayısıyla, Devlet, spor faaliyetlerinin gerçekleştirilmesini engelleyenlere karşı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını da içeren tedbirler alabilir”. AYM. E.2015/19, K.2015/17, T.18.02.2015, RG.10.07.2015-29412.

⁹⁷ AY md.48 “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”.

⁹⁸ Belirtmek gerekirse, özel güvenlik görevlilerinin de belirli koşullar çerçevesinde spor müsabakalarında görev yapabildiği göz önüne alındığında; idari kolluk faaliyetinin icrasından ileri gelen kamusal yetkilerin özel hukuk kişilerine kullanılması da gündeme gelebilir. Bkz. **Karan, Nur**: Özel Güvenlik, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:50, 2007, s. 431.

⁹⁹ Bu konuda bkz. İHAM. Ostendorf/Almanya, Başvuru No:15598/08, T. 07.03.2013, (<http://hudoc.echr.coe.int/fre-press?i=001-116954>), Erişim T. 10.01.2021. Ayrıca bkz. **Gözler, Kemal**: İdare Hukuku Cilt-II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 588 vd.

müdahalenin zamanında yapılmadığı hallerde de sorumluluğunun doğması gündeme gelebilmektedir. Bu kapsamda kamu düzeni kavramı, spor faaliyetleri açısından idari makamların sorumluluğu konusunu da etkileyen bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde, kamu düzeni kavramının sportif faaliyetler bakımından arz ettiği önem göz önüne alındığında; idari makamların yerine getirdiği idari faaliyetler çerçevesinde, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine ne şekilde müdahale edilebildiği ve idari işleyişte yaşanabilecek aksaklıklardan doğan sorumluluğun niteliği ve kapsamı konularının irdelenmesine geçilecektir.

III. SPOR FAALİYETLERİ YÖNÜNDE KAMU DÜZENİNİN ETKİLERİ

A. GENEL SAĞLIK UNSURU BAKIMINDAN

Spor faaliyetleri, çoğu halde insanların bir araya gelerek yaptığı fiziksel hareketlerin bütününe ifade ettiği¹⁰⁰; kamu düzeni kavramı, bu “*bireyin/bireylerin*” temel hak ve özgürlüklerden yararlanması bakımından önem taşımaktadır. Bu çerçevede, spor faaliyetlerinin yapılması açısından bireysel bazda yasaklama kararı verilebilmesinin yanında aynı zamanda bazı spor faaliyetlerinin geçici bir süreyle yapılmasının yasaklanması da söz konusu olabilmektedir. Örneğin, Conseil d’État tarafından verilen bir karara göre, “*covid-19 salgınının yüksek bir seviyede kalmasının kış sporlarının yapıldığı bölgelerde sağlık sistemi üzerinde güçlü bir baskı oluşturduğu*¹⁰¹” ifade edilmiş ve halkın profesyoneller ve çocuklar dışında kayak merkezlerini kullanmaları ve spor faaliyetlerinde bulunması yasaklanmıştır. Bu kapsamda kış sporlarının yapılması açısından Fransa’da, bazı kişilere yönelik geçici yasaklama halinin varlığı görülmektedir. Keza, Rhône Valiliğinin genişletilmiş bir kararnameyle “*maksimum uyarı bölgesi olarak*” nitelendirilen bölgelerde; okul grupları, reşit olmayanlar ve sporcular dışında kalan

¹⁰⁰ **Tezcan, Mahmut:** Toplumsal Değişme ve Spor, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, Cilt:25, Sayı:2, 1992, s. 617-618; **Erdemli, Atila:** Toplum ve Spor, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 52.

¹⁰¹ CE. 11 décembre 2020, Domaines Skiabiles de France et autres, (<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2>), Erişim T. 03.02.2021.

bireylere yönelik olarak spor merkezlerinin kapalı tutulmasına yönelik işlemi, Conseil d'État tarafından hukuka aykırı görülmemiştir¹⁰². Bu iki karar yönünden ön plana çıkan husus spor faaliyetini yapacak bireylerin genel sağlıklılık halinin korunması olarak göze çarpmaktadır¹⁰³. Bu anlamda kamu düzeni unsurlarından birisi olan genel sağlık mülahazası çerçevesinde, toplumun bulaşıcı hastalıklardan korunması maksadıyla¹⁰⁴, spor faaliyetlerinin yapılması yönünden bireylere çeşitli kısıtlamalar getirilebilmektedir. Bu kısıtlamalar, yapılan müsabakaların içeriğini değiştirmenin yanında spor organizasyonlarının düzenini de değiştirebilmektedir. Örneğin, Conseil d'État tarafından Fransa Birinci Futbol Ligi'nin (Ligue 1 de football) ülke çapında artan Covid-19 vakalarına bağlı olarak belirli sayıda kişinin bir araya geldiği spor müsabakalarının yapılmaması gerektiğine karar vermiş ve ligin sonlandırılması hususunu hukuka aykırı bulmamıştır¹⁰⁵. Burada idari faaliyeti yerine getiren spor federasyonlarının idari işlem niteliğinde tesis ettiği hukuki tasarruftan ileri gelen¹⁰⁶ bir müdahale olgusu ön planda olup, bu müdahalenin dayanağı, bulaşıcı hastalıkların önüne geçilmesi (=genel sağlık unsuru) çerçevesinde kamu düzeni kavramıyla ilişkilendirilmiştir.

Fransa'da olduğu gibi, Türkiye'de de futbol müsabakalarının yapılmasının belirli süreyle durdurulması, basketbol müsabakalarının devam ettiği sırada ligin mevcut haliyle

¹⁰² CE. 16 octobre 2020, Societe LC sport et autres et al., Nos. 445102, 445186, 445224, 445225, (<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2>), Erişim T. 10.01.2021.

¹⁰³ Fransa'da Covid-19 salgını sebebiyle spor salonları ile spor tesislerinin geçici olarak kapatılması bağlamında bireylerin spor hakkına müdahale edilmesi açısından ayrıca bkz. **Şirin, M. Cemil**: "Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:78, Sayı:2, 2020, s. 1016.

¹⁰⁴ **Şimşek, Aslı**: Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 55.

¹⁰⁵ CE. 9 juin 2020, Ligue 1 de football, (<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2>) Erişim T. 10.01.2021.

¹⁰⁶ **Avcı, Mustafa**: Spor Federasyonlarının Hukukî Niteliği, İdarî Teşkilât İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:70, Sayı:2, 2012, s. 8. Ayrıca bkz. **Özay, İl Han**: Futbolda Özelleştirme, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt:11, Sayı:1-3, 1990, s. 33; **Ayanoğlu, Taner**: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:74, 2008, s. 50; **Aslan, Zehreddin/Altındağ, Halil**: Bağımsız Spor Federasyonlarının Kamu Tüzel Kişiliği Sorunu, İstanbul Spor Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2019, s. 188 vd.

tescil edilmesine dair basketbol federasyonunun karar alması¹⁰⁷, kamu düzeni kavramının spor faaliyetleri yönünden etkisini gösterir niteliktedir. Bunun yanında, Türk hukukunda Covid-19 salgını nedeniyle Cumhurbaşkanlığı, Sağlık Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı başta olmak üzere çoğu idari makam tarafından bireysel ve düzenleyici işlemler yapılmış ve bu kapsamda bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilmiştir¹⁰⁸. Bu çerçevede örneğin, İçişleri Bakanlığı tarafından tesis edilen “*Koronavirüs Tedbirleri Genelgesi*” kapsamında spor merkezlerinin faaliyetlerinin belirli süreyle durdurulması söz konusu olmuş¹⁰⁹ ve burada faaliyette bulunmak isteyen kişilerin spor hakkına, genel sağlık unsurunun korunması maksadıyla müdahale edilmiştir¹¹⁰. Bu doğrultuda, genel sağlık mülahazası nedeniyle spor hakkına yapılan bu gibi müdahaleler yönünden “*demokratik toplumda gereklilik*” ya da “*öze dokunma yasağı*” değerlendirmesi yapılabilirse de özellikle Covid-19 salgını gibi etkisini yoğun biçimde gösteren olgular karşısında; bu değerlendirmenin standartlarının farklılaşabileceğini vurgulamak gerekir¹¹¹.

Bu doğrultuda, genel sağlık kavramı her bir bireyin tekil olarak hastalıklardan kurtarılması manasına gelmemektedir¹¹². Dolayısıyla toplumu bir bütün olarak ilgilendiren hastalık vb. durumlar söz konusu değilse bu unsurdan hareketle kamu

¹⁰⁷ Bkz. **Türkmen, Mutlu/Özsarı, Arif**: Covid-19 Salgını ve Spor Sektörüne Etkileri, International Journal of Sport Culture and Science, Cilt:8, Sayı:2, 2020, s. 57; **Afacan, Ersin/Onağ, Zeynep**: Profesyonel Türk Futbolcuların Covid-19 Nedeniyle Ertelenen Maçların Başlaması Hakkında Görüşlerinin İncelenmesi: Nitel Bir Araştırma, International Journal of Contemporary Educational Studies, Cilt:6, Sayı:1, 2020, s. 206.

¹⁰⁸ **Sever, D. Çiğdem**: COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, Anayasa Hukuku Dergisi, Sayı:17, 2020, s. 194.

¹⁰⁹ Bu doğrultuda, AY md.13 hükmü kapsamında “*spor hakkına*” yapılan müdahalelerin de kanunla yapılması gerektiği ifade edilmelidir. Her ne kadar Covid-19 salgını karşısında 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ilgili hükümleri uygulama alanı bulabilirse de bu normlara dayalı olarak çıkarılan genelgelerin, “*kanunilik*” ilkesini tamamen karşıladığını ifade etmek güçtür. Bu konuda bkz. **Sever**, s. 234.

¹¹⁰ Bkz. (<https://www.icisleri.gov.tr/koronavirus-tedbirleri-genelgesi-kapsaminda-149382-is-yeri-gecici-sureligine-faaliyetlerine-ara-verdi>), Erişim T. 25.12.2020.

¹¹¹ **Sever**, s. 190.

¹¹² **Günday**, s. 293.

düzeninin ihlal edildiği kural olarak ileri sürülemez¹¹³. Ancak, modern kamu düzeni anlayışı çerçevesinde bireylerin kendilerine karşı korunması gerekliliği de söz konusu olabilir¹¹⁴. Esasen sporcu tarafından yasaklı maddeler kullanılarak doping yapılması, o kişinin sağlığını bozuyorsa; idari makamın sporcunun kendi sağlığını da koruması kapsamında pozitif görev icra etmesi gündeme gelmektedir¹¹⁵. Özellikle devletin, kişinin refahını sağlamak veya basitçe onu korumak için bir kişiye kendi iradesine aykırı davranmaya yönelik zorlayıcı güç kullanması haklı görülebilir¹¹⁶. İşte, güncelliğini halihazırda koruyan bir konu olarak, sportif faaliyetler yönünden yasaklı maddeler kullanılmak suretiyle yapılan doping neticesinde; spor müsabakasının yapıldığı elverişli ortamın bozulması hali gündeme gelmektedir¹¹⁷. Burada, rekabet ögesi barındıran sportif faaliyetlerde sporcunun kullanmış olduğu madde/maddelerden dolayı –etik boyutu bir yana– kendi dışındakilere yönelik zararının bulunmadığından¹¹⁸ da mutlak biçimde bahsedebilmek mümkün değildir. Kaldı ki, bunun sonucunda söz konusu spor faaliyetinin yapılmasıyla ilgili kişi/kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilebilmektedir¹¹⁹. Örneğin, konuyla ilgili Conseil d’État tarafından verilen bir kararda; “*sporcuların sağlığının korunması yanında spor müsabakalarında adalet ve etiğin güvence altına*

¹¹³ **Günday**, s. 293.

¹¹⁴ **Atay, E. Ethem**: İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 654.

¹¹⁵ **Yenisey, Feridun**: Sporda Cezai Sorumluluk, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s.271. Bu konuda bkz. **Gözler**, s. 482.

¹¹⁶ **Anderson, Jack**: Doping, sport and the law: time for repeal of prohibition?, International Journal of Law in Context, Cilt:9, Sayı:2, 2013, s. 138. Ayrıca bkz. **Vieweg**, s. 27-28.

¹¹⁷ **Oswald, Denis**: Etat des lieux en matière de lutte contre le dopage, Spor Hukuku Kolokyumu (Colloque de droit du sport), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 71. Ayrıca bkz. **Sallé, Loïc**: Le traitement du dopage par les médias. L’exemple du magazine Sport et Vie, Revue européenne de management du sport, Sayı:6, 2001, s. 163. Belirtmek gerekirse, “*spor alanında halk sağlığının korunması ve doping fiillerine ilişkin suçların işlenmesinden kaynaklanabilecek kamu düzeninin ihlallerinin önlenmesi*” hakkında Fransız Spor Kanunu’nda düzenlemeye (L.232-12) yer verildiği ve bu açıdan söz konusu fiillerle kamu düzeni kavramı arasında bağıntının varlığı görülmektedir. Bkz. (<https://codes.droit.org/>), Erişim T. 16.06.2021.

¹¹⁸ **Atay**, (2018), s. 654.

¹¹⁹ D10D. E.2005/3910, K.2006/2176, T.29.03.2006, Danıştay Dergisi, Sayı:113, s.304. Ayrıca bkz. D12D. E.1975/1527, K.1977/308, T.03.02.1977, Danıştay Dergisi, Sayı:28-29, s. 632.

alınması amacıyla” doping yapan sporcuya ilişkin geçici bir süre sportif faaliyetten uzaklaştırılmasına yönelik işlem, hukuka aykırı görülmemiştir¹²⁰.

Türkiye’nin Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşme’ye taraf olduğu göz önüne alındığında¹²¹; Türk hukukunda da sporcuların doping maddelerini kullanmasının önüne geçilmesi maksadıyla çeşitli tedbirlerin alınması ve bu konuda ortaya konulan uluslararası standartlara uyulması gerekliliğinden bahsedilebilecektir¹²². Bu husus, devletin AY md.58 hükmünden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü çerçevesinde somutlaştırılabilir¹²³. Bu kapsamda örneğin, Okul Spor Faaliyetleri Yönetmeliği¹²⁴ md.23 uyarınca “*Doping içeren maddelerin kullanılmasının önüne geçilmesi için gereken tedbirler alınarak öğrenci sporcuların bilinçlenmesi sağlanır. Doping içeren maddelerin kullanılmasının tespiti halinde öğrenci sporcu ve antrenör/çalıştırıcı hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır*”. Keza Millî Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelik¹²⁵ md.8 kapsamında “*doping ihlali yaptığı tespit edilen sporcuya doping ihlali yapılan müsabakaya ait millî sporcu belgesi düzenlenme(yeceği)*” ifade edilmiş ve bu kapsamda “*milli sporcu*” olarak uluslararası müsabakalara katılabilmek için doping kontrolü yapılması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu çerçevede, yasaklı doping maddelerinin kullanılarak genel olarak sporcu sağlığına zarar verilmesinin ve bunun teşvik edilerek

¹²⁰ CE. 28 février 2020, Mme Calvin, (<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes>), Erişim T. 10.01.2021.

¹²¹ Bkz. RG.18.12.2007-26734.

¹²² Nitekim, “*İsviçre Hukuku’na göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi olan World Anti-Doping Agency (WADA) kararlarının*” Türk hukuku bakımından da etkili olduğundan bahsedilebilir. **Güneysu, Gökhan:** Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku -Bir Girizgâh-, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, 2015, s. 289.

¹²³ AY md.58 “*Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müsbet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetişme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır*” (Metnin altı tarafımızca çizilmiştir). Buna koşut biçimde, idari makamların da bu kapsamda görev ve yetkileri bulunmaktadır. Örneğin, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun md.3 uyarınca TFF’nin görevleri arasında; “*dopingle mücadele etmek*” de sayılmıştır.

¹²⁴ RG.02.11.2019-30936.

¹²⁵ RG.13.06.2020-31154.

kişiler arasında yaygınlaşmasının önüne geçmek amacıyla idari kolluk faaliyetinin gerçekleştirilebileceğini vurgulamak gerekecektir.

B. GENEL GÜVENLİK UNSURU BAKIMINDAN

Devletlerin, sportif faaliyetler konusunda müdahale etmek için harekete geçtiği belki de en önemli alan; kamu düzeninin sağlanması, daha özeldir kamu güvenliğinin bozulmaması olarak ifade edilebilir¹²⁶. Özellikle, sporda şiddet olgusunun zaman içerisinde artması; devletin bu konuda müdahale etme gereksinimini ortaya çıkarmıştır¹²⁷. Bireylerin can ve mallarının güvenliğinden endişe duymaksızın; toplum içinde huzur ortamı çerçevesinde yaşamlarını sürdürebildikleri güvenlik halinin oluşturulması, sportif faaliyetler bakımından da önemlidir¹²⁸. Zira sportif faaliyetlerde öngörülen hukuk kurallarına uyulmaması veya gerekli tedbirlerin zamanında alınmaması, çoğu halde kamu güvenliğini tehdit eder nitelik taşımaktadır¹²⁹.

1. Sportif Faaliyetler Yönünden Unsurun Kapsamının Ortaya Konulması

Genel güvenlik unsuru, bireylerin kendi güvenliği yanında önemseydiği diğer kimselerin de can ve mal güvenliğini ilgilendirmekte olup; bu kişilerin can ve mal güvenliğinin sağlanması da tehlikenin olmadığı bir ortamın varlığı kanısını güçlendirmektedir¹³⁰. Bu nedenle, spor faaliyetlerinin yapıldığı yerlerde can ve mal güvenliğini tehdit eden olguların meydana gelebileceğinden hareketle idari makamlar tarafından, idari tedbir niteliğinde önlemlerin alınmasına karar verilebilir. Bu gibi hallerde bireylerin başta spor hakkı olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerine müdahale edilmesi sebebinin kamu düzeni kavramı çerçevesinde somutlaştığı görülebilmektedir¹³¹.

¹²⁶ **Beloff, Michael J./Kerr, Tim/Demetriou, Marie:** Sports Law, Hart Publishing, Oxford, 1999, s. 36. Ayrıca bkz. **Fechner, Frank/Arnhold, Johannes/Brodführer, Michael:** Sportrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 18.

¹²⁷ **Demirbaş, Timur:** Şiddet Suçlarına Genel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016, s. 3353.

¹²⁸ **Zabunoğlu, Y. Kazım:** İdare Hukuku Cilt-I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 540.

¹²⁹ **Okay Tekinsoy, Özge:** İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 62.

¹³⁰ **Yayla, Yıldızhan:** İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 39.

¹³¹ **Çağlayan,** s. 25.

Bu anlamda müdahale olgusu, öncelikle kamu düzeni ihlalinin gerçekleşmesinden önceki aşama bakımından hukuki değer arz etmektedir¹³². Bu kapsamda örneğin; idari makamların can ve mal güvenliğinin tehdit altında olacağını öngördüğü bir bölgede, o müsabakanın oynanması veya oynanacağı yerin değiştirilmesi halleri gündeme gelebilmektedir. Dolayısıyla sportif faaliyetler bakımından yapılan idari kolluk faaliyeti yanında faaliyet planlaması yönünden de (=müsabakaların nerede yapılması gerektiğine karar verilmesi) kamu düzeni kavramının önem arz ettiği ifade edilebilecektir.

Konuyla ilgili olarak, Danıştay'ın bu konuda vermiş olduğu eski tarihli bir kararında; *“maçın öneminden dolayı Türkiye Ligi Yeşil Grubundan Kırıkkalespor-Gaziantepspor futbol karşılaşmasının Kırıkkale’de yapılması halinde emniyet ve inzibatın sağlanamayacağı ve bu nedenle Ankara’ya aktarılmasının isabetsiz olmadığına*¹³³” hükmedilmiştir. Keza, Sonbahar At Yarışlarının yapılmasına *“dere kenarında dikili ağaçların kesilmesi, pist kenarındaki asfaltın trafiğe açık bulunması, stadyumdan gelecek gürültüler gibi sakıncaların can ve mal emniyetini haleldar edeceği tespit edilmesine binaen*¹³⁴” izin verilmemesi kararı Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmuştur. Dolayısıyla can ve mal güvenliğini tehdit edebilecek nitelikte maddi olguların ortaya çıkabileceğini saptayan idari makamlar tarafından buna yönelik tedbirler alınabilmektedir. Bunun dışında, Danıştay'ın vermiş olduğu bir başka karara göre, *“27.8.1967 tarihinde Bolu’da oynanan Boluspor-İzmirspor futbol maçının bitiminden sonra davacı Boluspor Kulübü taraftarlarının hakemlere ve misafir oyunculara ağır tecavüzde buldukları, müsabaka hakemlerinin ve resmi müşahitlerin raporlarıyla da tesbit edildiği cihetle Bolu stadında emniyet ve asayişin sağlanamaması üzerine (...) mezkûr stadın kapatılmasına*¹³⁵” dair tesis edilen işlemde hukuka aykırılık görülmemiştir. Bu kapsamda maç bitiminde yaşanan olaylardan hareketle de söz konusu bölgede sporun

¹³² Nitekim Fransız Spor Kanunu’na bakıldığında; *“kişilerin davranışlarıyla kamu düzeni için ciddi ihlallere neden olacağı muhtemel durumlar”* açısından spor müsabakalarının yapılacağı elverişli ortamın sağlanmasına yönelik, yetkili idari makamlarca bazı tedbirlerin alınabileceği vurgulanmıştır (L.332-16-2). Bkz. (<https://codes.droit.org/>), Erişim T. 16.06.2021.

¹³³ D12D. E.1969/2499, K.1970/472, T.16.03.1970, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, Danıştay Yayınları, Ankara, 1976, s. 130.

¹³⁴ D12D. E.1969/2723, K.1970/324, T.24.02.1970, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 113.

¹³⁵ D12D. E.1967/1833, K.1968/457, aktaran; **Özeren vd.**, s. 298.

icra edilmesine uygun ortamın sağlanamadığı ve bunun daha sonrasında telafisi güç zararlara yol açabileceği düşüncesiyle bu stadın kapatıldığı görülmektedir.

Ayrıca, idari makamlar tarafından emniyet ve inzibatı temin edilemeyen veya edilemeyeceğine kanaat getirilen bölgelerde futbol müsabakası yaptırılmayacağı ifade edilse de “*Malatyaspor-Sivasspor maçı sırasında meydana gelen hadiselerin tüm topluma izafe edilecek ve alınabilecek tedbirleri tesirsiz bırakabilecek nitelikte olmadığından Malatya stadında müsabaka yapılmaması kararının hukuka aykırı olacağına*¹³⁶” karar verilmiştir. Bu anlamda idari makamların genel güvenliğin sağlanamadığı gerekçesiyle stadın kapatılmasına ya da o bölgede belirli bir süre ilgili spor faaliyetinin yapılamayacağına dair karar verebilmesi için “*maddi olguların söz konusu bölgede güvenliğin sağlanamayacağını somut biçimde göstermesi*” gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, “*stadın kapatılması yerine daha az müdahaleyle sonuca ulaşılabilirse*” o tedbirin uygulanması hukuka uygun olacaktır.

Özellikle, düzensizliğe yol açan ve farklı tipleri bulunan hooliganlık kavramının¹³⁷ dışında spor faaliyetini gerçekleştiren kişilerin fiilleriyle de genel güvenlik unsuru yönünden ihlalin varlığı gündeme gelebilir. Örneğin, Kırıkkale Stadında Kırıkkalespor ile Tarsus İdmanyurdu arasında oynanması gereken maç için kontrollerin yapılmasının ardından “*ısınma hareketleri yapmak üzere saha çıkan iki takım oyuncularının kavgaya başlamaları ve bazı oyuncuların yaralanması, toplum polisinin müdahalesi ile olayların önlendiği*” belirtilen olayda stadın kapatılması kararı verilmemiş; maçın bir süre sonra oynanmak üzere ertelenmesine karar verilmiştir¹³⁸. Esasen kamu düzeni unsurlarından olan genel güvenlik mülahazası yönünden; “*kişilerin can ve mal güvenlikleri için endişe duymadığı ve düzenlilik halinin esas olduğu*¹³⁹” bir ortamın yaratılması gerektiğinden; geniş anlamda bu ortamı bozan sporcu/sporcular tarafından yapılan hukuka aykırı fiillerin önlenmesi önem arz etmektedir. Bu noktada, spor disiplin kurallarının işlevsel nitelikte

¹³⁶ D12D. E.1968/862, K.1969/712, T.31.03.1969, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 142.

¹³⁷ **Coenen, Peter T. M./Pearson, Geoff/Tsoukala, Anastassia:** Legal Responses to Football ‘Hooliganism’ in Europe—Introduction, Legal Responses to Football “Hooliganism” in Europe, (Ed. Tsoukala, Anastassia/Pearson, Geoff/Coenen, Peter T. M.), Springer, Netherlands, 2016, s. 13.

¹³⁸ D12D. E.1969/2499, K.1970/472, T.16.03.1970, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 130.

¹³⁹ **Okay Tekinsoy,** (2011), s. 55.

olduğu ileri sürülebilir¹⁴⁰. Buna koşut olarak, “*kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında belirli sonuçların doğmasının yanı sıra*¹⁴¹”, spor hukuku bakımından da bu fiillere çeşitli yaptırım sonuçları bağlanabilir. Örneğin, Futbol Disiplin Talimatı’nın¹⁴² 51. maddesine bakıldığında, “*Stadyumlarda düzen veya disiplinin ya da müsabakanın olağan akışı içinde oynanmasının veya güvenliğinin sağlanmasına ilişkin kuralları bireysel veya toplu bir biçimde ihlal eden kişilerin, bir aydan iki yıla kadar müsabakalardan men veya süreli hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılacağı*” ifade edilmiştir.

Nihayet, futbol ve basketbol gibi popüler spor dallarının yanında paintball ve lazer oyunlar gibi “*içeriği belirli bir kimseyi doğrudan hedef almak*” olan çeşitli spor faaliyetleri bakımından “*kamu düzeni*” kavramının etkisi de sorgulanabilir¹⁴³. Bu hallerde kamu düzeninin devamlılığının sağlanması, uygulayıcıların kendilerine zarar verebilecek doğal bir unsurun eylemi veya faaliyetin doğasından kaynaklanan tehlikeleri önlemeyi amaçlamaktadır¹⁴⁴. Belirtmek gerekir ki; bu faaliyetlerde oyun kurallarının ihlali, o sporun kurallarına aykırı biçimde tutum ve davranışta bulunan kişi/kişilerin hukuki sorumluluğunun doğmasına sebebiyet verirken¹⁴⁵, aynı zamanda faaliyetin niteliği gereği kamu düzenini doğrudan olumsuz biçimde etkileyebilir¹⁴⁶. Keza, aynı doğrultuda can ve mal güvenliği yönünden “*katılımcıların ve izleyicilerin doğal olarak risk altında olduğu boks, dövüş sporları, motor sporları, at yarışı, spor paraşütçülüğü*¹⁴⁷” gibi faaliyetlerde

¹⁴⁰ **Bıçakçı**, s. 279.

¹⁴¹ AYM. E.2018/67, K.2018/110, T.06.12.2018, RG.08.01.2019-30649.

¹⁴² Futbol Disiplin Talimatı’nın tam metni için bkz. (<https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Futbol-Disiplin-Talimati.pdf>), Erişim T. 27.12.2020.

¹⁴³ **Corthaut, Tim**: EU ordre public, Kluwer Law International, Leuven, 2009, s. 46.

¹⁴⁴ **Carius**, s. 177.

¹⁴⁵ **Ertaş, Şeref**: Spor Karşılaşmalarında Sporcuların Yaralanmalarından ve Ölümlelerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, s. 240.

¹⁴⁶ **Schot, Natasha**: Sporda İhmal Sorumluluğu (çev. Hertuna, Gizem), Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 438.

¹⁴⁷ **Hoye, Russell/Nicholson, Matthew/Houlihan, Barrie**: Spor ve Politika (Çev. Tınaz, Cem), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 36.

de bu endişe bulunmaktadır. Bu nedenle genel güvenlik mülahazasının, somut spor faaliyetinin içeriği ve niteliği ile maddi düzenin ihlal edilip edilmediğine göre değerlendirilerek ele alınması gerekmektedir¹⁴⁸.

2. Unsur Çerçevesinde Sportif Faaliyetlerde Düzensizliğin Önlenmesi

Sportif faaliyetler yapılırken; kişinin (=sporcular ya da seyirciler vb. üçüncü kişiler) tutum ve davranışlarıyla kamu düzenini ihlal etmesi, yani bireylerde var olan “saldırıların ve tehditlerin bulunmadığı kanısını ortadan kaldırması¹⁴⁹”, söz konusu olabilir ve buna çeşitli sonuçlar bağlanabilir. Örneğin, bir sporcunun hakemin vermiş olduğu kararı beğenmemesi ya da rakip oyunculara yönelik hukuka aykırı fiilleri neticesinde onların vücut bütünlüğünü ihlal etmesi, bahsi geçen elverişli ortamın ihlal edilmesine neden olabilir¹⁵⁰. Nitekim “hakeme yönelik hukuka aykırı fiillerde bulunan ve bir oyuncuyu döven futbolcunun tutum ve davranışları¹⁵¹”, “amatör birinci kümeye terfi maçında sekiz futbolcunun hakeme yönelik toplu biçimde hukuka aykırı fiillerinin bulunması¹⁵²” ve “müsabaka sırasında sportif faaliyetin yapılma maksadından ayrık biçimde rakiplerine tekme ve yumruklarla hareket eden birden fazla sporcunun bulunması¹⁵³” buna örnektir. Dikkat edilirse, bu örneklerde oyun kuralları ihlalinin dışına taşan, belirli kişi veya kişilerin can ve mal güvenliğini tehdit eden ve bu yönüyle de endişe duymalarına yol açan¹⁵⁴ durumların varlığı söz konusu olmuştur. Dolayısıyla spor hakkına yapılan müdahaleler yönünden kamu düzeni kavramının; özellikle spor disiplin kurallarını aşar mahiyetteki tutum ve davranışlar meydana geldiğinde, hukuki değer arz ettiği ifade edilebilecektir.

¹⁴⁸ Corthaut, s. 46.

¹⁴⁹ Yayla, s. 39.

¹⁵⁰ Bununla birlikte, burada kamu düzeninin bozulması ihtimalinin gerekçesi oyuncunun oyun dışına taşan taşkın hareketleri olup, hakemin kamu hizmeti faaliyetinde bulunması ya da geniş anlamda kamu görevlisi olması değildir. Ayrıca bkz. D10D. E.1986/1303, K.1987/333, T.25.02.1987, Danıştay Dergisi, Sayı:68-69, s. 645.

¹⁵¹ D12D. E.1967/455, K.1967/1772, T.31.10.1967, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 134.

¹⁵² D12D. E.1967/655, K.1968/488, T.29.02.1968, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 135.

¹⁵³ D12D. E.1968/2697, K.1969/2363, T.23.2.1969, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 135.

¹⁵⁴ Tan, Turgut: İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 403.

Yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun¹⁵⁵'a bakıldığında; doğrudan “*kamu düzeni*” ifadesi yer almasa da özellikle genel güvenlik ve dirlik-esenlik mülhazaları yönünden kamu düzeni kavramını ilgilendiren hususların varlığı dikkat çekmektedir¹⁵⁶. Genel olarak, 6222 sayılı Kanun’un amacı; “*müsabaka öncesinde, esnasında veya sonrasında spor alanları ile bunların çevresinde, taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yerlerde veya müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergâhlarında şiddet ve düzensizliğin önlenmesi*” olarak ifade edilmiştir. Ayrıca spor müsabakaları, antrenmanlar ve seyir alanlarının güvenliği açısından spor kulüplerine ve federasyonlara görevler verilmiştir¹⁵⁷. Bunun yanında, 5188 sayılı Kanun çerçevesinde özel güvenlik görevlilerinin de rol oynayabileceğinden bahsedilebilir¹⁵⁸. Genel güvenlik unsurunun tamamlayıcısı olarak özel güvenliğin idari ve adli kolluk yetkilerini kullanabildiği ifade

¹⁵⁵ RG.14.04.2011-27905.

¹⁵⁶ Bkz. **Boz, S. Sacit/Özdemir, Yücel/Nacak, Mehmet vd.:** İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları (Ed. Boz, S. Sacit), Adalet Yayınları, Ankara, 2020, s. 69.

¹⁵⁷ 6222 sayılı Kanun md.6: “*Profesyonel spor dallarında yapılan müsabakalara katılanlar ile basketbol en üst ligindeki spor kulüpleri, genel kolluk ile birlikte görev yapmak üzere güvenliği sağlamaya yetecek sayıdaki özel güvenlik görevlilerini müsabaka öncesinden müsabakanın tamamlanıp seyirci ve sporcuların tahliyesine kadar geçecek dönem içerisinde, müsabakanın yapılacağı yerde bulundurma ve müsabaka, antrenman ve seyir alanlarının güvenliğini sağlamakla yükümlüdür (...) Federasyonlar ve spor kulüpleri, bu Kanunda yer alan yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla özel güvenlik hizmeti satın alabilir (...)*”. Bazı hukuk sistemlerinde olduğu üzere, “*part-time özel güvenlik uygulamasına geçilmesinin yararlı olacağı*” ve bu sayede sportif faaliyetlerin yapıldığı ortamların iç güvenliğinin kulüplerce daha az maliyetle karşılanabileceği yönünde bkz. **Engin, Tuncay:** Sportif Organizasyonlarda Özel Güvenlik, Türk İdare Dergisi, Yıl:80, Sayı:460, 2008, s. 178. Bu konuda ayrıca bkz. **Akyıldız,** (2015), s. 75

¹⁵⁸ 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun md.7: “*Özel güvenlik görevlilerinin yetkileri şunlardır: (...) spor müsabakası (...) kimlik sorma, duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme*”. 5188 sayılı Kanun md.8/2: “*(...) Özel güvenlik görevlileri, özel toplantılarda, spor müsabakalarında, sahne gösterileri ve benzeri etkinliklerde silahlı olarak görev yapamazlar*”. 6222 sayılı Kanun md.6/4: “*Müsabaka, antrenman ve seyir alanlarında görev yapacak özel güvenlik görevlileri, 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunda belirtilen görev ve yetkileri haizdir. Bu Kanundan doğan görevlerinin ifası sırasında, özel güvenlik görevlilerinin ateşli silah taşımaları yasaktır*”.

edilmektedir¹⁵⁹. Spor müsabakalarının yapıldığı alanlarda, özel güvenlik tarafından kullanılacak yetkilerin; sporun yapılabildiği bir ortamın yaratılması amacı dışında kullanılması mümkün değildir¹⁶⁰. Bu bağlamda, özel güvenlik görevlilerinin görev sahasının, korunan alanda meydana gelebilecek kamu düzeni ihlallerinin önlenmesiyle sınırlı tutulması; bu faaliyetin tamamlayıcı niteliğine daha uygun düşecektir¹⁶¹. Aksi durumun, idare hukuku anlamında yetki gaspına yol açabileceği ifade edilebilir¹⁶².

6222 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine bakıldığında ise; idari kolluğun görev alanından ziyade adli kolluğun görev alanının ön planda olduğu ifade edilebilir. Zira spor faaliyetlerinin kendine özgü niteliği, farklı suç tiplerinin de yaratılmasına sebebiyet vermiş ve bu fiillerin önlenmesi adına adli kolluğun görev alanı belirginlik kazanmıştır¹⁶³. Özellikle, 6222 sayılı Kanun kapsamında spor alanlarına yasak maddelerin sokulması, spor alanları etrafında kötü tezahüratlarda bulunulması konusundaki suç tanımları önemli yer tutmaktadır¹⁶⁴. Bu çerçevede spor müsabakalarında ortaya çıkan olayların “*bastırılması*” ve 6222 sayılı Kanun'da öngörülen tipik suç fiilinin işlenmesi çerçevesinde adli kolluğun devreye girmesi, bahsi geçen “*belirginlik*” halini doğrular niteliktedir. O halde idari kolluğun, kaide olarak “*önleyici*” niteliğinin ön planda olduğu gözetildiğinde; suç ve suçlunun takibinden farklı olarak “*kamu yararının*”, kamu düzeninin bozulmasının “*önlenmesinin sağlanmasıyla*” ortaya çıkacağını vurgulamak gerekir¹⁶⁵. Esasen Özyay'ın vurguladığı üzere, idari kolluk faaliyetinin “*bastırıcılık olgusu*

¹⁵⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yıldız Akgül, Şerife**: İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 210 vd. Özel güvenliğin icra ettiği faaliyet neticesinde kamu düzeninin sağlanması yönünden polis ve jandarmanın yükünün hafifleyeceği hakkında bkz. **Engin**, s. 172.

¹⁶⁰ **Yıldız Akgül**, s. 244.

¹⁶¹ **Bahadır, Oktay/Kıldan, İ. Turgut**: Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:3, 2013, s. 281.

¹⁶² **Bahadır/Kıldan**, s. 282.

¹⁶³ **Koca, Mahmut**: “6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler”, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu (Ed. Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 48.

¹⁶⁴ **Koca**, s. 48.

¹⁶⁵ **Özyay, İl Han**: İdari Kolluk-Adli Kolluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:1, 2013, s.951; **Sancakdar/Önüt/Us Doğan vd.**, s. 733.

kendi başına bir amaç olarak değil, önleyiciliğin tamamlayıcı unsuru¹⁶⁶” olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla sportif faaliyetler yönünden kamu düzeninin ihlali neticesinde bazı idari yaptırımların uygulanması bakımından da önleyici niteliğin ön planda olduğunu, bastırıcılık niteliğinin bu anlamda onun tamamlayıcı ya da uzantısı niteliğini yansıttığını vurgulamak gerekir¹⁶⁷.

C. DİRLİK-ESENLIK UNSURU BAKIMINDAN

Kamu düzeni unsurlarından dirlik-esenlik unsurunu spor faaliyetleri yönünden değerlendirirken; sporun yapıldığı ortamı bozan ve toplumun bir arada yaşaması bakımından tahammül edilemeyecek davranışların bulunup bulunmadığını ele almak gerekecektir. Özellikle, kamuya açık yerlerde yapılan sportif faaliyetler açısından dirlik-esenliğin sürmesi maksadıyla, yetkili idari makamlar tarafından düzenin sağlanmasına yönelik biçimde idari kolluk faaliyeti yerine getirilmektedir¹⁶⁸. Belirtmek gerekirse, buradaki “dirlik” ifadesi, Yaşar’ın deyişiyle “toplumsal barış içeren kamusal yaşamı amaçladığından¹⁶⁹”, sportif faaliyetlerde ortaya çıkabilecek olumsuz durumların bu kavramla ilintili olduğundan bahsedilebilir. Esenlik ise, güvenlik ve sağlık unsurlarına göre daha geniş bir kavramı ifade ettiğinden; somut olayın özelliklerine göre hangi davranışların söz konusu mülhaza çerçevesinde kamu düzenini bozduğunu irdelemek gerekecektir¹⁷⁰. Bununla bağlantılı olarak denilebilir ki, sportif faaliyetlerin icrasında ortaya çıkabilecek ihlallerin tamamı dirlik-esenlik unsurunu bozar nitelikte olmayıp; bu bağlamda, oyun kuralı ihlali ile kamu düzeninin ihlal edilmesi denk değildir. Örneğin, bir at yarışı organizasyonunda “B grubuna, dahil 4 ve daha yukarı yaşı olan safkan arap atlarından 9 yaşına olanların koşulara iştirak ettirilmeyeceğine yönelik kural konulmuşsa¹⁷¹” buna aykırı biçimde atın iştirak ettirilmesi söz konusu olursa yahut “profesyonel ve amatör karşılaşmaların resmi müsabaka olduğu ve bu müsabakada hakem tarafından oyundan çıkarılan futbolcunun, daha sonraki ilk resmi müsabakaya

¹⁶⁶ Özay, (2013), s. 951.

¹⁶⁷ Özay, (2013), s. 951.

¹⁶⁸ Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman: İdare Hukuku, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s. 1015.

¹⁶⁹ Yaşar, H. Nuri: İdare Hukuku, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 218.

¹⁷⁰ Karatepe, Şükrü: İdare Hukuku, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1988, s. 207.

¹⁷¹ D10D. E.1985/922, K.1987/1395, T.24.06.1987, Danıştay Dergisi, Sayı:68-69, s. 641.

*katılamayacağı*¹⁷²” kuralına aykırı biçimde oyuncu dahil edilirse; bu fiillerin oyun kurallarını ihlal etmesinin yanında kamu düzenini bozduğundan bahsedilemeyecektir. Keza, “*olimpiyat oyunlarında Türk sporunu tanıtmaya ve temsil amacının gereklerine uygun tutum ve davranışta bulunmayan*¹⁷³” sporcuya yönelik disiplin cezası verilmesi de “*kamu düzenini*” ihlal eder boyut taşımamaktadır. Zira bu örneklerde toplumun bir arada yaşamasını engelleyen, dış dünyaya yansıyan bir olgu söz konusu değildir. Ancak, oyun kurallarının ihlal edilmesi; belirli hallerde, kamu düzeninin ihlali yönünden değerlendirme konusu yapılabilir¹⁷⁴.

1. Oyun Kurallarına Aykırılık Halinin Unsur Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Oyun kuralları ihlalinin kamu düzeni mülahazalarından dirlik-esenlik yönünden irdelenmesi, kural olarak toplumun bir arada yaşamasını engellediği ve dış düzende bir etki ürettiği müddetçe anlam taşıyacaktır. Bu kapsamda örneğin, Danıştay tarafından verilen bir karara konu olayda, “*Aydın bölgesi Amatör 1. Küme futbol şampiyonunu tayin edecek olan ve Kuşadası Gençlik Spor Kulübü ile Bozdoğan Gençlik Spor Kulübü arasında 13 Şubat 1972 günü oynanıp 20-0 Kuşadası Gençlikspor Kulübünün galibiyeti ile biten maçta, evvelden anlaşmaya varıldığı*¹⁷⁵” tespit edilerek; organizasyonda bu anlamda oyun kurallarına aykırı fiilin işlendiği açık biçimde ifade edilmiş ve ikinci gelen takımın dahil edilmesine karar verilmiştir. Keza, sportif faaliyetlerden bazıları ancak uygun şekilde eğitilmiş ve bakılmış hayvanların varlığı sayesinde işleyebilir ki bu da bazen oyun kurallarına aykırı olarak doping sorununu gündeme getirmektedir¹⁷⁶. Esasen, idare hukuku yönünden bu gibi örnekler üzerinden yapılan tartışma; toplumun bir arada yaşamasını engelleyen bir durumun varlığından yahut dirlik-esenliğin bozulmasından ziyade “*etik*” kavramı üzerinden¹⁷⁷ ya da “*spor kamu düzeni*” kavramı üzerinden

¹⁷² D12D. E.1979/3475, K.1981/2038, T.19.10.1981, Danıştay Dergisi, Sayı:46-47, s. 371-372. Benzer yönde; D10D. E.1982/1724, K.1982/746, T.08.04.1982, Danıştay Dergisi, Sayı:48-49, s. 334-335.

¹⁷³ D12D. E.1970/2292, K.1972/1630, T.13.06.1972, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 135.

¹⁷⁴ D12D. E.1973/463, K.1973/2541, T.23.10.1973, Danıştay Dergisi, Sayı:14-15, s. 502.

¹⁷⁵ D12D. E.1972/661, K.1972/3620, T.14.11.1972, Danıştay Dergisi, Sayı:11, s. 403.

¹⁷⁶ **Pauliat, Hélène:** Les animaux et le droit administratif, Pouvoirs, Les animaux, No.131, 2009, s. 63.

¹⁷⁷ **Basson, Jean-Charles/Lestrelin, Ludovic:** Pour une sociologie politique du supportérisme: penser le militantisme et la partisanerie des supporters de football en Europe, L'autre visage du supportérisme.

yürütülebilir. Bu noktada şayet, söz konusu tutum ve davranış toplumun fiili olarak birlikte yaşamasını imkansız ya da tahammül edilemeyecek hale getirecek, doğrudan maddi düzeni bozacak¹⁷⁸ nitelikteyse, ancak bu durumda kamu düzeninin ihlal edildiğinden bahsedilebilir. Zira kamu düzeni maddi bir kavramı ifade ettiğinden; bu davranışların etik olarak aykırı nitelikte oluşu ya da kişilerin iç dünyasında yer alan düşüncelere uygun olmaması, onun konusuna girmemektedir¹⁷⁹. Bu çerçevede, toplumun maddi düzenini bozmayan ve fakat spor etiğine aykırı nitelikte olan davranışlar yönünden¹⁸⁰ kamu düzeni ihlali hususunda yakın tehlikenin varlığı mevcut olmadığından; bu ihtimalde idari makamın yapacağı müdahale yetki aşımı teşkil eder¹⁸¹. Nihayet vurgulamak gerekirse; kamu düzeni kavramının sınırlarını genişleterek spor etiği ve spor disiplini unsurlarını da muhteva edecek biçimde ele almak, başta bireylerin spor hakkı olmak üzere bu alanda pek çok temel hak ve hürriyete bu sebeple müdahalenin önünü açmak manasına gelebilir¹⁸². Ancak, bahsi geçen fiillerin etik olarak aykırı bir davranış olduğu ve spor düzenini bozduğu da bir gerçektir. Bu nedenle bu gibi durumlarda özel kolluk kavramından (=örneğin, *at yarışları kolluğu*) ve korunan değer olarak düzenin nitelik yönünden farklılığından¹⁸³ bahsedilecektir. Bununla birlikte, 6222 sayılı Kanun çerçevesinde şike ve teşvik primi fiili tipik suç fiili olduğundan; bu fiili gerçekleştiren

Autorégulations, mobilisations collectives et mouvements sociaux (Ed. Busset, T./Besson, R./Jaccoud, C.), Peter Lang, Bern, 2014, s. 30

¹⁷⁸ **Günday**, s. 291.

¹⁷⁹ **Tan**, (2018), s. 406.

¹⁸⁰ Etik ve sportif değerler hakkında bkz. **McFee, Graham**: Are there philosophical issues with respect to sport (other than ethical ones)?, *Ethics and Sport* (Ed. McNamee, M. J./Parry, S. J.), E&FN Spon, London and New York, 1998, s. 5; **Öngel, H. Basri**: Sporda Etik Değerler Açısından Doping, *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt:2, Sayı:2, 1997, s. 75; **Özbek, Oğuz**: Sporda Etik Dışı Davranış Alanları ve Etik İlkeler, *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt:4, Sayı:4, 1998, s. 40.

¹⁸¹ **Günday**, s. 291.

¹⁸² **Okay Tekinsoy**, (2018), s. 476.

¹⁸³ **Günday**, s.297. At yarışlarında yapılan dopingler kapsamında tesis edilen idari faaliyetler yönünden bkz. UM. E.1995/2, K.1995/1, T.13.02.1995, RG.20.03.1995-22233. Bununla birlikte teorik açıdan, at yarışlarında atlara doping yapılması çerçevesinde haksız rekabetten kaynaklanan “*bir nevi dolandırıcılık*” meydana geldiği ve kişinin cezai sorumluluğu doğabileceği de düşünülebilir. Bkz. **Yenisey**, s. 271; **Rehberg, Jörg/Flachsmann, Stefan**: İsviçre Ceza Hukukuna Göre Dopingın Dolandırıcılık Olarak Cezalandırılabilirliği (çev. Ünver, Yener), *Spor ve Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 32.

kişiler yönünden spor kurallarına aykırı davranmanın yanı sıra cezai sorumluluk hali¹⁸⁴ gündeme gelmektedir. Bu noktada ise, yukarıda yapılan açıklamalara koşut biçimde, adli kolluğun görev alanının başladığı ifade edilmelidir.

2. Unsurun Somutlaştırılması: Yargı Kararlarındaki Yaklaşım

Spor faaliyetlerinin yapılması aşamasında ortaya çıkabilecek can ve mal güvenliğini tehdit etmeyecek boyutta olan olumsuz tutum ve davranışlar neticesinde, dirlik-esenlik mülahazası çerçevesinde kamu düzeninin ihlal edilebileceği ve buna bazı hukuki sonuçların bağlanacağı ifade edilebilir¹⁸⁵. Örneğin, “24.1.1971 günü Antakya’da oynanan Hatayspor-İzmirspor İkinci Türkiye Ligi Futbol Müsabakasında çıkan olaylar nedeniyle Futbol Müsabaka Yönetmeliğinin 11/g maddesi gereğince Antakya stadında 31.3.1971 tarihine kadar futbol müsabakası yaptırılmamasına ve amatör bölge lig maçlarının aynı sahada seyircisiz oynatılmasına¹⁸⁶” ilişkin federasyon kararının hukuka aykırı olmadığına karar verilmiştir. Keza, eski tarihli bir başka Danıştay kararında “17.3.1974 tarihinde Bandırma’da oynanan Bandırmaspor-Denizlispor futbol müsabakası sırasında meydana gelen olaylar sebebiyle Bandırma’da 22 Nisan 1974 tarihine kadar profesyonel futbol müsabakası yaptırılmamasına¹⁸⁷” karar verilmiştir. Benzer yönde, “Balıncak-

¹⁸⁴ Nitekim 6222 sayılı Kanun md.11/1 hükmüne göre, “Belirli bir spor müsabakasının sonucunu etkilemek amacıyla bir başkasına kazanç veya sair menfaat temin eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kendisine menfaat temin edilen kişi de bu suçtan dolayı müşterek fail olarak cezalandırılır. Kazanç veya sair menfaat temini hususunda anlaşmaya varılmış olması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur”. Şike ve teşvik primi suçu hakkında bkz. **Demiral Bakırman, Büşra:** Türk Ceza Hukukunda Şike ve Teşvik Primi Suçu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 103-104.

¹⁸⁵ Belirtmek gerekirse, bu davranışların kamu düzenini ihlal eder boyutta olması ve bu bağlamda kamu hukuku rejimine tabi olarak değerlendirilmesinin yanında, ilgili federasyon tarafından özel hukuk kurallarına göre, ilgililere yönelik yaptırım kararı verilmesi de gündeme gelebilmektedir. Esasen spor müsabakasını gerçekleştiren sülhlerin ya da kulüplerin bir kusuru bulunmasa da Walker’in ifade ettiği üzere, “objektif sebep sorumluluğunun geçerli olması” çerçevesinde yaptırım uygulanması söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, burada hukuka aykırı davranışta bulunan kişilere rücu edilmesi de düşünülebilir. Bkz. **Walker, Wolf-Dietrich:** Seyirci Taşkınlıklarının Özel Hukuka İlişkin Sorunları (çev. Taş Korkmaz, Hülya), Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:5, Sayı:45, 2013, s. 9.

¹⁸⁶ D12D. E.1971/386, K.1972/4130, T.16.12.1972, Danıştay Dergisi, Sayı:11, s. 405.

¹⁸⁷ D12D. E.1974/768, K.1976/981, T. 27.04.1976, Danıştay Dergisi, Sayı:24-25, s. 530.

Akınspor kulüpleri arasındaki futbol maçında her iki takım futbolcularının hareketleriyle müsabakanın normal şartlar altında devamına imkan vermedikleri¹⁸⁸” durumda her iki takımın hükmen yenik sayılarak cezalandırması hukuka aykırı bulunmamıştır. Bu çerçevede esasen kamu düzeni unsurlarından dirlik-esenlik unsurunun bozulması; spor hukukuna yönelik çeşitli yaptırım kararlarının uygulanmasına neden olmuştur¹⁸⁹. Bununla birlikte Danıştay’ın eski tarihlerde konuyla ilgili olarak vermiş olduğu kararlar göz önüne alındığında; ihlale sebep olan maddi olguların tespit edilmesi gerektiğine ayrıca vurgu yapıldığı görülmektedir. Nitekim bir olayda Danıştay’ın, “*maçın tatiline sebep olan olayların Şekerspor taraftarlarınca çıkarıldığı sabit olmadığına göre maçın yenilenmesinin kararlaştırılmasına¹⁹⁰*” karar verdiği görülmektedir. Buna koşut biçimde, “*Samsunspor-Güneşspor arasında oynanan futbol müsabakasında Samsunspor taraftarlarının sahaya girmeleri üzerine maçın tatil edilmesi sebebiyle Samsunsporun hükmen yenik sayılmasında¹⁹¹*” hukuka aykırılık bulunmamıştır.

Bu anlamda, Danıştay’ın kararlarında koymuş olduğu yaklaşım değerlendirildiğinde spor faaliyetlerinin yapılabildiği bir ortamın bozulması ihtimali, spor faaliyetinde bulunmayan üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilebilir ki; bu durumda söz konusu ihlalin giderilmesi gerekecektir. Ayrıca bu gibi tutum ve davranışlar, kişilerin spor hakkını etkileyebilen ve spor hukukuna özgü yaptırım kararlarının alınabilmesini sonuçlayan mahiyettedir. Özellikle, optimal olarak kamu düzeni ifadesi, çeşitli insan hakları değerleriyle de ilintili bir kavramı ifade ettiğinden; spor müsabakalarının yapılabildiği bu ortamı çeşitli nitelikleriyle irdelemek gerekmektedir¹⁹². Bu bağlamda, dirlik-esenlik mülahazası kapsamında bu ortamın bozulması ihtimaline karşı idari

¹⁸⁸ D12D. E.1965/2802, K.1966/2056, aktaran; **Özeren vd.**, s. 294.

¹⁸⁹ Bkz. D12D. E.1969/2120, K.1969/2500, T.29.12.1969, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 121.

¹⁹⁰ D12D. E.1966/2490, K.1967/1049, aktaran; **Özeren vd.**, s. 296.

¹⁹¹ D12D. E.1966/642, K.1967/1248, T.14.09.1967, Danıştay Onikinci Daire Kararları Cilt-I, s. 120.

¹⁹² **McDougal, Myres S./Lasswell, Harold D./Chen, Lung-Chu:** Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 412.

makamların bazı tedbirleri önceden alması (=önleyici fonksiyon) da kamu düzeninin korunması maksadına hizmet eder¹⁹³.

3. Unsurun Sportif Faaliyetler Yönünden Doğurduğu Etki ve Sonuçlar

5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun¹⁹⁴ yürürlükteyken; kamu düzenini tutum ve davranışlarıyla bozan kişinin bu fiillerinin idari makamlarca tespit edilmesi neticesinde, maddi olgunun gerçekleşmesine idari yaptırım niteliğinde karar tesis edilerek hukuki sonucun bağlandığı ifade edilebilir¹⁹⁵. Örneğin, “şeref tribününden sahaya inerek hakemin üzerine yürüdüğü ve sözlü ve fiili saldırıda bulunması¹⁹⁶” neticesinde seyirden men edilmesine yönelik idari yaptırım kararı verilmesi böyledir. Bununla birlikte, özellikle “seyirden yasaklama” ifadesi bakımından 6222 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle¹⁹⁷; farklı görünümünün söz konusu olabileceğini (koruma tedbiri yahut güvenlik tedbiri olarak¹⁹⁸) göz ardı

¹⁹³ Bu nedenle, Danıştay tarafından -bu gibi hallerde idari makamların vermiş olduğu kararların hukuki niteliği açısından- verilen bir kararda “spor müsabakalarını seyirden men edilmesine ilişkin işlemlerin, idari tedbir niteliğinde yaptırımlar olduğunda duraksama bulunma(dığına)” hükmedilse de (D10D. E.2009/3277, K.2013/1417, T.19.02.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T.10.01.2021.) 6222 sayılı Kanun çerçevesinde seyirden men edilmeye yönelik kararların hukuken farklı görünümüne arz edebildiği akılda tutulmalıdır.

¹⁹⁴ RG. 07.05.2004-25455.

¹⁹⁵ D10D. E.2009/3068, K.2013/1416, T.19.02.2013, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T. 10.01.2021.

¹⁹⁶ DİDDK. E.2011/146, K.2014/1782, T.22.04.2014, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T. 10.01.2021.

¹⁹⁷ Özellikle, “ taraftarların sürekli veya geçici olarak gruplar halinde buldukları yer ve mekanlar ile müsabakanın yapılacağı yere gidiş ve geliş güzergahlarını kapsamaması, şike ve teşvik primi fiillerinin suç olarak tanımlanmaması, bazı yasak fiillerin karşılığında yaptırım öngörülmemesi, yaptırım öngörülenlerde ise idari para cezasına yer verilmiş olması”, 6222 sayılı Kanun’un ihdas edilmesine sebebiyet vermiştir.

Epözdemir, Rezan: Müsabaka Alanlarındaki Sporcuların Hakaret İçeren Eylemleri ile Kasten Yaralama ve Mala Zarar Verme Eylemlerinin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, 2019, s. 382. Bu anlamda, idari kolluğun görev alanının fonksiyonel olarak daraltıldığından bahsedilebilir.

¹⁹⁸ 6222 sayılı Kanun md.18/3 “Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma başlatılması halinde şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulur. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından bu tedbirin kaldırılmasına karar verilmediği takdirde bu yasağın uygulanmasına koruma tedbiri olarak devam edilir”. 6222 sayılı Kanun md.18/4 “Koruma tedbiri olarak uygulanan ve güvenlik tedbiri olarak hükmedilen spor

etmemek gerekir. Bu bağlamda, sportif faaliyetlerde kamu düzeninin korunması maksadıyla yerine getirilen idari kolluk faaliyetini daha ziyade “önleyici fonksiyonu” ön planda tutularak irdelemek gerekecektir¹⁹⁹.

Doktrinde Gözler’in ifade ettiği üzere, bu gibi kolluk tedbirlerinin önceden alınması “bir hukuk kuralının ihlaline tepki olarak değil, kamu düzeninin korunması amacıyla” gerçekleştirilmektedir²⁰⁰. Bu yönüyle bu tedbirler “müeyyidelere benzeseler de” onlardan “farklı” bir mahiyet arz etmektedir²⁰¹. Örneğin, saldırgan davranışları teşvik etme olasılığı bulunan (=kamusal barışı bozma riski bulunan) reklamların önceden yasaklanması bu kapsamda değerlendirilebilir²⁰². Yahut bir kişinin ya da grubun hakaret içerikli pankart açması²⁰³ neticesinde dirlik-esenlik mülahazasıyla ilintili biçimde spor faaliyetinin yapılabildiği ortamın bozulması gündeme gelebileceğinden; bu pankartın spor alanına sokulmaması bu kapsamda olacaktır²⁰⁴. Keza, tütün ürünlerinin spor

müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirine ilişkin bilgiler Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bu amaca özgü elektronik bilgi bankasına derhal kaydedilir. Bu bilgi bankasına spor kulüplerinin ve federasyonların erişimi sağlanır. Yasaklanan kişilere ilişkin bilgiler, ilgili spor kulüplerine ve yurt dışında yapılacak müsabaka öncesinde müsabakanın yapılacağı ülkenin yetkili mercilerine bildirilir”.

¹⁹⁹ Bununla birlikte buradaki “önleyici fonksiyon” ifadesi, kamu düzeninin etkilerinin sadece “spor müsabakalarının yapılması öncesinde” ortaya çıktığı yönünde “zamansal” biçimde anlaşılmalıdır. Zira spor müsabakalarının tamamlanmasından hemen sonra da tarafların ya da sporcuların arasında kavga ya da kargaşa çıkabilir ve kamu düzeni ihlal edilebilir. Bu nedenle buradaki önleyici fonksiyonun sportif faaliyetlerde meydana gelebilecek kamu düzeni ihlallerinin önüne geçilmesi maksadıyla birlikte yorumlamak gerekecektir. Bkz. **Akyıldız**, (2015), s. 82.

²⁰⁰ **Gözler**, s. 565.

²⁰¹ **Gözler**, s. 565.

²⁰² **Gatsi, Jean**: Le droit du sport, 2. Baskı, PUF, Paris, 2007, s. 13.

²⁰³ Bkz. İHAM. Association Nouvelle des Boulogne Boys/Fransa, Başvuru No:6468/09, T.07.03.2011, (<https://hudoc.echr.coe.int>), Erişim T. 10.01.2021.

²⁰⁴ Bkz. **Cherpillod, Ivan/Coenen, Peter T. M./Crespo Pérez, Juan de Dios**: Hooliganism, CAS and Football: Landmark Cases (Ed. Wild, Alexander), Springer, Netherlands, 2012, s.204. Ayrıca bkz. **Gardiner, Simon/Welch, Roger**: Sport, Racism and the Limits of Colour Blind Law, Race, Sport and British Society (Ed. Carrington, Ben/McDonald, Ian), Routledge, London, 2001, s. 134.

organizasyonunda reklam olarak gösterilmemesine yönelik olarak, kamu sağlığının geniş anlamda korunması maksadıyla alınacak tedbirler bu kapsamda değerlendirilebilir²⁰⁵.

Buna koşut biçimde, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında spor alanlarına girmeye çalışan kişilerin tespit edilmesi halinde; fiil suç oluşturmaya dahi²⁰⁶, girmelerine izin verilmeyecek ve bu kişiler seyirden menedilecektir²⁰⁷. Bu yönüyle spor müsabakalarında saldırgan tutum ve davranışları olabilecek ya da genel davranışlarına göre kamu düzeni için tehdit oluşturan (=sportif faaliyetlerin yapılmasında elverişli ortamın bozulması) grupların özellikle izlenmesi gerekmektedir²⁰⁸. Burada, söz konusu kişilere yönelik böyle bir sınırlama getirilmesi, kamu düzenini bozabilecek nitelikteki olası davranışların önüne geçilmesinden ileri gelmektedir²⁰⁹. Bunun yanında istisna olarak; 6222 sayılı Kanun md.23/3 hükmü²¹⁰ göz önüne alındığında, “*idari yaptırım türünden spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı*²¹¹” verilmesi ve idari yaptırım kararının uygulanması söz konusu olabilir. Esasen, “*alkol, uyuşturucu ya da uyarıcı madde eşliğinde spor müsabakasının yapıldığı alanlara gelen kişilerin*” dirlik-esenlik

²⁰⁵ Ayrıca bkz. İHAM. Hachette Filipacchi Presse Automobile and Dupuy/Fransa, Başvuru No:13353/05, T.05.03.2009, (<https://hudoc.echr.coe.int>), Erişim T. 10.01.2021.

²⁰⁶ **Özgenç, İzzet:** Değerlendirme ve Sonuç, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu (Ed. Şahin, Cumhuriyet/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 126.

²⁰⁷ Bu yönüyle seyirden yasaklanma -koruma tedbirinden farklı olarak- “*idari tedbir*” şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. **Koca**, s. 75. Nitekim 6222 sayılı Kanun md.18/7 uyarınca “*Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişi, müsabaka, antrenman ve seyir alanlarına alınmaz. Bu şekilde belirtilen alanlara giren ve dışarı çıkmamakta ısrar eden kişi zor kullanılarak dışarı çıkarılır ve bu madde hükümlerine göre bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanır*”.

²⁰⁸ **Gatsi**, s. 13; **Ertaş, Şeref:** Sporda Şiddet Yasayla Önlenebilir Mi?, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilimsel Temyiz Dergisi, Sayı:2, 2012, s. 6.

²⁰⁹ **Dere, Coşkun:** Spor Müsabakalarını Seyirden Yasaklanma, Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, s. 275. Gerçekten Ertaş’ın da belirttiği üzere; sporda şiddet olgusunun önüne geçilmesi olayların ortaya çıkmadan önlenmesiyle mümkün olacaktır. Bu doğrultuda da esasen, kamu düzeninin korunmasına yönelik idari kolluk faaliyetinin değeri ortaya çıkmaktadır. **Ertaş**, (2012), s. 6.

²¹⁰ 6222 sayılı Kanun md.23/3 “*Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına ve diğer idari yaptırımlara karar vermeye, Cumhuriyet savcısı yetkilidir*”.

²¹¹ **Yaşar, Yusuf:** Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 18’inci Maddesinde Yer Alan Seyirden Yasaklanma ile Seyirden Yasaklama Tedbirleri, MÜHFHAD, Cilt:19, Sayı:1, 2013, s. 5.

mülhazası kapsamında kamu düzenini bozabileceğinden hareketle bu sonuca varılması mümkündür. Ancak, bu ihtimalde spor alanına girdikten sonra uygulanan bir idari yaptırım kararının ve bu anlamda kanun koyucu tarafından ihdas edilen yeni bir kabahatin varlığından bahsedilmesi gerekecektir²¹².

IV. KAMU DÜZENİNİN İHLAL EDİLMESİNE BAĞLI OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

Sportif faaliyetlerin yapılması, pek çok insanın bir araya geldiği bir ortamın varlığını sonuçlandırdığından; kamu düzeninin ihlal edilmesi tehlikesini (=riskini) barındırmaktadır. Söz konusu risk hali, uluslararası düzlemde gündeme gelebileceği gibi ulusal düzlemde de karşımıza çıkabilir²¹³. Esasen bu sakıncanın önlenmesi adına “*menşei, sebepleri gibi sorunlar konusunda çeşitli yönleriyle uluslararası yardımlaşmalardan faydalanılması*²¹⁴” mümkün olmakla birlikte, idari makamların da pozitif hukukta kendisine verilen görevleri yerine getirerek çeşitli idari tedbirleri alması gerekmektedir. Örneğin, 1972 Münih Olimpiyat Oyunları sırasında gerçekleşen saldırılarda ve ayrıca çeşitli otoritelerin seyirciyi engellemeye yönelik ortak girişimlerinde görüldüğü gibi, spordaki güvenlik endişeleri, özellikle büyük futbol turnuvalarında, daha da ileriye gitmektedir²¹⁵. Keza, örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde; 11 Eylül sonrası ortamda, güvenlik için artan harcamalar spor ve güvenlik konusunun yoğunlaştığını göstermektedir²¹⁶. Hatta bu çerçevede çeşitli ülkelerde sportif faaliyetlerin yapılmasından önce bazı tedbirler alınması yoluna gidildiği görülmektedir: örneğin, spor etkinliğine katılım, terörizm ve izleyicilerin keyfi arasındaki ilişkiyi özellikle keşfetmek için, Avustralya’da düzenlenen Rugby Dünya Kupası (RWC) öncesinde, kamu düzeninin bozan terörizm vb. faaliyetlerin önlenmesi açısından faaliyetlere katılacak seyirciler

²¹² Yaşar, (2013), s. 28.

²¹³ Bkz. **Tezcan, Durmuş**: Uluslararası Terör Suçlarında Uluslararası Yardımlaşma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 1988, s. 20.

²¹⁴ **Tezcan**, (1988), s. 20.

²¹⁵ **Giulianotti, Richard/Klauser, Francisco**: Introduction: Security and Surveillance at Sport Mega Events, Urban Studies, Cilt:48, Sayı:15, 2011, s. 3157.

²¹⁶ **Giulianotti/Klauser**, s. 3157.

yönünden kapsamlı belirleme çalışması yapılmıştır²¹⁷. Benzer yönde, Derosier'in aktardığı üzere; “uluslararası bir spor müsabakasının (Euro 2016) öncesinde, bazı özgürlüklerin aleyhine arttırılmış güvenlik tedbirlerine başvurulması²¹⁸”, beklenmedik bir müdahale olarak karşılanamayacaktır.

Belirtmek gerekirse, bu gibi büyük spor etkinlikleri kapsamında gerekli idari tedbirlerin zamanında alınmaması ya da alınması aşamasında oluşacak aksaklıklar, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan hukuki sorumluluğunun (=bu anlamda tazmin yükümlülüğünün) doğmasına sebep olacaktır²¹⁹. Zira bu hallerde kusurun var olup olmadığı değerlendirilirken “çağdaş ve düzenli biçimde işleyen²²⁰” bir idari makamın; (i). riskin varlığını önceden tespit etmesi ve (ii). bu doğrultuda gerekli tedbirleri alması beklenecektir. Bu nedenle idari makamların hukuki sorumluluğu konusunda asli niteliği haiz olan “hizmet kusuru” kavramının²²¹ sportif faaliyetler ve kamu düzeni kavramları yönünden değerlendirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla idarenin kamu düzeninin devamlılığını sağlama yükümlülüğü karşısında, doğrudan sportif faaliyetlerin taşıdığı risk nedeniyle risk ilkesine dayanarak ya da terör olaylarını önceden öngöremediğinden ötürü sosyal risk ilkesi gereğince kusursuz sorumlu olabileceğine ilişkin argümanlar²²², idari makamların günümüzde sahip olduğu araç ve imkanlar göz önüne alındığında; yüzeysel kalabilir. Bu konuda Danıştay’ın 1967 yılında oynanan Kayseri’de oynanan Kayserispor-

²¹⁷ **Taylor, Tracy/Toohey, Kristine:** Security, perceived safety, and event attendee enjoyment at the 2003 Rugby World Cup, *Tourism Review International*, Cilt:10, Sayı:4, 2006, s. 260.

²¹⁸ **Derosier, Jean-Philippe:** Olağanüstü Hal: Özgürlüğün Güvenlik Hali Hukuk Devletine Saygılı Olağanüstü Hali Anlamak (çev. Alkış, Burcu), *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:2016/1, 2016, s. 33.

²¹⁹ **Düren, Akın:** İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 287. Bununla birlikte, idari kolluk faaliyetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi hallerinde yaşanabilecek aksaklıklardan dolayı da idarenin sorumluluğunun doğabileceğini ifade etmek gerekir. **Yıldız Akgül**, s. 259. Burada idarenin denetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirmesinden kaynaklanan sorumluluk hali mevcuttur.

²²⁰ **Duran, Lütfi:** Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974, s. 27-28.

²²¹ **Ozansoy, Cüneyt:** Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 1989, s. 256.

²²² Nitekim doktrinde Gözler, terör saldırılarından doğan zararların tazmini bakımından devletin her zaman kusurlu sorumluluk esaslarına göre sorumlu olduğunu vurgulamaktadır. **Gözler**, s. 1259.

Sivasspor maçı sonrası Sivasspor seyircilerinin bazılarının da ölümüyle neticelenen olaylar hakkında vermiş olduğu bir karara göre , “*olacağı önceden bilinen yağma ve tahrip olaylarının önlenmesi için gerekli ve yeterli tedbirlerin zamanında alınmamış olması, kadro ve teknik araç ve olanakları yönünden esasen yetersiz olan güvenli kuvvetlerinin de olaylar sırasında dağılık ve denetimsiz çalışmaları, halkın can ve mal güvenliğinin korunmasına ilişkin kamu hizmetinin kuruluş ve işleyişi yönünden hizmet kusurunun varlığını göstermektedir*²²³”. Bu anlamda “*olaylı geçeceği önceden belirli olan Kayserispor-Sivasspor maçına dair idari makamların önceden bilgisi olmasına rağmen yeterli, teknik araç ve olanaklar kullanılmaması ve paniğe kapılan kişilerin stadyum çıkışında sıkışmaları neticesinde meydana gelen zararlar dolayısıyla idarenin hizmet kusurunun bulunduğu*²²⁴” (=geniş anlamda hizmetin kötü işlemesi) ifade edilecektir. Dolayısıyla sportif faaliyetlerin gerek yapılmasından önce gerekse yapılması ve sonrasındaki aşamalarda gerekli önlemlerin alınmaması, hizmet kusuru olarak değerlendirilerek; hukuki sorumluluğun ortaya çıkmasına neden olmaktadır²²⁵. Bunun yanında, her ne kadar bu hallerde pozitif hukuk kurallarıyla açıkça süre öngörülme de “*idari makamın sahip olduğu olanaklara ve olayın özelliklerine göre, hizmetin gerektirdiği çabukluğun gösterilip gösterilmediğinin*²²⁶” ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

Ayrıca, aslında spor faaliyeti yapılmaması gereken bir yerde, o faaliyetin yapılmasına izin veriliyor ya da buna tahammül gösteriliyorsa burada da kamu düzeninin ihlal edilmesinden bahsedilebilir. Dolayısıyla sportif faaliyetlerin yapılacağı ortamın ve yapının korunması gerekliliği; bayındırlık çalışmalarının yanında²²⁷ kimi hallerde kamu düzeni kavramıyla ilişkilendirilebilir. O halde, yukarıda önemi vurgulanan spor

²²³ D12D. E.1968/233, K.1969/1770, T.10.11.1969, aktaran; **Esin, Yüksel**: Danıştay’da Açılacak Tazminat davaları İkinci Kitap: Esas, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 62.

²²⁴ D12D. E.1968/1045, K.1970/91, T.20.01.1970, aktaran; **Esin**, s. 63.

²²⁵ Bu konuda ayrıca bkz. **Yıldırım, Turan**: “İdarenin Sorumluluğu”, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 843.

²²⁶ **Düren**, s. 291.

²²⁷ Bir kamusal yapının normal bakımının yapılmaması halinde idarenin sorumluluğu hakkında bkz. **Delcros, Xavier/Delcros, Bertrand**: Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi (çev. Candan, Turgut), Danıştay Yayınları, Ankara, 1984, s. 52.

faaliyetlerinin yapılabildiği elverişli ortam ifadesi karşısında; ilgili ortamın oluşturulması yanında da gözetimi ve denetimi önem arz etmektedir. Konu, her ne kadar spor faaliyetlerine yönelik kamu hizmeti faaliyetlerinin alanına dahil edilebilirse²²⁸ de sportif faaliyetlerin yapılmaması gereken elverişsiz ortamlara bağlı olarak; toplumun maddi düzeninin önceden bozulmasının önüne geçilmesi maksadıyla bireylerin spor hakkına müdahale edilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, çığ düşeceği öngörülen bir kayak merkezinde kayak sporunun yapılmasının yasaklanması (=can ve mal güvenliğinin sağlanması, genel güvenlik mülahazası), spor yapılmasına elverişli bir ortamın bulunmaması gerekçesine bağlı olarak “kamu düzeni” kavramıyla ilişkilendirilebilir. Keza, dirlik-esenlik unsuru çerçevesinde su kirliliğinin yoğun olduğu bir bölgede yüzme vb. sportif faaliyetlerin yetkili idari makamlarca alınan karar doğrultusunda geçici bir süre durdurulması gündeme gelebilir²²⁹. Bu sebeple, söz konusu tedbirler alınmaksızın denetim görevinin idari makamlarca yerine getirilmemesi ve bireylerin bundan zarar görmesi idarenin hizmet kusuruna neden olacaktır²³⁰.

SONUÇ

Sportif faaliyetlerin yapılması hususunda hukuk kurallarıyla devlete bazı pozitif yükümlülükler getirilmesi, idari makamların bu doğrultuda sporu teşvik edici ve spor yapılmasına elverişli ortamın oluşturulması noktasında kendisini göstermektedir. Şüphesiz, pozitif hukuki temelleri bulunan bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi; spor faaliyetlerinin bireylerce yapılabildiği, toplum huzur ve sükûnet içinde olduğu bir düzenin yaratılması amacına yönelmektedir. Bununla birlikte, sportif faaliyetler bakımından bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik biçimde disiplin kurallarının uygulanması da önem taşımakta olup, bu kurallara uyulmaması kimi zaman ihlali gerçekleştiren kişiler açısından yaptırım sonuçları doğurabilir. Ancak, sportif faaliyetlerde her disiplin kuralının ihlali kamu düzeninin ihlali sonucunu

²²⁸ Bkz. AYİM 2D. E.2002/596 K.2003/103 T.29.01.2003, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası, Erişim T. 10.01.2021.

²²⁹ CE. 28 novembre 1980, Commune d’Ardres, aktaran; **Carius**, s. 178.

²³⁰ D10D. E.1998/4104, K.1999/4365, T.29.09.1999, aktaran; **Bal, Yakup/Şahin, Yahya/Karabulut, Mustafa**: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 382.

doğurmayacaktır. O halde, kamu düzeni kavramının gerek amatör gerekse profesyonel düzeyde spor faaliyetleri yönünden kapsamı ve değerini irdelerken; toplumun bir arada yaşamasını engelleyen, maddi düzene yansıyan niteliğini göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Bu husus kimi hallerde bulaşıcı hastalıkların önlenmesi ve bu çerçevede söz konusu sportif faaliyetlerin umuma açık alanlarda toplu biçimde yapılmasının yasaklanması biçiminde, kimi zaman sportif faaliyetlerin yapılması aşamasında ya da sonrasında kargaşa oluşmaması için gerekli tedbirlerin alınması biçiminde belirlemektedir. Belirli hallerde ise, spor faaliyetlerinin icrasında ya da sonrasında, huzur ve sükunun bozulması sonucu dirlik-esenlik mülahazası çerçevesinde kamu düzeninin ihlali söz konusu olabilir. Bu nedenle, sportif faaliyetlerin yapılması aşamasında gerçekleştirilen tutum ve davranışların hangi hallerde toplumun maddi düzenini bozduğu somut olayın özelliklerine göre incelenmelidir. Spor etiğine uygun olmayan davranışların yapılması ise; dış dünyaya etki ve sonuçları yansımadığı sürece, kişilerin iç dünyasında hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle, idari makamlarca doğrudan müdahale edilmesini gerektirmeyecektir. Nihayet, belirtmek gerekir ki; idari makamların kamu düzenini sağlama yükümlülüğü kapsamında yerine getirdiği idari faaliyetlerin doğru biçimde ve zamanında yapılması, spor hakkının gereği gibi kullanılmasını da kolaylaştıracaktır. Aksi takdirde, sportif faaliyetlerin yapılabildiği elverişli ortamın sağlanmasında yaşanan aksaklıkların varlığı; kaide olarak, yetkili idari makamın kusur sorumluluğuna yol açacaktır.

KAYNAKÇA

Afacan, Ersin/Onağ, Zeynep: Profesyonel Türk Futbolcuların Covid-19 Nedeniyle Ertelenen Maçların Başlaması Hakkında Görüşlerinin İncelenmesi: Nitel Bir Araştırma, International Journal of Contemporary Educational Studies, Cilt:6, Sayı:1, 2020, ss. 201-221.

Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman: İdare Hukuku, 8. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2017.

Akkurt, Kemal: Yerel Yönetimler ve Spor, Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 43-58.

Akyıldız, Ali: Sporun Hukuku ve Yargısı, Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 59-116.

Akyıldız, Ali: Sporun Kamu Düzeni: Yükümlülükler, Suçlar, Yasaklar ve Kabahatler, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. Akın Ataksoy” Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2015, ss. 43-148.

Anderson, Jack: Doping, sport and the law: time for repeal of prohibition?, International Journal of Law in Context, Cilt:9, Sayı:2, 2013, ss. 135-159.

Aslan, Zehreddin/Altındağ, Halil: Bağımsız Spor Federasyonlarının Kamu Tüzel Kişiliği Sorunu, İstanbul Spor Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2019, ss. 181-196.

Atay, E. Ethem: İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:1-2, 2007, ss. 503-528.

Atay, E. Ethem: İdare Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Avcı, Mustafa: Spor Federasyonlarının Hukukî Niteliği, İdarî Teşkilât İçindeki Konumu ve Bağımsızlığı Sorunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:70, Sayı:2, 2012, ss. 3-20.

Ayanoğlu, Taner: Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:74, 2008, ss. 43-76.

Ayanoğlu, Taner: The Scope and Limits of the Right to Sport in Turkish Law, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Sayı:68, 2019, ss. 1-14.

Aydın, Zübeyt: Spor ve Spor Politikaları, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu "Av. Akın Ataksoy" Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2015, ss. 175-311.

Bahadır, Oktay/Kıldan, İ. Turgut: Özel Güvenlik Görevlilerinin Zor Kullanma Yetkisi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:3, 2013, ss. 274-310.

Bal, Yakup/Şahin, Yahya/Karabulut, Mustafa: Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Basson, Jean-Charles/Lestrelin, Ludovic: Pour une sociologie politique du supportérisme: penser le militantisme et la partisanerie des supporters de football en Europe, L'autre visage du supportérisme. Autorégulations, mobilisations collectives et mouvements sociaux (Ed. Busset, T./Besson, R./Jaccoud, C.), Peter Lang, Bern, 2014, ss. 21-39.

Beloff, Michael J./Kerr, Tim/Demetriou, Marie: Sports Law, Hart Publishing, Oxford, 1999.

Bıçakcı, Levent: Sporda Disiplin ve Siyaseti, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 275-284.

Bilgen, Pertev: İdare Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

Boz, S. Sacit/Özdemir, Yücel/Nacak, Mehmet vd.: İdare Hukuku Açısından Kamu Düzeni Unsurları (Ed. Boz, S. Sacit), Adalet Yayınları, Ankara, 2020.

Carius, Manuel: Police administrative et activités sportives de pleine nature, Revue Juridique de l'Environnement, Sayı:2, 2001, ss. 173-199.

Cherpillod, Ivan/Coenen, Peter T. M./Crespo Pérez, Juan de Dios: Hooliganism, CAS and Football: Landmark Cases (Ed. Wild, Alexander), Springer, Netherlands, 2012, ss. 181-208.

Coenen, Peter T. M./Pearson, Geoff/Tsoukala, Anastassia: Legal Responses to Football ‘Hooliganism’ in Europe-Introduction, Legal Responses to Football “Hooliganism” in Europe, (Ed. Tsoukala, Anastassia/Pearson, Geoff/Coenen, Peter T. M.), Springer, Netherlands, 2016, ss. 1-17.

Corthaut, Tim: EU ordre public, Kluwer Law International, Leuven, 2009.

Çağlayan, Ramazan: Spor Hukuku, Asil Yayıncılık, Ankara, 2007.

Delcros, Xavier/Delcros, Bertrand: Fransız Hukuk Sisteminde İdari Sorumluluk Rejimi (çev. Candan, Turgut), Danıştay Yayınları, Ankara, 1984, ss. 1-104.

Demiral Bakırman, Büşra: Türk Ceza Hukukunda Şike ve Teşvik Primi Suçu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Demirbaş, Timur: Şiddet Suçlarına Genel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:4, 2016, ss. 3345-3353.

Dere, Coşkun: Spor Müsabakalarını Seyirden Yasaklanma, Av. Ömer Remzi Arıkan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 265-280.

Derosier, Jean-Philippe: Olağanüstü Hal: Özgürlüğün Güvenlik Hali Hukuk Devletine Saygılı Olağanüstü Hali Anlamak (çev. Alkış, Burcu), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:2016/1, 2016, ss. 23-35.

Dönmez, Kazım Y.: Spor Uyuşmazlıklarına İlişkin Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 243-270.

Duran, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara, 1974.

Düren, Akın: İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.

Engin, Tuncay: Sportif Organizasyonlarda Özel Güvenlik, Türk İdare Dergisi, Yıl:80, Sayı:460, 2008, ss. 169-180.

Epözdemir, Rezan: Müsabaka Alanlarındaki Sporcuların Hakaret İçeren Eylemleri ile Kasten Yaralama ve Mala Zarar Verme Eylemlerinin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:21, Sayı:2, 2019, ss. 777-804.

Erdemli, Atilla: Spor Nedir?, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 11-20.

Erdemli, Atilla: Temel İnsan Hakları ve Spor, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 21-32.

Erdemli, Atilla: Toplum ve Spor, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 47-54.

Erkiner, Kısmet: Spor Hukuku'nun Çoğulluğu, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 183-190.

Erkiner, Kısmet: Spora Tarihsel Bir Bakış, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 55-94.

Ertaş, Şeref: Spor Karşılaşmalarında Sporcuların Yaralanmalarından ve Ölümlelerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 237-264.

Ertaş, Şeref: Sporda Şiddet Yasayla Önlenebilir Mi?, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilimsel Temyiz Dergisi, Sayı:2, 2012, ss. 6-14.

Ertaş, Şeref/Petek, Hasan: Spor Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Esin, Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat davaları İkinci Kitap: Esas, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.

Fechner, Frank/Arnhold, Johannes/Brodführer, Michael: Sportrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Foster, Ken: Is There a Global Sports Law?, Entertainment Law, Cilt:2, Sayı:1, 2003, ss. 1-18.

Gardiner, Simon/Welch, Roger: Sport, Racism and the Limits of Colour Blind Law, Race, Sport and British Society (Ed. Carrington, Ben/McDonald, Ian), Routledge, London, 2001, ss. 133-149.

Giulianotti, Richard/Klauser, Francisco: Introduction: Security and Surveillance at Sport Mega Events, Urban Studies, Cilt:48, Sayı:15, 2011, ss. 3157-3168.

Gök, Yasemin/Sunay, Hasan: Türkiye ve Fransa'da Uygulanan Spor Yönetiminin Kamu Yönetimi Açısından Karşılaştırılması, Spormetre Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2010, ss. 7-16.

Gölcüklü, Feyyaz: İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 1963, ss. 115-182.

Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt-II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.

Guettier, Christophe: Droit administratif, Montchrestien, Paris, 1998.

Günday, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017.

Güneysu, Gökhan: Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku Bir Girizgâh, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:6, Sayı:2, 2015, ss. 287-306.

Gürten, Kadir/Erenel, Ege: Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, 2012, ss. 295-316.

Healey, Deborah: Sport and the Law, 3. Baskı, UNSW Press, Sydney, 2005.

Houlihan, Barrie: Public Sector Sport Policy Developing a Framework for Analysis, International Review For the Sociology of Sport, Cilt:40, Sayı:2, 2005, ss. 163-185.

Hoye, Russell/Nicholson, Matthew/Houlihan, Barrie: Spor ve Politika (Çev. Tınaz, Cem), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Karan, Nur: Özel Güvenlik, Legal Hukuk Dergisi, Sayı:50, 2007, ss.427-442.

Karatepe, Şükrü: İdare Hukuku, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1988.

Koca, Mahmut: 6222 Sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu (Ed. Şahin, Cumhur/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, ss. 47-84.

Kocasakal, Ümit: Spor Hukukunun Özellikleri Çerçevesinde Tahkim Yargılaması ve Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı, İstanbul, 2007, ss. 41-56.

Lestrelin, Ludovic/Sallé, Loïc: Le sport et ses valeurs: mobilisation des acteurs et élaboration d'un consensus, Le sport est-il éducatif ?, Rouen, PUR, 2004, ss. 221-229.

Mandin, François: Le traitement juridique du risque sportif: de l'individualisation à la socialisation du risque, Les Cahiers de Droit du Sport, CDS 8, Les Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, ss. 25-31.

McComb, David G.: Sports: An Illustrated History, Oxford University Press, Oxford, 1998.

McDougal, Myres S./Lasswell, Harold D./Chen, Lung-chu: Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity, Oxford University Press, Oxford, 2019.

McFee, Graham: Are there philosophical issues with respect to sport (other than ethical ones)?, Ethics and Sport (Ed. McNamee, M. J./Parry, S. J.), E&FN Spon, London and New York, 1998, ss. 3-18.

Memiş Kartal, Pınar: Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti, MÜHFHAD, Cilt:26, Sayı:2, 2020, ss. 537-570.

Okay Tekinsoy, Özge: Kolluk, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 471-531.

Okay Tekinsoy, Özge: İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Oswald, Denis: Etat des lieux en matière de lutte contre le dopage, Spor Hukuku Kolokyumu (Colloque de droit du sport), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss. 71-79.

Ozansoy, Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 1989.

Öngel, H. Basri: Sporda Etik Değerler Açısından Doping, Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, Cilt:2, Sayı:2, 1997, ss. 68-79.

Özay, İl Han: Futbolda Özelleştirme, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt:11, Sayı:1-3, 1990, ss. 31-37.

Özay, İl Han: İdari Kolluk-Adli Kolluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:71, Sayı:1, 2013, ss. 947-961.

Özbek, Oğuz: Sporda Etik Dışı Davranış Alanları ve Etik İlkeler, Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, Cilt:4, Sayı:4, 1999, ss. 38-50.

Özdemir Kocasakal, Hatice: Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Özeren, Ahmet vd.: Belirli Konularda Bütün Emsalleriyle Danıştay Kararları, Başnur Matbaası, Ankara, 1969.

Özgenç, İzzet: Değerlendirme ve Sonuç, Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu (Ed. Şahin, Cumhuriyet/Özgenç, İzzet/Üzülmez, İlhan), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, ss. 96-126.

Öztek, Selçuk: Devlet ve Sportif Faaliyet, Spor Hukuku Yazıları: Av. Kısmet Erkiner Armağanı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 17-24.

Öztek, Selçuk: Sporda Hukukçunun Yeri ve Önemi: Tahkim Kurulu Örneği, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 191-200.

Parrish, Richard: Sports law and policy in the European Union, Manchester University Press, Manchester, 2003.

Pauliat, Hélène: Les animaux et le droit administratif, Pouvoirs, Les animaux, No.131, 2009, ss. 57-72.

Rehberg, Jörg/Flachsmann, Stefan: İsviçre Ceza Hukukuna Göre Doping'in Dolandırıcılık Olarak Cezalandırılabilirliği (çev. Ünver, Yener), Spor ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, ss. 27-40.

Reinhart, Michael: Sportif Faaliyetler Sırasındaki Yaralanmalar ve Kazalarda Ceza Takibatı Yapılmasında Kamu Menfaati (çev. Özbek, V. Özer), Spor ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, ss. 51-59.

Sallé, Loïc: Le traitement du dopage par les médias. L'exemple du magazine Sport et Vie, Revue européenne de management du sport, Sayı:6, 2001, ss. 157-193.

Sancakdar, Oğuz: İdari Cezaların Yaptırım Teorisindeki Yeri ve Türk Hukuku'ndaki Anayasal Temeller, İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. Ulusan, İlhan/Başaran Yavaşlar, Funda), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, ss. 59-109.

Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us Doğan, Eser vd.: İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Schot, Natasha: Sporda İhmal Sorumluluğu (çev. Hertuna, Gizem), Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 451-466.

Schulkin, Jay: Sport: A Biological, Philosophical, and Cultural Perspective, Columbia University Press, New York, 2016.

Sever, D. Çiğdem: COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, Anayasa Hukuku Dergisi, Sayı:17, 2020, ss. 187-238.

Snyder, Eldon E./Spretizer, Elmer: Sociology of Sport: An Overview, The Sociological Quarterly, Cilt:5, Sayı:4, 1974, ss. 467-487.

Şenol, Talay: Spor Hukuku ve Spor Etiği Işığında Fair Play, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Ed. Çağlar, Tacar), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2013, ss. 707-715.

Şimşek, Aslı: Genel Kamu Hukukunun Temel Kavramı Olarak Kamu Düzeni, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Şirin, M. Cemil: Fransa’da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:78, Sayı:2, 2020, ss. 1009-1046.

Tan, Turgut: Sözleşme Özgürlüğüne Kamunun Müdahalesi, Prof. Dr. Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, ss. 513-524.

Tan, Turgut: İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Taylor, Tracy/Toohey, Kristine: Security, perceived safety, and event attendee enjoyment at the 2003 Rugby World Cup, Tourism Review International, Cilt:10, Sayı:4, 2006, ss. 257-267.

Terlemez, Murat/Yorulmazlar, Mehmet M.: Türkiye’de Sportif Küreselleşmenin Etkileri, International Journal of Social Science, Cilt:3, Sayı:2, 2020, ss. 81-86.

Tezcan, Durmuş: Uluslararası Terör Suçlarında Uluslararası Yardımlaşma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 1988, ss. 19-27.

Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, R. Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Tezcan, Mahmut: Toplumsal Değişme ve Spor, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi, Cilt:25, Sayı:2, 1992, ss. 617-623.

Türkmen, Mutlu/Özsarı, Arif: Covid-19 Salgını ve Spor Sektörüne Etkileri, International Journal of Sport Culture and Science, Cilt:8, Sayı:2, 2020, ss. 55-67.

Ulusoy, Ali D.: İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Vieweg, Klaus: Spor Hukukunun Büyüsü, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2010, ss. 1-39.

Walker, Wolf-Dietrich: Seyirci Taşkınlıklarının Özel Hukuka İlişkin Sorunları (çev. Taş Korkmaz, Hülya), Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt:5, Sayı:45, 2013, ss. 7-10.

Wong, Glenn M.: Essentials of Sports Law, 4. Baskı, Praeger, Oxford, 2010.

Yaşar, H. Nuri: İdare Hukuku, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2014.

Yaşar, Yusuf: Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18'inci Maddesinde Yer Alan Seyirden Yasaklanma ile Seyirden Yasaklama Tedbirleri, MÜHFHAD, Cilt:19, Sayı:1, 2013, ss. 3-38.

Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Yenisey, Feridun: Sporda Cezai Sorumluluk, Spor Hukuku Dersleri (Ed. Erkiner, Kısmet/Soysüren, Ali), Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, İstanbul, 2007, ss. 265-274.

Yıldırım, Turan: İdarenin Sorumluluğu, İdare Hukuku (Ed. Yıldırım, Turan), 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 823-853.

Yıldız Akgül, Şerife: İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Zabunoğlu, Y. Kazım: İdare Hukuku Cilt-I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Zanobini, Guido: İdare Hukuku Cilt-I: Umumiyet İtibarile İdarî Nizam (çev. Akgüç, Atıf/Erman, Sahir), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1945.

Zanobini, Guido: İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes'elesi (çev. Günal, Yılmaz), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:3, 1963, ss. 301-318.

YARARLANILAN ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ

<http://hudoc.echr.coe.int>

<https://legalbank.net>

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2>

<https://www.icisleri.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.tff.org>

<https://codes.droit.org>

ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR IŞIĞINDA YARGI MENSUPLARININ ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

*Dr. Bahattin ARAS**

ÖZET

Ülkenin ekonomik sosyal, kültürel her türlü sorunu ile yüzleşen, bunlardan etkilenen, bunları kararlarıyla çözmeye çalışan hâkim ve savcılarının da bu sorunlardan kaynaklı haklarını korumak ve sorunlara çözüm bulmak amacıyla bu konudaki duygu ve düşüncelerini örgütlü bir yapıya dönüştürmek en doğal haklarıdır. Özellikle ülkenin yargı politikasına ilişkin görüş ve önerilerde bulunmak, yargının ve yargı mensuplarının sorunlarına çözüm bulmak, onların mesleki gelişime katkı sunmak, hâkim ve savcılarının ekonomik, sosyal ve özlük haklarının iyileştirilmesini sağlamak ve yargıya ve yargı mensuplarına yönelik içten ve dıştan gelecek müdahalelere karşı gerekli tepkiyi ortaya koymak adına hâkim ve savcılarının örgütlenmesi bir gerekliliktir. Ancak bu hakkın evrensel ilkelere uygun olarak kullanılmadığı görülmektedir.

Hâkim ve savcılarının örgütlenme özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıran, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına ve bu konudaki ILO sözleşmelerine aykırı olan bazı uygulama ve kararların, örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği açıktır. Bu çalışmada yargı mensuplarının örgütlenme özgürlüğü ile bu konuda yaşanan sorunlar ve hak ihlallerine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Örgütlenme Özgürlüğü, Dernek, Sendika, Kısıtlama, Hâkim, Savcı

THE FREEDOM OF ASSOCIATION OF JUDICIAL MEMBERS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL DOCUMENTS AND REPORTS

ABSTRACT

It is the most natural rights of the judges and prosecutors to turn their feelings and thoughts about country's economic, social and cultural problems into an organized structure in order to protect their rights and to find solutions to the problems which they

* Dr., Freelance Editör/Danışman, bahattinaras2018@gmail.com, ORCID :0000-0002-3551-7363.

are faced, affected and try to solve them by their decisions. Especially, association of judges and prosecutors is a necessity in terms of making opinions and suggestions regarding the judicial policy of the country, finding solutions to the problems of the judiciary and members of the judiciary, contributing to their professional development, improving their economic, social and personal rights of judges and prosecutors and demonstrating the necessary reaction to internal and external interventions against the judiciary and members of the judiciary. However, it is seen that this right is not used in accordance with universal principles.

It is clear that some practices and decisions that completely abolish the freedom of association of judges and prosecutors and contrary to the European Convention on Human Rights, the case law of the European Court of Human Rights and the ILO conventions on this subject violate the freedom of association. In this study, the freedom of association of the judiciary members, the problems in this regard and violations of rights will be discussed.

Keywords: Freedom of Association, Union, Association, Limit, Judge, Prosecutor

GİRİŞ

Demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden biri olan örgütlenme özgürlüğü, demokratik toplum düzenini ve katılımcı yönetimi gerçekleştirmenin vazgeçilmez şartı olarak kabul edilmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşme ve belgeler ile Anayasa başta olmak üzere iç hukuk düzenlemelerinde memurlar dahil tüm çalışanların örgütlenebilmeleri, kurulmuş bulunan sendika ve derneklere üye olabilmeleri, bunların üst kuruluşlarının amaçları doğrultusunda faaliyette bulunabilmeleri, örgütlenme özgürlüğü kapsamında güvence altına alınmıştır.

Türkiye'nin üye olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) "*Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı*²³¹" ve "*Kamu*

²³¹ 87 sayılı Sözleşme 25. 11. 1992 tarih ve 3847 sayılı Kanun ile onaylanmasından sonra Bakanlar Kurulunun 08. 01. 1993 tarih ve 93-3967 sayılı Kararına istinaden 25.02.1993 tarih ve 21507 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmasına müteakip 12. 07. 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

*Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı*²³² Sözleşmelerinin onaylanması ile birlikte örgütlenme özgürlüğü konusunda önemli ilerlemeler sağlanmıştır. Ancak uluslararası sözleşmelerde de bazı kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğü konusunda kısıtlamaların olabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın ilgili hükümlerinde örgütlenme özgürlüğünün sınırlarının ve kısıtlama sebeplerinin nelerden ibaret olacağı belirtilmiştir. Buna karşın özellikle kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen kanunlarda uluslararası sözleşme ve Anayasa hükümlerinden farklı olarak örgütlenme özgürlüğüne ilişkin “yasaklayıcı” ve “katı” düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda sendikal örgütlenmeye ilişkin esasların düzenlendiği 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu²³³ önemli sınırlama ve yasaklamalar içermektedir.

Diğer taraftan örgütlenme özgürlüğü kapsamında gidilecek bir diğer örgütlenme modeli de dernekleşmedir. Hâkim ve savcıların dernekleşme sürecinde 2908 sayılı Kanun'da 2002 yılında yapılan değişiklik ve sonrasında 2908 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 4/11/2004 tarihli 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte dernekleşme hakkı güvence altına alınmış ve bu kapsamda hâkim ve savcıların ilk derneği 2006 yılında kurulmuştur.

Çalışmada hâkim ve savcıların örgütlenme özgürlüğü kapsamında dernekleşme ve sendikalaşma süreçleri siyasi parti üyelikleri ile yaşanan sıkıntılar ve meydana gelen hak ihlalleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları²³⁴ bağlamında ele alınacaktır.

²³² 151 sayılı Sözleşme 25. 11. 1992 tarih ve 3848 sayılı Kanun ile onaylanmasından sonra Bakanlar Kurulunun 08. 01. 1993 tarih ve 93-3967 sayılı Kararına istinaden 25.02.1993 tarih ve 21507 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmasına müteakip 12. 07. 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²³³ Bu Kanunun adı “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun” iken, 4/4/2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanunun 1. maddesiyle “Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu” şeklinde değiştirilmiştir.

²³⁴ Çalışmamızda atıf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine “[https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22%22%22%22%22%22%7D”>; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine “<a href=)” adresinden dosya adını yazmak suretiyle ulaşabilirsiniz. Bu nedenle atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

I. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ ve TEMEL DAYANAKLARI

A. GENEL OLARAK KAMU GÖREVLİLERİNİN ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

Bireylerin bireysel ve toplumsal menfaatlerini korumak için bir araya gelerek kolektif oluşumlar meydana getirebilme özgürlüğünü ifade eden örgütlenme özgürlüğü, bireylerin siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirmelerine imkân sağlamaktadır. Örgütlenme özgürlüğü, örgütü kurma hakkıyla birlikte örgütün yaşamını sürdürmesi, örgütün etkili bir şekilde işleyebilmesi için ifade özgürlüğünü kullanmasını da içeren bir haktır²³⁵.

Örgütlenme özgürlüğü siyasi parti, sendika, dernek ya da vakıf gibi birçok örgütlenme biçimini bünyesinde barındıran bir haktır. Hakkın kullanılacağı medeni, siyasi, kültürel, sosyal ve ekonomik alana göre bu örgütlenme biçimleri ortaya çıkmaktadır. Ancak kamu görevlilerinin bu örgütlenme modellerini kurmaları veya bunlara üye olmaları bakımından gerek Anayasa ve gerekse ilgili kanunlarda bazı sınırlama ve yasaklar getirilmiştir.

B. ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNE DAİR ULUSAL VE ULUSLARARASI TEMEL MEVZUAT VE SÖZLEŞMELER

Her birey bakımından temel haklardan biri olan örgütlenme özgürlüğü ulusal ve uluslararası mevzuat ve sözleşmelerde güvence altına alınmıştır. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**'nin 11/1. maddesinde herkesin örgütlenme özgürlüğüne sahip olduğu ve bu hakkın sendika kurma ve üye olma hakkını da içerdiği belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında ise bu temel hakkın sınırlanma koşulları düzenlenmiştir. Sözleşme'deki düzenleme dikkate alındığında kolektif haklar arasında yer alan örgütlenme özgürlüğü herkes tarafından sahip olunan bir hak ve özgürlüktür.

AİHS'nin 11. maddesini yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu "**Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**"²³⁶ de sendika hak ve özgürlüğünü güvence altına alan hükümler içermektedir. Sözleşme'nin 8. maddesinde bu hakkın kullanılmasına, yasalarda belirtilen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu

²³⁵ **Doğru, Osman:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü, TBB Dergisi, Y. 2016, S. 64, s. 52.

²³⁶ Sözleşme Türkiye bakımından 23/12/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

düzeni menfaati ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlama getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde Avrupa Konseyi'nin en temel belgelerinden olan **Avrupa Sosyal Şartı** ve **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (1996)** da sendika hak ve özgürlüğüne dayanak oluşturacak önemli düzenlemeler içermekle birlikte, **Avrupa Sosyal Şartı'nın** ve **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının** çalışanlara sendika hakkı tanınmasını ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 5. maddesi Türkiye'nin çekince koyduğu maddeler arasında yer almaktadır²³⁷.

Diğer taraftan ILO'nun Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin 87 sayılı²³⁸ ve Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı²³⁹ Sözleşmelerinin onaylanması ile birlikte örgütlenme özgürlüğü konusunda önemli ilerlemeler sağlanmıştır. Bu bağlamda 87 sayılı Sözleşme; çalışanların durumunun iyileştirilmesini ve barışın sağlanmasını mümkün kılacak yollar arasında örgütlenme özgürlüğü ilkesini vurgulamakta, sendika özgürlüğü ve örgütlenme hakkının korunması konusunda çeşitli hükümler barındırmaktadır²⁴⁰. 151 sayılı Sözleşme ise kamu sektöründe çalışan ve kamu görevlisi olarak nitelendirilen memur, sözleşmeli personel ve işçilerin örgütlenmesine ilişkin esaslara yer vermiştir²⁴¹.

AİHS'nin 11. maddesinde örgütlenme özgürlüğü bir bütün olarak düzenlenmiş olmasına karşın Anayasa'da örgütlenme özgürlüğü farklı maddelerde ele alınmıştır. Örgütlenme özgürlüğü Anayasa'nın 33., 51., 53., 54. ve 68. maddelerinde "*Dernek Kurma Hürriyeti*", "*Sendika Kurma Hakkı*" ve "*Siyasi Parti Kurma Hakkı*" başlıkları altında ayrı ayrı hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın bu hükümleri çerçevesinde

²³⁷ **Erdoğan, Gülnur:** Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, TBB Dergisi, Y. 2008, S. 77, s. 123; **Gülmez, Mesut:** Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?, Çalışma ve Toplum, Y. 2007, S. 1, s. 32-33.

²³⁸ 87 Sayılı Sözleşme 17 Haziran 1948 tarihinde ILO tarafından kabul edilmiştir. Türkiye 87 Sayılı Sözleşme'yi 11 Aralık 1992 tarihinde yayımlanan 3847 sayılı Kanun'la onaylamıştır.

²³⁹ 151 Sayılı Sözleşme 7 Haziran 1978 tarihinde ILO tarafından kabul edilmiştir. Türkiye 151 Sayılı Sözleşme'yi 25 Kasım 1992 tarihli 3848 sayılı Kanun'la onaylamıştır.

²⁴⁰ **Ünsal, Engin:** Sendika Özgürlüğü ve Uluslararası Çalışma Örgütü ile T. C. Hükümetleri İlişkileri, Beta Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 30 vd.

²⁴¹ **Ünsal,** s. 34.

çıkarılan kanunlarda bu hakkın kullanımına ilişkin temel esaslar düzenlenmiştir. Anayasa'nın belirtilen maddelerinde doğrudan yasaklayıcı hükümlerden ziyade istisnai hallerde hakkın kısıtlanmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Anayasa'da esasen katı ve sınırlayıcı düzenlemeler bulunmamakla birlikte Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini istediği sendikalaşma ve dernekleşme hakkının kullanımına ilişkin usul ve esasları konusunda daha sonra çıkarılan kanunlarda hakkın özüne zarar veren, kullanılmasını tamamen yasaklayan düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle sendika hakkını düzenleyen 25/6/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu²⁴² Anayasa'nın hükümlerinden farklı olarak yasaklayıcı ve katı düzenlemeler içermektedir.

Örgütlenme özgürlüğü noktasında devletin negatif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün gereği olarak devletin örgütlenme özgürlüğü hakkını ihlal etmekten kaçınması ve bireylerin bu alandaki örgütlenmelerine saygı duyması esastır. Ancak gelinen noktada kamu görevlilerinin örgütlenmelerine saygı duymak bir tarafa bu örgütlenmeler nedeniyle kamu görevlilerinin disiplin cezalarıyla cezalandırıldığı görülmektedir. Bu yasaklayıcı ve katı mevzuat hükümlerinin AİHS ve ILO Sözleşmeleri ile uyumlu hale getirilmesi, mevzuattaki belirsizliklerin giderilmesi, hakkın özüne zarar vermeyen ölçülü ve istisnai nitelikteki kısıtlamaların esas alınması gerekir. Kaldı ki gelinen noktada devletin örgütlenme özgürlüğüne yönelik yasaklayıcı nitelikte tavır sergilemek yerine pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak bu özgürlüğü koruyucu, hak ihlallerini engelleyici bir tavır içine girmesi gerekir²⁴³.

C. KAMU GÖREVLİLERİNİN ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

1. Sınırlandırmanın Temel Kriterleri

Örgütlenme özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin esaslar gerek uluslararası sözleşmelerde ve gerekse ulusal mevzuat hükümlerinde belirtilmiştir. Tüm hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması açısından büyük önem taşıyan

²⁴² Bu Kanunun adı “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun” iken, 4/4/2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanunun 1. maddesiyle “Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu” şeklinde değiştirilmiştir.

²⁴³ **Karan, Ulaş:** Kamu Görevlilerinin Dernekler ve Vakıflar Bağlamında Örgütlenme Özgürlüğü: Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Değerlendirme, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2018, C.76, S. 1, s. 104.

sınırlanma rejiminin, örgütlenme özgürlüğü bakımından da uluslararası standartlara uygun olması gerekmektedir. Sınırlama rejimi temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarda, hangi ölçüde ve nasıl sınırlanabileceğini belirlemektedir. Diğer bir ifade ile sınırlamanın sınırını ortaya koymaktadır. Uluslararası standartlarla uyumlu bir sınırlama rejiminin varlığı devlet tarafından bir hakka getirilecek sınırlamaların keyfi olmasını engellemekte ve sınırlamaya bir sınır getirildiği için hak ve özgürlüklere bir güvence sağlamaktadır²⁴⁴. Bu bağlamda gerek AİHS'nin 11. maddesinde ve gerekse ILO'nun 87 ve 151 No'lu Sözleşmelerinde belirli standartlar geliştirmiştir. Bu noktada bu sözleşmelerin tarafı olan ülkelerin ulusal mevzuatlarının bu sözleşmelere uygun bir sınırlandırma rejimi geliştirmeleri gerekirken bu konuda ulusal mevzuatların yeterli olmadığı görülmektedir.

AİHS'nin “*Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü*” başlıklı 11. maddesi uyarınca herkes asayiş bozmayan toplantılar yapmak, demek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu hakların hangi koşullarda kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Görüldüğü üzere Sözleşme diğer belgelerden farklı olarak örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını ancak demokratik toplumda zorunlu tedbir niteliğinde olması koşuluna bağlamıştır. Maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise konumuz ile doğrudan ilişkili önemli bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenleme uyarınca Sözleşme'nin 11. maddesi silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir. Görüldüğü üzere düzenlemede diğer uluslararası belgelerle paralel olarak

²⁴⁴ TÜSEV Atölye: “Örgütlenme Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması: Uluslararası Standartlar ve Türkiye’ye Dair Değerlendirme”, https://www.tusev.org.tr/usrfiles/images/yayinlar/TUSEV_Atolye_Orgutlenme_Ozgurlugu_Hakkinin_Sinirlendirilmesi_Bilgi_Notu.pdf, (E.T. 21.06.2020).

bazı meslek gruplarına mensup çalışanların örgütlenme haklarının mesleklerinin niteliği gereği sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir²⁴⁵.

Örgütlenme özgürlüğü bakımından sınırlandırma rejiminin uluslararası standartlara uygunluğunun sağlanması, örgütlenme özgürlüğünün garanti altına alınması ve uygulanması amacıyla Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokrasi Kurumları ve İnsan Hakları Şubesi (ODIHR) ile Avrupa Komisyonu'nun Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) tarafından "**Örgütlenme Özgürlüğü İçin Rehber**²⁴⁶" adıyla bir yönerge hazırlanmıştır. Rehberde, uluslararası insan hakları standartları ve AGİT taahhütleri uyarınca örgütlenme özgürlüğü ile ilgili yasa yapımı konusunda yönlendirme ve yönerge eksikliğini gidermek amacıyla bilgiler ve esaslara yer verilmektedir.

Hazırlanan Rehber'e göre ulusal güvenlik veya kamu emniyeti yararı, düzensizliğin veya suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın korunması veya başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması gibi uluslararası standartları karşılamaya yönelik olmak koşuluyla yasayla örgütlenme özgürlüğü kısıtlanabilir. Rehber'de belirtilen kısıtlama kıstasları, AİHS'nin örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesini esas almaktadır. Yukarıdaki dayanaklar dışında yasa tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka bir kısıtlama getirilmemesini öngörmektedir. Örgütlenme özgürlüğüne yönelik kamu idaresi tarafından gerçekleştirilen bir müdahalenin hukuken öngörülmüş olması, yukarıda belirtilen meşru amaçlardan birini içermesi ve müdahalenin demokratik bir toplum için gerekli olması gerekmektedir²⁴⁷.

Rehberin belirlediği sınırlama rejimine ilişkin ilk kriter, müdahalenin bir hukuki dayanağının olup olmadığının denetlenmesi bakımından sınırlamanın hukuken

²⁴⁵ **Sur, Melda:** İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1995, s. 25.

²⁴⁶ "Joint Guidelines on Freedom of Association", 2015, <https://www.osce.org/odihr/132371> (E.T. 25.06.2020).

²⁴⁷ **TÜSEV Atölye:** "Örgütlenme Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması: Uluslararası Standartlar ve Türkiye'ye Dair Değerlendirme", https://www.tusev.org.tr/usrfiles/images/yayinlar/TUSEV_Atolye_Orgutlenme_Ozgurlugu_Hakkinin_Sinirlendirilmesi_Bilgi_Notu.pdf (E.T. 21.06.2020).

öngörülebilir olmasıdır²⁴⁸. Sınırlama rejiminde gündeme gelen bir diğer kriter ise, sınırlamanın gerekliliğine ilişkindir. AİHM'nin “*orantılılık*” ile birlikte “*zorlayıcı toplumsal ihtiyaç*” olmak üzere iki alt ölçüt ile birlikte açıkladığı gereklilik kriteri uyarınca örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını gerekli kılan amaç ile sınırlama ihtiyacına cevap vermek için başvuru yöntem arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir²⁴⁹.

2. Türkiye’de Örgütlenme Özgürlüğünün Sınırlandırma Rejimi

Örgütlenme özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp belli koşulların bulunması halinde kanunla sınırlandırılması mümkün haklardandır. Bu kapsamda dernek kurma hakkı bakımından Anayasa’nın 33. maddesinin üçüncü fıkrası ve sendikalaşma hakkı bakımından ise Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlandırılabilir. Ancak Anayasa’nın 33 ve 51. maddelerinde belirtilen sebeplerle dernek ve sendika kurma ve bunlara üye olma hakkına yönelik sınırlamalar, Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir. Amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir²⁵⁰.

Her birey bakımından önemli ve temel bir hak olmakla birlikte bu hakkın da belli koşulların varlığı halinde kısıtlanması mümkündür. Örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen AİHS’nin 11. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan “*Bu madde, bu hakların silahlı kuvvetler, emniyet veya devlet idaresi mensuplarınca kullanılmasına*

²⁴⁸ Ayata, Gökçeççek/Karan, Ulaş; Sivil Toplumda Aktif Katılım: Uluslararası Standartlar, Ulusal Mevzuattaki Engeller, Öneriler, <https://www.tusev.org.tr/usrfiles/images/MevzuatRapor.15.09.15.pdf> (E.T. 24.06.2020).

²⁴⁹ Ayata/Karan, s. 20.

²⁵⁰ Erdem, Julide Gül: Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, AÜHF, Y. 2013, C.62, S. 4, s. 1001.

yasaya uygun olarak kısıtlama getirilmesini engellemeyecektir” hükmü ve Anayasa’nın 33. maddesinin altıncı fıkrasında da yer verilen *“Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir”* hükmü örgütlenme özgürlüğü konusunda kamu görevlileri bakımından sınırlama getirmeye imkan tanımaktadır. Ancak bu kısıtlamalar bu özgürlükler için öngörülmüş olan sınırlama rejimine uygun olacaktır. Anayasa’nın 33. Maddesinin altıncı fıkrası ise maddenin ilk fıkrasına gönderme yapmıştır ve kamu görevlilerinin önceden izin almaksızın dernek ve vakıf kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüklerine kanunla sınırlama getirilmesine olanak tanımıştır.

Bireylerin sendika hakkını düzenleyen Anayasa’nın 51. maddesinde, 33. maddede yer alan *“Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurları”* şeklinde sınırlama getirilecek meslek grupları belirtilmemiştir. Anayasa’nın 51. maddesinde kamu görevlilerinin sendikalaşmasına ilişkin olarak işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Burada da *“gördükleri hizmetin niteliğine uygun”* ibaresi esasında sınırlama ve yasaklamaların ölçüsü olarak belirtilmiştir. Maddede sendika hakkına ilişkin getirilen bir diğer ölçü de *“Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz”* hükmüdür. Bu hükümde hem kamu görevlileri hem de özel sektör çalışanları bakımından sendikalaşma sürecinde uyulacak temel esasları belirtmiştir.

Örgütlenme özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların yukarıda belirtilen düzenlemeler uygun olmasının yanı sıra bu tür sınırlamaların Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan sınırlama rejimine uygun olması gerekmektedir. AİHS ve ILO Sözleşmeleri ile Anayasa’da kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğüne yönelik sınırlamaya dair istisnaların, örgütün türüne ve amacına bakılmaksızın her türden örgüte üyeliğin yasaklanması biçiminde uygulanması mümkün değildir²⁵¹. Sınırlamaların ölçülülük ilkesine uygun olması temel bir gerekliliktir.

²⁵¹ **Karan, Ulaş:** Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 3, MRK Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 155.

Uluslararası sözleşmelerdeki ve Anayasa'daki sınırlayıcı maddelerde kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğü noktasında devlete bir takdir alanı bırakılmış olsa da, bu durum kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüklerinin olmadığı anlamına gelmemektedir. AİHM'ye göre kamu görevlilerinin bu haklarını kullanırken görev ve sorumluluk bilinci ile hareket etmelerinin beklenmesi kabul edilebilir bir durumdur. Ancak kamu görevlilerinin birer hak öznesi olarak siyasi görüş sahibi olma, ülke ve toplumsal sorunlarla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönlere sahip oldukları ve bu nitelikleriyle AİHS'nin 10. ve 11. maddelerinden yararlanma haklarının bulunduğu açıktır²⁵². Görüldüğü üzere Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan örgütlenme hak ve özgürlüğünün hedeflerinden biri de Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenmiş olan ifade özgürlüğü kapsamında "*kişisel görüşlerin*" korunmasıdır²⁵³.

Sözleşme'nin 11. maddesi bir grubun üyelerinin ortak gayelerini gerçekleştirmek için bir topluluk veya "*örgüt*" kurma veya buna katılma özgürlüğünü korumaktadır. Aynı şekilde bu hak örgüt, dernek veya sendika kurma hakkıyla sınırlı değildir. Örgütün yaşamını sağlayabilmesi ve etkili bir şekilde işleyebilmesi için ifade özgürlüğünü de kapsadığı açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Örgütlenme Hakkı*"nı düzenleyen 11. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkına meşru kısıtlamaların getirilebileceğini ancak, bunun için ikna edici ve zorlayıcı gerekçelerin bulunması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır²⁵⁴.

Örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahaleler esasında ülkenin çağdaşlaşma ve demokratikleşme seviyesine göre toplumdan topluma değişiklik göstermektedir. Demokratik toplumlarda bu müdahalelere istisnai ve son çare olarak başvurulurken; antidemokratik toplumlarda bu müdahaleler istisna olmaktan çıkmakta ve farklı düşünen kişi ve grupları engellemek amacıyla kullanılmaktadır. Bu bağlamda en açık müdahale biçimleri;

- Belirli amaçlarla örgüt kurmayı ve bazı kişilerin örgüt kurmasını yasaklamak,

²⁵² **Karan**, s. 155; AİHM İsmail Sezer/Türkiye Kararı, Başvuru No: 36807/07, T. 24.03.2015, Prg. 52.

²⁵³ AİHM Young-Jones ve Webster/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 7601/76; 7806/77, T. 18/10/1982, Prg.57.

²⁵⁴ Demir ve Baykara/Türkiye kararı, Başvuru No:34503/97, Prg.119-120.

- Kurulmuş olan bir örgüte girilmesini/üye olunmasını yasaklamak,
- Kişiyi örgüt üyeliği nedeniyle ceza vermek veya adli ve idari takibata maruz bırakmak,
- Bir kamu görevlisinin kendisini bir örgütten ayrı tutmayı veya bir örgüte üye olmayı reddetmesi nedeniyle görevine son vermek,

olarak belirtilmektedir. AİHS'nin 11. maddesinde ve ILO'nun kabul edilen sözleşmelerinde belirlenmiş olan kriterlere açıkça aykırı olan bu tip yasaklayıcı uygulamalar hakkın özüne zarar veren, ölçsüz müdahalelerdir.

D. AİHM VE AYM'NİN ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNE BAKIŞ AÇILARI

1. AİHM'nin Bakış Açısı

AİHM özerk bir rolü bulunmasına ve ayrı bir uygulama alanına sahip olmasına rağmen örgütlenme özgürlüğünü çoğu zaman ifade özgürlüğünün düzenlendiği 10. madde ışığında ele almaktadır²⁵⁵. İfade özgürlüğünün güvenceye aldığı kişisel görüşlerin korunma amacı örgütlenme özgürlüğünün de amaçları arasındadır. Dolayısıyla Mahkeme Sözleşme'nin 11. maddesiyle ilgili bir müdahaleyi değerlendirirken, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddenin ilkelerinden de yararlanmaktadır. Mahkeme bu kapsamda değerlendirme yaparken bu maddedeki bir hakka bir "müdahalenin" var olup olmadığını ve müdahalenin varlığının sabit olması halinde ise müdahalenin haklı olup olmadığını tespit etmeye çalışmaktadır. Bir müdahalenin haklı olup olmadığını da,

- Müdahalenin hukuken öngörülmüş olma,
- Müdahalenin meşru bir amaç için yapılmış olma,
- Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olma

esasları üzerinden tespit etmeye çalışmaktadır. Bu esaslar üzerinden değerlendirme yapan Mahkeme'ye göre örgütlenme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin pozitif hukuk kurallarına veya bu kuralların esas alındığı mahkeme kararlarına dayanması gerekir. Bu aynı zamanda müdahalenin kaynağını ve yasal dayanağını ortaya koyacaktır²⁵⁶. Mahkeme örgütlenme özgürlüğüne yönelik yapılan sınırlamalarda hak ihlalinin olup olmadığı noktasında Sözleşme'nin 11/2. maddesindeki sınırlama sebeplerinin var olup olmadığını bu kriterler çerçevesinde değerlendirmektedir.

²⁵⁵ AİHM Young-Jones ve Webster/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 7601/76; 7806/77, T. 18/10/1982, Prg. 57.

²⁵⁶ Doğru, s. 39-40.

Mahkeme kamu görevlileri bakımından yapılan sınırlamaları değerlendirirken öncelikle AIHS'nin 11. maddesinde yer alan “*devlet memurları*” ifadesinin dar yorumlanması gerektiğini²⁵⁷; kamu görevlilerinin de bu haklarını kullanırken ödev ve sorumluluk bilinci ile hareket etmeleri gerektiğini; kamu görevlilerinin birer hak öznesi olarak siyasi görüş sahibi olma, ülke ve toplumsal sorunlarla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönleri sahip olduklarını²⁵⁸ ve bu nitelikleriyle AIHS'nin 10. ve 11. maddelerinden yararlanma haklarının bulunduğunu kararlarında vurgulamaktadır²⁵⁹.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 11. maddesinde belirtilen üç gruba karşı uygulanan kısıtlamalar sınırlı bir şekilde yorumlanmalı ve söz konusu hakkın “*kullanılması*” ile sınırlı kalmalı ve bu kısıtlamalar örgütlenme hakkının özüne zarar vermemelidir²⁶⁰. Sözleşme'nin 11. Maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi “*demokratik bir toplumda gereklilik kistasına*” açıkça atıfta bulunulmuş da, Mahkeme, silahlı kuvvetler, polis ve kamu idareleri mensuplarına getirilen yasal kısıtlamaların da aynı zamanda ivedi bir sosyal ihtiyacı gidermesi ve “*demokratik bir toplumda gerekli olması*” gerektiğine vurgu yapmıştır²⁶¹.

2. AYM'nin Bakış Açısı

Anayasa Mahkemesi'ne göre örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum içinde bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmekte olup bu özgürlük bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlamaktadır. Örgütlenme özgürlüğünün temeli, hiç kuşkusuz ifade özgürlüğüdür. İfade özgürlüğü düşünceleri korkmadan, engellenmeden açıklama ve yayma özgürlüğünün yanı sıra bu düşünceler çerçevesinde örgütlenme, kişi toplulukları oluşturma hakkını da kapsamaktadır²⁶².

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirttiği bu örgütlenme özgürlüğünü koruyucu ve geliştirici bakış açısının bireysel başvurularda istikrarlı olarak devam

²⁵⁷ AIHM Vogt/Almanya Kararı, Başvuru No: 17851/91, T. 26.09.1995, Prg.67.

²⁵⁸ AIHM, İsmail Sezer/Türkiye Kararı Başvuru No:36807/07, T. 24.03.2015, Prg.52.

²⁵⁹ **Karan**, (age), s. 155.

²⁶⁰ Demir ve Baykara/Türkiye Kararı, BD, Başvuru No: 34503/9, T.12/11/2008, Prg.97-119.

²⁶¹ Tüm Haber Sen ve Çınar/Türkiye Kararı, Başvuru No:28602/95, T. 21.02.2006, Prg. 35-35.

²⁶² AYM Tayfun Cengiz Kararı, Başvuru No: 2013/8463, T.18/9/2014, Prg.30-32.

etmediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi **Ahmet Parmaksız Kararında**²⁶³ sendikaların üyelerinin ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerini korumak, geliştirmek için yapılan faaliyetleri dışında siyasi otorite karşısında bir baskı grubu olarak yürüttükleri faaliyetler kapsamında aldıkları kararlar doğrultusunda sendika üyelerinin iş bırakma eylemine katılmalarını bireylerin sendikanın çekirdek faaliyet alanında kalmayan eylemleri olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle bu eylemler dolayısıyla yapılan müdahaleleri Anayasa'nın sendika hakkına ilişkin 51. maddesi kapsamında değil dernek kurma hürriyetini teminat altına alan 33. maddesi kapsamında incelemiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında eylemin dayandığı kararın amacını, eylemin ve verilen cezanın niteliği ile devletin takdir marjının genişliğini dikkate alarak ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Kararda;

- Sendikanın eylem kararında siyasi bir tonun ağırlıkta olduğu, Sendikanın söyleminin odak noktasında Hükûmete ve dış politikalarına dönük eleştirilerin bulunduğu (Prg. 14-16),
- İş bırakma biçiminde bir protestoya katılması başvurusunun ekonomik ve mesleki çıkarları ile değil genel bir baskı grubunun bir parçası olmasıyla ilgili olduğu,
- Kamu görevlilerinin iş bırakmak veya işe gitmemek şeklindeki eylemlerinin, devlet idaresinin işleyişini ve toplum hayatını önemli ölçüde etkilediğinden dolayı ancak çok dar alanda desteklenebilecek bir eylem türü olduğu,
- Sendika üyelerinin ekonomik ve sosyal menfaatleriyle doğrudan ilgili olmayan ve politik yönü ağır basan bir amaçla işe gitmemek şeklinde bir eylemin yol açacağı sonuçlara devlet idaresinin ve toplumun katlanmasını gerektiren bir sebep bulunmadığı,
- Bu sebeplerle kamu otoritelerinin sahip olduğu takdir payı da gözetildiğinde başvuru konusu olayda kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması amacı bakımından başvurusunun örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahalenin onun siyasal hayata katılımını engelleyici veya önemli ölçüde zorlaştırarak etkisini ortadan kaldıracak mahiyette olmadığı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi iş bırakma eylemini sendikal faaliyet olmaktan ziyade örgütlenme özgürlüğü

²⁶³ AYM Ahmet Parmaksız Kararı, Başvuru No: 2017/29263, T. 22/5/2019), Prg.47-63.

kapsamında değerlendirdiği kararı esasında kendi içinde çelişkili olduğu gibi Anayasa'nın 51 ve 13. maddelerinde belirtilen esaslara da aykırı olduğu açıktır. AİHM kararlarına atıf yapan ancak oradaki özgürlükçü bakış açısını somut olaya uygulamayan bir durum söz konusudur. Zira Mahkeme'nin öne sürdüğü gerekçeler dikkate alındığında sendikal örgütlenmeyi sadece mesleki ve sosyal haklar bakımından başvurulacak bir örgütlenme modeli olarak sınırlayan, devletin menfaatlerini orantısız bir şekilde bireyin menfaatlerinden üstün tutan, siyaset kurumunun faaliyetlerine yönelik her eylemi “siyasi” olarak değerlendiren katı bir anlayışa sahip olduğu görülmektedir. Bu kararların AİHS'nin 11. maddesine uygun olmadığı bu kararlara ilişkin AİHM'ye yapılacak bireysel başvuru sonuçlarıyla ortaya çıkacaktır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, daha önce sendika çağrısına katılarak ve mazeretsiz olarak göreve gelmeyen kamu görevlilerinin bireysel başvurularını örgütlenme özgürlüğü kapsamında ve Anayasa'da özel olarak güvence altına alınan sendika hakkı çerçevesinde incelemiş ve ihlal kararları vermiştir²⁶⁴. Benzer konuları esas alan bu iki karar kıyaslandığında Anayasa Mahkemesini içtihatlarının istikrarlı olmadığı, konjonktürel değişikliğe uğradığı; kanunlardaki katı ve yasaklayıcı bakış açısının mahkeme içtihatlarına da yansıdığı görülmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda AİHM'nin örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kararlarına bol miktarda atıf yapmasına ve genel açıklamalarını bu içtihatlara dayandırmasına rağmen AİHM'nin bu kararlarındaki kriterleri somut olaya uyarlamamaktadır²⁶⁵. Aksine iç hukuktaki sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümlere göre nihai kararını vermektedir.

Diğer taraftan Mahkemenin verdiği kısıtlayıcı kararların Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Demokrasi Kurumları ve İnsan Hakları Şubesi (ODIHR) ile Avrupa Komisyonu'nun Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) tarafından hazırlanan “Örgütlenme Özgürlüğü için Rehber²⁶⁶” adlı belgede belirtilen kriterlere de uygun olmadığı görülmektedir. İçtihatlarda yaşanan istikrasızlık ve

²⁶⁴ AYM Tayfun Cengiz Kararı, Başvuru No: 2013/8463, T. 18/9/2014.

²⁶⁵ Şirin, Tolga: Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme, Anayasa Yargısı, Y. 2015, S. 32, s. 133-134.

²⁶⁶ “Joint Guidelines on Freedom of Association”, 2015, <https://www.osce.org/odihr/132371> (E.T. 25.06.2020).

konjonktürel kararlarla öngörülebilirliğin ortadan kalktığı açıktır. Anayasa Mahkemesi müdahalenin demokratik bir toplum bakımından gerekli olup olmadığını değerlendirmek yerine “devlet idaresi” bakımından gerekli olup olmadığı gibi merkeziyetçi bir değerlendirme yapmaktadır. Bu ise meşru bir amaç için kısıtlama yapılıp yapılmadığı noktasındaki hukuki denetimi de devre dışı bırakmaktadır.

II. YARGI MENSUPLARININ ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

A. HAKİM ve SAVCILARIN ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TEMEL ESASLARI

Her alanda olduğu gibi yargısal alanda da ilerlemenin sağlanması ve ortaya çıkan sorunların çözümü adına örgütlü olarak hareket etmek önem arz etmektedir. Özellikle mesleki örgütlenmede temel hedef mesleğin ve meslektaşların sorunlarına çözüm üretmek ve mesleğin ve meslektaşların gelişimine katkı sağlamak esas olduğundan farklı fikirlere sahip olsalar da insanların bir araya gelip örgütlenmesi bir gerekliliktir. Burada ifade özgürlüğünde olduğu gibi önemli olan husus hiç kimsenin zorla bir örgütlenmeye dahil edilememesi ve yine hiç kimsenin üye olduğu bir örgütten dolayı kınanmaması veya çıkarılmaya zorlanmamasıdır. Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kısıtlamaların olduğu istisnai düzenlemeler haricinde diğer bireylerde olduğu gibi hâkim ve savcılarının da örgütlenmesinde her aşamanın “özgür irade” esaslı olması ve bu özgür iradenin kullanımından kaynaklı kişinin sorumlu tutulmaması esastır. Bu nedenle, yargının sorunlarının sürekli izlenmesi, çözümler üretilmesi ve bunların ilgililere ve kamu oyuna iletilmesi, etkin sonuçlar alınması amacıyla kurulan ve hâkim ve savcılarının özgür iradeleriyle katıldıkları örgütlenmeler yargı için önemlidir.

Hâkim ve savcılarının örgütlenme özgürlüğünün kapsam ve sınırları bakımından başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi olmak üzere ILO Sözleşmeleri ve Anayasa'nın belirlediği esaslar geçerlidir. Buradaki esasları aşan yasaklayıcı ve katı mevzuat hükümleri ve yargısal içtihatların oluşturduğu sınırlamaların ise hâkim ve savcılarının örgütlenme özgürlüğünü ciddi manada daralttığı da bilinen bir gerçektir. Bu noktada devletin örgütlenme özgürlüğündeki negatif yükümlülüklerinin hâkim ve savcılar bakımından yerine getirilmediği söylenebilir.

Diğer taraftan yargının tarafsızlığının ve toplumun güveninin devamı ile yargının ve yargı mensuplarının asli işlevlerine uygun hareket etmeleri adına hâkim ve savcılarının

siyasi faaliyette bulunması mümkün olmadığından hâkim ve savcılarının örgütsel faaliyetlerinde de “*siyaset üstülük*” esas olmalıdır. Ancak bu siyaset üstülük ülkenin yargı politikasının geliştirilmesi ve sorunların çözümü adına siyasi mekanizmadan bir kısım taleplerde bulunmaya engel değildir. Bu bağlamda bir yargı örgütünün siyaset kurumundan yargıya yönelik yasama veya yürütmeden gelebilecek müdahalelerin engellenmesini, hukukun üstünlüğünün temin için gerekli reformların yapılmasını, hâkim ve savcı alımında siyasal gücün etkisinin kaldırılmasını, mesleğe liyakatli kişilerin alınmasını, görevde ve mahkemelerde uzmanlaşmanın sağlanmasını, etik kuralların saptanmasını ve izlenmesini, hâkim ve savcılarının disiplin, denetim, yükselme ve atama işlemlerinin evrensel ilkelere göre belirlenmesini, çalışma koşullarının iyileştirilmesini, HSK'nın işlemlerinde adil ve tarafsız davranmasını talep etmesi siyaset değildir. Burada yargı politikalarına yönelik haklı talepler söz konusudur. Bu gibi talepler siyaseti ilgilendirse de esasen yargı politikasını ilgilendiren hususlar olması nedeniyle yargının asli sorunlarıdır ve örgütlenmelerin temel amacı bu ve benzeri sorunların çözümüne katkı sağlamak, bu konuda toplumu ve bireyleri bilinçlendirmektir²⁶⁷.

Hâkim ve savcılarının örgütlenme modeli siyaset üstü esaslara dayanmalıdır. Bunun yanında demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarını oluşturan temel insan hakları, yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması gibi yargı politikasının temel esasları konusunda yargı mensubunun düşündüğünü ifade etmesi ve düşüncesini hayata geçirmek için örgütlenmesi en temel gerekliliklerdendir. Türkiye'deki ekonomik sosyal, kültürel ve siyasi sorunlardan kaynaklı uyuşmazlıkları karara bağlayan yargı mensuplarının bu sorunlara dair bir düşüncesinin olması ne kadar doğalsa bu düşüncelerini örgütlü olarak dışa aktarmaları da o kadar doğaldır. Toplumun diğer bireyleri gibi, içinde yaşadıkları toplumun ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi yapısı ve sorunlarına ilişkin görüş, öneri ve eleştirileri bulunan hâkim ve savcılarının, yürüttükleri yargısal faaliyetten dolayı bu fikirlerini ifade edemeyeceklerini ve bu fikirler etrafında örgütlenemeyeceklerini düşünmek, onların en temel haklarına orantısız ve hakkın özüne zarar veren bir yaklaşım olacaktır. Dolayısıyla her birey gibi onların da ifade ve örgütlenme özgürlüğü bulunmakla birlikte bu özgürlüğün kullanılması bakımından

²⁶⁷ **Aşçıoğlu, Çetin:** Yargıda Olumlu Bir Girişim: Yargıç ve Savcılar Birliği, <http://www.abchukuk.com/makale/makale313.html> (E.T. 20.06.2020).

kendilerini sorumluluk altına alan belli standartlar vardır. Bu standartlara uygun olmak kaydıyla hâkim ve savcılar da örgütlenme özgürlüklerini kullanabileceklerdir.

Bu noktada ifade özgürlüğü konusunda olduğu gibi, hâkim ve savcıların örgütlenme özgürlüğü konusunda da AİHM'nin belirlediği makul gözlemci standardına göre hareket edilmesi gerekmektedir. Buna göre, dışarıdan bakan normal, makul bir bireyin, yargı mensubunun örgütlenme özgürlüğü kapsamında sergilediği tutum ve davranışlar ile açıkladığı görüş ve düşünceler nedeniyle yapacağı yargılamalarda tarafsız olamayacağı kanaati oluşmamalıdır²⁶⁸. İşte örgütlenme sürecinde hâkim ve savcılar tarafından dikkat edilmesi gereken temel nokta budur. Hâkim ve savcının örgütlenme sürecindeki faaliyetlerinin, onun bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda toplumda şüphe doğurmaması gerekir.

Hâkim ve savcılarının yargının ve yargı mensuplarının sorunları başta olmak üzere ülkenin yargı politikasına dair sorunların çözümüne katkı sunmaları, demokratik hukuk devleti ilkesinin gelişimine ön ayak olmaları, ülkenin yargı kalitesini yükseltmek adına bir gereklilik olan örgütlü mücadele de “*siyaset üstü*” kalabilmeleri ve iktidar veya muhalefet partilerinin arka bahçesi olma görüntüsüne ve algısına girmemeleri önem arz etmektedir.

Nitekim bu konuyla alakalı olarak Anayasa Mahkemesi bazı kararlarının genel anlatım kısımlarında önemli tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre devlet memurları söz konusu olduğunda görüşlerin dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklanıp açıklanmadığı, kişisel tavırlar sergilenip sergilenmediği ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığı ifade özgürlüğü incelemesinde değerlendirmeye alınır. Bu bağlamda memurun bulunduğu konum, görev yaptığı alanla ilgili olarak ödev ve sorumluluk derecesini belirlemede ulusal makamların bir takdir marjı vardır. Fakat örgütlenme özgürlüğünü sınırlama niteliği taşıyan bu durumun bir sınırının olduğu da unutulmamalıdır. Devletin kamu hizmetinde çalışan memurlarına bir bağlılık görevi getirmesi, ödev ve sorumluluklar yüklemesi memurların statüleri gereği meşru kabul edilebilir bir durumdur. Fakat devlet memurlarının da birer birey olduğu, siyasi görüş sahibi olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönlere sahip

²⁶⁸ **İnceoğlu, Sibel:** Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, 1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara, 2007, s. 138; **Şen, Mahmut:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hâkim ve Savcıların İfade Hürriyeti, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2016, S. 7, s. 940.

olma haklarının bulunduğu şüpheden uzaktır. Buna göre devlet memurlarının bu ödev ve sorumlulukları ile ifade ve örgütlenme özgürlükleri arasında adil bir denge kurulmalıdır²⁶⁹.

Bu bağlamda ülkenin ekonomik sosyal, kültürel her türlü sorunu ile yüzleşen, bunlardan etkilenen, gerektiğinde bunları kararlarıyla çözmeye çalışan hâkim ve savcılarında bu sorunlardan kaynaklı haklarını korumak ve sorunlara çözüm bulmak amacıyla bu konudaki duygu ve düşüncelerini örgütlü bir yapıya dönüştürmek en doğal haklarıdır. Ancak bu hakkın evrensel ilkelere uygun olarak kullanılmadığı aşağıda yapılacak anlatımlarla anlaşılacaktır.

B. DOĞRUDAN YARGI MENSUPLARININ ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜNÜ DÜZENLEYEN ULUSLARARASI BELGE VE RAPORLAR

Hâkim ve savcılar bakımından AİHS ve diğer ilgili uluslararası sözleşme hükümleri ile ulusal mevzuat hükümleri örgütlenme özgürlüğünün temel dayanaklarıdır. Bu genel nitelikteki ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri haricinde yargı mensuplarına ilişkin hazırlanmış uluslararası belge ve raporlarda da hâkim ve savcılarının örgütlenme özgürlüğüne vurgu yapılmıştır.

Bu bağlamda Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı Karar’la onaylanan “*Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri*²⁷⁰” konulu belgenin 8. bendinde İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sine uygun olarak, hâkimlerin de diğer vatandaşlar gibi, düşünce ve ifade özgürlüğü ile toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne sahip oldukları; ancak bu hakların kullanılmasında hâkimlerin daima görevlerinin fazilet ve tarafsızlığı ve yargı bağımsızlığını koruyacak biçimde davranmak zorunda oldukları; hâkimlerin çıkarlarını savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve bağımsızlıklarını korumak gibi amaçlarla serbest bir biçimde dernek kurmak veya kurulmuş bir derneğe üye olmak hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin “*Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konulu*” R(94) 12 sayılı Tavsiye Kararı’nın 4. maddesinde hâkimlerin tek

²⁶⁹ AYM Hasan Güngör Kararı, Başvuru No: 2015/1554, T. 25/12/2018, Prg.48, 49; AYM Zeki Çınar Kararı, Başvuru No: 2016/3585, T.12/6/2019, Prg.34-35.

²⁷⁰ “Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri”, <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (E.T. 09.05.2020).

başlarına veya başka herhangi bir organ ile birlikte, bağımsızlıklarının ve çıkarlarının korunması amaçlarıyla özgürce birlik kurabilmeleri gerektiği vurgulanmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "*Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü*²⁷¹" konulu Rec (2000) 19 sayılı Tavsiye Kararında²⁷² ise üye devletlerin; savcıların ifade, inanç, dernek kurma ve örgütlenme hususlarında etkin haklara sahip olmalarının sağlanması için gerekli tedbirleri almaları tavsiye edilmiştir.

Yargı mensuplarına tavsiye niteliğindeki Birleşmiş Milletler **Bangalor Yargı Etiği İlkeleri**'nde²⁷³ de genel olarak yargı mensuplarının örgütlenme özgürlüğüne dair hükümlere yer verilmiştir. Buna göre "*Dürüstlük*" değerinin ele alındığı 4. madde başlığı altındaki düzenleme uyarınca hâkim de, diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, dernek kurma ve toplanma özgürlüğüne sahiptir; ancak bu hakların kullanılmasında, yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranmalıdır. Aynı şekilde hukuk sistemi, adaletin idaresi veya bunlarla ilintili diğer konularda yazı yazabilir, konferans ve ders verebilir, diğer etkinliklere katılabilir.

Örgütlenme özgürlüğü ve bireyin korunması açısından önemli bir işleve sahip olan, barış ve sosyal adaletin temel güvencelerinden biri olan, örgütlenme özgürlüğü genel ilkelerinin etkinliğine katkı sağlayan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) verdiği birçok kararda hâkim ve savcılarının örgütlenme özgürlüğüne vurgu yapmıştır. Bu kapsamda "*Hâkimlerin ve savcılarının sendika kurma hakkını reddeden bir hüküm, çalışanlar herhangi bir ayırım olmaksızın önceden izin almadan "kendi seçtikleri" örgütleri kurabilme ve bunlara katılabilme hakkı gereğince ilgili Sözleşmelerde belirtilen*

²⁷¹ "Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü Hakkında Rec (2000)19 Sayılı Tavsiye Kararı" <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf> (E.T. 09.05.2020).

²⁷² Söz konusu Tavsiye Kararı 6 Ekim 2000 tarihinde düzenlenen Bakan Yardımcılarının 724. toplantısında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir. Belgede üye devletlerin savcılığın ceza adalet sistemi içindeki rolü ile ilgili mevzuat ve uygulamalarını bu belgedeki ilkelere dayandırmalarını tavsiye edilmektedir.

²⁷³ "Bangalor Yargı Etiği İlkeleri", <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, (E.T. 09.04.2020).

örgütlenme özgürlüğü ilkelerine aykırıdır.”²⁷⁴ ve yine “Hâkimler, diğer tüm çalışanlar gibi, örgütlenme özgürlüğünden faydalanmalıdır.”²⁷⁵ şeklinde kararlar verilmiştir.

C. YARGI MENSUPLARININ ÖRGÜTLENME MODELLERİ VE SÜREÇLERİ

1. Sendikalaşma Hakkı

a. Sendikalaşma Hakkının Uluslararası Belgelerdeki Dayanakları

Çağdaş ve demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olan sendika hakkı, çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmektedir. Çalışanların hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren sendikalar, bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle girişimci karşısındaki pazarlık güçlerini artırmaktadır. Sendikalar bu işlevi sayesinde gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler. Bu nedenle, sendikalaşma sosyal adaletin tesisine hizmet eden önemli bir demokratik araçtır²⁷⁶.

Değişen koşullara bağlı olarak devletin temel erklerinde meydana gelen algı değişikliği, demokratik hak ve hürriyetlerin yaygınlaşması, devletin üstlendiği hizmetlerin çeşitlilik ve kapsam itibarıyla artması ve buna bağlı olarak kamunun yeniden yapılanma ve daha fazla personel istihdamına ihtiyaç duyması, hizmet çeşitliliğinin artması neticesinde aynı ve benzer görevi ifa eden ancak, farklı statü ve ücrete tabi personel yapısının ortaya çıkması, çalışanların ücretlerinde ve çalışma koşullarında

²⁷⁴ Örgütlenme Özgürlüğü. Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesi Uluslararası Çalışma Bürosu- Cenevre: ILO, (Çeviren: Çağla Ünlütürk Ulutaş), 6. Baskı, 2019, 371. Rapor, Vaka No: 2892, Prg. 933 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_666543.pdf (E.T. 21.06.2020).

²⁷⁵ Örgütlenme Özgürlüğü. Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesi Uluslararası Çalışma Bürosu- Cenevre: ILO, (Çeviren: Çağla Ünlütürk Ulutaş), 6. Baskı, 2019, 377. Rapor, Vaka No: 3064, Prg. 210., https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_666543.pdf (E.T. 21.06.2020).

²⁷⁶ AYM , 2013/130 E., 2014/18 K., 29/01/2014 T.

pozitif gelişmelere sebep olması nedeniyle örgütlenme özgürlüğü özel sektörde olduğu kadar kamusal sektörde de bir gereklilik haline gelmiştir²⁷⁷.

87 sayılı İLO Sözleşmesi'nde hiçbir ayırım gözetmeksizin çalışanların örgütlenme hakkı olduğu vurgulanmış; silahlı kuvvetler ve kolluk görevlileri bakımından ise sendikal haklardan nasıl yaralanacakları noktasında takdiri ülkelerin ulusal mevzuatına bırakmıştır. Ulusal mevzuatta daha ileri seviyede bir mevzuat varsa bu mevzuata göre bu haklar kullanılacaktır. Diğer bir ifade ile bu Sözleşme ile sendikal haklar konusunda minimum standartlar belirlenmiş olup bu standartların üzerinde düzenleme yapılması üye ülkelerin takdirindedir.²⁷⁸

Diğer taraftan **87 sayılı İLO Sözleşmesi'nin** kamu görevlileri bakımından oluşan yorum farklılıklarını ve bazı üye devletlerin kamu görevlilerini sözleşme kapsamı dışında bırakmasından kaynaklı ortaya çıkan sorunları gidermek amacıyla **151 sayılı İLO Sözleşmesi** 27 Haziran 1978 yılında kabul edilmiş ve Türkiye tarafından ise 25 Şubat 1993 tarihinde oylanmıştır. Bu sözleşme kamu görevlilerine ve örgütlenmelerine sağlanacak güvenceleri, çalışma koşulları ve ortaya çıkacak sorunların çözümüne dair esasları düzenlemektedir²⁷⁹.

Örgütlenme özgürlüğü kapsamında sendikal özgürlüğü güvenceye alan uluslararası belgelerden biri de **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin** 11. maddesidir. Maddenin kapsamı ve getirdiği güvenceler yukarıda açıklanmıştı. AİHS'nin 11. maddesinin yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu "**Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**" de sendika hak ve özgürlüğünü güvence altına alan hükümler içermektedir. Sözleşme'nin 8. maddesinde bu hakkın kullanılmasına, yasalarda belirtilen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu düzeni menfaati ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlama getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde Avrupa Konseyinin en temel belgelerinden olan **Avrupa Sosyal Şartı** ve **Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal**

²⁷⁷ **Güneş, Hamza:** Sendikal Haklar ve Ülkemizde Kamu Görevlileri Sendikacılığının Gelişimi, Çalışma Dünyası Dergisi, Y. 2016, S. 1, s. 64; **Turan, Kamil:** Dünyada ve Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikalarının Hukuki Gelişmeleri, Kamu -İş Dergisi, Y. 1999, C.4, S. 4, s. 2.

²⁷⁸ **Tosun, Sevcan:** 87,98 ve 151 Sayılı İLO Sözleşmelerine Göre Kamu Görevlilerin Sendikal Hakları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y. 2011, C.23, S. 5-6, s. 78.

²⁷⁹ **Tosun,** s. 82.

Şartı (1996) da sendika hak ve özgürlüğüne dayanak oluşturacak önemli düzenlemeler içermekle birlikte, Avrupa Sosyal Şartı'nın ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın bu düzenlemelerin yer aldığı 5. maddesi²⁸⁰ Türkiye'nin çekince koyduğu maddeler arasında yer almaktadır.

b. Sendikal Örgütlenmenin Ulusal Mevzuattaki Temel Dayanakları

Anayasa'nın "*Sendika kurma hakkı*" kenar başlıklı 51. maddesine göre çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Yine maddedeki düzenleme uyarınca sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir ve sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir. Ayrıca sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz. Görüldüğü üzere Anayasa'da sendikal örgütlenmenin hangi esaslara göre olacağına ve kimleri kapsayacağına dair emredici bir düzenlemeye yer verilmemiş sadece sendika kurma hakkının genel esasları ve sınırlandırma sebepleri ile bu hakkın kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır²⁸¹.

Anayasa'da sendikal örgütlenmeye ilişkin düzenlemelerin uluslararası metinlerdekine paralel olduğu, uyumsuzluk bulunmadığı açıktır. AİHS'nin 11. maddesinin yanı sıra 87 ve 151 sayılı ILO Sözleşmelerinin, sendika kurma ve üye olma hakkını temel bir hak olarak kabul ettiği, iç hukuka göre sınırlandırma esası getirildiği görülmektedir. Anayasa'ya göre ise, bu hakkı milli güvenlik, kamu düzeni, suç

²⁸⁰ 5. Örgütlenme Hakkı

Akit taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma veya bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya geliştirmek amacıyla ulusal mevzuatın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi taahhüt ederler. Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri için hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla veya düzenlemelerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar veya düzenlemelerle saptanır.

²⁸¹ **Kar, Bektaş:** Sendika Kurma Hakkı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, S. 1, s. 26.

işlenmesinin önlemesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebine dayalı olarak sınırlandırılabilceği, bu sınırlandırma yapılırken de Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği gibi hakkın özüne dokunmaksızın yapılması gerektiği açıktır.

Esasında Anayasa'da meslek temelli sendikalaşmaya ilişkin bir yasak bulunmamasına rağmen 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 4. maddesinde “*meslek*” temeline dayalı sendika yasağını düzenleyen düzenlemelere yer verilmiştir. Düzenlemeye göre Türkiye’de sendikalar hizmet kolu esasına göre kurulabilecek ve meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamayacaktır. Sendikalaşma özgürlüğüne getirilen en temel kısıtlamalardan biri bu düzenlemedir. Anayasa’daki kısıtlama nedenlerinden farklı olarak yine 4688 sayılı Kanun’un 15. maddesinde ise sendikalara üye olamayacak kamu görevlilerine yer verilmiştir. Kanun’un “*Sendika üyesi olamayacaklar*” kenar başlıklı 15/1-b maddesi uyarınca 4688 sayılı Kanuna göre kurulan sendikalara; yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar üye olamazlar ve sendika kuramazlar²⁸².

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde 4688 sayılı Kanun’un getirdiği kamu görevlisi tanımı, sendika kuruluş şartları, kurucularda aranan nitelikler, üyeliğe kabul şartları ILO’nun 87, 98 ve 151 sayılı Sözleşmelerine aykırı olduğu açıktır²⁸³. Anayasa’nın 51. maddesinin üçüncü fıkrasında sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterileceğinin belirtilmiş olması Anayasa’da yer almayan, bir sınırlandırma sebebinin kanunla getirilmesine imkan vermemektedir. Dolayısıyla Anayasa’da kanun koyucuya sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller konusunda bir takdir hakkı verilmiş olmasına karşın sendika hakkını kısıtlayan bir Anayasa hükmü bulunmadığından Kanun’la meslek temelli sendikalaşmaya ilişkin bir yasak getirilmesi getirilmiş olması Anayasa’ya aykırıdır²⁸⁴. Anayasa’nın örgütlenme özgürlüğü konusundaki sınırlayıcı hükümleri gerekçe gösterilerek getirilen bu katı ve yasaklayıcı hükümler, ILO’nun 87, 98 ve 151 sayılı Sözleşmelerin hükümlerini kanunen uygulanmaz hale getirmiştir. Bu sözleşmeler iç

²⁸² Kar, s. 264.

²⁸³ Tuncay, Can: Kamu Görevlilerinin Sendikalaşması ve Toplu Pazarlık Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C.9, Özel Sayı, s. 175.

²⁸⁴ Kar, s. 265.

hukukta onanmakla birlikte ulusal mevzuatında bu doğrultuda uyumlaştırılması ve bu sözleşmelerdeki güvence ve esasların iç mevzuata aktarılması gerekliliktir. Bu yapılmadığından dolayı örgütlenme ve sendikalaşma faaliyetlerinden kaynaklı sorunlar ve hak ihlalleri yaşanmaktadır.

İç hukuktaki yasaklayıcı ve katı mevzuat hükümleri ve yargı uygulamaları nedeniyle örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği AİHM kararlarında vurgulanmıştır. Bu bağlamda AİHM geçmişte **HABER-SEN-Türkiye Kararında**²⁸⁵, sendika hakkının bir meslek grubu için tamamen ortadan kaldırılmasını haksız bularak, Türkiye aleyhine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde ise; müdahalenin “*demokratik bir toplum için*” gerekli olup olmadığı belirlenmesinin asıl olduğunu belirtmiştir. AİHM, ordu ve polis mensupları ile devlet idaresinde görevli olanların sendikal haklarını kullanmalarına, hukuken öngörülen sınırlamalar konulabileceğini, ancak Anayasa'nın 11. maddesinde belirlenen istisnaların dar bir çerçevede yorumlanması gerektiğini, yalnız ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin, sendikalaşma özgürlüğünü sınırlamayı haklı kılabileceğini, böyle bir gereklilik olup olmadığını belirlerken de, devletin sınırlı bir takdir hakkı olduğunu, bu takdir hakkının taraf olunan sözleşmelere uygun kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere AİHM, sendikalaşmanın tamamen yasaklanamayacağını, sadece demokratik toplum gerekleri dikkate alınarak, zorunluluklara bağlı sınırlandırma yapılabileceği esasını kabul etmiştir. Aynı şekilde Mahkeme **Belçika Polis Sendikası/Belçika Kararında**²⁸⁶da polisler tarafından sendika kurulmasının mümkün olduğu esasını kabul etmiştir.

Görüldüğü üzere 4688 sayılı Kanun'daki genel olarak kamu görevlilerinin sendikalaşması konusunda “*meslek kolu*” esasına yönelik yasaklama ve hâkim ve savcıların sendikalaşmasını yasaklayan düzenlemeler, AİHS'nin ilgili hükümleri ve ILO Sözleşmelerinin yanı sıra Anayasa'daki sendikalaşma hakkına ilişkin hükümlere de uygun olmadığı gibi Anayasa'nın 13. maddesine aykırı hakkın özüne dokunan, kullanılmasını tamamen ortadan kaldıran, orantısız düzenlemelerdir.

Anayasa Mahkemesi 4688 sayılı Kanun'un 15. maddesinde sayılan yasaklı kamu görevlilerine dair yapılan iptal başvurularında “*Sendika kurma hakkı mutlak bir hak olmayıp Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca millî güvenlik, kamu düzeni,*

²⁸⁵ AİHM HABERSEN/Türkiye Kararı , Başvuru No: 28602/95 sayı, T. 21.5.2006.

²⁸⁶ AİHM Belçika Polis Sendikası/Belçika Kararı, Başvuru No: 4464/70, T. 27.10.1975.

suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir. Öte yandan anılan maddenin beşinci fıkrasında, 'İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.' hükmüne yer verilerek, ikinci fıkradaki genel sınırlama sebepleri dışında da bazı kamu görevlileri yönünden bu hakkın kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması ya da hakkın kullanımının yasaklanması mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte anılan fıkraya göre, kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin olarak getirilen kısıtlamaların, gördükleri hizmetin nitelikleriyle uyumlu olması gerekmektedir.²⁸⁷ demek suretiyle Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki sınırlama sebepleri dışında beşinci fıkradaki düzenlemeyi Kanun'un 15. maddesindeki sınırlama sebeplerine dayanak yapmıştır. Halbuki kanun yapım tekniği bakımından değerlendirildiğinde ikinci fıkradaki kısıtlama sebepleri beşinci fıkra kapsamında yapılacak düzenlemelerin de kısıtlama ölçütüdür. Anayasa'nın 51. maddesinin beşinci fıkrasında "haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla" düzenleneceği hüküm altına alınmış ancak kısıtlama sebepleri belirtilmemiştir. Kanun koyucunun bu fıkradaki temel amacı sendikalaşma konusunda yapılacak düzenlemelerin "kanunla" yapılmasını sağlamaktır. Düzenlemenin lafzi yorumundan da anlaşılacağı üzere bir hakkın kullanılmasında uyulacak esasların kanunla düzenleneceği vurgulanmıştır. Düzenlemede hakkın yasaklanmasına veya hiç kullandırılmamasına ilişkin bir ibare bulunmamaktadır²⁸⁸.

Sosyal adaletin tesisi bakımından gerekli olan sendikalaşma, kamu kesiminde var olması gereken disiplin ve hiyerarşik düzeni etkileme potansiyeline sahip olduğundan bahisle bu özgürlüğün kamu çalışanları bakımından tamamen yasaklanması demokratik toplum gereklerine uygun değildir. Ancak sıkı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektiren kimi mesleklerde disiplinin bozulması, kamu düzenini tehdit edici boyutlara ulaşabileceğinden bu gibi durumlarda, kamusal yarara üstünlük tanınarak ilgili meslekler bakımından Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sınırlamalar öngörülebilir. Ancak bunun Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde sınırlı ve ölçülü olması gerekir.

²⁸⁷ AYM 2013/21 E., 2013/57 K., 10.4.2013 T.

²⁸⁸ **Kar**, s. 287.

c. Yargı Mensuplarının Sendikalaşma Süreci

4688 sayılı Kanun'un getirdiği düzenlemeler uyarınca ilkesel olarak tüm kamu görevlileri sendika özgürlüğüne sahip olmakla birlikte bazı kamu görevlileri, yaptıkları işlerin nitelikleri gerekçe gösterilerek, bu özgürlüğün kapsamı dışında tutulmuşlardır. Sendikal örgütlenmesi yasak olan meslek grupları Kanun'un 15. maddesinde belirtilmiştir²⁸⁹. Bu kapsamda yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar sendika kuramaz ve sendikaya üye olamazlar. Bu yasağın doğal sonucu olarak hâkim ve savcıların sendikal faaliyette bulunmaları da mümkün değildir²⁹⁰.

4688 sayılı Kanun'un AİHS'nin 11. maddesine ve ILO'nun 87 ve 151 sayılı Sözleşmelerine aykırı bu hükümlerine rağmen hâkim ve savcılar ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi için 20 Ocak 2011 tarihinde Yargıçlar ve Savcılar Sendikası (YARGI-SEN) adıyla hâkim ve savcıların yer aldığı ilk meslek sendikasını kurmuşlardır.

YARGI-SEN'in kuruluşundan çok kısa süre sonra Ankara Valiliği 4688 sayılı Kanun'daki yasağı gerekçe göstererek sendikanın kapatılması için dava açmıştır. Ankara 15. İş Mahkemesinde görülen dava neticesinde sendikanın kapanmasına karar verilmiş ve verilen karar **Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, 2011/49782 Esas, 2012/4945 Karar ve 21.02.2012** tarihli kararıyla onanmıştır. Yargıtay ilgili Karar'ında Yargı-Sen Tüzüğü'nün 7. maddesinde yapılan düzenlemeye dayanarak sendikanın "*meslek sendikası*" olduğu konusunda bir kuşku bulunmadığını; Kamu görevlileri bakımından hizmet kolu temeline dayalı sendikal örgütlenme zorunluluğunun öngörüldüğünden, "*meslek*" ve "*işyeri*" temellerine dayanan sendikalar kurulamayacağı ve dolayısıyla hâkim ve savcılarının da ancak bu şekilde hizmet kolu esaslı sendikalaşabileceklerinden meslek kolu esaslı yapılan sendikalaşmanın yasal olmadığından bahisle yerel mahkeme kararını onamıştır.

Dava konusu uyuşmazlığa bakan ilk derece mahkemesi anılan sorunu ve kapatma kararını Anayasa'nın 90. maddesi delaletiyle ILO'nun 87 ve 151 sayılı Sözleşmelerine aykırı olan 4688 sayılı Kanun'un, yargı mensuplarının sendikaya üye olmayacaklarına

²⁸⁹ **Uçkan Hekimler, Banu:** Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi, Çalışma ve Toplum, Y. 2015, S. 4, s. 22.

²⁹⁰ **Canpolat, Ahmet:** Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sendikal Faaliyet Kapsamında İş Bırakması, TAAD, Y. 2019, S. 40, s. 135.

ilişkin 15/b maddesine dayandırmamıştır. Mahkeme bunun yerine davalı sendikanın kapatılması kararını Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan meslek esasına göre kurulmuş olması gerekçesine dayandırmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bu değerlendirmeyi esas alarak kararı onamıştır. Ancak 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesinde çalışanlara önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olmak hakkı karşısında 4688 sayılı Kanun'un 4/2. maddesindeki meslek esasına göre sendika kurulamayacağı yasağının çelişmesi karşısında Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca 87 sayılı Sözleşmeye üstünlük tanınması ve uygulanması gerekmektedir. Mahkeme ve Daire kararı bu yönüyle de hukuka aykırıdır.

YARGI-SEN'in kapatılması nedeniyle, Sendika yönetimi tarafından Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sendika Özgürlüğü Komitesi'ne yapılan 17 Şubat 2011 tarihli ve 2892 sayılı şikayeti değerlendiren Komite özet olarak YARGI-SEN'in çalışabilmesi, etkinliklerini sürdürebilmesi ve 87 sayılı Sözleşmenin üyelerinin çıkarlarını korumak ve geliştirmek için tanıdığı haklardan yararlanabilmesi amacıyla, hükümetin YARGI-SEN'in tescil edilmesi için gerekli olan tüm önlemleri almasını ve bu duruma ilişkin gelişmelerden Komite'yi bilgilendirmesini talep etmiştir. Komite ayrıca 4688 sayılı Kanun'un "*sendika yasaklıları*"nın sayıldığı 15. maddesinin –yani "*yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar*" diyerek yargı mensuplarının tümü için sendika yasağı dayatan (b) bendinin ve ayrıca diğer bentlerdeki yasakların, 87 sayılı Sözleşmeye uygun olmadığına karar vermiştir.

Diğer taraftan Türkiye tarafından 2003 yılında onaylanan "*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*" uyarınca, sendika kurma hakkı ve örgütlenme özgürlüğü temel bir insan hakkıdır. Anayasa ve sözleşmelerde belirtilen istisnai nitelikteki sınırlamaların, yargı organı mensuplarını kapsamadığı açıktır. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasının sonuna, 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen cümle ile "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı*" hükmü getirilmiştir. Dolayısıyla Türkiye'nin taraf olduğu 87 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri Anayasa'nın 90. maddesi delaletiyle 4688 sayılı Kanun'un yasaklayıcı hükümlerini zımnen ilga etmesi nedeniyle antlaşma hükümleri esas alınacağı için yüksek

yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar sendika üyesi olabileceği gibi sendika da kurabileceklerdir. Ancak **Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2011/49782 Esas, 2012/4945 Karar ve 21.02.2012** tarihli kararında, Anayasa'nın 90. Maddesinin emredici hükmü çerçevesinde 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin bu niteliğini göz ardı ederek hüküm kurmuştur. Daire'nin Sözleşme'nin açık hükümlerini öğretilde atıf yaptığı görüşleri gerekçe göstererek uyuşmazlık konusunda uygulamaması ve sadece genel olarak bu sözleşmelere kararında değinmesi açıkça "*yasak savmak*" amacıyla hareket ettiğini ortaya koymaktadır²⁹¹.

Ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin onama kararına konulan muhalefet şerhinde de belirtilen "*Anayasa gereğince, milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınmalıdır. 4688 sayılı Kanun'un temel hakları ihlal eden ve uluslararası normlara aykırılığı nedeniyle hizmet kolları arasında yargı hizmetlerine yer vermemiştir. Diyanet ve vakıf hizmetlerinin dahi ayrıca ve özel olarak sayıldığı 5. maddenin, devletin üç erkenden biri olan yargı hizmetlerini dışlaması ve bu alanın sendikal örgütlenmeye kapatılmasının yukarıda açıklananlar karşısında, normlar hiyerarşisinde öncelik taşıdığı ve bağlayıcı olduğu kabul edilemez. Yargı mensuplarının büro hizmet koluna girdiği hususu da, yerine getirilen hizmetin niteliği ve özellikleri karşısında gerçekçi değildir.*" şeklindeki görüş de hâkim ve savcıların sendikalaşmasını yasaklayan hükümlerin haksızlığını ortaya koymaktadır.

Hâkim ve savcılar, YARGI-SEN'in kapatılması kararını onayan Yargıtay 9. Dairesi kararındaki hâkim ve savcıların "*hizmet kolu*" temeline dayalı olması koşuluyla sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı olduğuna dair gerekçeye ve uluslararası sözleşme hükümlerine dayanarak, 16/11/2012 tarihinde "*büro, bankacılık ve sigortacılık*" hizmet kolunda faaliyet göstermek üzere Yargıçlar Sendikası'nı kurmuşlardır. Kuruluş belgeleri Ankara Valiliğine havale ettirilip, aynı gün Ankara Emniyet Müdürlüğü Güvenlik Şube Müdürlüğüne verilmiş ancak Valilik tarafından kuruluş başvurusuna ilişkin evraklar Ankara Emniyet Müdürlüğü'nün 21222/22548 sayılı yazısı ile 16.11.2012 tarihinde "*dosyanın alınmayacağına dair tebligat yazısı beklenilmeden sinirlenilerek müracaat dosyasının bırakılıp gidildiğini*" beyan ile müracaat evrakının bir işlem yapılmaksızın Sayın Başkanın görev yerine Çankırı'ya

²⁹¹ **Gülmez, Mesut:** Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri", Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S. 3, s. 31.

gönderildiği belirtilmiştir. Sendikanın kuruluşuna ilişkin evraklar Ankara Valiliğine teslim edilmiş olmasına rağmen Valilik yasal otuz günlük süre içerisinde Yargıçlar Sendikası'nın kapatılmasına yönelik yasal yollara başvurmamıştır. 4688 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca başvuru evraklarının ilgili valiliğe teslim ve havale edildikten sonra iade edilmiş olması bildirimle kurulan Sendikanın kuruluşuna bir etkisi bulunmamaktadır. Buna rağmen yürütmeye bağlı kurumlar tarafından Sendika yok sayılmaya çalışılmaktadır.

d. Katı ve Yasaklayıcı Mevzuatın Değiştirilmesi Zorunluluğu

Hâkim ve savcıların sendikalaşma hakkını bu şekilde tamamen ortadan kaldıran, AIHS ve ILO Sözleşmeleri ile AIHM'nin bu konudaki kararlarına aykırı olan mevzuat hükümlerinin ve mahkeme kararlarının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği açıktır. Sendikalaşma noktasında yasaklayıcı düzenlemelerden ziyade ölçülü ve hakkın özüne zarar vermeyen düzenlemelerin getirilmesi gerekir. Sendikalaşma konusunda tamamen yasaklamadan ziyade bir kısım sendikal faaliyetlerin sınırlandırılması mümkündür. Mesela Fransa'da olduğu gibi hâkim ve savcıların sendikal faaliyet kapsamında greve gidememesi veya asgari çalışma zorunluluğu getirilerek grev gibi faaliyetlerin yapılması şeklinde orantılı sınırlandırılmalar getirilebilir²⁹². Bu noktada “*siyaset üstü*” bir duruşun sergilenmesi koşuluyla hâkim ve savcıların kendi mali, sosyal ve özlük hakları için yapacakları bir grev, onların bağımsızlık ve tarafsızlıklarına zarar getirmeyeceği açıktır. Günümüz çağdaş demokratik toplum yapısında toplumun diğer bireylerinin sendikalaşmanın gerekliliği konusundaki bilinci dikkate alındığında yargı mensuplarının sendikalaşması nedeniyle toplumda onların tarafsız davranmayacakları konusunda bir algının oluşması mümkün değildir.

4688 sayılı Kanun ile getirilen geniş sınırlama ve yasaklamalar, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 9. maddesine aykırı olması sebebiyle ILO denetim organları tarafından da birçok kararda eleştiri konusu yapılmıştır. Çünkü sendika hakkının tamamen yasaklanması uluslararası düzenlemelere aykırı bir durumdur. Türkiye'nin de taraf olduğu ILO Sözleşmeleri, devletlere bir kısım mesleklere yönelik sendikal hakların sınırlandırılması için yasal düzenleme imkanı tanısa da, sendikal hakların tamamen

²⁹² **Cindemir, Hakan:** Kamu Görevlileri Sendikacılığında İngiltere, Fransa, Almanya ve İsveç Örnekleri. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2017, C.16, S. 2, s. 558.

yasaklanmasını da içeren sınırsız veya mutlak bir yetki vermemiştir²⁹³. Burada ulusal mevzuatlara tanınan yetki, sendikal hakların tamamen yasaklanmasından ziyade sendikal hakların sadece ölçüsünü belirleme yetkisidir. Hakkı tamamen kullanılmasının yasaklanması Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin ihlalidir²⁹⁴. Dolayısıyla sendikal haklarla ilgili yasal düzenlemelerin Türkiye'nin de tarafı olduğu uluslararası belge ve sözleşmelere uygun hale getirilmediği sürece, Türkiye'nin ILO'nun denetim mekanizmalarının da etkisiyle uluslararası alanda sıkıntılar yaşaması kaçınılmaz olacaktır²⁹⁵ gibi AİHM nezdinde de ihlal kararları çıkması da kuvvetle muhtemeldir.

2. Dernekleşme Hakkı

Yargı mensuplarının örgütlenme özgürlüğü kapsamında gidebilecekleri örgütlenme modellerinden biri de dernekleşmedir. Anayasa'nın İkinci Kısmının "Kişinin Haklar ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümünde yer alan "Dernek Kurma Hürriyeti" kenar başlıklı 33. maddesinde vatandaşların önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahip olduğu belirtilmiş; maddenin 3. fıkrasında dernek kurma hürriyetinin sınırlandırılmasının koşulları; 6. fıkrada ise silahlı kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensupları ile görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet Memurlarına kanunla sınırlamalar getirilebileceğine dair hususlar düzenlenmiştir.

Mülga 2908 sayılı Dernekler Kanunu 4. maddesinde, yüksek mahkeme üyeleri, hâkim ve savcılar; Sayıştay meslek mensupları ile savcı ve yardımcıları, mülkî idare amirliği hizmetlerine dahil kadrolarda çalışanlar, Türk Silahlı Kuvvetleri ile genel ve özel kolluk kuvvetleri mensupları, resmi ve özel ilköğretim, ortaokul, lise veya dengi okullar öğretmen ve yöneticileri, Milli Eğitim Bakanlığı merkez ve iller kuruluşunda çalışan öğretmenler ile diğer personeli ve özel kanunlarında dernek kuramayacakları belirtilen kamu hizmeti görevlileri ile resmi ve özel ortaokul ve ortaöğretim öğrencilerinin dernek

²⁹³ **Kutal, Metin:** Grev Hakkının Uluslararası Normları ve Türk Mevzuatının Bunlara Uyum Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2008, S. 12, s. 142.

²⁹⁴ **Beyoğlu, Cem Ümit:** AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı, TBB Dergisi, Y. 2018, S. 135, s. 110-111; **Cindemir, Hakan:** Türk Hukukunda Kamu Görevlileri Sendikalarının Kuruluş ve Örgütlenmesi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2017, C.16, S. 1, s. 112 (Sendikaların Kuruluşu).

²⁹⁵ **Uçkan Hekimler,** s. 31.

kuramayacakları hüküm altına alınmıştı. Örgütlenme özgürlüğü bakımından ölçsüz bir düzenleme olan bu maddede 26/3/2002 tarihli ve 4748 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle yapılan değişiklikle yalnızca "*Türk Silahlı Kuvvetleri ile genel ve özel kolluk kuvvetleri mensupları ve özel kanunlarında dernek kuramayacakları belirtilen memur statüsündeki kamu hizmeti görevlileri*" dernek kurma hakkından yoksun bırakılmıştır.

2908 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 4/11/2004 tarihli 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte dernekleşme hakkı 2002 yılındaki düzenleme çerçevesinde özgürlükçü bir mevzuata kavuşmuştur. 5253 sayılı Kanun'un 3. maddesi ise önceki düzenlemelerin aksine AİHS ve Anayasa'ya paralel biçimde "*Türk Silahlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır.*" şeklindeki bir ifadeye yer vermiş ve genel bir yasak içermemiştir²⁹⁶.

5253 Sayılı Dernekler Kanunu'nun 3. maddesine göre fiil ehliyetine sahip gerçek veya tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip olmalarına rağmen, "*Türk Silahlı Kuvvetleri ve kolluk kuvvetleri mensupları ile kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri hakkında özel kanunlarında getirilen kısıtlamalar saklıdır.*" Burada belirtilen meslek gruplarına yönelik bir genel sınırlama olmadığı ve sınırlamanın diğer özel kanunlara bırakıldığı görülmektedir. Sayılan iki meslek grubu için belirli ölçülerde sınırlama getirilmesi mümkün ise de geri kalan kamu görevlileri bakımından sınırlama getirilmesi örgütlenme özgürlüğünün ihlaline neden olacaktır²⁹⁷.

Denekler Kanunu'nda hâkim ve savcıların dernekleşmesine engel olan kısıtlamaların ortadan kalkması ve hâkim ve savcılarının atama, terfi ve disiplin işlemleri ile diğer özlük haklarının düzenlendiği 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda da hâkim ve savcılarının dernek kurması ve derneğe üye olması konusunda bir sınırlamanın bulunmaması nedeniyle²⁹⁸ hâkim ve savcılar;

- Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını ve yargıç güvencesini sağlamak,
- Siyaset üstü bir kuruluş olarak insan hak ve özgürlüklerinden yararlanmak,

²⁹⁶ **Karan**, s. 88.

²⁹⁷ **Karan**, s. 161.

²⁹⁸ **Sevimli, Zekeriya** : Bir Sivil İnisiyatif: Yargıçlar ve Savcı Birliği, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2007, S. 2, s. 61.

- Hukukun etkinliğinin, verimliliğinin ve saygınlığının artırılmasını, hukukun üstün ve egemen olmasını sağlamak,
- Mesleğin ortak gereksinimlerini, bu mesleğin gelişmesini, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak üzere meslek kurallarını ve etiğini korumak,
- Hâkim ve savcılarının maddi ve manevi yararlarının savunulması ve özellikle işe alınmaları, mesleki formasyonları ve profesyonel yaşamlarının evrimine katkı sağlamak,
- Yargı alanında çalışma koşullarının iyileştirilmesini sağlamak,
- Meslek içi çalışmalarda kullanılacak materyal, metodoloji ve programların yargının bağımsızlığı, etkinliği ve saygınlığıyla uyumlu olmasını sağlamak²⁹⁹

amacıyla ilk hâkim ve savcı derneği olan Yargıçlar ve Savcılar Birliğini (YARSAV) kurmuşlardır. Bu derneğin kuruluşundan sonra hâkim ve savcılar farklı dernekler kurmuşlardır. Ancak 15 Temmuz Darbe girişimi sonrası YARSAV 667 sayılı Olağanüstü Hal Kararnamesi ile kapatılmıştır.

“Örgütlenme Özgürlüğü için Rehber” de yer alan standartlar ele alınırken de vurgulandığı üzere örgütlenme özgürlüğüne yapılan müdahalenin bir hukuki dayanağının olup olmadığının denetlenmesi bakımından sınırlamanın hukuken öngörülebilir olması gerekir³⁰⁰. YARSAV’ın 15 Temmuz Darbe Girişimi gerekçe gösterilerek ilan edilen OHAL sonrası bir OHAL kararnamesi ile kapatılması hukuki öngörülebilirliğin açık ihlalidir. Aynı şekilde kapatma kararının Anayasa’nın 13. maddesi bağlamında gerekli olmayan ve ölçsüz bir müdahale olduğu da görülmektedir.

3. Siyasi Partilere Katılma

Örgütlenme özgürlüğü kapsamında bireyler, sendika, dernek ve vakıf dışında gidebilecekleri bir diğer örgütlenme modeli de siyasi partilerdir. Ancak siyasi partilere katılma bakımından kamu görevlilerine önemli sınırlamalar getirilmiştir. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 7. maddesine göre kamu görevlilerinin siyasi partilere üye olmaları yasaktır. Bu yasağa rağmen siyasi partilere üye olanlar Kanun’un 125. maddesine göre devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılacaklardır.

²⁹⁹ Yargıçlar ve Savcılar Birliği (YARSAV) Tüzüğü Md:3.

³⁰⁰ Ayata/Karan, s. 19.

Hâkim ve savcılarının siyasi partilere üye olma ve seçimlerde siyasi partilerden aday olma konusunda ise doğrudan Anayasa’da yasaklayıcı hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın “*Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma*” kenar başlıklı 68/5. maddesinde hâkim ve savcılarının siyasi partilere üye olamayacağı; 76/2. maddesinde ise hâkim ve savcılarının, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamayacağı ve milletvekili seçilemeyeceği düzenlenmiştir.

Anayasa’nın bu hükümleri çerçevesinde 2802 sayılı Kanun’un 51. maddesinin son fıkrasında ise hâkim ve savcılarının siyasi partilere giremeyeceği ve girenlerin meslekten çekilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un ek 7. maddesindeki düzenleme uyarınca milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde göreve dönemezler. Bu düzenlemelerin temel gerekçesi, siyasi partiye üye olan veya milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan yargı mensubunun siyaseten taraf haline gelmesi nedeniyle en temel niteliği olan “*tarafsızlığının*” ortadan kalkmış olmasıdır.

AİHM’de hâkim ve savcılarının siyasi partilere üye olması veya siyasi partilerden aday olması nedeniyle istifa etmelerinin zorunlu tutulmasını onların tarafsız, bağımsız ve nötr olmaları şeklindeki meşru amaç çerçevesinde orantısız bir tedbir olarak görülemeyeceğini kararlarında vurgulamaktadır. Bu kapsamda **Briçe/Letonya kararında**³⁰¹ hâkim olan başvuru, milletvekili adaylığı için hâkimlik mesleğinden geçici olarak ayrılma talebinde bulunmuş ancak ilgili mevzuata göre milletvekili adaylığı olmak isteyen hâkimlerin görevi kesin olarak bırakması gerektiği gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Merkezi Seçim Komisyonu da istifa etmediği için aday olma şartlarını taşımadığı gerekçesiyle başvurucuyu aday listesinden çıkarmıştır. Başvurucunun bu karara karşı açtığı davalar da reddedilmiştir. Başvurucu, AİHM’e yaptığı başvuruda seçimlerde aday olmak için hâkimlik kariyerini daimî olarak sonlandırması yönündeki koşulun parlamento seçimleri kapsamındaki seçilme hakkı bakımından ölçüsüz olduğunu ileri sürmüştür.

³⁰¹ AİHM Briçe/Letonya Kararı, Başvuru No: 47135/99, T. 29/06/2000.

AİHM, bu başvuruya ilişkin değerlendirmelerinde kamu görevlilerinin ya da kamu kesiminde belli görevleri üstlenmiş kişilerin seçimlerde aday olmadan önce istifa etmelerinin zorunlu tutulmasının kamu görevlilerinin tarafsızlığı şeklindeki meşru amaç çerçevesinde orantısız bir tedbir olarak görülemeyeceği yönündeki genel ilkenin tarafsızlıkları, bağımsızlıkları ve nötr olmaları taraf devletler arasında ortak değer olan yargı mesleği mensupları bakımından da geçerli olduğu kanaatini belirtmiştir. AİHM, hâkimlere yönelik bu bağlamdaki bir sınırlamanın hakkın özüne zarar vermediği görüşündedir. Çünkü milletvekili aday olmak isteyen bir hâkimin istifa etmek suretiyle bu hakkı kullanması mümkündür. AİHM bu nedenlerle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

Nitekim Anayasa Mahkemesi yakın zamanda milletvekili aday olmak için istifa eden bir hâkimin mesleğe tekrar kabul edilmemesi nedeniyle seçilme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin bireysel başvurusunu³⁰² reddederken benzer tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkeme, 298 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinde öngörülen mesleğe geri dönüş imkânına hâkim ve savcılar bakımından kısıtlamalar getiren 22/12/2005 tarihli ve 5435 sayılı Kanun'un 47. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere hâkim ve savcılara yönelik anılan kısıtlamanın hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olması ve bu kapsamda başvuruçunun milletvekili aday olmak için hâkimlik mesleğinden istifa sonrası mesleğe tekrar kabul edilmemesinin mahkemeler ile hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesini gerçekleştirmeye yönelik önlemlerin bir parçası olması nedeniyle meşru bir amaç taşıdığı ve orantılı bir sınırlama olduğuna karar vermiştir.

Mahkemeye göre hâkimlik bir kamu görevidir, kamu görevlileri normal vatandaşlardan farklı olarak birtakım yükümlülüklerle ve yasaklara tabidir. Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ile avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı, diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır. Mevcut başvuruda kanun koyucu; başvuruçunun bir yandan seçilme hakkını

³⁰² AYM Ömer Faruk Eminağaoğlu Kararı, Başvuru No: 2015/7352, K. T: 26/9/2019.

etkin bir şekilde kullanabilmesi, diğer yandan da mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını sağlamak adına 298 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerini kabul etmiştir. Olay tarihinde kamu görevlisi olan başvurucunun seçilme hakkını kullanabilmesi için 298 sayılı Kanun'la sağlanan imkânı kullanırken -bahsi geçen yükümlülükleri nedeniyle- anılan Kanun'un öngördüğü koşullara titizlikle riayet etmesi gerektiği açıktır. Bununla bağlantılı olarak başvurucunun 298 sayılı Kanun'un ek 7. maddesindeki düzenlemede yer alan açık hükümler çerçevesinde görevden çekilme sonrasında mesleğe geri dönemeyeceğini ve mesleği kesin olarak bırakması gerektiğini bilebilecek durumda olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır.

Mahkemenin başvuruya ilişkin nihai değerlendirmesine göre, bu konuda kamu otoritelerinin sahip olduğu takdir payı da gözetildiğinde başvuru konusu olayda mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması amacı bakımından başvurucunun seçilme hakkına yapılan müdahalenin onun siyasal hayata katılımını engelleyici veya seçilme hakkının kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırarak etkisini ortadan kaldıracak mahiyette değildir. Başvurucunun seçilme hakkına yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği söylenemez. Somut olayda başvurucunun milletvekili aday olmak için istifa etmesini müteakip görevine tekrar kabul edilmemesinin asıl olarak başvurucunun kendi tercihi sonucu gerçekleştiği hatırd tutulmalıdır. Söz konusu sonucun ağırlaşmasında başvurucunun rolünün belirleyici olduğu kararda vurgulanmıştır.

D. AİHM'nin Yargı Mensuplarının Örgütlenme Özgürlüğüne Bakış Açısı

AİHM, birçok kararında demokrasi ve çoğulculuk ile örgütlenme özgürlüğü arasındaki doğrudan ilişkiyi ortaya koymuş ve bu özgürlüğe yönelik kısıtlamaların ancak “*ikna edici*” ve “*zorlayıcı*” gerekçelerle yapılabileceğini belirtmiştir. Mahkemece vatandaşların demokratik sürece dernekler aracılığı ile katılımının sivil toplumun işleyişi bakımından da büyük önem taşıdığı kararlarda vurgulanmaktadır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere AİHM'ye göre örgütlenme özgürlüğüne yapılacak müdahalenin pozitif hukuk kurallarına ve bu kuralların esas alındığı mahkeme kararlarına dayanması gerekir. Bu aynı zamanda müdahalenin kaynağını ve yasal dayanağını ortaya koyacaktır³⁰³. Mahkeme örgütlenme özgürlüğüne yönelik yapılan

³⁰³ Doğru, s. 39-40.

sınırlamalarda hak ihlalinin olup olmadığı noktasında Sözleşme'nin 11/2. maddesindeki sınırlama sebeplerinin var olup olmadığını bu kriterler çerçevesinde değerlendirmektedir.

Bu bağlamda Mahkeme **N.F/İtalya Kararında**³⁰⁴ bir hâkime mason derneğine üyeliği nedeniyle kınama cezası verilmesini Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali olarak nitelmiştir. Mahkeme kararında Hükümet'in, de kabulü olduğu üzere başvuranın örgütlenme özgürlüğüne saygı hakkına bir müdahale söz konusudur. Sözleşme'nin 11. maddesi bağlamında ölçülü bir müdahalenin varlığından söz edilebilmesi için, bu tür bir müdahalenin üç koşulu karşılaması gerekir. Buna göre bu koşullardan birincisi "*müdahalenin kanunla öngörülmesi*", ikincisi "*bir veya daha fazla meşru amaç gözetmesi*" ve üçüncüsü ise bu amaçlara ulaşmak için yapılan müdahale "*demokratik bir toplumda gerekli*" olmasıdır. Bu koşulların oluşmamasına rağmen mason locasına üye olması nedeniyle verilen kınama cezasının 11. maddenin ihlali olduğuna hükmetmiştir.

Yine mahkeme **Grande Oriente D'italia Di Palazzo Giustinians/İtalya Kararında** bir kamu görevlisi adayının derneğe üyeliği nedeniyle verilen ceza dolayısıyla yapılan başvuruda, cezalandırılabilir bir fiil işlemedikçe örgütlenme özgürlüğünün kısıtlanamayacak kadar önemli olduğuna ve demokratik toplumda "*gerekli*" olmayan her kısıtlamanın ne kadar ufak olursa olsun hak ihlali olduğuna karar vermiştir³⁰⁵.

E. Yargı Mensuplarının Örgütlenme Özgürlüğü Kapsamında Disiplin Soruşturmalarına Tabi Tutulması

Hâkim ve savcılarının örgütlenme özgürlüğü yukarıda belirtilen uluslararası ve ulusal mevzuat hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Hak kapsamındaki güvenceler kadar bu hakka yönelik kısıtlamalarda da bu mevzuat hükümleri esas alınacaktır.

Hâkim ve savcı teminatının düzenlendiği Anayasa'nın 139. maddesi ile hâkim savcı mesleğinin temel esaslarının düzenlendiği 140. maddesinde hâkim ve savcılarının dernek üyesi olmalarını sınırlayan ya da yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 139 ve 140. maddeleri doğrultusunda

³⁰⁴ AİHM N.F/İtalya Kararı, Başvuru No: 37119/97, T. 02/08/2001, <https://www.legislationline.org/documents/id/5042> (E.T. 12.05.2020).

³⁰⁵ AİHM Grande Oriente D'italia Di Palazzo Giustinians/İtalya Kararı, Başvuru No: 26740/02, T. 31/05/2007.

hâkim ve savcılarının atama, nakil, disiplin ve özlük işlemlerine dair usul ve esasları düzenleyen 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda da bu yönde bir kısıtlama veya yasaklama bulunmamaktadır.

Ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri açık olmasına rağmen OHAL sürecinde meslekten çıkarılan binlerce hâkim ve savcı bakımından YARSAV isimli derneğe üye olunması, bu derneğin seçimlerinde oy kullanılmış olması, HSK üye seçiminde bu derneğin adaylarına oy verilmesi disiplin ve ceza soruşturmasında suç niteliğinde eylem olarak iddianamelerde ve Kurul kararlarında³⁰⁶ yer almıştır.

YARSAV üyeliğinin örgütsel eylem olarak değerlendirilerek verilen mahkumiyet kararları daha sonra Yargıtay tarafından bozulmuştur. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2018/3946 Esas, 2018/4654 Karar ve 28.11.2018 tarihli** ilamında *“...Doğrudan örgütten alınan talimat üzerine, örgütsel bir faaliyet olarak üye olduğuna/görev yapıldığına dair somut delil bulunmadıkça Yarsav Derneği üyesi olmanın ve Adalet Akademisinde staj yapılan döneme ilişkin albüm kurulunda yer almanın örgütsel faaliyet olarak kabul edilemeyeceğinin gözetilmemesi...”* demek suretiyle dernek üyeliğinin doğrudan örgüt üyeliği suçunun delili olamayacağını belirtmiştir.

Diğer taraftan AİHM'nin **N.F./ İtalya kararında**³⁰⁷ da vurguladığı üzere bir hâkimin veya savcının dernek üyeliği nedeniyle disiplin veya ceza soruşturmasına tabi tutulması başvuranın örgütlenme özgürlüğüne saygı hakkına bir müdahaledir. HSK seçim

³⁰⁶ “...YARSAV listesinden seçime giren adaya ise YARSAV'ı destekleyen hâkim ve Cumhuriyet savcılarında gelecek oylarla seçimin kazanılmasının hedeflendiği, blok oy alamayacaklarını düşündükleri hâkim ve Cumhuriyet savcılarını ise siyasi görüşüne, hemşerilik bağına ya da ortak tanıdık bulunmasına göre en az bir veya birkaç adayları için oy vermeleri yönünde ikna etmeye çalıştıkları, seçim gününde ise oy kullanmaya gelen hâkim Cumhuriyet savcılarını karşılamak, seçim mahallinde kamera kaydı yapmak ve seçim sonuçlarını takip etmek suretiyle sandık başında da seçim faaliyetlerini örgütlü bir şekilde devam ettirdikleri, nitekim seçim sonuçları açıklandığında, sözde bağımsız adayların 4495 - 5312 oy bandında art arda sıralandığı, seçime tek liste ile giren YARSAV Derneğinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üye adayları 886- 2078 oy alırken, gerçekte örgütün adayı olup YARSAV listesinden seçime giren adayın aynı liste ile seçime girdiği arkadaşlarından farklı, ancak örgüt adaylarının oy bandında olacak şekilde beş binin üzerinde oy aldığı...”(HSK Genel Kurulu 2016/42 Karar ve 24/08/2016 Tarihli Kararı, s. 28).

³⁰⁷ AİHM N.F./İtalya Kararı, Başvuru No: 37119/97, T. 02/08/2001, <https://www.legislationline.org/documents/id/5042> (E.T. 12.05.2020).

sürecindeki oy ve tercihleri esaslı yapılan bu müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesi bağlamında ölçülü bir müdahale olmadığı açıktır. Dernekleşme konusunda bir yasal engel bulunmamasına ve seçim tarihinde legal olarak faaliyetlerine devam eden bir dernek olmasına rağmen HSK seçimlerinde mevcut HSK üyelerinin desteklenmemesi nedeniyle bu soruşturmaların yürütüldüğü kanaati ağırlık kazanmaktadır.

Nitekim Birleşmiş Milletler Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu 19-23 Kasım 2018 tarihlerindeki 83. oturumunda Yargıtay eski üyesi Hamza Yaman /Türkiye Hakkında (Görüş No. 78/2018) vermiş olduğu kararında; “...Başvurucunun, mesleğinden dolayı hedef seçildiğine dair şikayetlerine yer verilmiş ve Hükümetin desteklediği Yargıda Birlik Platformuna üye olmaması nedeniyle tutuklanan 3000 hâkim ve savcı arasında yer aldığına dair ilk bakışta haklı bir iddia dile getirdiği ifade edilmiştir. (Prg.86)

Olağanüstü halde dahi yargı mensuplarına hassasiyetle yaklaşılması gereği ifade ediliyor. Hükümetin Sayın Yaman'ın tutukluluğuna dair yeterli bir açıklama sunmadığı, terör örgütü üyeliğine ilişkin somut bir delil getiremediği belirtilmiş. Çalışma Grubu sonuç olarak, Sayın Yaman'ın yargısal görevini ifa ederken Hükümeti desteklememesi nedeniyle hedef seçildiği ve siyasi veya diğer bir görüşüne dayalı ayrımcılık temelinde tutuklandığı sonucuna ulaşıyor. (Prg.87)” şeklinde tespit ve değerlendirmeler yapılmıştır.

Diğer taraftan dünyanın her bölgesinden tanınmış 60 yargıç ve hukukçudan oluşan Uluslararası Hukukçular Komisyonu hazırladığı “**Askiya Alınan Adalete Erişim ve Türkiye’ de Olağanüstü Hal**” konulu Raporunda “3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’na göre “silahlı terör örgütü” olarak tanımlandığından, bu yasada yer alan aşırı geniş “terörizm” tanımına ilişkin uzun süredir devam etmekte olan endişeler, hangi davranışların cezalandırılabilir olduğuna ilişkin öngörülebilirlik eksikliği ve bu nedenle de, ceza hukukunda yasallık ilkesinin göz ardı edilmesi ile daha da artmaktadır. Ayrıca, bu sınırlamaların ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkına, örgütlenme özgürlüğüne aykırı ve gereksiz ve ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği açıktır.” şeklindeki tespitler OHAL dönemindeki hukuki öngörülebilirliğin eksikliğine ve bu dönemdeki yargılamaların hâkim ve savcılarının örgütlenmesine olan etkisine dikkat çekmiştir³⁰⁸.

³⁰⁸ Uluslararası Hukukçular Komisyonu: “Askiya Alınan Adalet: Adalete Erişim ve Türkiye’de Olağanüstü Hal”, 2018, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/12/Turkey-Access-to-justice-Publications-Reports-2018-TUR.pdf> (E.T. 01.06.2020).

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, **Ahmet Urhan Kararında**³⁰⁹ yasal bir derneğin faaliyetlerine katılmanın terör örgütü üyeliği suçundan mahkumiyette delil olarak kullanılması nedeniyle Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karar esasında hâkim ve savcılar bakımından yürütülen suç ve disiplin soruşturmalarında dernek üyeliğinin gerekçe gösterilmesinin hak ihlali olduğunu ortaya koyması bakımından önemlidir.

SONUÇ

Kamu görevlilerinin örgütlenme özgürlüğü konusundaki mevcut mevzuat hükümlerinin evrensel hukuk ilkelerini esas alan uluslararası sözleşmelere ve Anayasa'nın emredici hükümlerine aykırı olduğu görülmektedir. Geline nokta kamu görevlilerinin örgütlenmelerine saygı duymak bir tarafa bu örgütlenmeler nedeniyle kamu görevlilerinin disiplin cezalarıyla cezalandırıldığı görülmektedir. Bu yasaklayıcı ve katı mevzuat hükümlerinin AIHS ve ILO Sözleşmeleri ile uyumlu hale getirilmesi, mevzuattaki belirsizliklerin giderilmesi, hakkın özüne zarar vermeyen ölçülü ve istisnai nitelikteki kısıtlamaların esas alınması gerekir. Bu noktada kamu görevlileri bakımından sendika, dernek ve vakıflarda örgütlenmeye ilişkin mevzuatta kapsamlı değişikliklere gidilmesi mevzuattaki hakkı tamamen yasaklayan, hakkın özüne zarar veren katı kısıtlamaların kaldırılması gerekir. Her ne kadar AIHS ve Anayasa'daki hükümler çerçevesinde kamu görevlileri bakımından her meslek grubu için örgütlenme özgürlüğü açısından ilgili meslek grubuna özgü bazı sınırlamalar öngörülebilecekse de hakkı tamamen yasaklayan düzenlemelerin demokratik toplum gerekleriyle uyuşur bir yanı bulunmamaktadır³¹⁰.

Örgütlenme özgürlüğünün kamu görevlileri bakımından “*esas*” ve meslek grubuna göre getirilecek kısıtlamaların ise “*istisnai*” olmasını sağlayacak düzenlemelerin getirilmesi gerekir. Bu nedenle örgütlenme özgürlüğünün başlı başına ihlaline yol açan katı kısıtlamaların kapsamı daraltılmalıdır. Ayrıca kamu görevlileri bakımından farklı zamanlarda yürürlüğe giden kanunlarda bu konuda farklı standartlar öngörülmüş olması nedeniyle bu konuda da yeknesaklık sağlanmalı ve mevzuat tutarlı hale getirilmelidir. Özellikle ILO Sözleşmeleri, AIHS ve AIHM kararları çerçevesinde mevzuatın gözden

³⁰⁹ AYM Ahmet Urhan Kararı, Başvuru No : 2014/13961 T. 9/10/2019.

³¹⁰ **Karan**, s. 104-105.

geçirilmesi ve mevzuattaki bu konudaki çelişkilerin ve muğlaklığın giderilmesi gerekir³¹¹.

Bu bağlamda ülkenin ekonomik sosyal, kültürel her türlü sorunu ile yüzleşen, bunlardan etkilenen, gerektiğinde bunları kararlarıyla çözmeye çalışan hâkim ve savcılarında bu sorunlardan kaynaklı haklarını korumak ve sorunlara çözüm bulmak amacıyla bu konudaki duygu ve düşüncelerini örgütlü bir yapıya dönüştürmek en doğal haklarıdır. Özellikle ülkenin yargı politikasına ilişkin görüş ve önerilerde bulunmak, yargının ve yargı mensuplarının sorunlarına çözüm bulmak, onların mesleki gelişime katkı sunmak, hâkim ve savcılarının ekonomik, sosyal ve özlük haklarının iyileştirilmesini sağlamak ve yargıya ve yargı mensuplarına yönelik içten ve dıştan gelecek müdahalelere karşı gerekli tepkiyi ortaya koymak adına hâkim ve savcılarının örgütlenmesi bir gerekliliktir. Ancak bu hakkın evrensel ilkelere uygun olarak kullanılmadığı görülmektedir.

Hâkim ve savcılarının sendikalaşma hakkını tamamen ortadan kaldıran, AİHS ve AİHM uygulamaları ile bu konudaki İLO Sözleşmelerine aykırı 4688 sayılı Kanun hükümlerinin ve ulusal mahkeme kararlarının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği açıktır. Kanun'da sendikal örgütlenmede meslek kolu esasından ziyade hizmet kolu esası getirilmiş olması ve hâkim ve savcılarının sendika kurmasının veya sendikaya üye olmasının yasaklanması nedeniyle hâkim ve savcılarının sendikalaşmaları mümkün değildir.

Sendikalaşma noktasında yasaklayıcı bir düzenlemelerden ziyade ölçülü ve hakkın özüne zarar vermeyen düzenlemelerin getirilmesi gerekir. Sendikalaşma konusunda tamamen yasaklamadan ziyade bir kısım sendikal faaliyetlerin sınırlandırılması mümkündür. Mesela Fransa'da olduğu gibi hâkim ve savcılarının sendikal faaliyet kapsamında greve gidememesi veya asgari çalışma zorunluluğu getirilerek grev gibi faaliyetlerin yapılması şeklinde orantılı sınırlandırmalar getirilebilir³¹². Bu noktada "siyaset üstü" bir duruşun sergilenmesi koşuluyla hâkim ve savcılarının kendi mali, sosyal ve özlük hakları için yapacakları bir grevi onların bağımsızlık ve tarafsızlıklarına bir zarar getirmeyeceği açıktır. Geline demokratik toplum yapısında toplumun diğer bireylerinin sendikalaşmanın gerekliliği konusundaki bilinci dikkate alındığında yargı mensuplarının

311 **Karan**, s. 104-105.

312 **Cindemir**, s. 553-566.

sendikalaşması nedeniyle toplumda onların tarafsız davranmayacakları konusunda bir algının oluşması mümkün değildir.

Diğer taraftan YARSAV'ın OHAL KHK'sı ile kapatılması, Yargıçlar Sendikası'nın yok sayılması yargı mensuplarının örgütlenme özgürlüğüne haksız müdahale olduğu gibi bu tip haksız müdahalelerin dolaylı olarak yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını olumsuz yönde etkileyeceği de bir gerçektir.

KAYNAKÇA

- Aşçıoğlu, Çetin:** Yargıda Olumlu Bir Girişim: Yargıç ve Savcılar Birliği, <http://www.abchukuk.com/makale/makale313.html> (E.T. 20.06.2020).
- Ayata, Gökçeççek/Karan, Ulaş:** Sivil Toplumda Aktif Katılım: Uluslararası Standartlar, Ulusal Mevzuattaki Engeller, Öneriler, <https://www.tusev.org.tr/usrfiler/images/MevzuatRapor.15.09.15.pdf> (E.T. 14.04.2020).
- Beyoğlu, Cem Ümit:** AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı, TBB Dergisi, Y. 2018, S.135, ss. 77-118.
- Canpolat, Ahmet:** Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sendikal Faaliyet Kapsamında İş Bırakması, TAAD, Y. 2019, S.40, ss. 113-148.
- Cindemir, Hakan:** Kamu Görevlileri Sendikacılığında İngiltere, Fransa, Almanya ve İsveç Örnekleri. Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2017, C.16, S.2, ss. 553-566.
- Cindemir, Hakan:** Türk Hukukunda Kamu Görevlileri Sendikalarının Kuruluş ve Örgütlenmesi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 2017, C.16, S.1, ss. 99-113, (Sendikaların Kuruluşu).
- Doğru, Osman:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü, TBB Dergisi, Y. 2016, S.64, ss. 39-69.
- Erdem, Julide Gül:** Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanımındaki Yeri, AÜHFD, Y. 2013, C.62, S.4, ss. 971-1005.
- Erdoğan, Gülnur:** Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, TBB Dergisi, Y. 2008, S.77, ss. 123-166.
- Gülmez, Mesut:** Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz?, Çalışma ve Toplum, Y. 2007, S.1, ss. 27-52.
- Gülmez, Mesut:** Ulusalüstü Sözleşmelerin Doğrudan Uygulanması Sorunu: Çelişen İki Yargıtay Kararı, İş Hukuku Öğretisi ve Bir Öneri, Çalışma ve Toplum, Y. 2013, S.3, ss. 13-55.
- Güneş, Hamza:** Sendikal Haklar ve Ülkemizde Kamu Görevlileri Sendikacılığının Gelişimi, Çalışma Dünyası Dergisi, Y. 2016, S.1, ss. 62-79.
- İnceoğlu, Sibel:** Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, 1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara, 2007.

Kar, Bektaş: Sendika Kurma Hakkı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2020, S.1, ss. 259-292.

Karan, Ulaş: Kamu Görevlilerinin Dernekler ve Vakıflar Bağlamında Örgütlenme Özgürlüğü: Anayasa Hukuku Perspektifinden Bir Değerlendirme, İstanbul Hukuk Mecmuası, Y. 2018, C.76, S.1, ss. 65–108.

Karan, Ulaş: Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 3, MRK Yayıncılık, Ankara, 2018.

Kutal, Metin: Grev Hakkının Uluslararası Normları ve Türk Mevzuatının Bunlara Uyum Sorunu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 2008, S.12, ss. 135-143.

Sevimli, Zekeriya: Bir Sivil İnisiyatif: Yargıçlar ve Savcı Birliği, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2007, S.2, ss. 61-66.

Sur, Melda: İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, 1. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 1995.

Şen, Mahmut: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hâkim ve Savcıların İfade Hürriyeti, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2016, S.7, ss. 931-959.

Şirin, Tolga: Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme, Anayasa Yargısı, Y. 2015, S.32, ss. 79-135.

Tosun, Sevcan: 87,98 ve 151 Sayılı ILO Sözleşmelerine Göre Kamu Görevlilerin Sendikal Hakları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y. 2011, C.23, S.5-6, ss. 76-86.

Tuncay, Can: Kamu Görevlilerinin Sendikalaşması ve Toplu Pazarlık Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C.9, Özel Sayı, ss. 157-176.

Turan, Kamil: Dünyada ve Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikalarının Hukuki Gelişmeleri, Kamu -İş Dergisi, Y. 1999, C.4, S.4, ss. 1-14.

Uçkan Hekimler, Banu: Anayasa Mahkemesi'nin Sendikal Haklara İlişkin İptal Kararlarının Genel Bir Değerlendirmesi, Çalışma ve Toplum, Y. 2015, S.4, ss. 11-34.

Ünsal, Engin: Sendika Özgürlüğü ve Uluslararası Çalışma Örgütü ile T. C. Hükümetleri İlişkileri, Beta Yayıncılık, Ankara, 2015.

İnternet Kaynakları

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf> (E.T. 09.04.2020).

Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeleri,
<http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf> (E.T. 09.05.2020).

Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü Hakkında Rec (2000) 19 Sayılı Tavsiye Kararı,
<http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf> (E.T. 09.05.2020).

Örgütlenme Özgürlüğü, Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi Kararları Derlemesi
Uluslararası Çalışma Bürosu- Cenevre: ILO, (Çeviren: Çağla Ünlütürk Ulutaş), 6. Baskı,
2019, 371. Rapor, Vaka No: 2892, Prg. 933 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_666543.pdf (E.T. 21.06.2020).

TÜSEV Atölye, “Örgütlenme Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması: Uluslararası Standartlar ve Türkiye’ye Dair Değerlendirme”,
https://www.tusev.org.tr/usrfiles/images/yayinlar/TUSEV_Atolye_Orgutlenme_Ozgurlugu_Hakkinin_Sinirlendirilmesi_Bilgi_Notu.pdf (E.T. 21.06.2020).

Uluslararası Hukukçular Komisyonu: “Askıya Alınan Adalet: Adalete Erişim ve Türkiye’de Olağanüstü Hal”, 2018, <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/12/Turkey-Access-to-justice-Publications-Reports-2018-TUR.pdf> (E.T. 01.06.2020).

KİŞİLİK HAKKI PERSPEKTİFİNDEN KADIN CİNAYETLERİNDE HÜKÜMLÜNÜN UNUTULMA HAKKI

*Ar. Gör. Buket GÜNAY**

ÖZET

Unutulma hakkı, kişinin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerinin, zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılmasını ya da gündeme getirilmemesini talep edebilmesi olarak tanımlanabilir. Unutulma hakkı, hak anlayışında değişikliklerin ve gelişmelerin ürünü olmuştur. Kişilerin kendi maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, hayatlarına yeni bir yön verebilmeleri, adeta beyaz bir sayfa açmalarında önemli rol oynar. Bununla birlikte, unutulma hakkı mutlak bir hak değildir. Çalışmamızda hem unutulma hakkının üzerinde söz konusu olduğu kişisel veri kavramının anlamlandırılabilmesinde hem de unutulma hakkını kullanmak isteyen kişi bakımından taşıdığı önem nedeniyle kişilik hakkı kavramından yola çıkılacaktır. Ardından unutulma hakkının ortaya çıkışı, kavramsal temelleri ve basın özgürlüğüne değinilecektir. Basın özgürlüğü ve kişilerin haber alma hakkı, unutulma hakkının kullanılmasınayla bağlantılı olarak incelenecektir.

Kadın cinayetleri bu ülkenin bir gerçekliğidir ve maalesef acı dolu bir gerçektir. Neredeyse her gün basında bir kadın cinayeti haberi yer almaktadır. Kadın cinayetlerinin psikolojik, sosyolojik, ahlaki, ekonomik, kültürel pek çok yönü vardır ve önüne geçilmesi toplumdaki zihniyetin değişmesini gerektirmektedir. Zihniyet değişikliği ise birden, çok kısa bir zamanda gerçekleşemeyeceğinden konunun, ifade ettiğimiz her bir disiplin tarafından incelenmesi önem taşımakta ve bu zihniyet değişikliğine katkı sağlamaktadır. Bu amaçla çalışmamızda; basın özgürlüğü, bu bağlamda toplumu oluşturan kişilerin haber alma hakkı; kadın cinayetlerinde hükümlünün unutulma hakkı bulunup

* Araştırma Görevlisi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, buket.gunay@yasar.edu.tr , ORCID: 0000-0002-7123-3499.

** *Bu çalışma, kadın cinayetlerinde katledilen tüm kadınlara ve sevgi temelli bir dünya idealine ithaf edilmiştir.*

bulunmadığı kişilik hakkı ve medeni hukuk bakış açısıyla değerlendirilecektir. Karşı karşıya gelen, çatışan bu iki menfaat arasında dengenin sağlanmasında nasıl bir değerlendirme yapılabileceği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Unutulma hakkı, kadına yönelik şiddet, kadın cinayetleri, kişisel veri.

CONVICT'S RIGHT TO BE FORGOTTEN IN FEMICIDES FROM THE PERSPECTIVE OF PERSONAL RIGHT

ABSTRACT

The right to be forgotten can be defined as a person's request to remove past information, which was legally and correctly spread from the access, or to ban it as an item of the agenda. The right to be forgotten has been the product of shifts and improvements in the understanding of right. This has an important role in the ability of people to develop their own material and spiritual assets, to give a new direction to their lives, and especially for the possibility of turning a white page. Nevertheless, the right to be forgotten is not an absolute right. Our study will start with the concept of personality rights because of its importance for both the term of personal data within the right to be forgotten and the significance for the person making use of the right to be forgotten. Later, the development of the right to be forgotten, its conceptual foundations, and freedom of the press will be discussed. The freedom of the press and the right to information will be examined in association with the application of the right to be forgotten.

Femicide is a reality of this country and, unfortunately, a painful one. There is news about the murder of women in the press almost every day. Femicide has many aspects, psychological, sociological, moral, economic, and cultural ones, and for its prevention, a change in the mentality of the society is necessary. Since the change in mentality cannot occur immediately, it is relevant to examine the issue by each mentioned discipline and thereby contribute to this change. For this purpose, from the perspective of personal rights and civil law, we will evaluate the freedom of the press, in this context the right to information; and whether the convict of femicides has the right to be forgotten. It

will be examined how an evaluation can be made in maintaining a balance between these two confronting interests.

Keywords: Right to be forgotten, violence against women, femicides, personal data.

GİRİŞ

Kişisel verilerin korunması hukuku nispeten yeni gelişen ve disiplinler arası bir hukuk dalıdır. Her geçen gün gelişen, değişen dünya ve gitgide teknolojinin hâkim olduğu hayat ilişkileri; dinamik bir bilim olan hukuku da etkilemiştir. Kişisel verilerin korunması hukuku, aslında bu etkileşimin kesişim noktasında yer almaktadır. Değişen ve gelişen hayat ilişkileri, toplumun ihtiyaçlarını da şekillendirmektedir. Böylelikle, yeni hukuki kavram ve kurumlar gündeme gelmektedir.

Unutulma hakkı, kişinin hayatına devam ederek, kendi maddi ve manevi varlığını gerçekleştirebilmesi ihtiyacına cevap olarak ortaya çıkmıştır. Toplumda değişen ihtiyacın ve teknolojik gelişmelerin yarattığı gelişmelerin bir ürünüdür. Yeni gelişen bir hak olması sebebiyle kapsamı, sınırları zamanla tam olarak belirlenebilecektir. Genel olarak unutulma hakkı, kişinin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerinin, zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılmasını ya da gündeme getirilmemesini talep edebilmesi olarak tanımlanabilir.

Çalışmamız, güncel bir konu olan kadın cinayetleri meselesini medeni hukuk penceresinden ve kişisel verilerin korunması hukukuyla bağdaştırarak ele almayı amaçlamaktadır. Bu sebeple öncelikle kişilik hakkı kavramı, bu bağlamda kişisel veri ve kişilik hakkı ilişkisi incelenecektir. Basın özgürlüğü, yine kişilik hakkı ile ilişkisi ve unutulma hakkı ile bağlantılı olarak ele alınacaktır. Ardından unutulma hakkının kavramsal temelleri, hukuki niteliği, işlevi, dâhil olduğumuz Kara Avrupası hukuk sisteminde doğuşu, ülkemizdeki ilk yansımaları üzerinde durulacaktır. Unutulma hakkının da kişilik hakkı ve basın özgürlüğü ile ilişkisi belirlenerek kadın cinayetlerinde hükümlünün unutulma hakkına sahip olup olmadığı, çatışan menfaat dengesinin ne şekilde sağlanacağı belirlenecektir.

I. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ

A. KİŞİSEL DEĞERLER VE KİŞİLİK HAKKI

Hukukumuzda hak edinebilen varlıklar olan kişiler, özel bir sebep armaksızın, tam ve sağ doğmak koşuluyla kişilik kazanır. Kişilik, haklara ehil olmaktan daha geniş bir kavram olup kişinin onuru, saygınlığı, maddi bedensel değerleri, manevi varlığı, mesleki veya ticari itibarı gibi çok farklı unsurları içinde barındırır. En genel tanımıyla kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakır³¹³.

Kişilik hakkının, kişisel değerler üzerinde söz konusu olması sebebiyle bir diğer önemli kavram “kişisel değer”dir. Kişinin adı, hayat, sağlık ve vücut tamlığı, haysiyet ve onuru, sesi, resmi, sırları, özel hayatı kişisel değer olarak kabul edilir. Kişilik hakkını oluşturan değerler bir başka ayrıma göre, fiziksel kişilik, manevi kişilik ya da sosyal kişilik olarak sınıflandırılabilir. Fiziksel kişilik; yaşam, beden bütünlüğü, ruh bütünlüğü gibi değerlerden oluşur. Manevi kişilik; kişinin yaşadığı toplumda yakınlarıyla kurduğu

³¹³ **Serozan, Rona:** “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 14, 1977, s. 93; **Binat, Duygu:** Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırılarda Manevi Tazminat (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008, s. 3; **Aydos, Oğuz Sadık:** “Basın Yolu ile Kişilik Hakları İhlallerinde Manevi Tazminat”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2012, s. 3; **Kara Kılıçarslan, Seda:** Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 5-6; **Kılıçoğlu, Ahmet M:** Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk (Hukuksal Sorumluluk), 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 3-4; **Ayan, Mehmet/ Ayan, Nurşen:** Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.85; **Zevkliler, Aydın/ Ertas, Şeref/ Havutcu, Ayşe/ Gürpınar, Damla:** Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 95; **Hatemi, Hüseyin:** Kişiler Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 66; **Günay, Buket:** Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 113; **Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe:** Kişiler Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 162; **Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan:** Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C. 2, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 99; **Öztan, Bilge:** Medeni Hukukun Temel Kavramları, 45. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 274; **Kılıçoğlu, Ahmet M:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Hukuku), 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 560-562; **Akıpek, Jale Güral/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. I, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 339.

ilişki, evlilik birliği ve aile bütünlüğü gibi değerlerden oluşur. Sosyal kişilik değerleri ise şeref, haysiyet, kişinin ismi, resmi, özel hayatı üzerindeki hakkı gibi değerlerden oluşur³¹⁴.

Kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerler çok çeşitlidir. Bu sebeple burada belirttiğimiz kişisel değerler örnek kabilinden olup tüketici bir sayım yapılması mümkün değildir. Kişi varlığını oluşturan değerlerin her birinin sayılması mümkün olmadığından kişilik hakkı bakımından da *numerus clausus* ilkesi geçerli değildir. Değişen ihtiyaçlara göre korunması gereken ve kişiyi kişi yapan bütün değerler kişilik hakkının kapsamına girer³¹⁵. Kişilik hakkı, kişinin toplumdaki saygınlığının korunması ve kişiliğinin serbestçe geliştirebilmesi amacını taşır³¹⁶.

Bütün kişisel değerler üzerinde tek bir kişilik hakkının mı bulunduğu, yoksa her bir kişisel değer üzerinde ayrı kişilik hakkının mı bulunduğu hususu öğretilerde tartışmalıdır. Her iki yönde görüşler ileri sürülse de fikrimizce, bütün kişilik değerleri üzerinde tek bir kişilik hakkının bulunduğu, özel olarak düzenlenen kişisel değerlerin, genel ve tek bir kişilik hakkının görünümü olduğu kabul edilmelidir³¹⁷. Zira kişilik hakkı, önceden tüketici olarak sayılamayan, kapsamı genişleyebilen, yenileri ortaya çıkabilen pek çok kişisel değer üzerindeki haktır. Bu yüzden genel ve tek bir kişilik hakkının varlığı, gelişen ve değişen hayat ilişkilerine uyum sağlamak bakımından da daha isabetlidir.

³¹⁴ Kılıçoğlu, Hukuksal Sorumluluk, s. 5-6; Zevkliler/ Ertaş/ Havutcu/ Gürpınar, s. 96-98; Günay, s. 114, Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 261; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 827; Öztan, s. 276-277; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 346.

³¹⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 164; Öztan, s. 275; Doğan, Pınar Bahar: “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, s. 480.

³¹⁶ İçel, Kayıhan/ Ünver, Yener: Kitle İletişim Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 276; Dural/Öğüz, s.100.

³¹⁷ Duttge, Gunnar: “Recht auf Datenschutz?”, Der Staat, C. 36, S. 2, 1997, s. 305-307; Acabey, Mehmet Beşir: “Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2013, s. 13; Kara Kılıçarslan, s.9; Dural/Öğüz, s. 101; Akipek/Akıntürk/ Ateş, s. 342-343.

B. KİŞİLİK HAKKININ NİTELİKLERİ

Kişilik hakkı, kişinin kişi olması sebebiyle sahip olduğu haklardır³¹⁸. Parayla ölçülemeyen, yani maddi değere sahip olmayan haklardır. Zira kişilik hakkı, şahıs varlığı haklarına dâhildir. Kişilik hakkının ihlali halinde tazminat olarak bir miktar paranın talep edilebilmesi ise bu husustan bağımsızdır³¹⁹.

Kişilik hakkı, mutlak hak niteliği taşır. Bir mutlak hakkın varlığı durumunda, hukuk düzeni tarafından bu mutlak hakkı oluşturan kişilik değerleri bakımından ve herkese yönelik olarak zarar vermeme şeklinde yüklenmiş genel bir ödev bulunur. Bu yüzden mutlak hakkın ihlali durumunda hukuka aykırılık meydana gelecektir³²⁰. Herkese karşı ileri sürülebildiğinden, herkes tarafından ihlal edilebilmesi mümkün olan bu hakkın ihlali durumunda hak sahibi tarafından tazminat talebinde bulunulabilir.

Kişilik hakkı kişiliğin ayrılmaz bir parçasını teşkil ettiğinden, bu haklardan vazgeçilmesi ya da bunların devredilebilmesi mümkün değildir. Bu yüzden kişilik hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu hakların mirasçılara geçebilmesi de kural olarak mümkün değildir³²¹. Ayrıca kişilik hakkı zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süreye tâbi değildir³²².

³¹⁸ Kadın cinayetlerinde hükümlünün unutulma hakkının bulunup bulunmadığı hususunu temellendirmek amacıyla yaptığımız açıklamalarımızda, niteliklerine uygun düşüğü ölçüde kişisel değerlere sahip olan ve dolayısıyla kişilik hakkına sahip olan tüzel kişilerin durumu üzerinde ayrıca durulmayacaktır. Zira kadın cinayetlerinde fail, her zaman bir gerçek kişidir.

³¹⁹ **Kılıçoğlu**, Hukuksal Sorumluluk, s. 7; **Zevkliler/ Ertaş/ Havutcu/ Gürpınar**, s. 96; **Oğuzman/ Selici/ Oktay Özdemir**, s. 161; **Dural/ Ögüz**, s. 103; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 347.

³²⁰ **Serozan**, s. 93-94; **Kılıçoğlu**, Hukuksal Sorumluluk, s.8; **Zevkliler/ Ertaş/ Havutcu/ Gürpınar**, s. 95; **Eren**, s. 824; **Dural/ Ögüz**, s. 103; **Akipek/ Akıntürk/ Ateş**, s. 347.

³²¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Serozan, Rona**: “Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçuya Geçebilirliği”, Özer Selici’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 260; **Serozan, Rona**: “Mirasçuya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Mirasbırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları”, Nihal Uluocak’a Armağan, İÜHFİM, 1999, s. 313-314; **Günay**, s. 52.

³²² **Serozan**, s. 94; **Binat**, s. 4-5; **Kılıçoğlu**, Hukuksal Sorumluluk, s .9; **Oğuzman/ Selici/ Oktay Özdemir**, s. 161-163; **Dural/ Ögüz**, s. 104.

C. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU BAKIMINDAN ÖNEMİ

Kişisel verilerin korunması hukuku ile kişilik hakkı arasındaki bağlantıyı belirleyebilmek için öncelikle kişisel veri kavramının açıklanması gerekir. Kişisel veri, kimliği belli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her tür bilgidir. Gerçek kişiye ilişkin “her tür bilgi” ifadesi, önemle vurgulanmaya değerdir. Zira kişisel veri kavramını oluşturan “bilgi”, önceden tahdidi olarak sayılamayacak kadar çeşitlidir³²³. Kişisel verilere kişinin adı, fotoğrafı, sesi, parmak izleri, genetik bilgileri, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, telefon numarası, e-mail adresi gibi örnekler verilebilir.

Kişilik hakkı, kişisel değerlerin tümü üzerindeki hak olduğuna göre; kişisel verinin bir unsuru olan “her tür bilgi” ile kişilik hakkı yakın bir ilişki içerisindedir. Kişilik hakkının üzerinde söz konusu olduğu her bir değer, aslında birer kişisel veridir. Örneğin, kişilik hakkının üzerinde söz konusu olduğu kişisel değerlerden olan kişinin adı, sağlık durumu, sesi, resmi, kimliği belli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin olmaları sebebiyle kişisel veri olarak nitelenebilecektir. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin fiziksel kişilik, manevi kişilik ya da sosyal kişilik olarak sınıflandırılmasında, her bir ayırım kişisel veri kavramına ayrı bir örnek oluşturacaktır. Kişilik hakkı ve kişisel veriler hukuku; kişilik hakkını oluşturan kişisel değerlerin kişisel veri olarak nitelendirilebilmesi sebebiyle etkileşim içindedir. Ayrıca hukukumuz bakımından kişisel veri kavramının hukuken nitelendirilmesinde de kişilik hakkı görüşü yeni gelişmeler ışığında üzerinde

³²³ **Taştan, Furkan Güven:** Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 30; **Çelik, Yeşim:** “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 32, 2017, s. 392; **Küzeci, Elif:** Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 10; **Çekin, Mesut Serdar:** Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 44; **Dülger, Murat Volkan:** Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 61; **Akkurt, Sinan Sami:** “Kişisel Veri Kavramının Hukukî Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, (Kişisel Veri), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 2, S. 1, 2020, s. 20.

durulan ve tartışılan bir konudur³²⁴. Bu sebeple de kişilik hakkı ve kişisel veri kavramı ilişkilidir.

II. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE BU BAĞLAMDA UNUTULMA HAKKI

A. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI, KAPSAMI, SINIRLARI

1. Basın Özgürlüğü ve İşlevi

Düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü, temel hak ve özgürlükler içinde önemli bir yer tutar. Konu, önemi sebebiyle hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü düzenlenmiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, değişen ve gelişen dünyaya ayak uydurmada önemli bir işlev görür. Bu özgürlüğün en doğal ifade ediliş şekillerinden biri ise basındır³²⁵. Basın özgürlüğü, anayasal düzeyde korunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 26. maddesi düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü, 28. maddesi basın özgürlüğünü düzenlemektedir. Ne Anayasa'da ne de 5187 sayılı Basın Kanunu'nda basın özgürlüğünün açık bir tanımı bulunmaktadır.

Basın özgürlüğü; haber, fikir ve düşünceleri serbest olarak toplama, yorumlama, eleştirerek çoğaltabilme ve bunları serbestçe yayabilme hak ve özgürlüğü olarak tanımlanabilir³²⁶. Bu başlık altında değerlendirmelerimizi yaparken konunun iki boyutu olduğu ve her iki boyutunun da ayrıca önemli olduğuna dikkat çekmek isteriz: Basının

³²⁴ Bu konuda makalemizin konusunun dağılmaması amacıyla teorik tartışmalara girmeden sadece ilişkiyi belirtmekle yetineceğiz. Kişilik hakkı görüşü hem klasik anlamda hem de yeni gelişen kişilik hakkı görüşü olarak doktrinde üzerinde durulan önemli bir husustur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Taştan**, s. 59; **Küzeci**, s. 66-67; **Dülger**, s. 77, **Akkurt**, Kişisel Veri, s. 26-29.

³²⁵ **Kılıçoğlu, Ahmet**: “Basın Özgürlüğünün Suistimali”, (Basın Özgürlüğü), Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 3-4, 1993, s. 385; **Binat**, s. 26-27; **Tümay, Murat**: “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”, Anayasa Yargısı, C. 33, S. 1, 2015, s. 256; **Kara Kılıçarslan**, s. 597-98; **Karaman, Şebnem**: Basın Özgürlüğünün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 7; **Eren**, s. 825.

³²⁶ **Binat**, s. 23-25; **Aydos**, s. 5; **Dönmezer, Sulhi/ Bayraktar, Köksal**: Basın Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 49; **Esental**, 2017 s. 64-65; **Karaman**, 2018 s. 13-14; **Nalbantoğlu**, 2018 s. 586.

haber verme hakkı/basın özgürlüğü ve kişilerin haber alma hakkı. Bu noktada basın, kamuoyu oluşturarak bir kamu görevi ifa etmektedir³²⁷.

Basının iki işlevi vardır: bilgilendirme ve eleştiri. Basın, kamuoyu için önem taşıyan konularda halkı bilgilendirir ve özel olarak önemli konularda eleştiri yaparak halkı yönlendirir. Basın yalnızca toplumu bilgilendirme hakkına değil, aynı zamanda yönlendirme, bilinç oluşturma, denetimi sağlama görevlerini üstlendiğinden devlet ile toplum arasında köprü oluşturan bir yapıdır³²⁸. Basın bilgilendirme işlevini yerine getirirken kamuoyunun öğrenmekte yararı olan bütün bilgileri verme hakkına sahiptir. Eleştiri işlevini yerine getirirken ise değer yargılarını gerçek olgulara dayandırmalıdır³²⁹. Basının kamuyu bilgilendirmesi ve eleştiri yoluyla denetimi hem bir hak hem de bir görev niteliği taşır³³⁰. Basının haber verme, bilgilendirme; kişilerin de haber alma hakları sınırsız değildir. Yani her konuda basının haber yapmak suretiyle bilgilendirmede bulunması ve kamuoyu oluşturmaya, kişilerin de öğrenmek istedikleri konu ile ilgili her şeyi sınırsızca bilmeleri şeklinde yorumlanmamalıdır³³¹.

Basının sahip olduğu haber verme hakkı aslında genel ve çerçeve bir ifadedir. Bu hak; habere ulaşma, haberi bilme ve toplama hakkı, haberi yorumlama, değerlendirme ve eleştirebilme hakkı ve haberi basma ve yayma hakkını içerir³³². Basın özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde; verilen bilginin, haberin gerçek olması, kamu yararı bulunması, toplumsal ilgi ve güncellik unsurunun mevcut olması, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılığın bulunması unsurları ölçüt olarak kullanılmaktadır. Haber gerçek olması, somut gerçekliği değil, olayın, haberin verildiği andaki verilmiş biçimine uygunluğu ifade eder. Haber doğru olup olmadığı o günün şartlarına göre

³²⁷ **İçel-Ünver**, 2012 s. 283; **Esendal, Nihan**: Basın Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 69-70; **Turhan, Ayşe Melek**: Kişiliğin Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 59; **Eren**, s. 826.

³²⁸ **Karaman**, s. 7.

³²⁹ **Binat**, s. 79-80; **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir**, s. 219.

³³⁰ **Acabey**, s. 4.

³³¹ **Tümay**, s. 363; **Kara Kılıçarslan**, s. 102; **Karaman**, s. 114-115; **Dural/ Ögüz**, s. 131; **Küzeci**, s. 95.

³³² **Dönmezer/ Bayraktar**, s. 106; **Doğan**, s. 486.

araştırılmalıdır. Gerçek dışılık verilen haberdeki olayın hiç gerçekleşmemiş olması, gerçekte başka türlü meydana gelmiş olması, olaydaki bazı unsurların gizlenmesi ya da olaya bazı unsurların ilave edilmesi şeklinde gerçekleşebilir³³³.

2. Basın Özgürlüğünün Sınırları

Çok eski tarihli, güncelliğini kaybetmiş, hatırlanmasında yarar bulunmayan olayların tekrar gündeme getirilmesinde kural olarak kamu yararı bulunmaz. Konu ile ifade arasında biçimsel bir uygunluğun bulunması da basın özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde önem taşır. Habere konu olan olay ya da eleştiri doğru olsa dahi kullanılan ifade biçimi, içerik ile uyumlu değilse, küçük düşürücü, amaç dışı ya da amacı aşan nitelikteyse basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyecektir³³⁴.

Kamuya mâl olmuş kişiler bakımından haberin verilmesinde kamu yararının ve toplumsal ilginin bulunması unsurları diğer kişilere nazaran daha geniş değerlendirilmelidir. Kamuyu aydınlatma amacının dışına taşılması ya da sırf küçük düşürmek, rencide etmek gibi amaçların güdülmesi kamuya mâl olmuş kişiler bakımından da basın özgürlüğünün kapsamı dışındadır. Yine bu kişiler bakımından sır alanlarına giren hususlar ancak üstün kamu yararı varsa habere konu olabilir³³⁵.

Basın; toplumun yararına bilgilendirme, aydınlatma ve bir kamuoyu oluşturma faaliyetini icra ederken bazı kişi ve kurumları eleştirmek zorunda kalabilir. Bu durumda, basın özgürlüğü dolayısıyla kamu yararı ile kişilik hakkı karşı karşıya gelir. Bu noktada, kamu yararı bireysel yararı değil, toplumun yararını ifade eder³³⁶. Ayrıca, toplumun haber alma hakkını kullanabilmesi için hakkında haber yapılan kişinin kişilik hakkını zedeleyebilecek bir olay hakkında sayı olarak fazla haber yapılması, yani yapılan yayının

³³³ Kılıçoğlu, Basın Özgürlüğü, s. 386; Binat, s. 97; İçel-Ünver, s. 288; Aydos, s.9; Dönmezer/ Bayraktar, s. 238-240; Doğan, s. 488; Esendal, s. 116; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 227, 229; Eren, s.831; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 566-567.

³³⁴ Doğan, s. 491; Tümay, s. 363; Turhan, s. 70; Eren, s. 833.

³³⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 228.

³³⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 222; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 566; Tok, Gökhan: İnternette Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 127.

fazlalığı tek başına kişilik hakkının ihlali teşkil etmeyeceğinden basın özgürlüğünün kapsamındadır³³⁷.

Üstün kamu yararı kavramı ayrıca, basın özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde de önem taşır. Basın özgürlüğünün sınırları içerisinde kalındığında söz konusu haber hukuka uygun kabul edilecektir. Bu yüzden basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilip hukuka uygun kabul edilen bir haber kişilik hakkına aykırılık teşkil etmeyecektir. Kişilik hakkı korunmak istenen kişinin menfaati ile toplumun haber alma ve aydınlatılmadaki yararının hangisinin üstün olduğu her somut olay bakımından tespit edilmelidir³³⁸. Mesela, kişinin onur ve haysiyetini ihlal eden bir haber kamu yararına hizmet etmek kaydıyla hukuka uygun kabul edilebilecektir.

Basın özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde kişinin sosyal kişilik değerleri arasında yer alan özel hayat önem taşır. Kişi olması sebebiyle herkes özel hayat hakkına sahiptir. Kişinin özel hayatı çeşitli alanlardan oluşur. Bunlar: gizli alan, özel alan ve ortak alandır. Bir kimsenin, kendisinin özel olarak anlattığı kişiler dışındaki kimselerce bilinmesini istemediği olay ve durumlar gizli alanı oluşturur. Özel alan, bir kimsenin yalnız samimi olduğu sınırlı sayıdaki yakın çevresiyle paylaştığı olaylardan oluşan hayat alanıdır. Ortak alan, bir kimsenin başkalarının bilgisine ulaşması mümkün olaylardan oluşan hayat alanıdır. Bu bağlamda, kişinin özel alanı ve gizli alanına ilişkin bilgiler kural olarak basın özgürlüğünün sınırlarını oluşturmaktadır³³⁹.

Çatışan değerlerden hangisine üstünlük verileceği yasal bir çözüme ulaştırılmamışsa hâkim, somut olayın koşullarına göre konuyu çözüme kavuşturacaktır. Çatışan değerleri karşılıklı olarak değerlendiren hâkim, daha önemli bulduğu değer uğruna diğerini feda edecektir³⁴⁰.

³³⁷ **Haag, Kurt:** Der Haftpflichtprozess, 28. Baskı, C. H. Beck, München, 2020, s. 54.

³³⁸ **Serozan**, s. 105-106; **Kılıçoğlu**, Basın Özgürlüğü, s. 387; **Acabey**, s. 7; **Doğan**, s. 485; **Karaman**, s. 88-89; **Küzeci**, s. 96.

³³⁹ **Kılıçoğlu**, Hukuksal Sorumluluk, s. 117-118; **Zevkliler/ Ertas/ Havutcu/ Gürpınar**, s. 100-102; **Çelik**, s. 388; **Eren**, s. 828; **Dural/ Öğüz**, s. 136-137.

³⁴⁰ **Serozan**, s. 104-105; **Binat**, s. 28-29; **Aydos**, s. 2; **Acabey**, s. 36; **Kılıçoğlu**, Hukuksal Sorumluluk, s. 156; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 565; **Tok**, s. 61-62.

Çatışan değerlerden hangisine üstünlük verileceğinin tespitinde hâkim, çatışan yararların korunmaya değer olup olmadığını öncelikle değerlendirmelidir. Hukuken korunmaya değer iki çatışan yararın varlığı tespit edildiğinde ise bunların belirli bir değer ölçüsüne tâbi tutulması gerekir. Yararların tartılması, aslında iki değer arasındaki ağırlık ilişkisinin tespitidir. Kişilik hakkı bakımından yararların tartılmasında ise böyle bir ağırlık ölçüsü söz konusu olamaz. Bu yüzden, yararların niteliği ve niceliği değerlendirilerek söz konusu belirlemenin yapılması gerekir. Yararların niteliğine göre üstünlüğünün belirlenmesi, her ikisi de sübjektif olarak haklı olan yararların, soyut ve objektif bir değerler hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesidir. Bu halde çoğu kez, iki yarar da eşit ölçüde korunmaya değer olabilir. Hukuken korunmaya değer iki varlığın hangisine üstünlük verileceğinde bu noktada, yararların niceliği ölçütüne üstünlük verilmesi gerekir. Yararın niceliği ölçütü özellikle toplumun yararı ile kişinin yararının çatışma halinde olmasında söz konusu olabilir. Toplum yararıyla kişinin yararının çatışması halinde toplum yararının üstün tutulacağı şeklinde kesin bir kural bulunmaz. Bununla birlikte hâkim, değerlendirmesinde her iki durumun da sağlayacağı faydayı göz önüne alarak bir karar vermelidir³⁴¹.

B. UNUTULMA HAKKI

1. Unutulma Hakkı Kavramı

İnsan, doğası gereği merak duygusu ve bilme isteğine sahiptir. Başkaları ile ilgili olay ve durumlarla ilgili bilgiye ulaşmak isteği aslında insanoğlu var olduğundan beri mevcuttur. Lâkin günümüzde, teknolojik ilerleme ve gelişmelerle her tür bilgiye ulaşmak çok daha kolaylaşmıştır. Aslında bu kolaylık kişisel veri kavramının önemini artırmış ve kişisel verilerin korunması hakkı ve bununla bağlantılı kavram ve kurumları ortaya çıkarmıştır³⁴².

³⁴¹ **Kılıçoğlu**, Hukuksal Sorumluluk, s. 163-164; **Haag**, s. 48.

³⁴² **Weber, Rolf H.:** “The Right To Be Forgotten: More Than Pandora's Box”, Journal Of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, C. 2, S. 2, 2011, s. 120; **Rosen, Jeffrey:** “The Right To Be Forgotten”, Stanford Law Review Online, S. 64, 2011-2012, s. 88; **Gülener, Serdar:** “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak ‘Unutulma Hakkı’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2012, s. 219; **McGoldrick, Dominic:** “Developments in The Right To Be

Tıpkı merak ve bilme isteği gibi unutmak da insan doğasının bir gereğidir. Unutmak kelimesi her ne kadar ilk bakışta olumsuz bir çağrışım yaratsa da kişinin hayatına özgürce devam edebilmesi, kendi gelişimi sağlayabilmesi için bir nevi geçmişini bırakıp ileriye odaklanması gerektiğinden, aslında olumlu bir fonksiyon gösterir. Ayrıca kişilerin karar verme mekanizmaları bakımından da önemlidir. İnsan zihni yapısı gereği, bazı bilgileri depolar, bazılarını ise unuttur ve karar alma mekanizması bu unutmaya-depolama döngüsüyle işler. Yani karar alma mekanizmasındaki seçicilik unutmaya ile açıklanabilir³⁴³.

Unutulma hakkı insanın merak, bilme ve unutmaya döngüsü içerisinde doğan ve gelişen bir haktır. Unutulma hakkı, kişinin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerinin, zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılmasını

Rorgotten”, Human Rights Law Review, C. 13, S. 4, 2013, s. 761; **Chelaru, Eugen/ Chelaru, Marius:** “Right To Be Forgotten”, Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia, C. 16, S. 1, 2013, s. 26; **Nolte, Norbert:** “Das Recht auf Vergessenwerden – mehr als nur ein Hype?”, Neue Juristische Wochenschrift, C. 67, S. 31, 2014, s. 2228-2229; **Peschke, Lutz:** “‘The Web Never Forgets!’: Aspects of The Right To Be Forgotten”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, s. 155-156; **Holznapel, Bernd/ Hartmann, Sarah:** “Das „Recht auf Vergessenwerden“ als Reaktion auf ein grenzenloses Internet Entgrenzung der Kommunikation und Gegenbewegung”. Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, S. 4, 2016, s. 228; **Elmalıca, Hasan:** “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 1604; **Akgül, Aydın:** “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, 2016, s. 11; **Kelly, Michael J./ Satola, David:** “The Right To Be Forgotten”, University of Illinois Law Review, S. 1, 2017, s. 1-2; **Yılmaz, Sabire Senem:** “Kişisel Verilerin Korunması Regülasyonu ve Unutulma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 5, 2018, s. 187; **Nalbantoğlu, Seray:** “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi S. 34, 2018, s. 583; **Akyüz Bilge, Canan:** Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku’ndaki Görünümü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 10-11; **Yıldırım, Canberk:** “Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 5, 2019, s. 60; **Yavuz, Can:** İnternet’teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 19, 41.

³⁴³ **Weber,** s. 127-128; **Nolte,** s. 2240; **Sözüer, Eren:** Unutulma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 14; **Nalbantoğlu,** s. 584-585; **Akyüz Bilge,** s. 60-61; **Yıldız, Tuba:** Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 94; **Yavuz,** s. 35-36.

ya da gündeme getirilmemesini talep edebilmesi olarak tanımlanabilir. Unutulma hakkı, tanımından da anlaşılacağı gibi bilgi ve zaman unsurundan oluşur. Unutulma hakkına konu olan bilgi, başlangıçta doğru ve yayılması uygun olan bir bilgidir. Yani bilgi başlangıçta doğru değilse ya da bilginin yayılması hukuka uygun değilse unutulma hakkı söz konusu olmaz. Zaman unsuru ise bu özelliklere sahip bilginin değişime uğramasını ifade eder. Zamanın geçmesiyle bilgi ya güncelliğini ya da toplumsal ilgiyi kaybeder³⁴⁴. Zamanın geçmesiyle toplumsal ilginin yitirilmesinde belki de akla gelecek ilk örnek cezası infaz edilmiş bir kişinin işlediği suça ilişkin haber yapılmasıdır. Bu noktada, toplumun bu bilgiyi almada menfaatinin kalmayacağı ya da en azından azalacağı ileri sürülebilirse de bunun mutlak bir kural olmadığı hususunun altını çizmek isteriz. Yani her bir somut olayın koşullarına göre toplumun bilgi alma hakkı ile kişinin unutulma hakkı arasındaki menfaat çatışması bir çözüme kavuşturulmalıdır.

Unutulma hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi önem taşır. Parayla ölçülebilir bir değeri bulunmaması, kişisel değerler üzerindeki kişisel veriler sebebiyle sahip olunabilen bir hak olması sebebiyle kişi varlığı hakları arasında yer alır. Mutlak haklar, hak sahibi tarafından hakkı ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilir, herkesin bu haklara uymakla yükümlü olduğu ve ihlal etmekten kaçınmasının gerektiği haklardır³⁴⁵. Unutulma hakkının ortaya çıkışı ve amacı dikkate alındığında mutlak hak olmadığı belirlenebilir. Ayrıca, unutulma hakkının kullanılıp kullanılmayacağı her bir somut olay bakımından değerlendirilir ve hakkın kapsamı ile sınırları zaman içinde uygulama ile yerleşecektir. Bu açıdan bakıldığında da herkese karşı ileri sürülebilir ve herkesin uymakla yükümlü olduğu bir hak niteliği taşımadığı açıktır. Nisbi haklar, belirli bir hukuki ilişki çerçevesinde, belirli kişi ya da kişilere karşı ileri sürülebilir ve bu kişilerin uymakla yükümlü olduğu haklardır³⁴⁶. Unutulma hakkı her ne kadar belirli kişi ya da

³⁴⁴ Weber, s. 121; Rosen, s. 90-91; Güleener, s. 226; Chelaru/ Chelaru, s. 31; Akgül, s. 16-17; Sözüer, s. 206-207; Kelly/ Satola, s. 55-56; Turhan, s. 9; Yılmaz, s. 189; Akyüz Bilge, s. 94, 97; Yıldız, s. 113-114; Yılmaz, Çiğdem: Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 4-5; Yavuz, s. 43-45; Klass, Nadine: "Das Recht auf Vergessen(-werden) und die Zeitlichkeit der Freiheit", Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, S. 4, 2020, s. 267, 269.

³⁴⁵ Eren, s. 48.

³⁴⁶ Eren, s. 47-48.

kişilere karşı ileri sürülerek kullanılabilir olsa da bu kişiler tarafından unutulma hakkına uyma yükümlülüğü bulunmadığından nisbi hak olarak da nitelendirilemeyecektir. Yenilik doğuran haklar, hak sahibine tek taraflı irade beyanıyla yeni bir hukuk ilişki kurma, mevcut bir hukuki ilişkiyi değiştirme ya da sona erdirmeye yetkisi veren haklardır³⁴⁷. Unutulma hakkına sahip olan kişinin tek taraflı irade beyanıyla “unutulma” olgusunun gerçekleşmemesi, daha açık bir deyişle unutulma hakkının kullanılmasyla hakkın hedeflediği sonucun ortaya çıkmaması sebebiyle yenilik doğuran hak niteliği taşımaz. Medeni hukukumuzdaki hak kategorileri bağlamında yaptığımız inceleme neticesinde, unutulma hakkının bu kategorilerden birine dâhil olmadığı, kendine özgü nitelikler taşıdığı sonucuna varmaktayız. Yani unutulma hakkı, sui generis bir haktır.

2. Unutulma Hakkının Amacı ve İşlevi

Unutulma hakkı, bilişim ve teknoloji çağının ortaya çıkardığı haklardan biridir. Kişisel verilerin korunması bilincinin oluşması ve gelişmesi ile gündeme gelmiş bir haktır³⁴⁸. İçinde bulunduğumuz bilişim ve teknoloji çağı gereği her ne kadar sadece dijital ortamlarda yer alan bilgilere ilişkin kullanılabilmesi düşünülse de aslında dijital olmayan mecralar (yazılı-işitsel-görsel basın gibi) için de kullanılabilir³⁴⁹. Unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması ile doğrudan ilişkilidir. Kişinin, kişiliğini özgürce geliştirmesine hizmet eder³⁵⁰. Bu sebeple unutulma hakkının tanımlanabilmesi ve kapsamının

³⁴⁷ **Buz, Vedat:** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 55-56; **Eren,** s. 61.

³⁴⁸ **Duttge,** s. 285-286; **McGoldrick,** s. 774-775; **Chelaru/ Chelaru,** s. 27; **Casermeyro, Pablo Rando/ Hoeren, Thomas:** “Konturen des „Rechts auf Vergessenwerden”, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 24, 2014, s. 537; **Holznagel/ Hartmann,** s. 229-230; **Elmalica,** s. 1608; **Kelly/ Satola,** s. 3-4; **Turhan,** s. 19; **Yıldız,** s. 93; **Dülger,** s. 491; **Akkurt, Sinan Sami:** “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’”, (Unutulma Hakkı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2607.

³⁴⁹ **Sözüer,** s. 5; **Yıldız,** s. 5.

³⁵⁰ **Holznagel/ Hartmann,** s. 229; **Akgül,** s. 13-14; **Çelik,** s. 396; **Sözüer,** s. 9-10; **Akyüz Bilge,** s. 55-56; **Yılmaz,** s. 8; **Klass,** s. 265.

belirlenebilmesinde “kişisel veri” kavramı önem taşıdığından bu iki kavram etkileşim içindedir³⁵¹.

İçinde bulunduğumuz yoğun teknolojik gelişme ve ilerlemelerin bulunduğu dönemde, dijital ortamlardaki verilerin çok uzun yıllar erişilebilir kalması sebebiyle yaşanan mağduriyetlerin giderilmesine hizmet eder. Günümüzde internet, bilgi edinmek için temel başvuru kaynaklarından biridir. İnternet, yapısı gereği insan hafızası ile taban tabana zıttır. Zira, insan hafızası unutmak ve geleceğe yönelmek üzere bir mekanizmaya sahipken internet bünyesindeki bilgileri sonsuza kadar saklayabilmektedir. Ayrıca internet, bünyesinde yer alan bilgileri olumlu-olumsuz bilgi ya da etkileri bakımından olumlu-olumsuz etkili olay veya durum şeklinde bir ayırım yapamaz. Olumsuz bilgi, olay ve bunların olumsuz etkilerini sonsuza kadar saklayabilmek potansiyeline sahiptir³⁵².

Unutulma kavramının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki kişi üzerindeki etkisidir. Kişinin geçmişteki bir hatasına, olumsuz bir eylemine takılıp kalmaması, yeniden toplumla uyumlu bir şekilde hayatına devam edebilmesi için unutulma kavramı önem taşır. Bu bağlamda toplumun unutmayı kolaylaştırması gerektiği öğretilmektedir. Bu noktada genellikle “hata” olarak belirtilen husus, çoğunlukla suç teşkil eden eylemler kümesinin içinde bulunur. Unutulma kavramının bu yönü, teknoloji toplumu ve internetin hayatımızın her alanına girmesiyle oldukça güç hale gelmiştir. Unutulmanın diğer yönünü toplumsal hafıza oluşturur. Zira unutulma çoğu kez bireysel hafızadan ziyade toplumsal hafızayla ilgilidir³⁵³.

3. Kara Avrupası’nda Unutulma Hakkının Ortaya Çıkışı

Unutulma hakkının genellikle birlikte incelendiği kişisel verilerin korunması hususunda, temel alınan en önemli karar Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından

³⁵¹ **Duttge**, s. 281; **Küpeli, Ceren**: “Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, 2016, s.2 30, **Elmalca**, s. 1611; **Nalbantoğlu**, s. 589.

³⁵² **Casermeyro/ Hoeren**, s. 538; **Sözüer**, s. 16-17; **Kelly/ Satola**, s. 53-54; **Akyüz Bilge**, s. 64-65.

³⁵³ **Tok**, s. 45-47.

15 Aralık 1983 tarihinde verilen Nüfus Sayımı Kararıdır³⁵⁴. Bu dönemde, henüz kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel düzenlemeler bulunmadığından özel hayatın korunması hakkı çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu olan Nüfus Sayımı Kanunu ile Batı Almanya'da yapılacak nüfus sayımı sırasında vatandaşların kimlik bilgileri, medeni durumları, işleri ve çalışma zamanları, eğitim bilgileri gibi kişisel verilerinin sorulacak sorular vasıtasıyla toplanması kişilerde tedirginliğe sebep olmuştur³⁵⁵. Anayasaya uygunluk denetimi kapsamında Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, Kanunun temel hak ve özgürlükler için yeterli koruma sağlamadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, kararın asıl önemli yanı, kişilerin “bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı”ndan bahsetmesi ve böylelikle unutulma hakkına temel oluşturmasıdır³⁵⁶.

Unutulma hakkı bir uluslararası metinde ilk kez, 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Türdeki Verilerin Serbest Dolaşımı Bağlamında Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin değişen ihtiyaçlara göre şekillenmesi sonucu oluşan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 17. maddesinde yer almıştır. “Düzeltilme ve Silme” başlığını taşıyan ilgili hükme göre, veriler çok uzun süredir toplanmış amaçları çerçevesinde kullanılmıyorsa, yani verileri işlenen kişinin verileri artık işlenmiyorsa, kişi verilerin işlenmesine rıza göstermiyorsa, veriler hukuka aykırı işleniyorsa ya da hukuka uygunluk sebepleri ortadan kalkmışsa verilerin silinmesi gerektiğini düzenlemektedir. Veri sorumlusu, hakkın etkin bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli bildirimleri yapmakla da yükümlü tutulmuştur.

Her ne kadar kavram olarak “unutulma hakkı” ifadesi kullanılmasa da konu, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google İspanya kararı³⁵⁷ ile popülerlik kazanarak üzerinde sıkça durulan ve tartışılan haklardan biri olmuştur. Kişinin uzun yıllar önce hakkında çıkan bir haber dolayısıyla arama motorlarında hâlâ erişilebilir olması davanın

³⁵⁴ **Soysal, Tamer:** “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, 2019, s. 342.

³⁵⁵ **Yavuz,** s. 50; **Soysal,** s. 344.

³⁵⁶ **Yavuz,** s. 51; **Soysal,** s. 344-345.

³⁵⁷ ABAD, C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, 13 Mayıs 2014.

konusudur. İspanyol Veri Koruma Otoritesi'nin arama motorlarında kişiye ilişkin sonuçların kaldırılması ve gelecekte de erişimin kısıtlanmasına ilişkin kararını Google, Avrupa Birliği Adalet Divanı'na taşımıştır. Divan, internet ortamında yer alan kişisel verilerin ve bunlara ilişkin linklerin ilgisiz, geçersiz olması ve güncel olmaması halinde kişilerin talebiyle arama motorlarından kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir. Divan kararında, ilgili kişinin haklarının arama motorlarının ekonomik menfaatlerinin önünde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Divan, farklı haklar ile denge kurulması gerektiğinde, işlenen verinin doğası, hassas bir veri olup olmadığı, veriye erişmekteki kamu menfaatine ve ilgili kişinin kamuya mâl olmuş bir kişi olup olmadığına göre denge kurulabileceğine hükmetmiştir³⁵⁸.

Aslında unutulma hakkının bu kadar ilgi çekmesi, içinde yaşadığımız dönemle yakından ilişkilidir. Her geçen gün teknoloji baş döndürücü bir hızla gelişmekte ve değişmektedir. Teknolojinin gelişimi, insan ilişkilerinde ve hayatın akışında da değişime ve evrimleşmeye sebep olmakta ve dünya, gitgide daha sanal bir düzenle kendi yeni “gerçekliği”ni bulmaktadır. Öyle ki bu dijital çağda çoğu kez kişilerin sanal imajları, buradaki görünüşleri fiziksel hayattan çok daha gerçek nitelik taşımakta ve daha önemli olabilmektedir. Unutulma hakkı işlevini bu noktada da göstermektedir.

4. Türk Hukukunda Unutulma Hakkı

Unutulma hakkının Türk hukukundaki yansımalarına da değinilmesi gerekir. Hukukumuzda, bir hak kategorisi olarak ayrıca ve açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte anayasal düzeyde unutulma hakkının dayandırılabilmesi hükümler, 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde düzenlenen “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” ile 20. maddede düzenlenen “özel hayatın gizliliği” ve “kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı”dır³⁵⁹ (Ayrıca bkz. KVKK m.4/2/d; Adli Sicil Kanunu m.12). KVKK m.7'de kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi ile ilgili düzenleme yer almaktadır. KVKK'da da “unutulma hakkı” ifadesi kullanılmamaktadır.

³⁵⁸ Yıldız, s. 205-206; Küzeci, s. 257-258.

³⁵⁹ Sözüer, s. 160; Yılmaz, s. 96-97.

Yargı uygulaması bakımından ise 3 Mart 2016 tarihli AYM Bireysel Başvuru - N.B.B. Kararı³⁶⁰, anılan ABAD kararını doğrudan unutulma hakkı ile ilişkilendirmesi bakımından önemlidir. Unutulma hakkı bakımından AYM'nin yaklaşımı, basın özgürlüğü ve unutulma hakkı arasındaki menfaatler dengesinin sağlanması ve değerlendirilmenin yapılması bakımından yardımcı olmaktadır. İfade özgürlüğünün kullanılmasının en doğal ve yaygın aracı basın olduğundan basının kullandığı araçlar bakımından unutulma hakkının kapsamının belirlenmesi önemlidir. Yazılı basının bir aracı olan gazeteler ve gazete arşivlerinin -ki günümüzde internet gazeteleri ve internet gazete arşivleri olarak anlaşılması daha doğru olacaktır- tarihi bir önem de taşımaları sebebiyle tamamen unutulma hakkı kapsamında olamayacağı AYM tarafından ifade edilmiştir. AYM, unutulma hakkı kapsamında internetten çıkarılabilmesi için çeşitli ölçütler getirmektedir. Bunlar; yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerektiğidir.

Unutulma hakkına ilişkin Yargıtay'ın yaklaşımı da çalışmamız bakımından önem taşır. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun unutulma hakkına ilişkin kararında³⁶¹, kişinin adının bir kişisel değer olarak kişilik hakkına konu olduğu, ayrıca kişisel veri niteliği taşıdığından hareket edilerek unutulma hakkı ile ilgili değerlendirmeler yapılmaktadır. Kararda, kişisel veri kavramının kişilik hakkından yola çıkarak, tıpkı çalışmamızda ileri sürdüğümüz bağlantıyla nitelendirilmesi de fikrimizce önem taşımaktadır.

5. Unutulma Hakkının Basın Özgürlüğü ve Kişilik Hakkı İle İlişkisi

Unutulma hakkı ile basın özgürlüğü arasındaki ilişki çalışmamız bakımından önemlidir. Basının haber verme, bilgilendirme, eleştirme ve kamuoyu oluşturma, kişilerin haber alma hakkı ile unutulma hakkının çoğu kez birbirine zıt menfaatlere ilişkin olacağı

³⁶⁰ Başvuru Numarası: 2013/5653, Karar Tarihi: 3/3/2016, RG Tarih ve Sayı: 24/8/2016-29811.

³⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/56, K. 2015/1679, K.T. 17.06.2015.

kuşkusuzdur. O halde çatışan bu iki menfaat arasında bir denge kurulmalıdır. Unutulma hakkının, geçmişte meydana gelen bir olaya ilişkin olması sebebiyle basın özgürlüğü ile ilgisi olmayabileceği düşünülse de aslında kişilerin haber alma hakkıyla yakından ilgilidir. Nispeten yeni bir hak olması sebebiyle “unutulma hakkı”nın sınırları, diğer temel hak ve özgürlüklerle ilişkisi zaman içerisinde uygulamayla belirlenecektir. Mutlak bir hak olmaması, unutulma hakkı ile diğer temel hak ve özgürlükler karşı karşıya geldiğinde, menfaatler dengesinin belirlenmesi ve hakkaniyetin tesisinde önemle dikkate alınmalıdır³⁶².

Unutulma hakkı, kişilik hakkı ile de bağlantılıdır. Unutulma hakkına konu olan olay, kişinin alenileştirdiği ve kamuya açık alanında gerçekleştiğinden burada bir gizlilik söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla ilk bakışta kişilik hakkıyla ilgisiz olduğu söylenebilir. Lâkin kamuya açık alana ait bir olayın zamanın geçmesi ile özel alana dâhil olması mümkündür ya da herkesçe bilinen olayların kişinin onur ve haysiyetini zedeleyecek şekilde hatırlatılması söz konusu olabilir. Bu hallerde kişilik hakkı ile unutulma hakkı derin ve yakın bir ilişki içindedir³⁶³.

Bilişim teknolojileri ve her birimizin içerisinde bulunduğu sanal dünyada kişi, geçmişine ilişkin birtakım gerçeklerin hatırlanmasını istemeyebilir. Kişisel veriler uzun yıllar önce elde edilmiş, toplanmış veya işlenmiş olabilir ve kişinin bu veriler üzerinde artık denetim hakkı yoktur. Bu sebeple, kişiler yıllar öncesinde yaşadıkları bir olayın etkisini bugün çok ağır şartlarda taşımak zorunda kalabilirler. Adeta temiz ve beyaz yeni bir sayfa açmak olarak görülen unutulma hakkı ise kişilere bu noktada bir güvence sağlamaktadır. Özellikle dijital çağın içine doğan, büyüyen çocuklar ve gençler bakımından da yaşamlarının ilerleyen dönemlerinde unutulma hakkının bu kişilerin yaşamlarında önemli olacağı söylenebilir³⁶⁴.

³⁶² Bu noktada öğretideki bir çözüm önerisine göre, unutulma hakkı ile bir menfaat karşı karşıya geldiğinde dengenin kurulabilmesi, unutulma hakkının bu açıdan sınırlarının belirlenmesinde bir yasal düzenlemeye gidilerek kamu yararı ya da buna benzer kriterler kullanılabilir (**Akkurt**, Unutulma Hakkı, s. 2619).

³⁶³ **Duttge**, s. 299; **Akgül**, s. 62-63; **Sözüer**, s. 168; **Nalbantoğlu**, s. 587-588; **Klass**, s. 265-267; **Haag**, s. 49.

³⁶⁴ **Küpeli**, s. 230; **Kelly/ Satola**, s. 52-53; **Küzeci**, s. 256; **Tok**, s. 122.

Unutulma hakkına konu olan olayın kişi hakkında yalnızca olumsuz bir yargı oluşturacak nitelik taşıması da gerekmez. Zira kişisel verilerin bizatihi kendisi korunmaktadır. Uzun zaman önce yaşanan ve artık kişinin üzerinde denetiminin bulunmadığı bir olayda yalnızca kişisel verilerinin yer alması unutulma hakkından yararlanmak, katıldığımız fikre göre yeterlidir³⁶⁵.

III. KADIN CİNAYETLERİNDE UNUTULMA HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Toplumumuzun kanayan ve bir türlü dinmeyen, aksine artarak, katlanarak devam eden yarası “kadın cinayetleri”dir. Kadın cinayetlerinde unutulma hakkının bulunup bulunmadığı, ayrıca unutulma hakkının bulunmasının gerekip gerekmediği konuları üzerinde durulacaktır. Kadın cinayetleri konusunun psikolojik, sosyolojik, ahlaki, ekonomik, kültürel pek çok yönü vardır ve toplumdaki zihniyetin değişmesi, bu yaranın kapanması ve artık tekrar açılmaması için konu, bu yönleriyle de incelenmeye muhtaçtır. Lâkin bu çalışma, meselenin hukuki boyutuyla sınırlı tutulacaktır.

Kadın cinayetlerinde fail çoğunlukla kadının eşi, boşandığı eski eşi, sevgilisi, ısrarlı takibine uğradığı kişi, yani öldürülen kadın ile bir şekilde ilgisi olan bir kişi olmaktadır. Toplumun en küçük yapıtaşının aile olarak tanımlandığı anımsandığında durumun vahameti gözler önüne açıklıkla serilecektir. Toplumu oluşturan her bir aile aslında birbirine vücudumuzu saran kılcal damarlar gibi görünmez ipliklerle bağlıdır. Bu yüzden bir kadının cinayete kurban gitmesi, her ne kadar yeterince elem verici olsa da hiçbir zaman tek bir kadının ölümü olarak kalmamakta, etkisi tüm topluma ve bu toplumun geleceğine yansımaktadır.

Hukuk, içinde bulunduğu toplumdan, bu toplumun dinamiklerinden kopuk değildir. Bilakis hukuk ve toplum yakın bir etkileşim halindedir. Laboratuvarının olmadığı ifade edilen bir sosyal bilim olan hukukun laboratuvarı bir anlamda, toplum ve bu toplumdaki dinamikler ile ilişkilidir. Unutulma hakkı, yeni gelişmekte olan, kapsamı, sınırları, uygulanma şartları henüz net olmayan bir kurumdur. Zamanla kapsamı ve

³⁶⁵ Dülger, s. 491.

sınırları yargı kararları ve doktrin faaliyetleri neticesinde netleşecektir. Bu sebeple değerlendirmelerimizi bu bakış açısıyla yapacağımızı belirtmek isteriz.

Unutulma hakkının kapsamının, sınırlarının ve uygulanma şartlarının belirlenmesi sadece yargı kararları ile doktrin faaliyetlerine bırakılmayıp bir yasal düzenlemeye gidilmek istendiğinde bunun, KVKK'ya madde(ler) ilave edilmesi ve hatta uygulanmasının sağlanması için yönetmeliklerle de desteklemesi uygun olur kanısındayız. Unutulma hakkının kullanılması talebi her ne kadar cezasını çeken hükümlünün geçmişte işlediği bir suça ilişkin olarak gündeme gelebilecek olsa da unutulma hakkı sadece ceza hukuku ile bağlantılı değildir. Çok daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu sebeple Türk Ceza Kanunu yerine, kişisel verilerin korunması hukukunun ve kişisel verilerin korunması bilincinin gelişmesiyle oluşan bu hak, KVKK'da sınırları ve kapsamı belirlenebilir niteliktedir.

AYM kriterleri, gerek unutulma hakkının sınırlarının belirlenmesi konusunda yapılabilecek bir yasal düzenlemeye gerekse kadın cinayetlerinde hükümlünün unutulma hakkının söz konusu olup olmayacağına değerlendirilmesine ışık tutar niteliktedir. AYM kararındaki kriterler; yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememesi, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi gerektiğidir. Değerlendirmelerimiz, bu doğrultuda gerçekleştirilecektir.

Kadın cinayetleri ile ilgili basında yer alan bir haberin gerçek olması ve haberin veriliş şekli içeriği arasında düşünsel bir bağın bulunması şartıyla basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilecektir. Zira fikrimizce, kadın cinayetleri söz konusu olduğunda bu haberi öğrenmekte kamu yararı, toplumsal ilgi ve güncellik unsurları her durumda mevcuttur. Basın özgürlüğü kapsamında yer alacağını ifade ettiğimize göre, hem basının haber verme, bilgilendirme hakkı hem de kişilerin bu hususta haber alma hakkının bu kapsamda yer aldığı söylenebilir.

Kadın cinayetlerinde hükümlünün unutulma hakkına sahip olup olmadığının belirlenmesinde, bu hakkı oluşturan bilgi ve zaman unsuruna göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Basın özgürlüğü kapsamındaki açıklamalarımızda ifade ettiğimiz üzere kadın cinayetlerinde habere konu olan bilginin yayılması, basın araçlarında yer alması hukuka uygundur. Zaman unsuru ise başlangıçta hukuka uygun olarak yayılan bilginin aradan geçen zamanla birlikte ya güncelliğini ya da toplumsal ilgiyi kaybetmesini ifade eder.

Unutulma hakkının genel anlamda en çok uygulama alanı bulabileceği konu aslında cezası infaz edilen bir hükümlünün aradan geçen zaman neticesinde kendisine yeni bir yaşam kurması ve temiz bir sayfa açarak kendi maddi ve manevi varlığını ve gelişimini sağlamasıdır. Bununla birlikte, unutulma hakkının mutlak bir hak olmadığına altını önemle tekrar çizmek isteriz. Bu sebeple her bir somut olay bakımından değerlendirme yapılacaktır.

Kadın cinayetlerinde failin unutulma hakkını kullanmasının mümkün olması gerektiği, zira unutulma hakkının kullanılmasıyla sadece “insan öldürme” fiili ile hükümlünün şahsı arasındaki bağlantının (çoğunlukla dijital ortamlardan) kaldırıldığı ileri sürülebilir. Buna karşılık fikrimizce, her geçen yıl sayıları katlanarak artan ve içinde bulunduğumuz dönemde neredeyse her gün bir kadının katledildiği haberin basında yer aldığı gerçeği göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Kadın cinayetlerinin önüne geçebilmesi için gerekli olan toplumun tümüne yayılmış bir farkındalık ve en önemlisi toplumdaki zihniyetin değişebilmesi için sadece hükümlü ile olay arasındaki bağlantının ortadan kaldırıldığı ileri sürülerek unutulma hakkının kullanılması mümkün kılınmamalıdır. Bu noktada, çatışan iki yarar olan kamu yararı ve özel yarar karşı karşıyadır. AYM’nin kriterleri doğrultusunda yukarıda yapılan değerlendirmeye göre de unutulma hakkının kullanılmamasında, “hatırlanmasında” kamunun üstün yararı vardır. Kadın cinayetlerine ilişkin haberlerin AYM kararında yer alan kriterlerden haberin kamu yararına katkısı, toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği fikrimizce her daim vardır.

Kadın cinayetlerinde, aradan zamanın geçmesiyle toplumsal ilginin ortadan kalktığı, kamu yararının bulunmadığı fikrimizce ileri sürülemez. Bilakis mesele her daim güncelliğini koruduğundan kamunun bu cinayetlerin unutulmamasında yararı vardır.

Gerek fiziksel gerekse dijital ortamlardaki gazete arşivleri üzerinden örnek vermek gerekirse bunlar, bir toplumun hafızasını oluşturur. Kadın cinayetleri ise sadece katledilen kadınla sınırlı kalmadan ve ayırım yapmadan toplumun tümünü ilgilendiren bir mesele olduğu için burada hükümlünün kişilik hakkı, kişisel verileri ve bu bağlamda unutulma hakkını kullanmak istemesi söz konusu olmamalıdır.

Kadın cinayetlerinin bu kadar sık bir şekilde karşımıza çıkması olgusunun ortadan kalkması, toplumun tümünde gerçekleşmesi gereken bir zihniyet değişikliğini gerektirdiğinden, gerçekleşmiş olan olayın, basında yer alan haber vasıtasıyla hatırlanmasında kamunun üstün yararı bulunmaktadır. Burada fikrimizce, kadın cinayetlerinde unutulma hakkı ile kamunun bilgi alma hakkı ve basın özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde kamunun bilgi alması ve basın özgürlüğüne üstünlük tanınmalıdır. Bu aynı zamanda kamu vicdanının da bir gereğidir. Kadın cinayetleri ülkemizde bir sorun olmaktan çıkana dek unutulma hakkından değil, “unutulmama” hakkından söz etmek isabetli olacaktır.

SONUÇ

Yeni gelişen ve dinamik bir hukuk dalı olan kişisel verilerin korunması hukukunda unutulma hakkı, her geçen gün dikkatleri üzerine çeken yeni kuşak haklardandır. Kişinin geçmişte yaşadığı, olumsuz ve artık hatırlanmasını istemediği bir olayın etkilerini bugün de taşıyor olabilir. Zira içerisinde bulunduğumuz teknoloji çağı insan doğasının ve hafızasının aksine “unutmamak” üzerine kuruludur. İnternet ortamında yer alan bir veri sonsuza kadar orda kalmak potansiyeline sahip olduğundan kişinin yaşamında unutulma hakkı çok önemli bir fonksiyon üstlenmektedir.

Yeni gelişen bir hak olduğu için unutulma hakkının kapsamı, sınırları, uygulanma şartları zaman içerisinde bir sistematik kazanabilecektir. İçinde bulunduğumuz durum itibarıyla yargı kararları ve doktrin ışığında unutulma hakkının gelişim gösterdiği görülür. Bu sebeple unutulma hakkı ile farklı bir hak çatıştığında menfaat dengesinin sağlanması önemli bir değerlendirmeyi gerektirir.

Unutulma hakkı, sadece geçmişte işlenen suçların infazından sonra cezasını çeken hükümlünün topluma karışması ve hayatına devam edebilmesi ile ilgili değildir. Artık

güncelliğini kaybeden, öğrenilmesinde kamunun yararı bulunmayan ya da başlangıçta var olan kamu yararının zamanın geçmesiyle ortadan kalktığı durumlarda da söz konusu olabilir. Çalışmamız bakımından kadın cinayetlerindeki hükümlünün unutulma hakkı ile ilgili değerlendirmelerde bulunduk; çünkü kadın cinayetleri, son yıllarda niceliksel bir patlama yaşamaktadır. Konu, üzerinde önemle durulup dikkat çekilmeye muhtaçtır.

Kadın cinayetlerinde hükümlünün unutulma hakkının bulunup bulunmadığının kavramsal olarak temellendirilebilmesi için kişilik hakkı, basın özgürlüğü, kamunun haber alma hakkı, unutulma hakkı birlikte değerlendirilmiştir. Unutulma hakkı ile başka bir hak karşı karşıya geldiğinde menfaat dengesinin sağlanabilmesi için bu belirlemenin yapılması elzemdir. Kişilik hakkının aksine unutulma hakkı mutlak bir hak değildir. Bu da çatışan yararların hangisine üstünlük verileceğinin tespitinde önemli bir rol oynar. Hukukumuz bakımından yapılacak değerlendirmede AYM'nin kararında belirlediği kriterler de önem taşır. AYM'nin belirlediği kriterler bakımından özellikle, güncelliğini yitirmemesi, haberin geleceğe ışık tutan niteliği sebebiyle kamu yararına katkısı ve toplumun ilgili veriye yönelik ilgisi kadın cinayetlerinde unutulma hakkının bulunup bulunmadığının tespitinde önemlidir.

Bu bilgiler ışığında yapılan bir değerlendirmeye fikrimizce, kamunun haber alma, bilgiye ulaşma hakkı; kadın cinayetlerinde hükümlüye unutulma hakkı tanınmasına üstün tutulmalıdır. Toplumumuzdaki bu yara kapanana, bu cinayetlerin önüne geçilene dek toplumsal bir farkındalığın oluşmasında kamunun bu bilgilere, haberlere erişmesi önemlidir. Ayrıca kadın cinayetlerine ilişkin haberler gerek dijital olmayan gerekse dijital ortamlarda bulunsun, toplumsal hafızanın oluşmasında çok önemlidir. Burada, kadın cinayetlerinde hükümlünün unutulma hakkından ziyade, bu elim olayın hatırlanması, anısından ders çıkarılarak tekrarlanmaması yönünde yeni bir zihniyetin ve toplumsal anlayışın oluşmasına ihtiyacımız vardır.

KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
E.	: Esas Numarası
K.	: Karar Numarası
K.T.	: Karar Tarihi
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m.	: Madde
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
ss.	: Sayfadan sayfaya

KAYNAKÇA

Acabey, Mehmet Beşir: “Basın Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, S. 1-2, 2013, ss. 1-53.

Akgül, Aydın: “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: ‘Unutulma Hakkı’ ve AB Adalet Divanı’nın ‘Google Kararı’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 116, 2016, ss. 11-38.

Akipek, Jale Gural/ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C. I, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

Akkurt, Sinan Sami: “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’”, (Unutulma Hakkı), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, ss. 2605-2635.

Akkurt, Sinan Sami: “Kişisel Veri Kavramının Hukukî Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, (Kişisel Veri), Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 2, S. 1, 2020, ss. 20-32.

Akyüz Bilge, Canan: Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku’ndaki Görünümü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Ayan, Mehmet/ Ayan, Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

Aydos, Oğuz Sadık: “Basın Yolu ile Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat”. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2012, ss. 1-36.

Binat, Duygu: Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Saldırılarda Manevi Tazminat (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Buz, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

Casermeiro, Pablo Rando/ Hoeren, Thomas: “Konturen des „Rechts auf Vergessenwerden”. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 24, 2014, ss. 537-565.

Chelaru, Eugen/ Chelaru, Marius: “Right To Be Forgotten”, Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia, C. 16, S. 1, 2013, ss. 26-33.

Çekin, Mesut Serdar: Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Çelik, Yeşim: “Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 32, 2017, ss. 391-410.

Doğan, Pınar Bahar: “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”. Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 2014, ss. 476-493.

Dönmezer, Sulhi/ Bayraktar, Köksal: Basın Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku C. 2, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Duttge, Gunnar: “Recht auf Datenschutz?”, Der Staat, C. 36, S. 2, 1997, ss. 281-308.

Dülger, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2020.

Elmalıca, Hasan: “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, ss. 1603-1636.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Esendal, Nihan: Basın Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.

Gülener, Serdar: “Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak ‘Unutulma Hakkı’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2012, ss. 219-240.

Günay, Buket: Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

Haag, Kurt: Der Haftpflichtprozess, 28. Baskı, C. H. Beck, München, 2020.

Hatemi, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Holznagel, Bernd/ Hartmann, Sarah: “Das „Recht auf Vergessenwerden” als Reaktion auf ein grenzenloses Internet Entgrenzung der Kommunikation und Gegenbewegung”. Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, S. 4, 2016, ss. 217-288.

İçel, Kayıhan/ Ünver, Yener: Kitle İletişim Hukuku, 9. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

Kara Kılıçarslan, Seda: Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Karaman, Şebnem: Basın Özgürlüğünün Bir Sınırı Olarak Kişilik Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.

Kelly, Michael J./ Satola, David: “The Right To Be Forgotten”, University of Illinois Law Review, S. 1, 2017, ss. 1-64.

Kılıçoğlu, Ahmet: “Basın Özgürlüğünün Suistimali”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 3-4, 1993, ss. 385-388, (Basın Özgürlüğü).

Kılıçoğlu, Ahmet M: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, (Hukuksal Sorumluluk).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, (Borçlar Hukuku).

Klass, Nadine: “Das Recht auf Vergessen(-werden) und die Zeitlichkeit der Freiheit”, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, S. 4, 2020, ss. 265-352.

Küpelı, Ceren: “Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, 2016, ss. 229-238.

Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.

McGoldrick, Dominic: “Developments in The Right To Be Rorgotten”, Human Rights Law Review, C. 13, S. 4, 2013, ss. 761-776.

Nalbantoğlu, Seray: “Bir Temel Hak Olarak Unutulma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 34, 2018, ss. 583-605.

Nolte, Norbert: “Das Recht auf Vergessenwerden – mehr als nur ein Hype?”, Neue Juristische Wochenschrift, C. 67, S. 31, 2014, ss. 2225-2304.

Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 45. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

Peschke, Lutz: “‘The Web Never Forgets!’: Aspects of The Right To Be Forgotten”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, ss. 151-160.

Rosen, Jeffrey: “The Right To Be Forgotten”, Stanford Law Review Online, S. 64, 2011-2012, ss. 88-92.

Serozan, Rona: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 14, 1977, ss. 93–112.

Serozan, Rona: “Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği”, Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, ss. 559-563.

Serozan, Rona: “Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Mirasbırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları”, Nihal Uluocak’a Armağan, İÜHFM, 1999, ss. 311-317.

Soysal, Tamer: “Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 13, 2019, ss. 339-422.

Sözüer, Eren: Unutulma Hakkı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

Taştan, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Tok, Gökhan: İnternette Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020.

Turhan, Ayşe Melek: Kişiliğın Korunması ve Veri Koruma Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.

Tümay, Murat: “Kişilik Hakları ve Basın Hürriyeti Çatışmasında İfade Hürriyeti Dengesi”, Anayasa Yargısı, C. 33, S. 1, 2015, ss. 355-378.

Weber, Rolf H.: “The Right To Be Forgotten: More Than Pandora's Box”, Journal Of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, C. 2, S. 2, 2011, ss. 120-130.

Yavuz, Can: İnternet'teki Arama Sonuçlarından Kişisel Verilerin Kaldırılması Unutulma Hakkı, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Yıldırım, Canberk: “Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Kapsamında Unutulma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 93, S. 5, 2019, ss. 60-72.

Yıldız, Tuba: Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Yılmaz, Çiğdem: Kişiliğin Korunmasında Unutulma Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Yılmaz, Sabire Senem: “Kişisel Verilerin Korunması Regülasyonu ve Unutulma Hakkı”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 5, 2018, ss. 187-193.

Zevkliler, Aydın/ Ertaş, Şeref/ Havutcu, Ayşe/ Gürpınar, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ROMA VE TÜRK HUKUKUNDA İSTİHKAK DAVASI

(*REI VINDICATIO*)

Av. Aybüke ÖZDAĞ*

ÖZET

Mülkiyet hakkı, tarihsel gelişimi oldukça eskilere dayanan ve günümüzde de varlığını sürdürmeye devam eden, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir ayni haktır. Bu nitelikler, hukuk sistemlerini mülkiyet hakkını doğrudan hedef alan saldırılara karşı maliki koruyucu davalar düzenlemeye itmiştir. Bu doğrultuda, Kıta Avrupası hukuk sisteminde benimsenen ve hala günümüz hukukuna yol gösteren Roma hukukunda bu korumayı sağlayan en temel davalardan biri *rei vindicatio* olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk hukukunda ise istihkak davası, aynı amaç çerçevesinde şekillenmesi sebebiyle *rei vindicatio* ile büyük ölçüde benzerlik barındırmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyet, Mülkiyetin Korunması, *Rei Vindicatio*, İstihkak Davası, Roma Hukuku, Türk Hukuku.

ACTION OF REPLEVIN IN ROMAN AND TURKISH LAW

(*REI VINDICATIO*)

ABSTRACT

The property right is an absolute entitlement and its historical development dates back to ancient times. It can be enforceable against anybody who infringes this right. Due to its qualities, legal systems brought protective regulations for the benefit of ownerships against the infringements targeting directly the property right. In fact, one of the most known cases that provides this protection kind of in Roman law, which has quotation in the Continental European

* Avukat, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, info@aybukeozdag.av.tr, ORCID ID: 0000-0002-4034-6327.

legal system and still guides the modern law, is the *rei vindicatio*. In Turkish law, the action of replevin has similarities and differences with the *rei vindicatio*, since it is regulated within the framework of the same purpose.

Keywords: The Property Right, Protection of Property, *Rei Vindicatio*, Action of Replevin, Roman Law, Turkish Law.

GİRİŞ

Yaklaşık üç bin yıl önce Roma İmparatorluğu içinde oluşan ve gelişen bir hukuk sistemi olan Roma hukuku bugün “Batı kültürü” dediğimiz kültürün bir parçası olarak, Batı Avrupa ülkelerinde uygulanan hukuklara bir temel teşkil etmektedir. Roma hukuku tarih içinde, birçok ülkede çeşitli toplumsal, siyasal, kültürel ve hatta dinsel etkenlerin yol açtığı direnmelerle karşılaşmıştır. Bununla birlikte, Avrupa ülkelerinin bölgesel ve ulusal özelliklerine rağmen, hiçbir Avrupa ülkesinden bütünüyle sökülüp atılamamıştır¹. Bu bağlamda, Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan Türk hukukunda da Roma hukukunun yansımalarını görmek mümkündür. Bu çalışmada, Roma eşya hukukundaki “*rei vindicatio*” ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Eşya Hukuku başlıklı dördüncü kitabında yer alan istihkak davası karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılmıştır.

I. ROMA HUKUKUNDA *REI VINDICATIO*

A. GENEL OLARAK

Mülkiyet hakkı, hak sahibine eşya üzerinde kullanma (*usus*), yararlanma (*fructus*) ve tasarruf etme (*abusus*) yetkisi veren; herkese karşı ileri sürülebilen bir ayni haktır. Ancak Roma hukukunda “mülkiyet” kişinin Roma vatandaşı olup olmamasına göre farklı düzenlemelere konu olmuştu. Bunlardan biri *Quirites* mülkiyeti (*dominium ex iure Quiritium*), diğeri ise *praetor* mülkiyeti (*in bonis esse* veya *in bonis habere*)³⁶⁶.

¹ Güneş Ceylan, Seldağ: Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2004, s. 2.

³⁶⁶ Erdoğan, Belgin: Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 41.

Quirites mülkiyeti, Roma vatandaşlarının *Ius Civile*'ye göre, *res nec mancipi*'ler ile yalnızca İtalya arazisindeki (*fundus Italicus*) *res mancipi*'ler³⁶⁷ üzerinde kurduğu mülkiyeti.

Roma vatandaşı olmayan yabancılar ise *Ius Civile*'ye göre mülkiyet iktisap edemediklerinden zilyetliklerinde bulundukları malların maliki olmak için *praetor* mülkiyetine (*ius gentium, ius praetorium, ius honorarium*) başvuruyordu. Çünkü "*Praetor hukuku, Ius Civile'yi hem tamamlayarak hem de düzelterek onun boşluklarını doldurmak amacıyla genelin yararı için praetor'lar tarafından çıkarılan hukuktur...*"³⁶⁸.

Roma hukukunda *Quirites* mülkiyetine sahip olan malik, mülkiyetten doğan yetkilerini ihlal edenlere karşı korunurdu; bu sebeptir ki, kendisine ait bir malın zilyetliğini haksız olarak elinde bulunduran ve kendi malından yararlanmasına engel olan kişiye karşı istihkak davası (*rei vindicatio*) açardı³⁶⁹. Bu dava, zilyet olmayan malikin malik olmayan zilyede karşı açtığı dava olarak da tanımlanabilirdi³⁷⁰.

B. DAVANIN AMACI

Rei vindicatio'nun amacı, mülkiyet hakkının tespiti ve malın zilyetliğinin geri alınmasına yöneliktir. Dolayısıyla, bu davanın temeli malik ile zilyet arasında mevcut olan bir hukuki ilişkiyi değil; malikin malı üzerinde sahip olduğu hakimiyeti ve her ayni davada olduğu gibi malı takip ederdi³⁷¹.

³⁶⁷ *Res mancipi* grubu: Roma ziraat hayatına yarayan bütün taşınır ve taşınmaz eşyayı ihtiva ederdi: İtalya arazisi, köleler, binalar, çiftlik hayvanları vb. ziraat ve iktisadi hayatın zaruri elemanlarını teşkil eden eşyalar *res mancipi*'ydi.

Res nec mancipi grubuna ise *mancipi* olmayan bütün eşyalar dahildi: Eyaletlerdeki arazi, koyun ve keçi, para *res nec mancipi* eşyalardandı. *Res nec mancipi*'ler ziraat hayatı ile yakından ilgili olmadığından Romalılarca daha az kıymetli şeylerdi.

Res mancipi'ler, belli tören ve şekil şartına bağlı bir tasarruf işlemi olan *mancipatio* yani, en eski şekliyle satış sözleşmesi ile bir diğer Roma vatandaşına devredilirdi. *Res nec mancipi*'ler ise *traditio* ile devredilirdi. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Koschaker, Paul/ Ayiter Kudret**: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977, s. 112; **Berki, Şakir**: Roma'da Ayni Haklar (*Jus Rerum*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1-4, 1948, s. 325.

³⁶⁸ D. 1.1.7.1 (Papinianus).

³⁶⁹ **Umur, Ziya**: Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 85.

³⁷⁰ **Koçhisarlıoğlu, Cengiz/ Söğütü, Özlem**: Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 193.

³⁷¹ **Erdoğan**, s. 95-96.

C. DAVANIN TARAFLARI VE İSPAT KÜLFETİ

Roma hukukunda hakkının ihlal edildiğini ileri süren davacı tarafa *actor*, kendisine karşı hak ihlal ettiği ileri sürülen davalı tarafa ise *reus* denirdi³⁷². *Rei vindicatio*'da *actor*, davanın başladığı anda (*litis contestatio*) mal üzerinde hak sahibi olan malikti³⁷³.

Davalı taraf (*reus*) ise, önceleri sadece zilyetliği elinde bulduran *possessio*'lar olabiliyorken *detentor*'ların (*Animus* yani malı, kendi malıymışçasına elinde bulundurma niyeti olmaksızın elinde bulduran kimse, vazüyet³⁷⁴, *naturalis possessio*'ların) bu dava ile takip edilmesi mümkün değildi. Eğer *detentor*, malı malikle arasındaki hukuki ilişki sebebiyle elinde bulunduruyorsa bu hukuki ilişkiden doğan davanın tarafı olabilir veya *detentor*, malı üçüncü kişiden almışsa bu üçüncü kişinin davada belirtilmesi gerekirdi. Böyle bir ayrıma gidilmesindeki sebep, *possessio*'ların fiili hakimiyetlerinde bulundurdukları malın korunmasından sağlayacağı yararın ve imkanın *detentor*'lara göre daha fazla olmasıydı.

Detentor'ların da *rei vindicatio*'da davalı taraf haline gelebilmesi, klasik hukuk döneminin sonunu bulmuştur. Böylelikle, *detentor*'ların tek taraflı iradeyle zilyet haline geldiklerini düşünmek mümkündür³⁷⁵.

Iustinianus hukukunda ise farazi zilyet (*ficti possessores*) olan kişiler yani, kötüniyetli olarak davadan kurtulmak için malı elinden çıkaran kimse ile mal kendisinde bulunmadığı halde üçüncü bir kişiyi davadan kurtarmak için malın kendisinde bulunduğunu söyleyerek davalı sıfatını alan kimse; gerçekte malın zilyedi olmasa dahi *rei vindicatio* davasında *reus* olabilmekteydi. Ancak bu iki halde *rei vindicatio*'nun aynı dava olma niteliğini kaybettiği açıktı, zira bu gibi davalıların malı aynen iadesi mümkün değildi. Bu davalılar ancak nakdi tazminata mahkum edilebilirdi³⁷⁶.

Herkesin iddiasını ispatla yükümlü olduğu kuralı gereği, *actor* mal üzerinde *Quirites* mülkiyetine sahip olduğunu ispat etmek zorundaydı. Malı devraldığı kimsenin yardımını istemek veya malı zamanaşımı ile iktisap ettiğini ya da diğer bir iktisap yolunu kanıtlamak

³⁷² Karakocalı, Ahmet: Roma Hukukunda İstihkak Davası (*Rei Vindicatio*), YÖK Ulusal Tez Merkezi, 2006, s. 36.

³⁷³ Koschaker, s. 158.

³⁷⁴ Özdemir Türkoğlu, Gökçe: Roma Hukukunda *Actio de Peculio*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, s. 110.

³⁷⁵ Erdoğan, s. 97.

³⁷⁶ Erdoğan, s. 97.

suretiyle kendisine düşen ispat külfetini yerine getirirdi. İspat külfeti *actor*'da olduğu için *reus*, dava sonuçlanıncaya kadar zilyetliğini korur ve *actor* iddiasını ispat edemezse malı elinde bulundurmaya devam ederdi³⁷⁷. Türk hukukundaki istihkak davası ile *rei vindicatio* arasındaki önemli bir fark da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. *Rei vindicatio*'da mülkiyet hakkının ispatı oldukça zor olmasına rağmen, istihkak davasında davacıya düşen bu yük daha hafiftir. Bunun nedeni, Roma hukukunda mülkiyet karinelerinin kabul edilmemiş olmasıdır³⁷⁸.

D. DEF'İ VE SAVUNMALAR

Roma hukukunda def'i (*exceptio*), *formula* yargılamasında *praetor*'ların *Ius Civile*'nin katı kuralları karşısında getirdikleri en önemli koruma araçlarından biriydi. Def'iler sayesinde davalının haksız yere mahkum edilmesi önlenirdi³⁷⁹. Çünkü *formula* yargılamasında esas olan davacının ortaya attığı iddialardı ve davalının ileri sürdüğü def'iler ile bu iddiaların değerlendirilmesine imkan tanınmadan davanın usulden reddini sağladığı için *exceptio*, *formula*'nın istisnai kısmını oluşturmaktaydı.

Bir Roma vatandaşı bir diğerine *res mancipi* sattığında bu malı sadece teslim ederse karşı taraf *Ius Civile*'ye göre mülkiyet iktisap edemezdi. Ancak bu kimse belli şartlar altında ve belli bir zaman o malın zilyedi kalırsa *Quirites* mülkiyetini zamanaşımı (*usucapio*) ile elde ederdi. Bu süre geçmeden satıcı, mal satıldığı ve bedeli de alındığı halde, *rei vindicatio* açarak malını geri alabilirdi³⁸⁰. Burada artık *actor*'un iyiniyetinden söz etmek mümkün değildir. Bu sebeple hakkaniyet gereği böyle bir durumla karşı karşıya kalan *reus*, satılmış ve teslim alınmış mal def'i (*exceptio rei venditae et traditae*) ileri sürebilirdi³⁸¹. Elbette, *reus* da bu hallerde karşı iddialarını ispatla yükümlüydü³⁸².

³⁷⁷ Bkz. **Erdoğan**, s. 96.

³⁷⁸ **Karakocalı**, s. 62.

³⁷⁹ **Karakocalı**, s. 65.

³⁸⁰ Bkz. **Koschaker**, s. 119.

³⁸¹ . D. 21.3.3. Bir *res mancipi* malı *Ius Civile*'deki şekil şartlarına aykırı olarak satın ve teslim alan kimse, *Quirites* mülkiyetini *usucapio* ile kazanana kadar o malın maliki sayılmazdı. Ancak *praetor* hukuku, kişinin iyiniyetini (*bona fides*), *exceptio rei venditae et traditae* ile koruma altına almıştı. Bu sayede iyiniyetli zilyet, *usucapio* süresi içerisinde açılan *rei vindicatio*'da davacıya karşı ileri sürdüğü satılmış ve teslim alınmış mal def'i ile malik olmanın verdiği tam korumadan faydalanabilmekte ve malı elinde bulundurmaya devam edebilmekteydi: **Mousourakis, George**: The Law of Property, Fundamentals of Roman Private Law, Springer, University of Auckland, Auckland, 2012, s. 127.

³⁸² **Erdoğan**, s. 97.

Rei vindicatio ile davalının sahip olabileceği bir diğer def'i ise uzun zaman def'idir (*praescriptio longi temporis*)³⁸³. Davacı, kazandırıcı zamanaşımı ile malik olduğunu ispat edebilme olanağına sahip olduğu gibi, davalı da aynı olanağa sahipti. Bu def'i olanağından sadece iyiniyetli zilyetler³⁸⁴ yararlanırdı ve kazandırıcı zamanaşımında geçerli olan süreler burada da geçerliydi³⁸⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, davacının aynı eşyayı ve tarafları konu alan ikinci bir *rei vindicatio* davası açması halinde davalı tarafından kesin hüküm def'i (*exceptio rei iudicatae*) ileri sürülerek davanın usulden reddi sağlanırdı. Çünkü aynı taraflar, aynı uyuşmazlık konusunda ikinci kez dava açamazdı (*bis de aedem re ne sit actio*)³⁸⁶.

³⁸³ *Praescriptio longi temporis*, *usucapio*'ya benzetmekle birlikte *Ius Civile*'ye göre *usucapio* ile mülkiyetin iktisap edilemediği arazilerde ileri sürülebilen bir def'iydi. Bu def'iyi ileri sürebilmek için davalının araziye teslim aldıktan sonra davacı ile aynı bölgedeyseniz 10; farklı bölgedeyseniz 20 yıldır geçerli bir hukuki sebebe (*causa*'ya) dayanarak malı iyiniyetli (*bona fides*) zilyetliğinde bulundurduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Daha sonraları bu def'i, davacıya da *rei vindicatio*'da kaybettiği malın *Quirites* mülkiyetini kazanmış olduğunu ispatlama imkanı sunmaya başladı. Bu sebeple, Iustinianus döneminde her iki kavram bir araya getirilerek *usucapio res nec mancipi*'lere; *praescriptio longi temporis* ise *res mancipi*'lere uygulanabilen kazandırıcı zamanaşımı vasıtaları oldu: **Berger, Adolf**: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Library of Congress Catalog, Philadelphia, 1991, s. 645.

³⁸⁴ *İyiniyetli zilyet, zilyet olma hususunda bir hakkı bulunmadığı hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermiş olmasına rağmen bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen zilyettir*: **Akipek, G. Jale/ Akıntürk, Turgut**: Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 211.

³⁸⁵ **Karakocalı**, s. 67.

³⁸⁶ *Res iudicata*, çekişmeli durumun sona erdiği ve gerçeğin ortaya çıktığı anlamına gelir. *Praetor*'un önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta, kesin hüküm olup olmadığını *praetor*'un kendiliğinden mi değerlendireceği, yoksa davalının savunması üzerine kesin hüküm def'i mi tanyacağı, açılan davanın niteliğine göre değişmekteydi: Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir Türkoğlu, Gökçe**: Roma Medeni Usul Hukukunda *Formula* Yargılaması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005, s. 189.

İyiniyet, aynı şeyin iki kez talep edilmesine izin vermezdi (D. 50.17.57: "*Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur*"). Yani, önceki yargılamada ileri sürülen aynı iddiaların aynı taraflar için ikinci kez yargılamaya konu olması halinde artık davacının iyiniyetle hareket etmediğinden sebeple davalı taraf *exceptio rei iudicatae* ile davayı bertaraf etme hakkına sahipti. Çünkü kesinleşmiş bir hüküm zaten varolan gerçeği ifade ederdi (D. 1.5.25: "*res iudicata pro veritate accipitur*"). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Berger**, s. 460; s. 678.

E. DAVANIN SONUÇLARI

1. Dava Konusu Malın İadesi Bakımından

Rei vindicatio, davacının malik olduğu malın zilyetliğini tekrar elde edebilmesi amacını güttüğünden esas olan davacının malik olduğunun ispatı ve bu ispattan sonra malın iadesinin sağlanmasıydı. Bu amacın gerçekleştirilmesi için davacının elinde aynen iade kararının olması gerekirdi. Ancak aynı dava niteliğini haiz *rei vindicatio*'nun istisnası olarak Roma hukukunda Sistem Dışı Yargılama usulünün uygulanmasına kadar, aynen iadeye ilişkin bir kararın verilmediği görülür. Daha ziyade davacının iade talebi karşılığında bir miktar paraya hükmedilmekte ve bu sebeple, *rei vindicatio* davacıyı gerektiği gibi koruyamamaktaydı. Bu nedenle, *formula*'nın *condemnatio*'suna "*clausula arbitraria*" eklenirdi. Eklenen bu kayda "seçmelik (muhayyerlik) şartı" denirdi. Burada hakime davalıyı öncelikle dava konusu malı iade etmesine aksi takdirde, takdir edilecek paraya mahkum etmesi gerektiği belirtilirdi. Yani, bu *clausula arbitraria* ile davalının seçimine sunulan iki durum vardı; bunlar malın aynen iadesi, kabul etmezse takdir edilen paraydı. Davalının aynen iade emrine uyma gibi bir yükümlülüğü bulunmadığından bu konuda keyfi hareket etmesi mümkündü. Yani davalının bu emre uymaması durumunda mahkûmiyet yine parasal olurdu³⁸⁷.

Davalının bu konudaki keyfiyetine karşı sınırlandırıcı bir düzenleme olarak malın değeri, dürüst hareket edeceğine dair yemin ettirilerek (*iusiurandum ad litem*) davacı tarafından tespit edilirdi ve hakim, davalıyı aynen iadeye zorlamak için davacının belirlediği miktarda paraya mahkum ederdi. Bu, çoğu zaman davalının işine gelmezdi ve aynen iadeyi kabul ederdi³⁸⁸.

Belirtmek gerekir ki, Sistem Dışı Yargılama ile malın aynen iadesi söz konusu olabildi. Roma icra usullerinin şahıs varlığından malvarlığına doğru gösterdiği gelişim sürecinin son aşaması, Sistem Dışı Yargılamaydı. Bu yargılamanın icra usulünde kişinin şahsi bütünlüğüne müdahale edilmez, ancak malvarlığına müdahale edilebilirdi³⁸⁹. Sistem Dışı Yargılamada verilen aynen iade kararının gereğinin yerine getirilmesi için davayı kazanmış olan davacı, bir

³⁸⁷ Karakocalı, s. 84.

³⁸⁸ Karakocalı, s. 84; Erdoğan, s. 98.

³⁸⁹ Özdemir Türkoğlu, Gökçe: Roma İcra Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, s. 128-129.

icra davası niteliğinde olan *actio iudicati*'yi açarak devlet organları aracılığıyla kararın icrasını sağlayabilirdi³⁹⁰.

2. Dava Konusu Mala Gelen Zararlar Bakımından

Sorumluluk (*causa*) ve kusur (*culpa*), Roma hukukunda dönemlere göre farklı esaslarla ele alınmıştı. *Culpa*, klasik hukuk döneminde mevcut olmakla birlikte, genel bir kriter haline dönüşmemişti; buna karşın, Iustinianus döneminde ise: “*culpa lata* (ağır ihmal)”, “*culpa levis* (hafif ihmal)” ve “*culpa in concreto* (somut ölçü)” olarak üç farklı biçimde karşımıza çıkmaktaydı³⁹¹.

Sorumluluğun belirlenmesinde malın parça borcu ya da cins borcu doğuran bir mal olması önemli bir etkiye sahipti. Çünkü kusursuz imkansızlık halinde ortada parça borcu varsa sorumluluk söz konusu olmazken cins borcu varsa sorumluluk kabul edilirdi.

Dava konusu malın yok olması ya da zarar görmesi gibi bir durumda davalı zilyedin sorumluluğu iyiniyetli olup olmamasına ve zarar verici olayın *litis contestatio*'dan önce gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılarak belirlenirdi. *Litis contestatio*'dan önce yok olan veya zarara uğrayan mallar bakımından iyiniyetli zilyedin sorumluluğu kabul edilmezken kötüniyetli zilyetler ise zararın ortaya çıkmasındaki kasıt veya ihmallerinden sorumlu tutulurlardı. *Litis contestatio*'nun yapılmasından sonra yok olan veya zarara uğrayan mallar bakımından ise iyiniyetli zilyetlerin zararın ortaya çıkmasındaki kasıt veya ihmallerinden kötüniyetli zilyetlerin ise bunlara ilave olarak *causus*'tan da sorumlu olduğu kabul edilirdi³⁹².

³⁹⁰ Karakocalı, s. 85.

³⁹¹ *Culpa*, hukuka aykırı bir niyet olmadan, gerekli irade kuvveti bulunmaması sebebi ile meydana gelen kusurdur. Mesela: Bir malı ödünç olarak muhafaza eden kimse onu bir yere kapatmadan, ortada bıraktığında malın çalınması hali.

a. *Culpa lata*: Herkesin anladığı bir şeye dikkat etmemek, yani en alelade dikkatin ihmâl edilmesi.

b. *Culpa levis*: Burada da objektif bir ölçü vardır. İyi bir aile babasının (*diligens paterfamilias*) aynı durumda ne yapacağı sorulur. Bu ölçüye göre hareket edilemezse kusur var demektir.

c. *Culpa in concreto*'da (kendi işlerinde gerekli olan özeni göstermeyen kimsenin hafif ihmalinde) sübjektif bir ölçü tatbik edilir. Burada borçlu, kendi işlerinde göstereceği ihmâlden

daha fazla ihmâl gösterdiği takdirde sorumludur: Ayrıntılı bilgi için bkz. Koschaker, s. 196; Zilelioğlu, Hilal: Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1, 1987, s. 243.

³⁹² D. 6.1.15.3.: “*Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitior si accepisset, moram passo debere praestari.*” Yani, dava zilyedin kusuru olmaksızın ölen bir köle ya da hayvana ilişkin ise davacının mal

3. Dava Konusu Malın Semereleri Bakımından

Litis contestatio'dan önce davalının maldan elde ettiği ve semere (*fructus*) iktisabı kurallarına göre davacıya ait olduğu saptanan semereler ana mal için açılan *rei vindicatio* veya ayrı bir *rei vindicatio* ile geri istenebiliyordu³⁹³. *Rei vindicatio*'da geri istenebilen yalnızca doğal semereler (*fructus naturalis*) yani, arsa ya da hayvan gibi mülkiyetin konusunu oluşturan mallardan elde edilen ürünler olup hukuki semereler (*fructus civiles*) bu kapsama dahil edilmemişti. Çünkü hukuki semereler, borçlar hukukunun konusunu oluşturmaktaydı.

Klasik hukuk ve Iustinianus dönemleri, semerelerin iadesi bakımından farklı sorumluluk esaslarına gidilmiştir:

a. Klasik hukuk döneminde iyiniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan önce elde ettiği ve tükettiği semereleri iade ile sorumlu değildi. Iustinianus döneminde ise iyiniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan önce tükettiği semereleri değil ancak elinde olan semereleri iade ile sorumluydu.

b. Klasik hukuk döneminde ve Iustinianus döneminde, iyiniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan sonra elde ettiği ve tükettiği semereleri iade ile sorumluydu.

c. Klasik hukuk ve Iustinianus dönemlerinde kötüniyetli zilyet, *litis contestatio*'dan önce veya sonra elde ettiği ve tükettiği tüm semerelerden sorumluydu.

d. Iustinianus döneminde kötüniyetli zilyet, elde etmeyi ihmal eylediği semerelerden de sorumlu olarak kabul edilmişti³⁹⁴.

Elde edilen *fructus naturalis*'in maldan yararlanan kişi tarafından tüketilip tüketilmediği hususu, davacının açabileceği davalar bakımından önem arz etmekteydi. Çünkü tüketilmeyen semereler için ayrı bir *rei vindicatio* davası açılabilirken tüketilen semereler için sebepsiz zenginleşme davası (*condictio*) açmak gerekmekteydi. Ancak belirtmek gerekir ki, semerelerin tüketilip tüketilmediğine bakılmaksızın doğrudan vekaletsiz iş görmeden doğan dava (*negotiorum gestio*) da açmak mümkündü.

kendisinde olup satmak niyetinde olsaydı satıcının temerrüdü söz konusu olacağı için davalı zilyedin bundan doğan sorumluluğundan söz edilmiştir. **Karakocalı**, s. 87-88; **Erdoğan**, s. 99.

³⁹³ **Erdoğan**, s. 99.

³⁹⁴ **Karakocalı**, s. 92-93.

4. Davalının Yaptığı Masraflar Bakımından

Masraflar (*impensae*), üçüncü kişinin mal için harcadığı para; yapmış olduğu zorunlu (*necessariae*), yararlı (*utiles*) veya lüks (*voluptariae*) harcamalardır. Ancak bu sınıflandırmalar, masrafların ana sınıflandırmaları değildir. Burada önemli olan, yapılan masrafların malikin malını ne yönde etkileyerek malike ne kazandırdığıdır³⁹⁵.

Zorunlu masraflar (*impensae necessariae*), malın bakımı; muhafazasını sağlamak; kötüleşmesini veya yok olmasını önlemek için yapılan masraflardır: atın beslenmesi, tedavi ettirilmesi, binanın tamiri gibi.

Yararlı masraflar (*impensae utiles*), malın değerini objektif olarak arttıran; malın üretim ve satış değerini yükselten giderlerdir: bir araziye bina yapılması, köleye Latince öğretilmesi gibi.

Lüks masraflar (*impensae voluptariae*) ise, kişisel zevklere göre yapılmış; malı güzelleştiren evin bahçesine yapılan fiskiye, dikilen şimşir ağaçları, duvarlara çizilen resimler gibi masraflardır.

Davacı, zorunlu ve yararlı masrafları hem iyiniyetli davalıya hem de Iustinianus döneminden sonra kötüniyetli davalıya ödemek zorundaydı. Bu doğrultuda davalı, masrafları yaparken malik olduğu düşüncesiyle hareket ettiği takdirde sahip olduğu hapis hakkını (*ius retentionis*) en geç *litis contestatio*'ya kadar bir hile def'i yani, *exceptio doli generalis*³⁹⁶ vasıtasıyla ileri sürerse masraflar kendine ödeninceye kadar malı iade etmezdi. Ancak davalının kişisel istekleri doğrultusunda yapılmış olan lüks masraflar, davacı tarafından tazmin edilmezdi. Bu sebeple, Iustinianus döneminde ister iyiniyetli ister değil tüm zilyetler, dava konusu mala yaptıkları masraf niteliğindeki eklentileri mala zarar vermemek şartıyla söküp

³⁹⁵ Bkz. **Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983, s. 83.

³⁹⁶ Hilenin etkisi ile yapılan hukuki işlemler *Ius Civile*'ye göre geçerli olarak kalırdı ve bu dönemlerde hile henüz bir irade sakatlığı sebebi olarak düzenlenmemişti. Ancak Cumhuriyet Döneminin sonlarında *exceptio doli*'nin tanınmasıyla hile sonucu aldatılarak bir hukuki işlem yapan kişi, eğer bu hukuki işlemde doğan borcunu henüz yerine getirmemişse hile def'inden yararlanabilmekteydi. Bu kimse, karşı tarafın açtığı davada kandırılarak bu işlemi yaptığını *exceptio doli* ileri sürerek ve bunu ispatlayarak mahkûm olmaktan kurtulabilirdi. Bu sebeple, malikin masrafları tazmin etmeye hazır olmadan davayı açmasının da bir *dolus* olduğu kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkmaz Sayın, S. Bengi:** Roma Hukukunda Hile (*Dolus*) Kavramı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2017, s. 434.

götürme hakkına (*ius tollendi*'ye) sahipti³⁹⁷. Meğerki, bu hakkın kullanılması yapılan masrafların ödenmesi suretiyle engellenmesin³⁹⁸. Daha sonraları, bu masrafların vekaletsiz iş görmeden doğan dava (*negotiorum gestio*) ile de ödenmesinin talep edilebileceği kabul edildi³⁹⁹.

Masrafların semerelerin hesaplanmasında da önemi vardı. Çünkü, “*Semereler, masraflar çıktıktan sonra geri kalandır.*”⁴⁰⁰. Kısacası, semereler masraflardan mahsup edilebilirdi. Burada sözü edilen masraf, semereler için yapılan masraflardı. Yani, yukarıda masraflara ilişkin yaptığımız sınıflandırma asıl mala ilişkinken bunun yanında semerelerin elde edilmesi için yapılan masraflar da vardı ve bu masraflar, semerelerin hesaplanmasında kullanılırdı⁴⁰¹.

II. TÜRK HUKUKUNDA İSTİHKAK DAVASI

A. GENEL OLARAK

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 683. maddenin birinci fıkrasında “mülkiyet”i tanımlarken Roma hukukundaki anlayışı benimseyerek: “*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*” demiştir. Taşınır mallarda bu yetkileri sağlayan unsur, o mal üzerindeki “zilyetlik” adı verilen fiili tasarrufken taşınmazlarda tapu siciline yapılan ve “tescil” adı verilen özel kayıttır. Bu sebeptendir ki, bir mal üzerinde aynı hakkın kazanılabilmesi için, kural olarak, taşınırlarda zilyetliğin elde edilmesi, taşınmazlarda ise hakkın tapuya tescili gerekir⁴⁰². Bu kuralın bir sonucu olarak Türk hukukunda malik; mülkiyet hakkından doğan yetkilerinin ihlal edilmesi halinde hem kamu hukuku, hem de özel hukuk karakterli kanunlarla güvence altına alınmıştır.

Mülkiyetin kamu hukuku karakterli korunmasını sağlayan kuralların başında Anayasa'nın temel haklardan saydığı 36. maddesinde yer alan “mülkiyet hakkı” ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “malvarlığına ilişkin suçlar” başlığı altında sıraladığı mülkiyet hakkına

³⁹⁷ D. 6. 1. 38.: “*Zilyedin, duvardaki alçıyı kazımasında veya resmi karalamasında, amacı yalnızca maliki rahatsız etmektir.*”

³⁹⁸ **Erdoğan**, s. 99.

³⁹⁹ **Özdemir Türkoğlu, Gökçe**: Roma ve Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (*Negotiorum Gestio*), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 64-65.

⁴⁰⁰ D. 5. 3. 36. 5.

⁴⁰¹ **Karakocalı**, s. 96.

⁴⁰² **Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami**: Medeni Hukuk, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 149.

yönelen hırsızlık, dolandırıcılık, yağmacılık, mala zarar verme gibi birtakım suç tipleri gelmektedir. Bunların yanı sıra, Türk Medeni Kanununun 683. maddesinin ikinci fıkrası: “Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.” hükmüyle maliki mülkiyet hakkından doğan ihlallere karşı istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davalarıyla da korumaktadır.

B. DAVANIN AMACI

Malik, eşyasının haksız olarak zilyetliğinden çıkarılmasına ya da başkası tarafından alıkonulmasına karşı istihkak davası ile korunur. Bu davada amaç, malike haklı bir sebep olmaksızın mülkiyetinden çıkarılan eşyanın mülkiyet hakkına dayanarak kendisine geri verilmesini sağlamaktır⁴⁰³. Dava, mülkiyet hakkını esas alması sebebiyle aynı davadır ve zamanaşımına uğramaz.

İstihkak davasına konu teşkil etme açısından taşınırlar ile taşınmazlar arasında fark yoktur. Ancak taşınırlarda zilyetliğin geri verilmesi (TMK madde 982) veya taşınır davası (TMK madde 989) açma imkanı bulunduğu sürece istihkak davası yerine bu davalar açılabilir. İstihkak davası, dava konusu eşya; malikin zilyetliğine daha önce hiç dahil olmamış ya da taşınır davasına ilişkin hak düşürücü süre geçmiş fakat zilyet için kazandırıcı zamanaşımı (TMK madde 777) şartları henüz gerçekleşmemişse açılır⁴⁰⁴ ve dava sonunda alınan ilamın icrasıyla malike eşyanın hakimiyetinin tekrar kazandırıldığı an, nihai amacına ulaşır.

Taşınmazlarda ise istihkak davasının fonksiyonunun yerine getirilmesinde tapu sicilinin düzeltilmesi veya elatmanın önlenmesi davalarından yararlanılır. Şöyle ki, TMK madde 992’ye göre, tapu sicili; kayıtlı malike dolaysız zilyetlik⁴⁰⁵ durumu sağladığı için malikin zilyetliği üçüncü kişi tarafından ancak saldırıya uğrarsa ihlal edilir. Böyle bir durumda da istihkak davası değil; elatmanın önlenmesi davası⁴⁰⁶’nın açılması gerekir. Fakat malikin tapudaki yolsuz tescil yüzünden sicilde hak sahibi olarak gözükmeyeceği hallerde ise önce tapu sicilinin düzeltilmesi

⁴⁰³ Akipek/ Akıntürk, s. 445.

⁴⁰⁴ Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku II Mülkiyet, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 41.

⁴⁰⁵ Dolaylı zilyetlik ve dolaysız zilyetlik ayrımı eşya üzerindeki fiili hakimiyetin kullanılış tarzından hareketle yapılmaktadır. TMK madde 975’e göre, dolaylı zilyetlik eşya üzerindeki fiili hakimiyetin bir başkası aracılığıyla kullanılması; dolaysız zilyetlik ise, eşya üzerindeki fiili hakimiyetin bir başkasının yardımına gerek duyulmadan doğrudan kullanılmasıdır. Bkz. Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 86.

⁴⁰⁶ Elatmanın önlenmesi, üçüncü kişilerin malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini gereği gibi kullanmasını engelleyen saldırılarını ortadan kaldırma amacıyla açılan bir davadır: Ayan: Mülkiyet, s. 144.

talep edilmeli, ardından istihkak davası açılmalıdır. Çünkü tapu sicilinin düzeltilmesi, tespit niteliğindedir ve sadece sicildeki kaydın düzeltilmesini sağlar. Ancak taşınmazın zilyetliğinin geri kazanılması, eda davası olan istihkak davası ile yerine getirileceğinden her iki talep için de ayrı ayrı veya birleştirilerek dava açılması, zaruridir⁴⁰⁷.

Son olarak belirtmek gerekir ki, zilyetliği bir hukuki işlem gereğince devredilmiş olan eşyaların iadesi, kural olarak eşyanın verilişine temel teşkil eden hukuki ilişkiden kaynaklanan davalarla sağlanır. Örneğin, kiralanmış, ödünç olarak verilmiş (TBK madde 334, 372 vd., 564 vd.) veya üzerinde intifa hakkı kurulmuş eşyaların geri alınmasında durum böyledir. Ancak bunlarla birlikte seçimlik olarak istihkak davası açılabileceği gibi eşyanın teslimine temel oluşturan hukuki ilişki geçerli değilse veya bu hukuki ilişkiden doğan talepler zamanaşımına uğramışsa da istihkak davasından yararlanılabilir. Buna karşılık, Türk hukukunda mülkiyetin devri sebebe bağlı olduğundan istihkak davası ile sebepsiz zenginleşme davasının (TBK madde 77 vd.) seçimlik olarak açılması mümkün değildir⁴⁰⁸.

C. DAVANIN TARAFLARI VE İSPAT KÜLFETİ

İstihkak davasını dava konusu malın maliki açar. Paylı mülkiyette, paydaşlardan her biri davayı tek başına açmaya ehilken elbirliği mülkiyetinde ise, kural olarak, davanın bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir. Ancak TMK madde 702/4'teki: "*Ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır.*" hükmü sebebiyle davanın tek bir ortak tarafından da açılması mümkündür. Yine de, her iki mülkiyet türünde de geri verme, tüm ortaklara birden yapılır⁴⁰⁹.

İstihkak davasının davalısı, dava anındaki haksız zilyettir. Dava, haksız zilyet yerine haklı zilyede yöneltilirse reddedilir. Çünkü haklı zilyedin eşyada zilyetliği sağlamaya yetki veren aynı veya şahsi bir hakkı mevcuttur. Haksız zilyet ise, böyle bir hakkı mevcut olmamasına rağmen eşyayı alıkoyan kimsedir⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ **Oğuzman, Kemal/ Selici, Özer/ Özdemir Oktay, Saibe:** Eşya Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 278; **Eren, Fikret:** Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 32; **Akipek/ Akıntürk,** s. 446.

⁴⁰⁸ **Ayan,** Mülkiyet, s. 140.

⁴⁰⁹ Bkz. **Oğuzman/ Selici/ Özdemir Oktay,** s. 280; **Akipek/ Akıntürk,** s. 447.

⁴¹⁰ Bir konutu kira sözleşmesi ile kiralayan kiracı haklı zilyettir: **Antalya, Gökhan Osman/ Topuz, Murat:** Eşya Hukuku Cilt: IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 230.

Davacı, davanın dayanağı olan mülkiyet hakkını geçerli bir sebebe dayanarak kazanmış olduğunu, davanın açıldığı tarihte eşyanın dolaysız zilyedi bulunduğunu ve malın haksız bir şekilde davalının zilyetliğinde olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirirken TMK madde 985/2, 992 ve 1015'te yer alan karinelere dayanarak yararlanmasının yanında davalının mevcut zilyetliğinden doğan hak karinesini de çürütmesi gerekir. Yani, davalının zilyet olmasına rağmen malik olmadığını ispat etmelidir. Davacı bu durumun gereğine göre, eşyanın kendi elinden isteği dışında çıkmış olduğunu, davalının iyiniyetli olmadığını ya da eşya üzerindeki mülkiyet hakkını kazanamayacağını ileri sürebilir⁴¹¹.

D. DEF'İ VE SAVUNMALAR

Davacının iddiaları karşısında davalının def'i ve savunmalar ileri sürerek davayı bertaraf etmesi mümkündür.

İstihkak davası bakımından ileri sürülebilecek en temel def'inin TMK madde 712, 713 ve 777'de yer alan kazandırıcı zamanaşımı def'i olduğunu söylemek mümkündür. Hükümlere göre, davalı, taşınmazlarda geçerli bir hukuki sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik yazıldığını ve taşınmazı 10 yıl iyiniyetle ya da tapu kütüğünde malik olarak gözükmemesine rağmen 20 yıl iyiniyetli olmadan; taşınırlarda ise zilyetliğindeki malı 5 yıl iyiniyetle elinde bulundurduğunu ispat ederek artık o malın maliki haline geldiğini ilk itirazlarda ortaya koyabilir ve istihkak davasının reddini sağlayabilir⁴¹².

Davalı, taşınırlar için TMK madde 988'de; taşınmazlar için ise madde 1023'te yer alan "iyiniyet karinesi"ne dayanarak davacının iddialarını çürütebilir. Bu doğrultuda, bir taşınır mal üzerinde tasarruf yetkisi olmayan emin sıfatıyla zilyede veya tapu sicilindeki kayda güvenerek mülkiyet ya da başka bir aynî hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişi, bu kazanımını iyiniyet karinesi sayesinde korur⁴¹³. O halde davalı, malı devralırken iyiniyetli olduğunu ispat ederek davacının artık malik olmadığını ve hak iddiasında bulunamayacağını savunabilir.

⁴¹¹ Akipek/ Akıntürk: s. 448.

⁴¹² Örneğin, tapusuz taşınmaz üzerinde TMK madde 713 koşullarına uygun bir şekilde zilyet olan kimse o malı kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisap etme hakkını kazanmıştır ve kazandırıcı zamanaşımı süresinin ardından artık haksız zilyet durumundan çıkmıştır: **Günay, Erhan:** İdari ve Hukuki Yönden Taşınır ve Taşınmaz Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi ve Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 90.

⁴¹³ Yargıtay'a göre TMK madde 988'in unsurları şunlardır: Devredenin mala emin sıfatıyla zilyet olması, aynı bir hakkın devredilmesi ve iktisap edenin iyiniyetli olması. Emin sıfatıyla zilyetliğin aranmasının sebebi ise, güven esasına dayalı bir zilyetliğin kazanımının vurgulanmasıdır. Kiracı, emanetçi, rehin alacaklısı, hatta intifa hakkı sahibi olarak taşınır bir mala zilyet olan kişi "emin sıfatıyla zilyet"tir. İşte böyle bir kişiden iyiniyetle taşınır malın

TMK madde 775 gereğince de üçüncü kişinin işlediği veya başka bir şekilde soktuğu başkasına ait malın değeri, işleyen emeğinin değerinin altında kalmaktaysa artık malı işleyen iyiniyetli üçüncü kişi, malın maliki olur. Dolayısıyla, malı işleyen iyiniyetli üçüncü kişinin istihkak davasının davalısı olması halinde, bu hükmü öne sürerek davayı reddettirmesi mümkündür.

Bir başka husus ise davalının eşyayı aynı veya kişisel haktan doğan yetkisi sebebiyle elinde bulundurduğunu yani, haklı zilyet olduğunu ispat etmesidir. Örneğin, bir araç kiralama sözleşmesinin tarafı olan davalı, aracın haklı zilyedi olduğunu ispat ederek istihkak davasının hüküm ve sonuçlarından kurtulabilir.

6100 sayılı HMK madde 303'te düzenlenen "kesin hüküm"e, usuli bir def'i demek ise yanlış olmaz. Şöyle ki, daha önce şeklen kesinleşmiş bir davanın hükmünü esas alan dava talepleri, ikinci kez aynı taraflara aynı hukuki sebeplerle yöneltilemez. Bu sebeptir ki, sadece hükme bağlanmış talepler, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder (HMK madde 303/2). O halde, davalı, davacı tarafından kendisine karşı açılan ikinci istihkak davasını, hükme bağlanmamış talepler bakımından kesin hüküm def'i ile bertaraf edemeyecektir.

Kesin hüküm def'i, sağladığı usulî imkan vasıtasıyla davalıdan hükmün kesinleşmesinden sonra dava konusu malın mülkiyet veya fer'i zilyetliğini iyiniyetle edinen kişilerce de ileri sürülebilir (HMK madde 303/4). Bu sayede kanun koyucu, yine eşyayı devralırken iyiniyetli olan kimseyi "malik" olduğunu iddia eden kişiye karşı korumuş; ancak kötünietli zilyedi ise kapsam dışında bırakmıştır⁴¹⁴.

mülkiyetini devir almış kimse, o kişinin satmaya hak ve yetkisi olmasa bile malı iktisap etmiştir ve bunu savunmasında ileri sürebilmektedir: **Şener, Esat:** Türk Medeni Kanunu, 2. Cilt, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 1998, s. 2230.

Y. 14. HD. T. 14.05.2012, E. 5772, K. 7256: "TMK 1023 maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur." şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddesinde "bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz." biçiminde vurgulanmıştır. Ne var ki; tapulu taşınmazların intikallerinde huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin iyiniyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır." (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴¹⁴ Mahkemeden taraflar için kesin ve esaslı bir sonuç çıkar: Tespit edilmiş bulunan hukukî duruma karşı davayı kaybeden davacının hiçbir itirazda bulunma imkânı yoktur; bu türlü itirazlar müteakip davaya bakan mahkeme tarafından nazara dahi alınmazlar. Kesin hükümden sonra davalıdan malı edinen iyiniyetli üçüncü kişi de aynı

E. DAVANIN SONUÇLARI

1. Dava Konusu Malın İadesi Bakımından

İstihkak davasının en doğal sonucu, dava konusu olan eşyanın davacıya geri verilmesinin sağlanmasıdır. Geri verme, zilyetliğin davacıya nakli için eşyanın bütün bütünleyici parçalarıyla birlikte teslim edilmesi suretiyle olur ve davalı, eşyayı kendi rızası ile teslim etmezse geri verme; cebr-i icra hükümlerince yerine getirilir⁴¹⁵.

Bir eşyaya iyiniyetle, yani bir hakka dayandığını bilmeyerek zilyet olan ve o eşyadan varlığına inandığı hakka uygun surette faydalanan davalı, malı aynen iade ile yükümlü olduğu davacıya karşı herhangi bir tazminat ödeme borcu altında değilken (TMK madde 993)⁴¹⁶ kötüniyetli zilyet, eşyayı haksız alıkoymuş olması sebebiyle davacıya verdiği zararları tazmin etmek zorundadır (TMK madde 994). Zararın tazmini bakımından takdir yetkisi, hakime ait olup bu hususta davacının eşyadan beklediği fayda nazara alınarak bir değerlendirme yapılır.

Bu noktada önemli bir sorun, iyiniyetli zilyede istihkak davası açılmasının zilyedi kötüniyetli zilyet durumuna düşürüp düşürmeyeceğidir. Türk hukukunda bu konuyla ilgili herhangi bir hüküm olmadığından doktrine göre sorunun çözümünü hakimin takdir yetkisi belirler. Ancak Yargıtay, davanın açılmasının zilyedin iyiniyetini ortadan kaldırmayacağı kanısındadır⁴¹⁷; zilyedin ancak aleyhine açılan dava sonucunda “*verilen karar tarihinden sonra iyiniyetli olmayan zilyet durumuna gireceğini*” öngörür⁴¹⁸. Elbette, zilyedin iyiniyetinin dava açıldıktan sonra malı bilerek ve isteyerek elden çıkarma veya tahrip etme halinde kötüniyete dönüştüğünün de kabulü gerekir.

İstihkak davası bakımından eğer eşyanın aynen iadesi mümkün değilse, o zaman geri vermenin nasıl yapılacağı zilyedin iyiniyetle varlığına inandığı zilyet olma yetkisini veren hakkın türüne göre değişecektir:

davayla karşılaştığı takdirde davacıya kesin hüküm itirazında bulunabilir: **Bloomeyer, Arwed/ Yazman, İrfan:** Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 3-4, 1968, s. 225.

⁴¹⁵ **Akipek/ Akıntürk**, s. 448.

⁴¹⁶ **Reisoğlu, Safa:** İade Halinde Hüsünliyetli ve Suiniyetli Zilyedlerin Sorumluluğu, Adalet Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 1965, s. 52.

⁴¹⁷ Y. HGK. T. 15.04.1953, E. 4-40, K. 44; **Akipek / Akıntürk**, s. 211- 212.

⁴¹⁸ Y. 3. HD. T. 07.11.1961, E. 8136, K. 6353. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Akipek / Akıntürk**, s. 212.

Zilyet kendisini asli zilyet⁴¹⁹, yani malik saymakta ise eşyanın kullanılmaktan, tahrip edilmekten dolayı yok olması halinde eşyayı geri verme yükümlülüğünden kurtulur (TMK madde 993). Fakat eşyayı bir bedel karşılığında başkasına devretmiş ise doktrindeki baskın görüşe göre, almış olduğu bedeli ayrı bir dava ile sebepsiz zenginleşme hükümlerine uygun olarak davacıya geri verir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 13.07.1960 tarihli kararında, 2613 sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu gereğince yapılan kadastro işlemi sırasında haklı bir sebep olmaksızın lehine kayıt düşürülen şahsın taşınmazı iyiniyetli üçüncü kişiye satması halinde hak sahibinin malı halihazırdaki zilyetten geri alamaması sebebiyle taşınmazı devreden iyiniyetli zilyede karşı “*satış sonrası mamelekine giren para sebepsiz iktisap teşkil edeceğinden*” tazminat davası açabileceğini kabul etmiştir⁴²⁰. Buna keza, zilyet kendisini fer’i zilyet saymakta ise de geri vermeyi iyiniyetle dayandığı hakkın gerektirdiği surette yapar. Fakat bu hak, kural olarak, kendisine eşya üzerinde tasarrufi işlem yapma yetkisini veren bir hak olmayacağından eşyanın yok olmasından veya onu başkasına devretmiş olmasından dolayı aynen geri veremediği hallerde, hak sahibine tazminat ödemek zorunda kalır⁴²¹.

Kötüniyetli zilyet ise, eşyayı kime geri vereceğini bilmediği sürece ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur (TMK madde 995/3)⁴²².

Belirtmek gerekir ki, hak sahibi, eşyanın iyiniyetli olsun veya olmasın zilyedin elinden çıkmasına ya da yok olmasına mani olmak için dava açılmadan önce veya her halükarda dava açıldıktan sonra mahkemeden HMK madde 389 vd. hükümleri gereğince eşyanın ihtiyaten tedbirine karar verilmesini talep ederek aynı hakkının korunmasını sağlayabilir.

Ayrıca, doktrinde TMK madde 989’da yer alan “bedelin geri verilmesi koşuluyla iade” hükmünün istihkak davasında da uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, iyiniyetli zilyet olan davalı rıza hilafına elden çıkmış bir taşınırı açık arttırmadan, pazardan veya benzer eşyalar satan bir yerden satın almışsa, ödediği bedel kendisine geri verilinceye kadar eşyayı teslimden kaçınabilir⁴²³.

⁴¹⁹ TMK madde 974: “*Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan asli zilyet, diğeri fer’i zilyettir.*”

⁴²⁰ Y. HGK. T. 13.07.1960. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, s. 53.

⁴²¹ **Akipek/ Akıntürk**, s. 212.

⁴²² Ayrıntılı bilgi için bkz. I, E, 2. Dava Konusu Mala Gelen Zararlar Bakımından

⁴²³ **Ayan**, Mülkiyet, s. 143.

2. Dava Konusu Mala Gelen Zararlar Bakımından

İstihkak davasına konu eşya, hak sahibine iade edilene kadar zarar görebilir. Ancak zararı tazmin sorumluluğu, davalının iyiniyetli zilyet olup olmamasına göre farklılık arz eder. Bu doğrultuda, iyiniyetli zilyet olan davalı kendi kusuru olsun veya olmasın malın kaybedilmesinden, yok olmasından veya zarara uğramasından sorumlu değildir. Ancak mevcudiyetine inandığı hakkı aşan yararlanma ve tasarruflarından doğan zararlardan dolayı elbette ki davacıya karşı sorumlu tutulmaktadır.

Kötüniyetli davalı zilyet ise, malı kime geri vereceğini bilmediği sürece ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olur (TMK madde 995/3)⁴²⁴. Çünkü kötüniyetli zilyet, eşya üzerinde hiçbir hakkı ve yetkisi olmadığını bilen veya bilmesi gereken zilyettir. Bu sebeple, eşyayı kendi zilyetliğine ilk giriş haliyle geri vermek zorundadır. Bu zorunluluğu yerine getirmeyerek kendisine ait olmayan bir eşyayı elinde tutmuş olmasından dolayı da eşyanın uğradığı bütün zararları tazmin etmekle yükümlüdür⁴²⁵.

Eşyanın aynen iadesinin mümkün olmadığı hallerde, malın parça veya cins borcu olup olmadığına göre bir ayrıma gitmek gerekir. “Cins borcu yok olmaz” ilkesi gereğince cins borcuna has bir eşya yok olsa dahi yerine aynı cinsten başka bir tane getirtilerek eşyanın aynen iadesi sağlanabilir. Ancak eşya, parça borcu ise o halde eşyanın tespit edilen yaklaşık değeri kadar bir bedel, kötüniyetli zilyet tarafından davacıya ödenerek zararın tazmin edilmesi söz konusu olur.

3. Dava Konusu Malın Semereleri Bakımından

İyiniyetli zilyet, kural olarak, eşyayı varlığına inandığı hakkın kendisine tanıdığı yetkilere uygun olarak kullanmasından dolayı elde ettiği yararlardan ve ürünlerden, kısacası semerelerden sorumlu değildir. Bu sebeptendir ki, sadece eşyayı geri verir; yoksa elde ettiği ürünleri geri vermek zorunda değildir. Örneğin kendisini malik zannederek bir eşyanın zilyedi olan kişi, eşyayı kiraya vermekle elde ettiği hukuki ürünü yani, aldığı kira bedelini davacıya vermez. Fakat varsaydığı hakkın sınırlarını aşarak elde ettiği ürünleri ve yararları geri vermesi gerekir⁴²⁶.

⁴²⁴ Suiniyetli (kötüniyetli) zilyedin malı kime iade edeceğini bilmiyor sayılabilmesi için hak sahibini öğrenmeye ve bulmaya teşebbüs etmesi fakat netice elde edememiş olması gerekir: **Reisoğlu**, s. 58.

⁴²⁵ **Akipek/ Akıntürk**, s. 217.

⁴²⁶ **Akipek/ Akıntürk**, s. 213.

Kötüniyetli zilyet ise TMK madde 995/1 gereğince, eşyayı haksız olarak fiili hakimiyetinde bulundurduğu süreçte eşyadan elde etmiş olduğu doğal ve hukuki ürünlerle birlikte eşyayı davacıya iade etmekle yükümlüdür. Asıl hak sahibi, eşyasını hiç ürün verecek duruma getirmemiş olsa veya ürün elde etme niyetinde bulunmasa dahi, bu durum zilyedi ürünleri geri verme borcundan kurtarmaz. Ancak Yargıtay'ın bu konudaki görüşü farklıdır. Yargıtay, iyiniyetli olmayan zilyedi ancak hak sahibinin asıl eşyayı ürün verecek duruma getirmiş olduğu veya ürün elde etme niyetinde bulunduğu hallerde elde ettiği ürünleri geri vermekle yükümlü tutar⁴²⁷. Bu karara göre, örneğin bir araziyi boş bırakan malik, onu kiraya veren veya bir tarla haline sokan kötüniyetli zilyetten elde etmiş olduğu ürünleri isteyemeyecektir. Öğretideki baskın görüş ise bu kararın TMK madde 995'in amaç ve mahiyetine uygun olmadığı yönündedir. Zira, TMK madde 993 vd. hükümlerinin dayanağı haksız fiil sorumluluğu olmayıp bununla karışık mülkiyet ve bütünleyici parça esaslarının birlikte bulunduğu kendine özgü (*sui generis*) bir sorumluluk halidir⁴²⁸.

TMK madde 995'e göre, kötüniyetli zilyet aynı zamanda elde etmeyi ihmal eylediği ürünler karşılığında da tazminat ödemek zorundadır. Elde edilmesi ihmal edilen ürün, ürün vermeye elverişli bir eşyanın ya hiç ya da gereği gibi ürün vermeye hazır duruma getirilmemiş olmasıdır. Zilyet, hak sahibinin bu eşyayı ürün vermeye hazır duruma getirmediğini ileri sürerek tazminat borcundan kurtulamaz. Ancak Yargıtay, bu konuda da aksi görüşü savunmaktadır. Yargıtay'a göre: "*Semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış (ürün vermeye hazır duruma getirmemiş) ve böyle bir niyette bulunmamış olan kimsenin ne toplanan semerelerin ne de toplanması ihmal edilen semerelerin tazminini istemeye hakkı vardır.*"⁴²⁹. Yani, bakımsız ve kullanılamaz halde bulunan bir depoyu elinde bulunduran kötüniyetli zilyedin burayı kiraya vererek buradan hukuki semere elde etmesi kendisinden beklenemez.

⁴²⁷ Yargıtay 08.03.1950 ve 22/4 sayılı İçt. Bir. Kar., RG. S. 7528: "*Semere toplamayı ve şeyi semerelendirmeyi kurmamış ve böyle bir niyeti de bulunmamış olan kimsenin toplanan semerelerin ... tazminini istemeye hakkı yoktur; "çünkü bu halde semerelerin toplanması ile şeyin malikinin mamelekenden bir eksilme vukua gelmektedir. Malik bir zarara uğramamaktadır."*: Akipek/ Akıntürk, s. 218; Günay, s. 170.

⁴²⁸ Akipek / Akıntürk, s. 218.

⁴²⁹ Y. 08.03.1950 ve 22/4 sayılı İçt. Bir. Kar., RG. S. 7528: Akipek/ Akıntürk, s. 219.

4. Davalının Yaptığı Masraflar Bakımından

İstihkak davası bakımından iyiniyetli zilyet, eşyaya yaptığı zorunlu ve yararlı masrafların⁴³⁰ tazmin edilmesini davacıdan isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar eşyayı geri vermekten kaçınabilir (TMK madde 994)⁴³¹. Buna karşın kötüniyetli zilyet de iyiniyetli zilyet gibi yaptığı zorunlu masrafların tazminini isteyebilir ancak sırf bu sebeple eşyayı davacıya geri vermekten kaçınmaz (TMK madde 995/2).

Zorunlu masraflar, eşyanın kullanılması ve korunmasında kaçınılmaz olan giderler; yararlı masraflar ise ısıtma tesisatının yaptırılması gibi eşyanın değerini ve verimliliğini arttırmaya yarayan giderlerdir. İyiniyetli zilyedin bu giderlerin tazminini isteme hakkı esas itibarıyla gerçek hak sahibinin malvarlığında davalı taraf zararına meydana gelen sebepsiz zenginleşmenin önlenmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim eşyaya yapılan zorunlu ve yararlı giderler, eşyanın değerini artırır. Bu sebeple masraflardan doğan tazminat isteği, TBK madde 79 vd. hükümlerince sebepsiz mal edinmenin geri alınmasıdır ve TBK madde 82'de⁴³² yer alan zamanaşımına tabiidir.

Zorunlu ve yararlı giderler bakımından kural, masrafların tazmini olmakla birlikte iyiniyetli zilyedin eşyadan elde ettiği semerelerin bedeli, giderlerden doğan tazminat isteminden mahsup edilebilir (TMK madde 994); böylelikle, masraflar sebebiyle ödenecek tazminatta indirimle gidilebileceği gibi hiç tazminat ödenmemesine de karar verilebilir. Ancak bu kural, kötüniyetli zilyetler için söz konusu değildir.

Kanun koyucu, zorunlu ve yararlı giderler tazmin edilinceye kadar iyiniyetli davalıya eşyayı alıkoyma hakkı tanımış olup eşyanın taşınır veya taşınmaz olması, alıkoyma hakkının kullanılması bakımından önemsizdir. Bu sebepledir ki, alıkoyma hakkı yalnızca taşınırlarda

⁴³⁰ Masrafın faydalı olduğunu takdir için kullanılacak kıstas objektiftir: Bu masraflar neticesinde o malın cari kıymetinde bir çoğalma olup olmadığına bakılacaktır: **Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid Kemal:** Türk Eşya Hukuku (Ayni Hakları), Hak Kitabevi, 1954, s. 36.

⁴³¹ Tazminatın nakit olarak ödenmesi gerekir. Zaten TMK madde 994 kenar başlığı "tazminat" olarak öngörülmüştür. Yargıtay da 1. HD. 17.07.1990, 2964 E. - 3927 K. sayılı ilamında iyiniyetli zilyede ödenecek olan faydalı ve zorunlu giderlerin dava tarihindeki değerine göre hesaplanması gerektiğini ifade etmiştir: **Günay**, s. 190; **Şener**, s. 2238.

⁴³² TBK madde 82: "*Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*" Zamanaşımı, istihkak davasının açıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, s. 56.

uygulanabilen hapis hakkından farklıdır. Zira, hapis hakkı alacak hakkına binaen zilyede elinde bulunan eşyayı paraya çevirebilme yetkisi verirken alıkoyma hakkında böyle bir yetki tanınmamıştır. Dolayısıyla, kanun koyucu da önceki Medeni Kanunda yer verdiği “hapsedebilir” ifadesini TMK madde 994’te “kaçınabilir” şeklinde düzelterek bu yanlış anlaşılmanın önüne geçmeye çalışmıştır⁴³³.

Lüks masraflar bakımından ise TMK’de iyiniyetli zilyede tanınan herhangi bir istem hakkı olmamasına karşın lüks giderler sonucunda eşya ile birleştirilmiş olan, geri verme zamanında aynen mevcut bulunan ve eşyanın bütünlüğüne zarar vermeden ayrılabilen eklentiler; davalının istemi üzerine eşyadan ayrılarak kendisine teslim edilir (TMK madde 994). Eğer, eklentilerin ayrılması asıl eşyaya zarar verici mahiyette olacaksa davalı bu zararı giderdiği takdirde ayırma hakkını kullanabilir. Ancak davacı, davalıya lüks masrafların karşılığında bir bedel ödemeyi önererek eklentilerin eşyadan ayrılmasının önüne geçebilir. Bu öneriyi kabul eden davalı, artık eklentileri asıl eşyadan ayırma hakkını kullanamaz.

SONUÇ

Mülkiyet hakkı, Roma ve Türk hukuklarında hak sahibine eşya üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisi veren; herkese karşı ileri sürülebilen bir aynı hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Roma hukukunda mülkiyet, kişinin Roma vatandaşı olup olmamasına göre *Quirites* ve *praetor* mülkiyeti olarak ikiye ayrılmış; Türk hukukunda ise, Anayasa madde 35’de yer alan hüküm gereğince hiçbir devlet vatandaşlığı ayırt edilmeksizin herkese tanınmıştır. Bu bağlamda, *Quirites* mülkiyetini *Ius Civile*’ye göre iktisap eden malik, mülkiyetten doğan yetkilerini ihlal edenlere karşı *rei vindicatio* ile korunurken Türk hukukunda benzer bir koruma TMK madde 683’te yer alan “istihkak davası” ile sağlanmaktadır.

Her iki davanın da amacı, malikin mülkiyet hakkının tespiti ve malının dolaysız zilyetliğini geri almasıdır. Dolayısıyla, hiç şüphesiz *rei vindicatio* ve istihkak davasını, dava konusu malın maliki açmalıdır. Bu sebeptendir ki, davalar bakımından ispat külfeti, davacının üzerinde olup *rei vindicatio*’da davacının *Quirites* mülkiyetini *Ius Civile* hükümlerine göre iktisap ettiğinin ispatı TMK hükümlerindeki istihkak davasına nazaran daha zordur. Çünkü TMK’de bulunan mülkiyet karineleri ve tapu sicili, mülkiyet hakkının ispatı açısından davacıya kolaylık sağlama amacıyla getirilmiştir.

⁴³³ Akipek/ Akıntürk, s. 216.

Rei vindicatio, önceleri yalnızca malı haksız olarak elinde malik olma amacıyla bulunduran halihazırdaki zilyetlere (*possessio*'lara) ve malı elinde bulundurmamasına rağmen davalıyı davadan kurtarmak için malın kendisinde bulunduğunu söyleyen kötüniyetli farazi zilyetlere (*ficti possessores*'lere) yöneltebiliyorken klasik hukuk dönemiyle birlikte malı asli zilyetlik iradesi olmaksızın elinde bulunduran *detentor*'lara da yöneltebilmeye başlanmıştı. İstihkak davasında ise davalının dava anındaki haksız zilyet olması yeterli olup bu hususta zilyedin malı elinde asli veya fer'i zilyetlik iradesi ile bulundurması, davanın tarafı olabilmesi bakımından bir farklılık teşkil etmemektedir.

Her iki davada da davalı taraf ileri sürdüğü def'i ve savunmalar ile davayı bertaraf edebilme imkanına sahiptir. Elbette, *rei vindicatio*'da ileri sürülebilen def'i ve savunmalar ile istihkak davasındakiler birebir örtüşmemektedir. Bu bağlamda, her iki davada da kesin hüküm def'i (*exceptio rei iudicatae*) ile davacının aynı eşyayı ve tarafları konu alan ikinci bir dava açmasının önüne usul hukuku kurallarınca geçilebilmektedir. Ancak kazandırıcı zamanaşımı def'i (*praescriptio longi temporis*) ve satılmış ve teslim alınmış mal def'i (*exceptio rei venditate et traditae*), her iki hukuk davasında farklı esaslar çerçevesinde şekillenmiştir. Şöyle ki, Roma hukukunda kazandırıcı zamanaşımı def'idan yalnızca mala iyiniyetli zilyet olan kimselerin yararlanabilmesi mümkünken Türk hukukunda kötüniyetli zilyet de kazandırıcı zamanaşımı ile malın maliki haline gelebilmektedir. Buna keza, satılmış ve teslim alınmış mal def'ine (*exceptio rei venditate et traditae*'ye), *Quirites* mülkiyetinden farklı olarak Türk hukukunda mülkiyetin taşınırlarda teslim; taşınmazlarda tapu siciline tescille devredilmesi sebebiyle rastlanmamaktadır. Bu hususta, devreye TMK'de yer alan "iyiniyet karineleri" girmekte ve davalı tarafa malı mülkiyeti karinelere göre iktisap ettiğini ispatlayabilme imkanı sunulmaktadır.

Rei vindicatio ve istihkak davasının sonuçları bakımından her iki dava da malın aynen iadesi amacını gütmüştür. Ancak Roma hukukunda Sistem Dışı Yargılama usulünün uygulanmasına kadarki süre içerisinde davalı, malın iadesinden ziyade bir miktar para ödemeye mahkum edilmekteydi. Bu nedenle, *formula*'nın *condemnatio*'suna "*clausula arbitraria*" eklenerek hakimin malın iadesine karar vermesi sağlanmaktaydı. Maalesef, bu da yeterli bir çözüm olmadığından pek çok davalı bu konuda keyfi hareket ederek malın iadesinden kaçınılmaktaydı. Bunun önüne geçmek için davacı malın değerini dürüstçe belirlediğine yemin ederek (*iusiurandum ad litem*) davalıyı belirlenen miktarı ödemeye mahkum ettirir ve bu durum aleyhine sonuçlanan davalılar malı aynen iade etmek zorunda kalırdı. Ancak Sistem Dışı

Yargılama ile verilen malın aynen iadesi kararı için *actio iudicati* açılarak devlet organlarınca kararın icrası sağlanır ve davacı sonunda malına kavuşurdu.

Dava konusu malın aynen iadesinin mümkün olmadığı hallerde ise, malın yok olması ya da zarar görmesi zilyedin iyiniyetli olup olmamasına göre değişiklik gösterirdi. *Litis contestatio*'dan (davanın açılmasından) önce yok olan veya zarara uğrayan mallar bakımından iyiniyetli zilyetlerin sorumluluğu kabul görmemişken kötüniyetli zilyetler zararın ortaya çıkmasından kusur ve ihmallerine göre sorumlu tutulurdu. *Litis contestatio*'dan sonra ise iyiniyetli zilyetler, zararın ortaya çıkmasındaki kusur ve ihmallerine göre; kötüniyetli zilyetler ise buna ek olarak *causus*'tan da sorumlu tutulmaktaydı.

Türk hukuku bakımından ise istihkak davası ile zilyedin eşyayı bütünleyici parçalarıyla birlikte davacıya aynen iade etmesi gerektiği açıktır. Bu hususta, kötüniyetli zilyet, malın iadesinin yanında talep halinde davacıya hakimın takdir ettiği uygun bir miktarda tazminat da öderken iyiniyetli zilyet yalnızca malın iadesine hükmedilebilmektedir.

Malın aynen iadesinin mümkün olmadığı hallerde iyiniyetli zilyet, kendisini malın maliki zannederek malı kullanmış ve tüketmişse o halde, davacıya karşı herhangi bir bedel ödemekle yükümlü değilken kötüniyetli zilyedin davacının zararını cins borçlarında aynen iade; parça borçlarında ise malın bedeli kadar bir para ile tazmin etme yükümlülüğü vardır. Ancak iyiniyetli zilyedin de malı bir bedel karşılığı başkasına devretmesi halinde aldığı bedeli sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince davacıya ödemesi gerektiğini atlamamak gerekir. *Rei vindicatio*'dan farklı olarak istihkak davasında malın açık artırma, benzeri eşya satılan dükkan gibi bir yerden edinilmesi halinde iyiniyetli zilyet eşyayı edinirken ödediği bedeli davacıdan almadıkça malı iadeden kaçınabilme hakkına sahiptir. Elbette, bu da yalnızca iyiniyetle zilyet olan kişilere tanınan bir imkandır. Öğreti ve Yargıtay'da kabul edilen görüşe göre, iyiniyetli zilyedin iyiniyeti, davanın öğrenilmesinden sonra da devam eder. Ancak dava açıldıktan sonra malı tahrip eden veya elden çıkaran zilyedin artık kötüniyetli zilyet hükümlerine göre hükmedilmesi gerektiği aşikardır. Bu da *rei vindicatio* ile istihkak davasını birbirine yaklaştıran bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü *rei vindicatio*'da da iyiniyetli zilyedin *litis contestatio*'dan sonra mala kusuru ve ihmaliyle zarar vermesi halinde bu zararı gidermesi söz konusuydu.

Rei vindicatio ile davacı, davalıdan *litis contestatio*'dan önce elde edilen ve yalnızca doğal olan semerelerin (*fructus naturalis*'in) iadesini talep edebilmekte; hukuki semereleri ise Roma borçlar hukukunun düzenlemelerine tabii olması sebebiyle isteyememekteydi. Buna göre, klasik hukuk döneminde iyiniyetli zilyet *litis contestatio*'dan önce elde ettiği ve tükettiği

doğal semereleri iade ile sorumlu değilken Iustinianus döneminde elinde kalan ve tüketmediği doğal semereleri iade etmekle yükümlüydü. Ancak her iki dönemde de, iyiniyetli zilyet *litis contestatio*'dan sonra elde ettiği ve tükettiği semereleri iade ile sorumluyken kötüniyetli zilyet, dava öncesi veya sonrası fark etmeksizin elde ettiği ve tükettiği tüm semerelerden sorumluydu. Hatta klasik hukuk döneminden farklı olarak Iustinianus döneminde kötüniyetli zilyet, elde etmeyi ihmal eylediği semerelerden de sorumluydu. Buna karşın, *rei vindicatio*'dan farklı olarak istihkak davasında hem doğal, hem de hukuki semerelerin iadesi talep edilebilmektedir. Bu doğrultuda, *rei vindicatio*'da olduğu gibi istihkak davasında dava “öncesi” ve “sonrası” ayırımına gidilmemiş ve malın iadesine kadar geçen süre bir bütün olarak ele alınmıştır. Dolayısıyla, iyiniyetli zilyet eşyayı asli zilyet olarak kullanmasından doğan semereleri iade etmekle yükümlü tutulmamış; kötüniyetli zilyet ise eşyayı kullandığı süre boyunca elde ettiği ve elde etmeyi ihmal eylediği doğal ve hukuki semerelerin tümünden sorumlu tutulmuştur.

Rei vindicatio ile iadesi istenen mala iyiniyetli veya kötüniyetli zilyet⁴³⁴ olan kimse, yaptığı zorunlu ve yararlı masraflar davacı tarafından giderilmedikçe en geç dava açılıncaya kadar bildirdiği hapis hakkını (*ius retentionis*'i) *exceptio doli* vasıtasıyla kullanabilir ve masraflar ödeninceye kadar malın iadesinden kaçınabilirdi. Ancak eşyaya yapılan lüks masrafların ödenmesinin talep edilebilmesi mümkün değildi. Bu hususta da davalılar mala yaptıkları lüks masraf niteliğindeki eklentileri, mala zarar vermemek şartıyla söküp götürebilir (*ius tollendi*) veya davacı bu hakkın kullanılmasının önüne lüks masrafların ödenmesi suretiyle geçebilirdi.

İstihkak davası bakımından ise, *rei vindicatio*'dan farklı olarak kötüniyetli zilyedin hiçbir hal ve şart altında eşyaya yapılan yararlı veya lüks masrafları talep etme hakkı yoktur. Kötüniyetli zilyet yalnızca zorunlu masrafların ödenmesini isteyebilirken iyiniyetli zilyet, *rei vindicatio*'da olduğu gibi zorunlu ve yararlı masrafların tazminini isteyebilme ve bu tazminat ödenince kadar eşyayı alıkoyma hakkına sahiptir. Kanun koyucunun “hapis hakkı” ifadesini terk ederek “alıkoyma”dan bahsetmesinin sebebi, teknik olarak iki kavramın birbirine karışmaması için tercih edilmiştir. Bunun yanında, lüks masraflar da *rei vindicatio*'da kabul gördüğü şekilde mala zarar vermeden söküp götürme veya tazmin suretiyle eşya üzerinde bırakma yöntemleriyle çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak *rei vindicatio*'daki uygulamanın aksine istihkak davasında bu hak yalnızca iyiniyetli zilyede aittir. Son olarak ise, her iki davada

⁴³⁴ Iustinianus döneminden sonra uygulanmaya başlamıştı. Bu dönemden önce kötüniyetli zilyede bu hak tanınmamaktaydı.

da semerelerin zilyedin yaptığı masraflardan mahsup edilebilmesi imkanı tanınarak bu hususta davacıya ödeme kolaylığı sağlanmıştır.

En nihayetinde, temelleri Roma hukukuna dayanan istihkak davası ile *rei vindicatio*'nun karşılaştırılarak incelendiği işbu makale; her iki davanın da amaç, davanın tarafları, def'i ve savunmalar ve davanın sonuçları bakımından hukukun zamanla değişim ve gelişime uğramasıyla birlikte hem ortak hem de kendine has karakteristik özelliklere sahip olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır.

KAYNAKÇA

- Akipek, G. Jale/ Akıntürk, Turgut:** Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Antalya, Gökhan Osman/ Topuz, Murat:** Eşya Hukuku Cilt IV/1, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Ayan, Mehmet:** Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Ayan, Mehmet:** Eşya Hukuku II Mülkiyet, (Mülkiyet), 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Berger, Adolf:** Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Library of Congress Catalog, Philadelphia, 1991, (<https://books.google.com.tr/books?id=oR0LAAAIAAJ&lpg=PA331&dq=Berger%2C%20Adolf%3A%20Encyclopedic%20Dictionary%20of%20Roman%20Law%2C%20The%20American%20Philosophical%20Society%2C%20Philadelphia%2C%201991&hl=tr&pg=PA333#v=onepage&q=Berger,%20Adolf:%20Encyclopedic%20Dictionary%20of%20Roman%20Law,%20The%20American%20Philosophical%20Society,%20Philadelphia,%201991&f=false>, Erişim Tarihi: 25.12.2020).
- Berki, Şakir:** Roma'da Aynı Haklar (*Jus Rerum*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1-4, s. 323-375.
- Bloomeyer, Arwed/ Yazman, İrfan:** Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3-4, s. 225-238, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42768/516371>, e. t.: 03.01.2021).
- Erdoğan, Belgin:** Roma Eşya Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- Eren, Fikret:** Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Günay, Erhan:** İdari ve Hukuki Yönden Taşınır ve Taşınmaz Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi ve Sorumluluk, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Güneş Ceylan, Seldağ:** Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 2, 2004.
- Karakocalı, Ahmet:** Roma Hukukunda İstihkak Davası (*Rei Vindicatio*), YÖK Ulusal Tez Merkezi, 2006, (www.tez.yok.gov.tr , Erişim Tarihi: 30.11.2020).
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz/ Söğütü Özlem:** Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Korkmaz Sayın, S. Bengi: Roma Hukukunda Hile (*Dolus*) Kavramı, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Cilt: 7, Sayı: 2, 2017, s. 425-438, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/kusbd/issue/30549/315901>, Erişim Tarihi: 02.01.2021).

Koschaker, Paul/ Ayiter Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977.

Mousourakis, George: The Law of Property, Fundamentals of Roman Private Law, Springer, University of Auckland, Auckland, 2012, s. 119-182, (<https://books.google.com.tr/books?id=s9D6LUvg2aMC&lpg=PR4&dq=Mousourakis%2C%20George%3A%20Fundamentals%20of%20Roman%20Private%20Law%2C%20University%20of%20Auckland%2C%202012&hl=tr&pg=PR4#v=onepage&q=Mousourakis,%20George:%20Fundamentals%20of%20Roman%20Private%20Law,%20University%20of%20Auckland,%202012&f=false>, Erişim Tarihi: 10.12.2020).

Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Oğuzman, Kemal/ Selici, Özer / Özdemir Oktay, Saibe: Eşya Hukuku, 19 Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Özdemir Türkoğlu, Gökçe: Roma ve Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görme (*Negotiorum Gestio*), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

Özdemir Türkoğlu, Gökçe: Roma İcra Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 2004, s. 127-171.

Özdemir Türkoğlu, Gökçe: Roma Hukukunda *Actio de Peculio*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, s. 103-136, (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/deuhfd/issue/46850/587500>, Erişim Tarihi: 01.12.2020).

Özdemir Türkoğlu, Gökçe: Roma Medeni Usul Hukukunda *Formula* Yargılaması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005, s. 167-212, (<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/DergiMiz7-1/PDF/ozdemir8.pdf>, Erişim Tarihi: 21.12.2020).

Reisoğlu, Safa: İade Halinde Hüsnüniyetli ve Suiniyetli Zilyedlerin Sorumluluğu, Adalet Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 1965, s. 51-64, (<https://adaletdergisi.adalet.gov.tr/arsiv/adaletdergisi/1965/sayi1-ocak1965-sene-56-130sayfa-cilt1.pdf>, Erişim Tarihi: 03.01.2021).

Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid Kemal: Türk Eşya Hukuku (Ayni Hakları), Hak Kitabevi, 1954.

Şener, Esat: Türk Medeni Kanunu, 2. Cilt, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 1998.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.

Zilelioğlu, Hilal: Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1, 1987, s. 241-264, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42715/515408>, Erişim Tarihi: 02.01.2021).

www.kazanci.com (Kazancı İçtihat Bankası)

ROMA HUKUKUNDA ZİLYETLİĞİN KORUNMASINA YÖNELİK HUKUKİ ÇARE: *INTERDICTUM*

Av. Ecenur BARUTÇU*

ÖZET

Roma Hukukunda zilyetliğin korunabilmesi için öncelikle zilyetliği korunacak kişinin zilyet olması gerekmektedir. Zilyetliğin var olabilmesi için ise *corpus* ve *animus*'un aynı anda bulunması aranmaktaydı. Zilyetliğin varlığının kabulünden sonra ise zilyet olunan şeyin özelliğine (taşınır yahut taşınmaz olması) ve mevcut zilyedin zilyetliği elde ediş biçimlerine göre (silah zoru kullanıp kullanılmadığı vb.) farklı *interdictum*'lar uygulanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Zilyetlik, possessio, zilyetliğin korunması, interdictum, corpus, animus.*

LEGAL REMEDY FOR THE PROTECTION OF POSSESSION IN ROMAN LAW: *INTERDICTUM*

ABSTRACT

In Roman Law, to protect of possession, first of all, the person whose possession would be protected had to be a possessor. In order to possession to exist, it was sought to have *corpus* and *animus* at the same time. After the acceptance of existence of possession, Different *interdictum* were applied according to the nature of possession (whether movable or immovable) and the way actual possessor acquired possession (using or not using force of arms etc.)

Keywords: *Possession, possessio, protection of possession, interdictum, corpus, animus*

GİRİŞ

Kişiler arasında zilyetliğe ilişkin çıkabilecek uyuşmazlıkların, kamu düzenini, huzurunu ve barışını yakından ilgilendirmesi sebebi ile zilyetliğin korunmasına yönelik bir hukuki çare arayışı doğmuştur. Roma Hukukuna baktığımız zaman zilyetliğin korunması ilk olarak Kamu

* Avukat, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, ecenurbarutcu@hotmail.com , ORCID ID: 0000-0001-7791-1695.

Hukuku alanında daha sonraları ise Özel Hukuk alanındaki taşınmazlar bakımından ortaya çıkmış, zamanla zilyetliğin korunması taşınırılar için de uygulanmıştır. Zilyetliğin korunması, *praetor*'un emri veya yasağını içeren *interdictum* adı verilen yöntem ile sağlanıyordu.

Bu makale ile Roma Hukuku bakımından zilyetliğin korunması konusu kapsamlı olarak değerlendirilmek istenmiştir. İlk aşamada zilyetlik kavramının kendine has özellikler taşıdığını anlayabilmek adına zilyetlik gerek tarihsel bakımdan gerekse unsurları bakımından incelenmiş daha sonra ise zilyetlik durumunun kendine has özellikleri itibari ile *formula* usulünden ayrı olarak *interdictum*'la korunduğuna değinilmiş, *interdictum* kavramı açıklanarak kavram ile ilgili farklı sınıflandırmalara yer verilmiş son olarak da zilyetliğin korunmasına ilişkin *interdictum*'lar tek tek ele alınarak açıklanmıştır.

I. ROMA HUKUKU'NDA ZİLYETLİK KAVRAMI

“Nihil commune habet propretas cum possessione...”

(Dig.41.2.12.1 Ulpianus 70 ad ed.)⁴³⁵

Mülkiyet genel olarak bir şey üzerindeki hukuki egemenliği; zilyetlikse genel olarak bir şey üzerindeki fiili egemenliği ifade eder. Çoğu zaman bir şeyin hukuki egemenliğine sahip olan kişi aynı zamanda o şeyin fiili egemenliğine de sahip olmaktadır. Ancak bu durum zaruri değildir. Mülkiyet hakkı sahibi bazı durumlarda fiili egemenliğini devredebildiği gibi zilyet de fiili ehliyetine sahip olduğu şeyin, her durumda hukuki egemenliğine de sahip olmayabilir⁴³⁶.

A. UNSURLARI

Roma Hukukunda bir kişinin zilyetliğinden söz edebilmek için iki unsurun birlikte bulunması aranmakta idi: *Corpus* (Fiili Egemenlik) ve *Animus* (Niyet). Bir kişinin zilyet sayılabilmesi için sadece bu unsurlara sahip olması yeterli olup; o kişinin zilyetliğinin haklı bir hukuki sebebe, *iusta causa*, dayanıp dayanmaması aranmamaktaydı⁴³⁷.

“...apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore...”

⁴³⁵ “Mülkiyetin zilyetlikle ortak bir yanı yoktur” Bkz. <https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest41.shtml> (E. T. 15.12.2020).

⁴³⁶ Çelebican Karadeniz, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Ankara, 2015, s. 100; Koschaker, Paul/ Ayiter, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukun Ana Hatları, Ankara, 1977, s. 122.

⁴³⁷ Çelebican Karadeniz, s. 101; Honig, Richard: Roma Hukuku, İstanbul, 1938, s. 318 (Çev. Talip, Şemsettin).

1. *Corpus* (Fiili Egemenlik)

Zilyetliğin maddi unsurunu oluşturan *corpus*; bir şeyi, maddi olarak fiilen egemenliğinde bulundurmaya ifade eder⁴³⁹.

Genel olarak *corpus* unsurunun tespiti, bir şey üzerinde fiili egemenliğin bulunup bulunmadığı hususu, dönemin şartlarına göre değişkenlik gösterir idi⁴⁴⁰.

Uygulamada *corpus* unsuru için daha ağır şartların arandığı durumlar da olmuştur; bu durumlar, genel olarak genel bir güvensizlik halinin mevcut olduğu anlardır: Savaş, ihtilaller vb. Bu durumlar söz konusu olduğu hallerde ise *corpus* unsurunun varlığının kabulü için o şey üzerinde doğrudan doğruya maddi, fiili egemenlik aranırdı⁴⁴¹.

Corpus unsuru zilyetliğin iktisap edilmesi bakımından da, bilhassa zilyetliğin aslen kazanılması durumlarında, önemli bir rol oynamıştır. Şöyle ki; bir şey üzerinde zilyetliğin aslen iktisabında, o şey üzerinde doğrudan fiili egemenliğin bulunması aranıyordu. Zilyetliğin devren iktisabında ise zilyetliğin devrinin önceki zilyedin rızası ile yapılmasından mütevellit *corpus* unsuru aslen iktisap halindeki kadar mutlak aranmamaktaydı⁴⁴².

Bir şeyin teslimi için, o şeyin teslimi sırasında fiilen hazır bulunması kuralının yerini zamanla *longa manu traditio*, uzun elden teslim, almıştır. Zamanla, bu teslim yöntemi ile birlikte o şeyin zilyetliği iktisap anında fiilen hazır bulunması aranmamış, zilyetliği iktisap edilecek şeyin uzaktan gösterilmesi de yeterli kabul edilmeye başlanmıştır⁴⁴³.

⁴³⁸ “Bir şeyin zilyetliği fiili egemenlik ve fiili irade ile birlikte kazanılır; sadece irade yahut sadece fiili egemenlik ile kazanılmaz.” Bkz. <https://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest41.shtml> (E.T. 15.12.2020).

⁴³⁹ Çelebican Karadeniz, s. 109; Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügati, İstanbul, 1983, s. 90.

⁴⁴⁰ Buckland, William Warwick: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge at the University Press, 1921, ss. 199-200.

⁴⁴¹ Çelebican Karadeniz, s. 109; Koschaker/ Ayiter, s. 127.

⁴⁴² Çelebican Karadeniz, s. 110; Koschaker/ Ayiter, s. 128.

⁴⁴³ Çelebican Karadeniz, s.110; Koschaker/ Ayiter, s.128; Erdoğan, Belgin: Roma Eşya Hukuku, 6. Basımdan 7. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2018, s. 24.

Son olarak; her fiili hakimiyet durumunda *possessio*'nun söz konusu olmayacağını, bazı fiili hakimiyet durumları için zilyetlik bakımından korumanın mümkün olmadığına değinmek gerekmektedir. Örnek olarak bir şeyi ariyet sözleşmesine dayanarak fiili egemenliğinde bulunduran kimse zilyet sayılmaz⁴⁴⁴.

2. *Animus* (Niyet)

Zilyetliğin manevi unsurunu oluşturan *animus*; zilyedin iradesini temsil etmektedir. Lakin her *animus*, bir kimsenin zilyet sayılabilmesi için yeterli görülmemektedir. Zilyetlik bakımından aranan *animus*, niyet, özel nitelikli bir niyet olup; bir şeyi kendisinin imiş gibi elinde bulundurma niyeti yani "*animus rem sibi habendi*" idi⁴⁴⁵.

Bir şey üzerinde fiili egemenliğe sahip olsa dahi bazı kimselerin⁴⁴⁶ zilyet sayılamaması ve zilyetlik himayelerinden yararlanamamasının sebebi; bu kimselerin, o şeyi başkası adına eline bulundurma niyetleri yani "*animus rem alteri habendi*" idir⁴⁴⁷.

Bir kimsenin fiili egemenliğinde bulundurduğu şeyi kendisi için mi yoksa bir başkası adına mı elinde bulundurduğu hususunu tespit etmek, pratikte oldukça zordur. Bu kimsenin niyetini tespit etmek için; sahip olduğu fiili egemenliğinin hukuki sebebine bakma yoluna başvurulmakta idi⁴⁴⁸.

Genel kural ise; bir başkası adına bir şey üzerinde fiili egemenliğe sahip olan kişilerin, *detentio*, Roma Hukuku bakımından zilyetlik kapsamında korunmamalarıdır⁴⁴⁹. Bu durumun istisnalarını ise aşağıda örnekleri verilmiş olan "Anormal Zilyetlik Halleri" oluşturur.

⁴⁴⁴ Koschaker/ Ayiter, s. 123.

⁴⁴⁵ Çelebican Karadeniz, s. 101; Honig, s. 319; Koschaker/ Ayiter, s. 124; Erdoğan, s. 23.

⁴⁴⁶ Fiili egemenliğe sahip olsa dahi zilyet kabul edilmeyen bu durumlara *detentio*, vazüyetlik, denilmekte idi. Bkz. Umur, (1983) s. 57.

⁴⁴⁷ Çelebican Karadeniz, s. 101; Koschaker/ Ayiter, s. 124.

⁴⁴⁸ Çelebican Karadeniz, s. 111.

⁴⁴⁹ Çelebican Karadeniz, s. 102; Honig, s. 319; Erdoğan, s. 21.

Makalenin çalışma konusunu *praetor* hukuku kapsamında *interdictum*'lar ile korunan zilyetler oluşturduğu için "Anormal Zilyetlik Halleri" istisnasına örnek teşkil eden durumlar aşağıda isim olarak belirtmek ile yetinilmiştir⁴⁵⁰:

i. Rehin konusu malı elinde bulunduran rehin alacaklısı

ii. *Precarium*, karşılıksız kullanma, sözleşmesi ile kendisine mal bırakılan kimse

iii. Uyuşmazlığa konu olan bir malı uyuşmazlık çözülünceye kadar muhafaza etmesi ve akabinde malı haklı çıkan kişiye vermesi için; malın tevdi edildiği kimse, Yed-i emin, *Sequester*

iv. Başkasının malı üzerindeki haklara, *Iuria in re aliena*, sahip olan üst hakkı sahibi, *Superficiarius*

v. Uzun süreli kira hakkı sahibi, *Emphyteuta*

B. TARİHSEL GELİŞİMİ

Roma Hukuku'nda zilyetlik kavramının karşılığı olarak *Possessio* terimi kullanılmaktadır. Ancak Roma Hukuku kaynaklarına bakıldığında ise zilyetlik kavramını karşılayan en eski terimin *Possessio* değil, *usus*'un olduğunu görmekteyiz. On İki Levha Kanunları'nda geçmekte olan *usus* kavramının, *Possessio*'dan daha geniş kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; *Lex Scribonia*'ya (M.Ö. 50) kadar *Res Incorporales*, maddi olmayan şeyler, olan geçitlerle ilgili dört Tarımsal Taşınmaz İrtifakın kazanılması *usus* adı verilen zilyetlikle elde edilebilmekteydi. *Lex Scribonia* ile birlikte ise ilgili geçitlerin Tarımsal İrtifakının *usucapio* ile kazanılamayacağını çünkü bunlar üzerinde zilyetliğin tesis edilemeyeceği kabul edildi⁴⁵¹. Bu durum akabinde *Possessio* kavramı *Res Corporales*, maddi şeyler, üzerindeki fiili egemenliği temsil etmek suretiyle *usus* kavramından ayrı kullanılmaya başlandı⁴⁵².

⁴⁵⁰ Çelebican Karadeniz, s. 103; Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, İstanbul, 1954, s.297, (Çev. Umur, Ziya); Koschaker/ Ayiter, s. 125; Umur, s. 463; Erdoğan, s. 19-20.

⁴⁵¹ Çelebican Karadeniz, s. 105; Di Marzo, s. 292; Umur, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1990, s. 458.

⁴⁵² Çelebican Karadeniz, s. 105; Di Marzo, s. 293; Umur, (1990) s. 458.

II. ROMA HUKUKU'NDA INTERDICTUM KAVRAMI

A. TANIMI

Roma'da *praetor*'ların, *imperium*'larına dayanarak *ius civile*'nin düzenlemediği bazı durumlarda, bir işin yapılmasını yasaklama yahut emretme usulü⁴⁵³ ile geçici olarak korumasına *interdictum* denilmektedir.

UMUR kitabında⁴⁵⁴ *Interdicta*⁴⁵⁵, yı şöyle tanımlamaktadır: “*Formula usulü zamanında praetor'un ve eyaletlerde valilerin bazı hallerde, imperium'larına dayanarak, hakimin karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde, ihtilaflı bir işin yapılmasını yasak veya emretmek suretiyle halletmeleri. Normalde dava usulüne nispetle daha elastiki olan bu vasıta ile, tarafların ileri sürecekleri bütün sebepler tetkik edilmeden, süratli bir şekilde, ius civile'nin derpiş etmediği bazı durumların, hukuken himayesini sağlamak. Muvakkat bir usul olduğundan taraflar isterlerse, ayrıca şahsi dava açarak hakimin kararına göre, interdictum hükmünü değiştirebilmekte idiler. Interdictum'lar bilhassa zilyetliği himaye eden vasıtalar idi. (Gai. 4,138-139; I. 4,15; D. 43,1 ; C. 8,1)*”

Klasik Roma Hukukunda zilyetlik; *formula* usulü ile korunamadığından dolayı *praetor*'lar tarafından o dönemin Nizam harici usulü, *cognitio extra ordinem*, sayılan *interdictum*'lar ile himaye edilirdi⁴⁵⁶.

Interdictum usulü, genel olarak zilyetliğinin tecavüze uğraması sonu bir kimsenin *praetor*'a başvurması ile başlardı; bu başvurunun ardından *praetor*, zilyetliğe tecavüz ettiği iddia edilen taraf aleyhine bir emir yahut yasak çıkarırdı. Sonraki süreçte ise zilyetliğe tecavüz ettiği iddia edilen kimse *praetor*'un baskısı ile haksız çıkması durumunda hakkaniyete uygun bir tazminatı ödeyeceğini *stipulatio*⁴⁵⁷ ile vaat ederdi. Zilyetliği tecavüze uğrayan kimse de kendisinin haksız çıkması durumunda belli bir miktar tazminat ödeyeceğine dair bir *restipulatio*⁴⁵⁸ yapardı. Tüm bu aşamaların ardından bahsi geçen *stipulatio*'lara dayanılarak

⁴⁵³ Erdoğmuş, s. 31.

⁴⁵⁴ Umur, (1983), s. 90.

⁴⁵⁵ *Interdictum*'un çoğul halidir.

⁴⁵⁶ Umur, (1990) s. 464.

⁴⁵⁷ Sözlü şekle tabi tek taraflı dar hukuk davaları doğuran akit. Bkz. Umur, (1983) s. 202.

⁴⁵⁸ Evvelce yapılmış bir *stipulatio* ile ilgili olarak, aynı taraflar arasında yapılan yeni *stipulatio*. Bkz. Umur, (1983) s. 187.

dava açılırdı⁴⁵⁹. Ancak zilyetlik davalarında zilyetlik hakkına dayanmak yasak olması ile birlikte ilgili koruma için zilyetliğin bir hakka dayanıp dayanmadığı da önem taşımaz idi. Önemli olan zilyetliğin ihlal edilip edilmediği yahut zilyetliğin ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı hususudur. Öyle ki istisnai olarak hırsızın zilyetliği de bu davalar bakımından korunabilecektir⁴⁶⁰. Bu durumu daha çok zilyetliğin korunmasının genel prensibinin bir gereği olarak kabul etmek gerekir⁴⁶¹.

Yukarıda izah edilen zilyetliği koruyan davalara, Roma Hukuku'nda ihtiyaç oldukça fazla idi. Zira *Rei Vindicatio*'da, İstihkak Davasında, malik mülkiyet hakkını, aslen kazanmaya kadar giderek ispatlaması gerekiyordu. Bu hususun ispatının oldukça zor olmasından dolayı malik mülkiyet hakkını korumaktansa, zilyetlik davasını açarak eşya üzerindeki fiili egemenliğini devam ettirme yoluna gidiyordu⁴⁶².

Rei Vindicatio'da zilyet her daim davalı konumunda bulunurdu. Bu durum şu sonucu doğurmaktadır: Bir kimse, bir başka kimsenin *animus rem sibi habendi* ile fiili egemenliği altında bulundurduğu şey üzerinde bir hak iddia ediyor ise, bu kimsenin o zilyede karşı dava açması gerekmektedir. Dava sırasında uyuşmazlığa konu olan şey üzerinde hak iddiasında bulunan kimse, bu iddiasını ispat etmek ile yükümlü idi; zilyetten bu hakka sahip olduğunu ispat etmesini isteyemezdi. İzah edilen durumlar ışığında değerlendirilme yapıldığında; Roma Hukuku'nda zilyedin pasif olarak korunduğu görülmektedir. Makalenin inceleme konusunu da oluşturan zilyetliğin korunması hususu zilyedin aktif olarak korunduğu durumlardır⁴⁶³.

B. ÇEŞİTLERİ

Interdictum'ların genel olarak üç işlevi olduğunu söyleyebiliriz; *prohibitorum*(yasaklayıcı), *restitutorium*(onarıcı) ve *exhibitorium*(ortaya çıkarıcı)⁴⁶⁴. Bu

⁴⁵⁹ Çelebican Karadeniz, s. 120-121; Koschaker/ Ayiter, s. 133.

⁴⁶⁰ Erdoğan, s. 19.

⁴⁶¹ Koschaker/ Ayiter, s. 132.

⁴⁶² Koschaker/ Ayiter, s. 119.

⁴⁶³ Koschaker/ Ayiter, s. 115.

⁴⁶⁴ Buckland, William Warwick: Elementary Principles of The Roman Private Law, Cambridge at the University Press, 1912, s. 397; Leage, Richard William: Roman Private Law: Founded on the 'Institutes' of Gaius and Justinian, Londra, Macmillan & Co, 1906, s. 402.

işlevleri maddelerde yer alan *exhibeas*, *restituas* ve *veto* kelimelerinden çıkartabilmek mümkündür.

Interdictum'ların bazıları zilyetlik ile ilgili iken⁴⁶⁵ bazı *interdictum*'lar zilyetlik ile ilgili değildir. Çalışmanın konusunu zilyetliği ilgilendiren *interdictum*'lar oluşturduğu için bu çalışma kapsamında zilyetlik-dışı *interdictum*'lara değinilmeyecektir.

Zilyetlik *interdictum*'ları ise kendi arasında; *Adipiscendae*(iktisap edici), *retinendae*(muhafaza edici) ve *recuperandae causa*(yeniden tahsis edici) olmak üzere üç ana gruba ayrılır⁴⁶⁶.

Gaius'a göre zilyetliğe ilişkin *interdictum*'lar aşağıdaki gibi şematize edilebilir⁴⁶⁷:

a. *Interdicta Adipiscendae Possessionis* (Zilyetliği iktisap etmeğe yarayan *interdictum*'lar)

b. *Interdicta Retinendae Possessionis* (Zilyetliğin devamını sağlayan *interdictum*'lar)

i. *Interdictum Uti Possidetis*

ii. *Interdictum Utrubi*

c. *Interdicta Recuperandae Possessionis* (Zilyetliğin iadesine yönelik *interdictum*'lar)

i. *Interdictum De Vi (Unde Vi)*

(1) *Interdictum de vi armata*

(2) *Interdictum de vi non armata*

Iustinianus döneminde ise; Gaius'un *interdictum*'lar için yaptığı bu ayırım değişikliğe uğramıştır. Şöyle ki;

⁴⁶⁵ Örnek olarak: *Uti Possidetis* ve *Utrubi, Unde Vi*.

⁴⁶⁶ **Buckland**, (1921) s. 727; **Buckland**, (1912) s. 398; **Leage**, s. 403.

⁴⁶⁷ **Koschaker/ Ayiter**, s. 121; **Erdoğan**, s. 32.

Interdictum utrubi ve *interdictum uti possidetis*'de de zilyetlik *interdictum* esnasında fesatsız zilyet olana verilerek; her iki zilyetlik *interdictum*'u eşit kılınmıştır⁴⁶⁸. Pratik alanda ise *interdictum de vi* kullanılmamaya başlanmıştır⁴⁶⁹.

1. Zilyetlik Durumunun Korunmasını Sağlayan *Interdictum*'lar (*Interdicta Retinendae Possessionis*)

a) *Interdictum Uti Possidentis* (Zilyet imişiz gibi)

Bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin tecavüzü durumunda mevcut zilyetlik durumunun korunmasına yönelik olan bu *interdictum*, muhtemelen en eski *praetor* yasaklarındandı⁴⁷⁰.

(**Dig.43.17.1 pr. Ulpianus 69 ad ed.**)⁴⁷¹: “Söz konusu taşınmaza zor kullanarak, gizlice yahut *precarium* aktine dayanarak zilyet olmadığınız sürece zilyetliği elde etmek için güç kullanmanızı yasaklıyorum.”

Bu cümleden anlaşılacağı üzere, ilgili *interdictum* her zilyedi korumamakta idi. Ancak tecavüze uğrayan zilyedin zilyetliğini; zilyetliğe tecavüz edenden zorla (*vi*), gizlice (*clam*) yahut *precarium*⁴⁷² aktine dayanarak almamış olan mevcut zilyetler bakımından bu *interdictum* ile korunması sağlanıyordu. Aksi bir durum söz konusu olduğunda ise, diğer bir deyişle bu *interdictum* korumasına başvuran mevcut zilyet ilgili taşınmaz zilyetliğini, tecavüz edenden zorla, gizlice yahut *precarium* aktine dayanarak almış ise, tecavüz eden *exceptio vitiosae possessionis*, Fesatlı Zilyetlik Defi'sini, öne sürebiliyor idi⁴⁷³.

⁴⁶⁸ Çelebican Karadeniz, s. 123; Sohm, Rudolph: The Institutes; a Textbook of the History and System of Roman Private Law, Oxford at Clarendon Press, 1907, s. 333; Umur, (1983) s. 94; Erdoğan, s. 34.

⁴⁶⁹ Leage, s. 410.

⁴⁷⁰ Descheemaeker, Eric: *The Consequences of Possession*, University of Edinburgh, School of Law, Working Papers, s. 21, (<https://doi.org/10.2139/ssrn.2302273> E.T. 01.01.2020).

⁴⁷¹ "Insofar as you do not possess the house in question by force or stealth or *precarium* the one from another, I forbid the use of force for you so to possess it." Bkz. Watson, Alan: *The Digest of Justinian Volume IV*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998, s. 102.

⁴⁷² UMUR'a göre *Precaium*: "Bir kimsenin kendisinden bir recada bulunan başka bir kimseye, kullanması için umumiyetle gayrı menkul bir malın zilyetliğini veya bir hakkını vermesi ve kendi arzusuna göre, istediği zaman ve istediği gibi geri alması imkanını sağlayan, postklasik devirde isimsiz akitler grubuna giren bir aynı akit." Bkz. Umur, (1983) s. 169.

⁴⁷³ Honi g, s. 318; Koschaker/Ayiter, s. 115; Umur, (1990) s. 464; Watson, s. 103; Erdoğan, s. 33.

Fesatlı zilyetliğe ilişkin defi imkanı sadece zilyetlik kendisinden fesatlı bir şekilde alınan kimse bakımından ileri sürülebilirdi; üçüncü bir kimse bu defi imkanından yararlanamazdı. İlk aşamada *interdictum*'a başvuran zilyede karşı ileri sürülen defi *praetor* tarafından kabul edilir ise, ilgili taşınmaz üzerindeki zilyetlik o zilyetten alınmak suretiyle zilyetlik karşı tarafa verilir idi. Zilyetliği iade edici özelliğinin de bulunmasından bahisle *interdictum uti possidentis*'in her iki tarafa da emir veren bir *interdictum* olduğu söylenebilir⁴⁷⁴.

Uyuşmazlığın çözümü esnasında ise *praetor*'un ilk önce yapması gerekli görevi ise taşınmazın geçici zilyetliğinin hangi tarafa verileceğine karar vermesidir. *Praetor* bu kararı verir iken; gerek olduğu vakit iade edilmesi gereken semereler için hangi taraf daha çok teminat gösterirse o kimseye bırakırdı⁴⁷⁵.

b) *Interdictum Utrubi* (Birinde....Ötekinde)

Bir taşınır üzerindeki zilyetliğin tecavüzü durumunda zilyetlik durumunun korunmasına yönelik *interdictum*.

(Dig.43.31.1 pr. Ulpianus 72 ad ed.)⁴⁷⁶: “İkinizden hangisinin nezdinde, fesatsız şekilde bir önceki senenin büyük bölümünde köleye zilyet olan onu götürebilir ve o kimsenin köleyi götürmesinin engellenmesini yasaklıyorum.”

Belirtildiği üzere; *interdictum utrubi*'den önceki yıl boyunca kim taşınır şeyi daha uzun süre boyunca fiili egemenliğinde tutmuş ise o kimsenin zilyetliği korunmakta idi. Sürenin uzunluğu bakımından kastedilen ise *interdictum* tarafları arasındaki kimselere ait zilyetlik sürelerinin birbirlerine göre kıyaslanmasıdır. Bu *interdictum* içinde zilyetliğin zorla, gizlice veya *precarium* akti ile elde edilmemiş olması aranmakta idi⁴⁷⁷. Aksi durum söz konusu olduğunda *Exceptio Vitiosae Possessionis*, Fesatlı Zilyetlik Defi'si ileri sürülerek; zilyetliği bu yol ile elde edilmiş olanın zilyetliği kaldırılabilir. Bu yönden *interdictum utrubi*'nin de çift taraflı, *interdictum duplex*, olduğu söylenebilir⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ *Interdictum Duplex* Bkz. **Umur**, (1983) s. 93; **Buckland**, (1912) s .398; **Buckland**, (1921) s. 728; **Leage**, s. 403; **Erdoğan**, s. 33.

⁴⁷⁵ **Umur**, (1990) s.465; **Leage**, s. 407.

⁴⁷⁶ "He of you who for the greater part of the preceding year possessed the slave faultlessly may take him and I forbid force to prevent him from doing so." Bkz. **Descheemaeker**, s. 21.

⁴⁷⁷ **Watson**, s. 132.

⁴⁷⁸ **Honig**, s. 321; **Koschaker/ Ayiter**, s. 134.

2. Zilyetliğin Tekrardan Tesisine Yönelik *Interdictum*'lar (*Interdicta Recuperandae Possessionis*)

a) *Interdictum De Vi (Unde Vi)*

Bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin, cebir ve şiddet (*vi*) kullanılması sonucunda kaybedilmesi durumunda zilyetliğin tekrardan tesisine yönelik *interdictum*⁴⁷⁹.

Interdictum unde vi kendi içerisinde cebir ve şiddet kullanarak zilyetliğin kaybedilmesine neden olan hareketin; silahlı bir şekilde yapılması (*interdictum de vi armata*) ve herhangi bir örgütlenme olmadan veyahut silahsız şekilde yapılması (*interdictum de vi non armata*) şeklinde iki farklı gruba ayrılır⁴⁸⁰.

(1) *Interdictum de vi armata* (Silah zoru ile)

Bu *interdictum*; bir taşınmaz üzerinde zilyetliğe sahip olan bir kimsenin, silah zoru ile zilyetlikten çıkarılması durumunda bu zilyetliğin tekrardan tesisine yöneliktir⁴⁸¹.

“Zilyedi, silah zoru ile çıkardığınız yere geri getirin ve bununla birlikte zilyedin, bu yer hakkında sahip olduğu şeyleri ona tekrardan tahsis edin⁴⁸².”

Taşınmaz üzerinde zilyetliğe sahip olan bir kimsenin zilyetliğini; diğer bir kimse, silah zoru ile elinde alıyor ise o kimse silah gücü kullandığından mütevellit zilyetliği kazanamaz. Silah gücünü kullanan kişi *interdictum* esnasında sadece; taşınmaz üzerinde zilyetliğe sahip olan kişinin de, daha önce kendisini silah gücü kullanmak sureti ile taşınmaz üzerindeki zilyetliğini kaybettiği defi'sine başvurabilir⁴⁸³. Aksi durumda salt *Exceptio Vitiosae Possessionis*, Fesatlı Zilyetlik Defi'sini ileri süremeyecektir.

⁴⁷⁹ Erdoğan, s. 34.

⁴⁸⁰ Descheemaeker, s. 19.

⁴⁸¹ Erdoğan, s. 34.

⁴⁸² “Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti aut familia tua deiecit, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.” Bkz. Schulz, Fritz: Classical Roman Law, Oxford at the Clarendon Press, 1961, s. 446.

⁴⁸³ Schulz, s. 447.

(2) Interdictum de vi non armata (Silah zoru olmadan)

Bu *interdictum*, taşınmaz üzerinde zilyetliğe sahip olan bir kimsenin zor kullanmak sureti ile o taşınmazdan çıkarılması durumunda taşınmaza ait zilyetliğinin tekrar tesis edilmesine yöneliktir.

“Zilyedi bu yıl içerisinde zilyetliğini kaybettirdiğiniz yere geri getirin ve bununla birlikte zilyedin, bu yer hakkında sahip olduğu şeyleri ona tekrardan tahsis edin. Meğerki zilyet olan kimse bu zilyetliği sizden zorla, gizlice veyahut *precarium* aktine dayanarak almamış olsun⁴⁸⁴.”

Interdictum de vi non armata'yı *interdictum de vi armata*'dan ayıran iki önemli husus var: bunlardan ilki, *non armata*'da zilyetin taşınmazdan çıkarılması hususunda belirli bir sürenin öngörülmüş olmasıdır; bir diğeri ise *non armata*'da zilyetliği kaybedenin bu zilyetliği daha önce zorla(*vi*), gizlice(*clam*) veyahut *precarium* aktine bağlı olarak almış olması durumunda ona karşın *Exceptio Vitiosae Possessionis*, Fesatlı Zilyetlik Defi'sine başvurma yolu tanınmıştır⁴⁸⁵.

Yukarıda açıklanan durumlar dışında, genel olarak *Interdictum de vi non armata* ve *interdictum de vi armata*'ya aynı kurallar uygulanır. Iustinianus zamanında ise, *Exceptio Vitiosae Possessionis*, Fesatlı Zilyetlik Defi'sine başvurma yolu kaldırılarak bu iki *interdictum* birleştirilmiştir⁴⁸⁶.

SONUÇ

Roma Hukuku kapsamında zilyetlik ve mülkiyetlik kavramları zaman zaman örtüşse de iki farklı kavramlardır. Şöyle ki; mülkiyet bir şey üzerindeki hukuki egemenliği gösterir iken, zilyetlik bir şey üzerindeki fiili hakimiyeti göstermektedir. Zilyetlik, mülkiyetin korunabildiği *formula* usulü ile korunamadığından, hangi durumlarda zilyetliğin söz konusu olduğunu tespit etmek önem arz etmektedir.

⁴⁸⁴ “Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas” Bkz. Schulz, s. 447-448.

⁴⁸⁵ Schulz, s. 448.

⁴⁸⁶ Koschaker/ Ayiter, s. 124; Erdoğan, s. 35.

Bir kişinin zilyet sayılabilmesi için iki unsurun aynı anda⁴⁸⁷ bulunması gerekmektedir. Bu unsurlardan maddi olanı *corpus*, bir şeyin fiili egemenliğinde bulunmasını temsil etmekte iken manevi unsuru oluşturan *animus* ise zilyedin iradesini kapsamaktadır. Her iki unsurun, somut olay bakımından var olup olmadığının tespiti yapılırken dikkat edilmesi gereken noktalar bulunmaktadır. *Corpus* unsuru bakımından dikkat edilmesi gereken husus ise; her fiili hakimiyet durumunda zilyetliğin söz konusu olmayacağı bazı durumlarda kimse bir şeyi fiili hakimiyetinde buldursa dahi zilyet olarak kabul edilemeyeceği idi. *Animus* unsuru bakımından dikkat edilmesi gereken husus ise zilyetlik bakımından aranan niyetin, özel nitelikli bir niyet olan bir şeyi kendisinin imiş gibi elinde bulundurma niyeti yani *animus rem sibi habendi* olduğu idi. Zira bir şeyi bir başkası adına elinde bulundurma niyetine yani *animus rem alteri habendi*'ye sahip olanlar zilyet olarak kabul edilmemektedir, bu durumda vazüyet, *detentio* söz konusu olmaktadır. Ancak vazüyet bazı istisnai haller dışında zilyetliğin yararlandığı korumadan yararlanamıyor idi.

Zilyetliğin korunması *cognitio extra ordinem* denilen nizam harici usul olan *interdictum*'lar ile sağlanıyordu. *Interdictum*'lar, *praetor*'ların *imperium*'larına dayanarak bir eylemin yapılmasını yasaklaması yahut emretmesi idi. Çoğu zaman *interdictum* usulü zilyetliği tecavüze uğrayan kişinin *praetor*'a başvurması ile başlardı.

Interdictum'lar yasaklayıcı, onarıcı veya bir durumu ortaya çıkarıcı özellikte olabilmekte idi. Bir *interdictum*'un hangisi işlevde olduğu, hükmün genellikle sonunda yer alan *exhibeas* (ortaya çıkarıcı), *restituas* (onarıcı) ve *veto* (yasaklayıcı) kelimelerinden çıkartılabilir. *Interdictum*'ların sınıflandırılmasında kullanılan bir diğer kıstas ise zilyetlik ile ilgili olup olmamalarıdır. Zilyetlik ile ilgili *interdictum*'lar ise iktisap edici, muhafaza edici ve yeniden tahsis edici olmak üzere üç ana gruba ayrılır.

Zilyetliğin korunması bakımından önem teşkil eden *interdictum*'lar: Zilyetliğin muhafazasının devamını sağlayan *interdicta retinendae possessionis* ile zilyetliğin yeniden tahsisini sağlayan *interdicta recuperandae possessionis* idir.

Var olan bir zilyetliğe yapılan tecavüz durumunda, o zilyetlik durumunun korunmasını sağlayan *interdicta retinendae possessionis*'a başvurulabilecektir. Bu *interdictum* da kendi içerisinde bu tecavüzün, taşınmazlara yönelik yapılmış olması ile taşınırlara yönelik olması bakımından ikiye ayrılır idi: *interdictum uti possidetis* ve *interdictum utrubi*. Bu ayrım

⁴⁸⁷ *animo et corpore*

Iustinianus döneminde, taşınırlar söz konusu olduğunda da *interdictum uti possidetis* usulünün uygulanması ile önemini kaybetmiştir.

Interdictum uti possidetis, bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğe yönelik tecavüz durumlarında başvurulmuş bir *interdictum* idi. Bu *interdictum*, her mevcut zilyedi korumamakta; yalnız mevcut zilyetliğin zilyetliği, zor kullanarak (*vi*), gizlice (*clam*) yahut *precarium* aktine dayanarak elde edilmemiş ise korunurdu. Aksi bir durum söz konusu olduğunda ise mevcut zilyedin zilyetliğine tecavüz eden kimse Fesatlı Zilyetlik Defi'sini, *exceptio vitiosae possessionis*, kullanabilecektir. Bu defi hakkını kullanabilecek kişi, yalnız mevcut zilyedin kendisinden zor kullanarak, gizlice yahut *precarium* aktine dayanarak zilyetliği elinden alınan kişilerdir; üçüncü bir diğer kişi bu defi'yi mevcut zilyede karşı ileri süremeyecektir.

Interdictum utrubi ise bir taşınır üzerindeki zilyetliğe yönelik tecavüz durumlarında başvurulmuş bir *interdictum* idi. Bu *interdictum* genel olarak *interdictum uti possidetis*'e benzemektedir. Ancak bu *interdictum* kapsamından korunan zilyet olabilmek için; bir önceki yılın büyük bir kısmı boyunca fesatsız bir şekilde zilyetliği elinde bulundurmuş olması aranmaktaydı. Her iki *interdictum* kapsamında; gerekli durumların varlığı halinde *praetor*'un mevcut zilyetten, zilyetliği iadesini emredebildiğinden bahisle bu her iki *interdictum*'un *interdictum duplex* olduğu söylenebilecektir.

Bir diğer zilyetliğin korunmasını bakımından önem teşkil eden *interdictum* ise kaybedilen bir zilyetliğin yeniden tahsisini sağlayan *interdicta recuperandae possessionis* idir. *Interdictum unde vi* kaybedilen bir zilyetliğin yeniden tahsisini sağlayan *interdictum*'a bir örnektir.

Interdictum unde vi; bir taşınmaz üzerindeki zilyetliğin, zor kullanılarak (*vi*) kaybettirilmesi halinde zilyetliğin tekrardan tesisine yönelik koruma sağlayan bir *interdictum*'dur. Zilyetliğin kaybettirilmesine yönelik kullanılan şiddetin (*vi*); silah zoru ile mi gerçekleştirildiği yoksa silahsız bir şekilde mi zor kullanıldığı önemlidir. Zira eğer silah zoru ile bir kimsenin zilyetliğinin kaybettirilmesi durumu söz konusu ise *interdictum de vi armata* kapsamında koruma sağlanacaktır ama silah zoru olmadan zor kullanarak bir kimsenin zilyetliği kaybettirildi ise o halde *interdictum de vi non armata* söz konusu olacaktır.

Interdictum de vi armata ile *interdictum de vi non armata* arasında önemli iki fark bulunmaktadır. Bu ayrımlardan ilki: *Interdictum de vi non armata* için “Zilyedi bu yıl içerisinde zilyetliğini kaybettirdiğiniz yere getirin...” demek sureti ile belirli bir süre öngörülmüştür, bu

süre *interdictum de vi armata* için aranmamaktadır. Bir diğer husus ise *Interdictum de vi non armata*'da fesatlı zilyetlik defi'sine başvuru imkanı var iken *interdictum de vi armata*'da bu defi'ye başvuru imkanı bulunmamaktadır. Meğerki silah gücü ile zilyetliği kaybettiren kişi, zilyetliğini kaybeden kişinin de zamanında kendisinden taşınmaza ait zilyetliğini silah zoru ile kaybettirdiğini söylememiş olsun.

KISALTMALAR

Bkz. : bakınız

Çev. : çeviren

Dig. : Digesta

E.T. : erişim tarihi

s. : sayfa

ss. : sayfa aralığı

vb. : ve benzeri

KAYNAKÇA

Buckland, William Warwick: Elementary Principles of The Roman Private Law, Cambridge at the University Press, 1912.

Buckland, William Warwick: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge at the University Press, 1921.

Çelebican karadeniz, Özcan: Roma Eşya Hukuku, 5. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

Descheemaeker, Eric: *The Consequences of Possession*: University of Edinburgh, School of Law, Working Papers, (<https://doi.org/10.2139/ssrn.2302273> E.T. 01.01.2020)

Di Marzo, Salvatore: Roma Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954 (Çeviren: Umur, Ziya).

Erdoğan, Belgin: Roma Eşya Hukuku, 6. Basımdan 7. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2018.

Honig, Richard: Roma Hukuku, 2. Basım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938 (Çeviren: Talip, Şemsettin).

Koschaker, Paul/ Ayiter, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukun Ana Hatları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977

Leage, Richard William: Roman Private Law: Founded on the 'Institutes' of Gaius and Justinian, Londra, Macmillan & Co, 1906.

Schulz, Fritz: Classical Roman Law, Oxford at the Clarendon Press, 1961.

Sohm, Rudolph: The Institutes; a Textbook of the History and System of Roman Private Law, Oxford at Clarendon Press, 1907.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1983.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1990.

Watson, Alan: The Digest of Justinian Volume IV, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.

