



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

ISSN: 2146-1082 e-ISSN: 2667-5714

Temmuz - Aralık 2024 Cilt: 15 Sayı: 2 / July-December 2024 Vol: 15 No: 2



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 15 – Sayı: 2
Temmuz – Aralık 2024

Vol: 15 – No: 2
July – December 2024



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

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **EBSCOhost** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere **INDEX COPERNICUS** tarafından taranan dergiler arasındadır.



2017 yılından geçerli olmak üzere **INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2019 yılından geçerli olmak üzere **DOAJ** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.



2010 yılından geçerli olmak üzere **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2010 yılından geçerli olmak üzere **WorldCat** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Scilit** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Google Scholar** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



2010 yılından geçerli olmak üzere **EuroPub** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.



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



2010 yılından geçerli olmak üzere **Crossref** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Sobiad** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İNÜHFD)

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

Inonu University Law Review (InULR)

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

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

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

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

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

İmtiyaz Sahibi - Proprietor

Prof. Dr. Nusret AKPOLAT

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Doç. Dr. Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azim ÖNCÜ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aynaz UĞUR

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru MUTLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Abdülbaki GİYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDIN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat BÜYÜKAY

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri – Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖZTÜRK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN POLAT

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Dr. Arş. Gör. Hilal ALBAL ULAŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rümeysa SAVRAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Ülkü SümeYYe USLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Yunus YAVUZ

İnönü Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Gör. İbrahim Numan ERDOĞAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Uzman Erol ŞAHİNGİL

İnönü Üniversitesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın Gülan

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tamer Budak

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Prof. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Metin Ceylan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ashlhan KAYIK AYDINALP	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Berkant AKKUŞ	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı üslû izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E.2008/2001, K.2010/9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

- GELİR ELDE ETMEK AMACIYLA SÖZDE MAĞDUR TARAFINDAN UZLAŞTIRMA KURUMUNUN KULLANILMASI HAKKINDA DEĞERLENDİRME**
AN ASSESSMENT ON THE USE OF THE CONCILIATION INSTITUTION BY THE SO-CALLED VICTIM FOR THE PURPOSE OF GENERATING INCOME 278 - 292
Kaan Polat
- ULUSÖTESİ ŞİRKETLERİN SINIRÖTESİ İNSAN HAKLARI İHLALLERİ: MENŞE DEVLET DÜZENLEMELERİ**
EXTRATERRITORIAL HUMAN RIGHTS VIOLATIONS BY TRANSNATIONAL CORPORATIONS: THE HOME STATE REGULATIONS 293 - 308
Büşra Beydüz - Bülent Algan
- TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA KİŞİLİK HAKLARININ İNTERNET VE ÖZELLİKLE SOSYAL MEDYA VASITASIYLA İHLALİNDE UYGULANACAK HUKUKUN**
DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW IN TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS THROUGH THE INTERNET AND ESPECIALLY SOCIAL MEDIATAYINI 309 - 321
Mehmet Çoğalan
- TÜRKİYE VE BİRLEŞİK KRALLIK'TAKİ TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İLE ÇÖZÜMLENMESİ**
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS IN COLLECTIVE EMPLOYMENT DISPUTES IN TÜRKİYE AND THE UNITED KINGDOM 322 - 334
Mustafa Nalbant
- ULUSLARARASI ADALET DİVANININ GAMBİYA VS. MYANMAR İHTİYATİ TEDBİR KARARININ DEVLET SORUMLULUĞU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**
ASSESSMENT OF STATE RESPONSIBILITY IN THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S DECISION ON PROVISIONAL MEASURES ON GAMBIA VS MYANMAR 335 - 349
Elif Uzun - Neslihan Özkerim Güner
- ULUSLARARASI HUKUKTA EKOKIRIM KAVRAMININ GELİŞTİRİLMESİ: İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ BAĞLAMINDA TEHLİKE ALTINDAKİ TÜRLERİ KORUMAK İÇİN POTANSİYEL HUKUKİ BİR ARAÇ**
ADVANCING ECOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: A POTENTIAL LEGAL TOOL FOR SAFEGUARDING ENDANGERED SPECIES AMIDST CLIMATE CHANGE 350 - 357
Kutluhan Bozkurt - Elif Naz Nemec
- İDARENİN KOLLUK YETKİLERİ KAPSAMINDA TRAFİK İHLALLERİNİN ELEKTRONİK DENETLEME SİSTEMLERİ İLE TESPİTİ**
DETECTION OF TRAFFIC VIOLATIONS WITH ELECTRONIC SURVEILLANCE SYSTEMS AS PART OF ADMINISTRATIVE LAW ENFORCEMENT POWERS 358 - 371
Zehra Karakus Isık - Kamile Türkoğlu Üstün
- MESLEKİ YETERLİLİK KURUMU PERSONELİNİN ÜCRETİNE İLİŞKİN TOPLU SÖZLEŞME HAKKI BÜTÇE DİSİPLİNİNİ SAĞLAMA AMACIYLA SINIRLANDIRILABİLİR Mİ?**
CAN THE RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING ON THE WAGE OF THE STAFF OF THE VOCATIONAL QUALIFICATIONS AUTHORITY BE LIMITED IN ORDER TO ENSURE BUDGETARY DISCIPLINE? 372 - 385
Yunus Anıl Ay

OTOBİYOGRAFI / AUTOBIOGRAPHY

- PROF. DR. İHSAN ERDOĞAN**
PROF. DR. İHSAN ERDOĞAN 386-395
İhsan Erdoğan

**GELİR ELDE ETMEK AMACIYLA SÖZDE MAĞDUR TARAFINDAN UZLAŞTIRMA
KURUMUNUN KULLANILMASI HAKKINDA DEĞERLENDİRME****AN ASSESSMENT ON THE USE OF THE CONCILIATION INSTITUTION BY THE SO-CALLED
VICTIM FOR THE PURPOSE OF GENERATING INCOME**Kaan POLAT* **Makale Bilgi**Gönderi: 14/06/2024
Kabul : 24/07/2024**Anahtar Kelimeler**Uzlaştırma,
Uzlaşma,
Sözde Mağdur,
Muhtemel Fail,
Onarıcı Adalet**Article Info**Received: 14/06/2024
Accepted: 24/07/2024**Keywords**Conciliation,
Reconciliation,
So-called Victim,
Probable Perpetrator,
Restorative Justice.**Özet**10.21492/inuhfd.1501139 

Türk ceza hukukuna 2005 yılında dâhil edilen ve onarıcı adalet anlayışının yansımalarından biri olarak kabul edilen uzlaştırma kurumu, fail ile mağdurun bir araya getirilerek barışmalarına ve mağdurun uğramış olduğu zararın nasıl telafi edilebileceğine ilişkin yürütülen bir süreçtir. Bu süreçte mağdur, uğramış olduğu zararın giderilmesi için genellikle maddi nitelikte olan bir edimin kendisine verilmesini talep etmektedir. Bunun üzerine fail, mağdurun talep ettiği edimi yerine getirmek suretiyle kovuşturma yapılmasının önüne geçmiş olur. Ancak bazı durumlarda sözde mağdur; sırf uzlaştırma kurumunun ediminden yararlanmak amacıyla kendisi aleyhine uzlaştırmaya tabi suçların işlenmesine, bu yönde suç işleme ihtimali olan potansiyel suçluların tahrik edilmesine sebep olmaktadır. Bir başka deyişle; fail ve mağdurun anlaşarak bozulan toplum düzeninin iadesinin sağlanması için Türk hukukuna giren uzlaştırma kurumu, sözde mağdurun gelir elde etmek için kullanılan bir araç hâline gelebilmektedir. Çalışmamızda; hüsnüniyetten uzak ve uzlaştırma kurumunun varoluş amacına aykırı şekilde gelir elde etmek amacıyla yapılan eylemlerin nasıl nitelendirildiği, bu eylemler neticesinde uzlaştırma kurumunun uygulanıp uygulanmaması gerektiği ve nihayetinde sözde mağdurun bu şekilde davranması nedeniyle aleyhine bir yaptırımın tatbik edilip edilemeyeceği ele alınacaktır.

Abstract

The institution of conciliation, which was introduced into Turkish criminal law in 2005 and is considered as one of the reflections of the restorative justice approach, is a process where the perpetrator and the victim are brought together to reconcile and determine how the damage suffered by the victim can be compensated. In this process, the victim requests that an act, which is usually material in nature, be given to him in order to eliminate the damage he has suffered. The perpetrator then prevents trial by fulfilling the act requested by the victim. However, in some cases, the so-called victim causes crimes subject to conciliation to be committed against him/her and potential criminals who are likely to commit crimes in this direction to be provoked, just to benefit from the act of the conciliation institution. In other words, the institution of conciliation, which was introduced into Turkish law to ensure the restoration of the disrupted social order by the agreement of the perpetrator and the victim, may become a tool used by the so-called victim to generate income. In our study; how the acts carried out in order to obtain income in a way that is far from goodwill and contrary to the purpose of the existence of the conciliation institution, whether the conciliation institution should be applied as a result of these acts, and finally, whether a sanction can be imposed against the so-called victim for acting in this way will be addressed.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: POLAT, Kaan, "Gelir Elde Etmek Amacıyla Sözde Mağdur Tarafından Uzlaştırma Kurumunun Kullanılması Hakkında Değerlendirme", InÜHFD, 15(2), 2024, s.278-292. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

There are an infinite number of actions that can be performed in the world. Some of these actions are subject to sanctions because they violate obligations. Some of these sanctions are sanctions that concern criminal law and are punishable by a sentence. However, as criminal law is *ultima ratio*, it is not a correct approach to punish every behavior that violates obligations in terms of criminal law. Otherwise, it would be acting within the scope of retributive justice where it is accepted that the perpetrator must be given a painful punishment. Contrary to the retributive justice approach, in the restorative justice approach; in order to restore the social order that has been disrupted by the crime committed, it is not necessary to impose an absolute punishment on the perpetrator, but rather, it is sufficient for the perpetrator and the victim to make peace and reconcile. The institution of conciliation is an institution that has been included in Turkish criminal law with the development of the restorative justice approach and instead of the crime committed, the crime is committed against the victim and the perpetrator is taken into focus. In this way, after the crime that causes the deterioration of the social order, the victim and the perpetrator are brought together and a conciliation is achieved between them, resulting in their peace and the restoration of the deteriorated social order. The provisions on conciliation are regulated in Articles 253, 254 and 255 of the Code of Criminal Procedure and the Regulation on Conciliation in Criminal Procedure. In the conciliation process, an act is usually agreed upon for the two parties to reconcile with each other. This act may be a moral act in the form of the perpetrator apologizing to the victim or a material act in the form of the perpetrator giving money to the victim. In practice, at the end of the conciliation process, a material act is usually agreed upon. Thus, the perpetrator will perform a material act to the victim due to the crime subject to conciliation committed against the victim and the prosecution phase will not be initiated.

Although conciliation, which is one of the manifestations of the restorative justice approach, brings the victim and the perpetrator together and causes them to make peace and concile, the fact that the agreed act is not subject to any limit as a rule has caused people with bad intentions to misuse this institution and see it as a source of income. These people, whom we call the so-called victims, provoke potential perpetrators to commit a crime subject to conciliation against them and to obtain a material benefit at the end of the conciliation process. The most common way of using the institution of conciliation to generate income is by ensuring that the so-called victims are insulted or threatened on social media. The fact that these provocative acts are carried out in public environments such as social media causes the provocative act to be seen more and provoke the possible perpetrators more. However, this problem manifests itself not only on social media platforms, but in every field. Therefore, it is clear that regulations should be made to prevent the initiation of the conciliation process regarding the so-called victims who use the institution of conciliation to generate income. Otherwise, this institution will continue to be misused and will enable the so-called victims to generate income.

The aim of the study is to prevent the abuse of the conciliation institution for generating income. This study examines and evaluates how the provocative acts of so-called victims can be assessed in terms of criminal law and which solutions will be appropriate to prevent the abuse of the institution. The study first presents the concept of the restorative justice approach and its historical development. It then explains where and how the conciliation institution is regulated in Turkish criminal law. Next, it emphasizes the legal nature of provocative acts regarding the abuse of the reconciliation institution. If the conciliation institution is used in such cases, it addresses whether the conciliation process can be initiated and evaluates whether a sanction will be imposed against the so-called victim for their provocative act. Finally, the study explains the regulations that should be made to prevent the abuse of the conciliation institution.

The method used in the study involved conducting the necessary examinations by utilizing books and articles specifically written about the institutions and included in the literature. However, since there are almost no studies that directly address the subject of the study and emphasize the problem, we have made suggestions on this issue. These suggestions were made by considering the whole Turkish criminal law systematically and in accordance with the societal needs.

In some cases, the provocative act committed by the alleged victim may be considered within the scope of unjust provocation, provocative agent (institution of participation), incitement to commit a crime, fraud. However, it is not possible for these conditions to be met. Even if the provocative act causes some crimes or institutions to come to the agenda; this situation does not mean that the alleged victim cannot benefit from the conciliation institution. Because there will be no obstacle to the initiation of the conciliation process. Therefore, the main problem is that there is no legal ground for the so-called victim not to start the conciliation process due to the crime committed against him/her by acting provocatively.

In our opinion, the following sentence should be added to paragraph 3 of Article 253 titled "Conciliation" of the Code of Criminal Procedure: "If the commission of the crime subject to conciliation was caused by the provocative act of the victim and a benefit in favor of the victim was obtained in more than one similar case, the conciliation process is not initiated; if the conditions are met, a decision to postpone the opening of the public case is made or a prepayment is applied." Thus, the situations that cannot be conciliated are collectively stated in paragraph 3. An exceptional provision should be included in Article 7/9 of the Regulation on Conciliation in Criminal Procedure and the following sentence should be added: "In crimes subject to conciliation, except for the last sentence of Article 253/3 of the Code of Criminal Procedure, a decision to postpone the opening of the public case ... cannot be made without attempting to conciliate." In addition, necessary amendments should be made to Article 171 of the Code of Criminal Procedure, which regulates the postponement of the opening of the public case, and Article 75 of the Turkish Criminal Code, which regulates prepayment. With the new regulation to be made, in the event that the so-called victim causes a crime subject to conciliation to be committed against him/her by making provocative actions and has acted in this way in similar cases and obtained a material act, the conciliation process will not be initiated, and if the conditions are met, a decision will be made to postpone the opening of the public case or prepayment will be made. If the conditions are not met, a public case will be opened. Thus, the so-called victim will no longer provoke the possible perpetrators due to the lack of the possibility of obtaining a material benefit, and the possible perpetrators will not commit a crime that will disrupt the social order due to their provocation.

I. GİRİŞ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunların 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle oldukça önemli kurumlar, Türk ceza hukukuna dâhil edilmiştir. Bu kurumlar arasında, işlenen suç yerine mağduru odak noktasına alan ve onarıcı adalet anlayışı açısından önem arz eden uzlaştırma da bulunmaktadır. Anglo-Sakson hukuku kökenli olan uzlaştırma kurumu; ilk aşamada Türk Ceza Kanunu'nda yer almış, sonradan yapılan değişikliklerle 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kendini göstermiştir. Birtakım suçların işlenmesi hâlinde Cumhuriyet savcısı, kamu davası açmak yerine fail ve mağdurun anlaşmalarını sağlamak maksadıyla uzlaştırma sürecini başlatır. Bu durumda mağdurun faille uzlaşabilmesi için genellikle fail tarafından yerine getirilmesi gereken bir edim kararlaştırılır. Hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla her şey, edim olarak kararlaştırılabilir. Uygulamada ise bu edim, genellikle belli bir tutardaki paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırılır.

Her ne kadar onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde Türk hukukuna giren ve gelişmeye devam eden uzlaştırma kurumunun amacı, mağdurun dikkate alınarak uğranılan zararın giderilmesi için fail ve mağdurun anlaşış yargılama safhası işletilmeden bozulan hukuk düzeninin tekrar sağlanması olsa da bazı durumlarda bu kurum kötüye kullanılmaktadır. Özellikle suçlu olduğu iddia edilen failin ceza almaktan korkması nedeniyle uzlaştırmayı genellikle kabul edeceği bilinir. Bundan dolayı mağdur, kendisi aleyhine uzlaştırmaya tabi suçların işlenmesi ve sonrasında uzlaştırma sürecinde maddi bir edim elde edebilmesi amacıyla tahrik edici eylemlerde bulunur. Tahrik edici eylemlerden dolayı mağdur aleyhine işlenen bu suçların suç olma vasfı değişmeyecek de mağdurun uzlaştırma kurumunu bir gelir elde etme aracı olarak kullanmasının üzerinde durulması gerekir.

Sosyal medyanın son on yılda yaygınlaşması üzerine sosyal medya platformlarında bazı kullanıcılar; belli bir kitleyi hedef alarak ve suç oluşturmada kışkırtma yaparak onların kendisine hakaret etmesini, akabinde bu şekilde para kazanmayı sağlar. Bir başka ifadeyle uzlaştırma kurumunun hukuki niteliği ve varoluş amacına aykırı olarak hareket eden ve sözde mağdur olarak nitelendirilebileceğimiz kişi, işlenen her suçtan dolayı bir gelir elde eder. Böylelikle sözde mağdur, esasında bir ceza hukuku kurumunu kötüye kullanmakta ve suç işlenmesini meslek edinmektedir.

Sözde mağdurların gelir elde etmek amacıyla uzlaştırma kurumunu kullanması hâlinde yapmış oldukları kışkırtıcı eylemlerin ne şekilde nitelendirilebileceği, böyle bir durumun varlığı hâlinde uzlaştırmının uygulanıp uygulanmayacağı ve yapılan bu eylemlerden dolayı kendileri aleyhine herhangi bir yaptırımın tatbik edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gerekir. Bu incelemeyi yaparken; öncelikle onarıcı adalet anlayışı genel hatlarıyla ele alınacak, sonrasında uzlaştırma kurumunun Türk ceza hukukundaki yeri değerlendirilip açıklanacak, akabinde çalışmamızın esas konusunu oluşturan sözde mağdurların uzlaştırma kurumunu gelir kapısı olarak kullanmaları hâlinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiğine yönelik değerlendirme ve önerilerde bulunacağız.

II. ONARICI ADALET ANLAYIŞI

İnsanların zorunlu veya ihtiyari olarak bir arada yaşadığı yerlerde, toplumsal düzenin sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi için bazı yükümlülükler bulunur. Bu yükümlülükler uyulmaması hâlinde güç sahibi olan otorite, yükümlülüğü ihlal eden kişiyi cezalandırma yoluna gider ve böylelikle toplumsal düzenin iadesini amaçlar. Söz konusu yükümlülüklerin bazılarının ihlali hâlinde suç meydana gelir ve işlenen suça karşılık olarak ceza tatbik edilir. Esasında hangi suç olursa olsun işlenen bir suçun varlığı hâlinde fail aleyhine mutlaka bir cezanın uygulanması gerektiği düşüncesi, cezalandırıcı (geleneksel) adalet anlayışının ürünüdür. Cezalandırıcı adalet anlayışı; insanın rasyonel bir varlık olması nedeniyle hareketlerini serbest bir şekilde yönlendirebileceğini, işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ve işlenen suçun devlete karşı işlendiğini kabul eder¹. Böylelikle ceza hukukunun odak noktasında fail ya da mağdur değil, işlenen suç yer alır. Dolayısıyla mağdurun uğramış olduğu zarar ve bunun giderilip giderilemeyeceği, mağdur ile failin bir araya gelerek toplum düzeninin tekrar sağlanıp sağlanamayacağı hususları göz ardı edilir. Fakat onarıcı adalet anlayışı; yalnız zararın giderilmesine odaklanmaz, zararın giderilme sürecine mağdur ve faille birlikte toplumun da katılarak sonraki zararların önüne geçilmesini amaçlar². Geleneksel ceza adalet sistemi içinde ceza verilmesi; failin işlediği suçtan dolayı uyarılması, pişmanlık duygusuna varması, haksız eylemden dolayı sorumluluğunun kendisine ait olduğu bilincine varması ve bunu benimsemesi anlamına gelir³. Ancak uygulamada bunun gerçekleşmesi pek olanaklı değildir. Zira failin mesuliyeti üstlenmesi, mecburi bir şekilde kendisine aşılanmaktadır. Hatta bu durum, bir intikam duygusunun oluşmasına bile sebep olabilmektedir. Bu şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun amaçlarından olan toplum barışının sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu güvenliğinin sağlanması mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde cezanın amaçlarından olan genel önleme (potansiyel suçluların suç işlememesi için korkutulması) ve pozitif özel önleme (suç işleyen kişinin yeniden suç işlemesinin engellenmesi = İslah edilmesi) sağlanamayacak, sadece negatif özel önleme (suç işleyen kişinin toplumdan tecrit edilmesi) amacına

¹ TOKDEMİR, Sercan: “Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak ‘Onarıcı Adalet’ Mekanizması”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1-2), 2017, s.76.

² KAPLAN, Mahmut: “Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2015, s.60.

³ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s.591.

ulaşılabilecektir⁴.

Cezanın tahmin edildiği kadar ıslah edici olmadığı gün geçtikçe anlaşılmaktadır. Özellikle sosyalleşme programlarının başarısız olması, ceza infaz kurumunda yer alan mahkûm sayısının azalmaması, her geçen gün farklı suç tiplerinin eklenmesi, suçların ilginç yöntemlerle işlenmesi; kanun koyucuların, kriminologların ve hukukçuların yeni bir arayışa girmelerine neden olmuştur⁵. Cezalandırıcı adalet anlayışının istenileni vermediği yönündeki memnuniyetsizlik ve eleştiriler sebebiyle bu anlayışın sakıncalarını gidermek bakımından ilk olarak 1970’li yıllarda Kanada, ABD, Yeni Zelanda, Avustralya ve İngiltere’de ortaya çıkan “Onarıcı Adalet Anlayışı” fikri gelişmiştir⁶.

Onarıcı adalet kavramının ne olduğu tartışma konusu olmuşsa da suçun faili ile mağdurun bir araya getirilmesi yöntemi olarak tanımlanmaktadır⁷. Onarıcı adaletin bir diğer tanımı da suç sebebiyle meydana gelen zararın en iyi nasıl çözüleceğinin belirlenebilmesi için suçtan doğrudan etkilenen kişilerin bir araya getirilerek iş birliği içinde gerçekleştirdikleri bir süreç⁸ şeklinde karşımıza çıkar. Esasında onarıcı adaletin birçok tanımı bulunmaktadır. Ancak genel itibarıyla cezalandırıcı adalet anlayışının aksine; ceza hukukunun odak noktasına mağdurun alındığı, suçtan etkilenen kişilerin bir araya getirilerek toplum düzeninin iadesi için gerçekleşen sürece onarıcı adalet anlayışı denir.

Onarıcı adalet anlayışı, ceza hukukunda suç ve mağduriyetle ilgili farklı bir yaklaşım sergiler. Devleti suçun asıl mağduru olarak kabul eden ve mağdurun pasif hâle geldiği cezalandırıcı adalet anlayışının aksine, suçun bireylere karşı işlenmiş olduğunu kabul eder ve bireylerin uyumsuzluk çözüm sürecinde aktif olarak rol almasını savunur⁹. Suç; normun ihlali olarak değil, mağdurun hak ihlali olarak kabul edilir¹⁰. Bu anlayış, mağdura odaklanır ve geçmiş yerine geleceğe yönelik bir yaklaşım benimser. Suça verilen tepki; zarar vermekten ziyade eğitici, affedici, düzeltici, sorumluluk kazandırıcı ve toplumsal katılım ile diyalogu teşvik edici nitelikte olmalıdır¹¹.

Onarıcı adaletin temel amacı; bir yandan mağduru ön plana koyarak ona sahip çıkılması, bir yandan da suçun failine haksız eyleminin sorumluluğunu üstlenme fırsatı vererek onu topluma kazandırmaktır¹². Şayet suç, esas olarak bir haksızlıkta sorumluluk da bu haksızlığın fail tarafından anlaşılmasıdır¹³. Dolayısıyla failin işlenmiş olduğu suçun haksızlığını anlayıp bu konuda sorumlu olduğunu kabul etmesi, mağdurun da işlenen suçtan ötürü uğramış olduğu haksızlıkların giderilmesi için faille anlaşması; onarıcı adalet anlayışının temelini oluşturur.

Onarıcı ceza adaleti anlayışı kapsamında “Ceza Hukukunun Son Çare Olması” ilkesine bağlı olarak haksızlık teşkil eden her eylemin cezalandırılmaması gerektiğini söylemek gerekir. Haksız fiil, zorunluluğun mevcudiyeti hâlinde suç haline getirilmeli; kamu barışı ve güvenliğin tesisi sebeplerine dayanarak sürdürülebilir bir yaşamın sağlanması amacıyla ceza hukukuna başvurulmalıdır¹⁴.

Hülasa; onarıcı adalet anlayışı, mağduru merkeze alarak kimin mağdur olduğunu, mağdurun neye ihtiyacı olduğunu, kimin bu duruma sebep olduğunu ve sorunun çözümü için hangi yolların izlenmesi gerektiğini belirlemeye yönelik bir yaklaşım benimser¹⁵. Bu sorulara cevap bulmak ve uyumsuzluğu çözmek için “Uzlaştırma”, fail ile mağduru bir araya getirerek aralarındaki sorunu ilişkinin düzeltilmesi, iki tarafın duygularının tatmin edilmesi ve sonucunda toplum barışının tekrar sağlanmasını amaçlayan ve onarıcı adalet anlayışının en önemli uygulamalarından biri olan bir kurumdur.

III. UZLAŞTIRMA

Ceza hukuku, uzun yıllar boyunca failin odak noktasına alınmasıyla gelişmiştir. 1970’li yıllarının başında mağdurlar üzerinde yapılan araştırmalar neticesinde, ikincil planda kalan mağdurların haklarının korunması gerektiği tespit edilmiştir. Böylece Türk ceza hukukunda da mağdurun odak noktasına alındığı kurumlar yer edinmiştir¹⁶. Anglo-Sakson hukukuna özgü bir kurum olan uzlaştırma; Türk ceza hukukuna Türk Ceza Kanunu m.73/f.8, Ceza Muhakemesi Kanunu m.253-255 ve Çocuk Koruma Kanunu m.24 ile dâhil olmuştur¹⁷. Uzlaştırma, kural olarak¹⁸ soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlar ile

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRBAŞ, Timur: “Suçun Önlenmesi”, Yaşar Hukuk Dergisi, 1(1), 2019 ve DOĞAN KARAKAŞ, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, 1. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s.41 vd.

⁵ YERDELEN, Erdal: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.13.

⁶ AKBULUT, Berrin/AKSAN, Murat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.15-17.

⁷ KUL YENİGÜL, Aylin: “Onarıcı Adalet ve Cezalandırıcı Adalet”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(9), 2019, s.10.

⁸ ÇETİNTÜRK, Ekrem: “Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)”, Ceza Hukuku Dergisi, 4(9), 2009, s.217.

⁹ UMBREİT, Mark: “Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment”, The Western Criminology Review, 1(1), 1998, s.3.

¹⁰ DEĞİRMENCİ, Olgun: Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.69.

¹¹ ERİŞ, Ali Uğur: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitim”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (137), 2018, s.245.

¹² YERDELEN, Erdal/ÖZBEK, Mustafa Serdar/ALTUNTAŞ, Şeyda/BOZ, Burak/ERDEM, Dilek Özge/YILMAZ, Berna Ayşen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.15.

¹³ ÇETİNTÜRK, Ekrem: Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.14.

¹⁴ TAŞKIN, Ozan Ercan: “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1), 2016, s.62.

¹⁵ BAYTAZ, Abdullah: “Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 71(1), 2013, s.117-118.

¹⁶ KAPLAN, s.74.

¹⁷ AKBULUT/AKSAN, 2019, s.22.

¹⁸ CMK m.253/f.3: “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda (madde 123/A), uzlaştırma yoluna gidilemez”.

Kanun'da sayılan bazı suçlar açısından fail ile mağdurun belli hususlarda anlaşması hâlinde kovuşturma¹⁹ yapılmasına engel olan bir ceza muhakemesi kurumudur²⁰. Uzlaştırma; şüpheli ve mağdur arasında tarafsız bir uzlaştırmacının yaptığı barıştırma, edim üzerine anlaştırma ve zararı giderme yöntemidir²¹. Her ne kadar uzlaştırma; onarıcı adalet anlayışının uygulamalarından biri olsa da bu uzlaşmanın barışmak kadar samimi ve derin olması gerekmez, yüzeysel bir uzlaşmanın sağlanması yeterlidir. Ancak tazmin edici adalet anlayışından ayrı olarak uzlaştırma; failin gelecekteki şahsi intikam arayışlarını da sona erdirmeli, yalnız zararın tazminine odaklanmamalıdır²².

Türk ceza hukukunda uzlaştırma, temelini Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253-254-255. maddesi ile Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nden alır. Uzlaştırma kurumu, CMK m.253'te ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesi hâlinde şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması için birtakım girişimlerde bulunulur (CMK m.253/f.1). Uzlaştırmaya tabi suçlar ise 253. maddenin 1. fıkrasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak uzlaştırmaya tabi suçlar bunlardan ibaret değildir. Zira CMK m.253/f.2'de yer alan düzenleme gereğince diğer kanunlarda da özel hüküm bulunmak kaydıyla uzlaştırmaya tabi suçlar düzenlenebilir.

Uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesi ve bu konuda yeterli şüphenin bulunması hâlinde Cumhuriyet savcısı, dosyayı uzlaştırma bürosuna gönderir. Uzlaştırma bürosu tarafından bir uzlaştırmacı görevlendirilir ve şüpheli ile mağdura uzlaşma teklifinde bulunur (CMK m.253/f.4). Uzlaştırmacı, bu süreçte soruşturmanın gizliliği ve CMUY m.6'da belirtilen etik ilkelere uygun davranmalıdır. Uzlaştırmacı; kendisine ilgili belgelerin verilmesinden itibaren otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Gerektiği hâlde uzlaştırma bürosu tarafından her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki defa süre uzatımı yapılabilir (CMK m.253/f.12). Fail ile mağdurun anlaşması hâlinde dosyayı uzlaştırmacı, uzlaştırma bürosuna; uzlaştırma bürosu, Cumhuriyet savcısına gönderir (CMK m.253/f.15). Cumhuriyet savcısı, uzlaştırma raporunu hukuka uygun bulması hâlinde raporu soruşturma dosyasında saklar ve edimin niteliğine göre ilgili kararı verir (CMK m.253/f.17).

Uzlaştırma sonucunda failin edimi tek seferde yerine getirmesi hâlinde hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Ancak edimin yerine getirilmesi; ileri bir tarihe bırakılmış, taksitli bağlanmış ya da süreklilik arz etmesi gerekmiş ise diğer şartlar aranmaksızın fail hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesinden sonra şayet fail; edimi yerine getirmezse hakkında kamu davası açılır, edimi yerine getirirse kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir (CMK m.253/f.19; CMUY m.20/f.3).

CMK m.254'te düzenlendiği üzere kovuşturma aşamasında uzlaştırma gerçekleşir ve edim tek seferde yerine getirilirse fail hakkında davanın düşmesine karar verilir. Ancak söz konusu edimin yerine getirilmesi; ileri bir tarihe bırakılmış, taksitli bağlanmış ya da süreklilik arz etmesi gerekmiş ise diğer şartlar aranmaksızın fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildikten sonra şayet fail; edimi yerine getirmezse hakkında hüküm açıklanır, edimi yerine getirirse davanın düşmesine karar verilir (CMK m.254/f.2; CMUY m.27/f.3).

Yukarıda açıklanmış olduğumuz üzere uzlaştırma; fail ile mağduru bir araya getiren, işlenen suçtan ziyade suçtan zarar göreni odak noktasına alan, failin işlediği iddia edilen suçtan dolayı sorumlu olduğunu kabul eden, mağdurun ortaya çıkan zararın nasıl giderileceğini açıklayan ve bunların başında tarafsız bir uzlaştırmacının yer aldığı bir süreçtir. Böylelikle uzlaştırmaya tabi suçlardan birini işleyen fail, işlemiş olduğu suçun yöneldiği mağdurun taleplerini değerlendirmeli ve uzlaşmaya yanaşıp yanaşmayacağına karar vermelidir. Ancak suç işlediğinden emin olan veya ceza almaktan korkan biri²³ adli sicilinin lekelenmemesi için karşı tarafın teklif edeceği edimi yüksek oranda kabul etmektedir. Nitekim bu konuya ilişkin bir istatistik yayımlayan Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı; 2023 yılına ait uzlaştırma dosyalarının %83,28'inin olumlu, %16,72'nin olumsuz sonuçlandığını tespit etmiştir²⁴. Uzlaştırma müzakerelerinde genellikle edim olarak, belli bir tutarın ödenmesi kararlaştırılır. Böylece fail, mağdura belli bir tutarda para öder ve hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilerek adli sicilinin lekelenmesinin önüne geçer.

IV. UZLAŞTIRMA KURUMUNUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Uzlaştırma kurumunun amacı; onarıcı adalet anlayışı çerçevesinde fail ve suçtan zarar görenlerin bir araya getirilip onların anlaşmalarını sağlamak olsa da bazı durumlarda kişiler, uzlaştırmada elde edilecek maddi edimden yararlanmak ve bu yoldan gelir elde etmek saikiyle hareket etmekte ve uzlaştırma kurumunun varoluş nedenine aykırı davranmaktadır. Muhtemel sözde mağdur olarak addedeceğimiz bu kişiler; kendilerine uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesi ve sonrasında maddi bir edim elde edebilmek için

¹⁹ İstisna için bkz. CMK m.254.

²⁰ ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.591.

²¹ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.B., Seçkin Yayın, Ankara 2023, s.870.

²² YAŞAR, Ercan: Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller (Alternatif Usuller), 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.214.

²³ Uzlaştırma kurumunun masumiyet karinesiyle olan ilişkisi için bkz. ÜNAL, Ertuğrul: "Uzlaştırma ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), 2018, s.195 vd.

²⁴ T.C. Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı: "2023 Yılı Uzlaştırma İstatistiği", <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/20420241343372023%20UZLA%C5%9ETIRMA%20G%C3%96RSEL.pdf>, (Erişim: 20.05.2024).

muhtemel failleri kışkırtmakta, akabinde ise şikâyet veya ihbarda bulunmaktadır. Bu durum, son zamanlardaki yaygın kullanım nedeniyle kendini sosyal medya platformları üzerinde göstermektedir. Özellikle TCK m.125'te düzenlenen hakaret suçu, sosyal medyada en çok işlenen suçlar arasında yer alır. Muhtemel sözde mağdurlar ise uzlaştırmaya tabi bir suç olan hakaretin kendileri aleyhine işlenmesi ve uzlaştırma sürecinde edim olarak para alabilmek için muhtemel failleri kışkırtacak eylemlerde bulunur.

A. “Kışkırtıcı Hareket” Kavramı ve Hukuki Niteliği

Kanaatimizce bir kişiyi belirli bir tepki veya eylemde bulunmaya zorlamak amacıyla yapılan ve karşı tarafın kötü hissetmesine, sinirlenmesine, ayrıma tabi tutulmasına, öfkelenmesine, yetersiz hissetmesine ve buna benzer olumsuz duygulara kapılmasını sağlayan eylemler, kışkırtıcı hareket olarak adlandırılır. Kışkırtıcı harekette bulunularak muhtemel failin suç işlenmesine neden olunması hâlinde muhtemel sözde mağdur, sözde mağdur sıfatını haiz olur. Zira suç işlenmesini isteyen ve buna kendisi doğrudan neden olan kişinin suçun mağduru olarak nitelendirilmesi doğru bir yaklaşım değildir.

Öncelikle belirtilmelidir ki sözde mağdurun kışkırtıcı hareketi neticesinde failin işlediği suç, suç vasfının kaybına yol açmayacaktır. Failin icra etmiş olduğu eylem tipik ve hukuka aykırı ise bu eylem, suçun oluşumuna vücut verecektir. Dolayısıyla uzlaştırma kurumundan yararlanabilmek için sözde mağdur, kışkırtıcı harekette bulunsun da işlenen suçun mahiyeti değişmeyecektir. Suç işleyen fail, sorumlu olmaya devam edecektir. Bu konuda yakın tarihli bir kararın değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, sosyal medya platformlarından biri üzerinden sözde mağdurun paylaşımının altında kendisine hakaret eden faille ilgili şu kararı vermiştir:

“... müştekinin benzer şekilde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen müşteki sıfatıyla şikayetçi olduğu çok sayıda soruşturma dosyasının bulunduğu, müştekinin sosyal medyayı kullanarak diğer kullanıcıların kendisine hakaret etmesini sağlamaya yönelik tweetler atarak mevcut dosyalar kapsamında mevcut durumdan menfaat sağlamak kastıyla bilerek ve isteyerek paylaşım yapma neticesinde kendisine yönelik bir kısım eylemlerin yapılmasını sağlayarak menfaat temin etmeye çalıştığı, dosya sayısı da dikkate alındığında müştekinin bu durumu meslek haline getirdiğinin değerlendirildiği, hiç kimsenin kendi yarattığı haksız bir durumdan menfaat temin edemeyeceğinin evrensel bir hukuk ilkesi olduğu, bu kapsamda kişilik değerlendirmenin rencide edildiğinden bahisle şikayetçi olunmasının da hukuk düzeni tarafından korunmayacağı, söz konusu soruşturmanın yürütülmesinde kamunun da menfaatinin bulunmadığı anlaşılmakta...Şüpheli hakkında kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına...”²⁵

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazı edilmiş ise de bu itiraz; “...yeterli şüphe oluşturan delil elde edilemediği, ... kararın usul ve yasaya uygun olarak tesis edilmiş olduğu anlaşıldığından ... itirazın reddine...” gerekçeleri gösterilerek reddedilmiştir²⁶.

Kanaatimizce yukarıda belirtilen gerekçeler “doğal/ideal/olması gereken hukuk” kapsamında oldukça önem arz etse de mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde Cumhuriyet Başsavcılığı ile Sulh Ceza Hâkimliğinin vermiş oldukları kararın kabulü mümkün değildir²⁷. CMK m.172’de yer alan düzenleme gereğince kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi kural olarak kamu davasının açılması için yeterli şüphenin oluşmaması veya kovuşturma olanağının bulunmamasına bağlıdır. Yukarıda verilen kararlarda her ne kadar sözde mağdurun gelir elde etmek amacıyla kendisine sosyal medya üzerinden hakaret edilmesini sağladığı tespit edilmişse de bu durum, işlenmiş olan suçun hukuki niteliğini etkilememelidir. Zira ortada Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçlardan birinin tetahürü gerçekleşmiştir. Sonuç olarak suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunmaktadır. Sözde mağdurun hakkını kötüye kullanması, sözde mağdur aleyhine işlenen suç suçu olmaktan çıkarmamalıdır. Bu konuda haksız tahrikin bir özel düzenlemesi niteliğinde olan TCK m.129 gündeme gelebilir. TCK m.129/f.1’de “Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Ancak bu düzenleme soruşturma aşamasını değil, uzlaştırma sürecinden sonra kovuşturma aşamasını ilgilendirmektedir. Cumhuriyet savcısı ancak bu maddenin göz önünde bulundurulması gerektiğini iddianamede belirtebilir. Zira uzlaştırma süreci, kural olarak soruşturma aşamasında yapılmaktadır. Dolayısıyla failin işlemiş olduğu suç, her ne kadar kışkırtıcı bir hareket sonucunda işlenmiş olsa da bu durum; uzlaştırma sürecinin başlamayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla adli sicilinin lekelenmesinden korkan fail, uzlaştırma sürecinde sözde mağdurun teklif ettiği maddi tutarı ödemeyi kabul edecektir. Kanaatimizce mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde bu tarz olaylarda verilebilecek en uygun karar, “Sözde mağdurun işlenen suça sebep vermesi ve bundan dolayı maddi menfaat sağlama amacının bulunması nedeniyle TCK m.125’te düzenlenen hakaret suçunun maddi unsurlarından olan ‘mağdurun onur, şeref ve saygınlığının rencide edilmesi’ unsurunun bulunmaması nedeniyle hakaret suçunun oluşmayacağı...” gerekçe gösterilerek kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesidir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin bulunmaması ve

²⁵ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, K.2023/16222.

²⁶ Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliği, D. İş 2023/2957.

²⁷ Aynı yönde görüş için bkz. ŞEN, Ersan/SERDAR, Cem: “Hakaret Endüstrisinin Ceza Sorumluluğu”, <https://www.sen.av.tr/tr/makale/%20hakaret-end%C3%BCstrisinin-ceza-sorumlulugu>, (Erişim: 24.05.2024): “Bu hususta öncelikle belirtmeliyiz ki; Cumhuriyet savcısı kişinin tahrik suretiyle menfaat elde edebilmek amacıyla kendisine hakaret ettirdiğini ve bunu bir alışkanlık haline getirdiğini tespit ederek TCK m.129 kapsamına giren bir hal olduğuna kanaat getirirse dahi, soruşturma aşamasında bunu gerekçe göstererek kovuşturmaya yer olmadığı kararı veremez. ... TCK m.129’a dayanılarak soruşturmaya yer olmadığı veya kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi yasal çerçevede mümkün olmayıp, bu değerlendirmeyi kovuşturma aşamasında mahkemenin yapması gerekmektedir”.

eylemin hakaret suçunun tipikliğini oluşturmaması nedeniyle CMK m.172'ye göre uygun karar vermiş olur. Her ne kadar mevcut aşamada geçici bir çözüm olarak bu şekilde hareket edilmesi daha doğru olsa da bu konuda bir kanuni düzenlemenin yapılması gerektiği kesindir. Zira uzlaştırma kurumunun kötüye kullanılması; yalnız hakaret suçunda değil, uzlaştırmaya tabi diğer suçlar açısından da mümkündür. Söz gelimi; sözde mağdurun sokakta rastgele birinin karşısına çıkıp “Bana vuramazsın.” cümlesini defalarca tekrarlaması ve sonrasında muhtemelen failin sözde mağduru yaralaması hâlinde, suçun tipikliği oluşacaktır. Böyle bir durumda uzlaştırma kurumunun uygulanmaması ve sözde mağdurun maddi bir menfaat elde edememesi için başvurulabilecek herhangi bir hukuki yol yoktur. Zira TCK m.86'da düzenlenen kasten yaralama suçunun tipikliği net bir şekilde gerçekleşmiştir. Bu konuda en fazla haksız tahrik kurumuna başvurulabilir ki onun da şartlarının oluşması, bu durumda pek mümkün değildir.

Sözde mağdurun icra etmiş olduğu kışkırtıcı hareketin hukuki niteliğini incelemekte yarar bulunmaktadır.

1. Haksız Tahrik

Sözde mağdurun yaptığı kışkırtıcı hareketin ne şekilde nitelendirilebileceği önem arz eder. Akla ilk olarak Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinde düzenlenen “Haksız Tahrik” kurumu gelir. Haksız tahrik, “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye...” şeklinde Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir (TCK m.29). Dolayısıyla suçun haksız tahrik kapsamında işlendiğinin kabul edilmesi için genel olarak iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Birincisi ortada haksız bir fiil olması, ikincisi ise işlenen suçun hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında işlenmesidir. Hangi eylemlerin haksız olduğu Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmamaktadır. Ancak TCK m.29'un gerekçesinde “Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir.” ifadesi yer alır²⁸. Hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesinden dolayı hukuka aykırı eylemin tespitinde yalnız ceza hukuku normları değil, hukuk düzeninde geçerli olan yazılı-yazısız tüm hukuk kuralları göz önünde bulundurulmalıdır²⁹. Buna göre bir eylemin haksız tahrik sayılabilmesi için o eylemin suç olması veya Türk Borçlar Kanunu kapsamında haksız fiil olarak nitelendirilmesi gerekmez³⁰. Nitekim bu husus, Yargıtay kararlarında da belirtilmiştir³¹. Hangi eylemin haksız tahrik nitelikte olup olmadığının tespiti, hâkim tarafından yapılır. Buna göre hâkim; tahrik edilen failin şahsi özelliklerini, eylemi icra eden kişinin durumunu, bu kişiler arasındaki ilişkiyi, yapılan eylemlerin nerede ve ne zaman yapıldığını ve buna benzer birçok hususu göz önünde bulundurarak bir karara varmalıdır³². Her ne kadar haksız tahrikin oluşması için icra edilen eylemin hukuka aykırı olması gerekiyorsa da hukuka uygun ancak hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki eylemin de haksız tahrik kapsamında haksız fiil oluşturduğu kabul edilmektedir³³.

Haksız tahrik teşkil eden eylemin hakkın kötüye kullanılmasının kapsamında olup olmadığının tespiti kolay değildir. Zira Türk Ceza Kanunu'nda; Türk Medeni Kanunu'nda olduğu gibi hakkın kötüye kullanılması, dürüstlük ve iyi niyet gibi hususlar düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu konuya ilişkin hâkim, ceza hukukunun evrensel ilke ve esaslarını gözeterek kanun koyucunun niyetini bulmalı, yorum yapmalıdır. Fakat belirtmek gerekir ki uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesinden sonra uzlaştırma sürecinin başlatılması değil, uzlaşmanın mağdur tarafından kabul edilip edilmemesi bir haktır. Dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması kapsamında kabul edilecek olan husus; sözde mağdurun kışkırtıcı hareketlerde bulunması değil, onun maddi nitelikte bir edimi talep etmesidir.

2. Kışkırtıcı Ajan

Kışkırtıcı ajan, kendisine bir çıkar sağlamak amacıyla bir kişiyi suç işlemeye yönelttikten sonra onu ele veren kişidir³⁴. Kışkırtıcı ajana ilişkin bir diğer tanım, bir kişiyi suçüstü yakalatmak ya da o kişinin cezalandırılmasını sağlamak maksadıyla kışkırtılan kişiyi bir suç işlemeye yönelten, suç işlemesi için fırsat yaratan veya suç işlemesinde yardım eden kimsedir³⁵. Kışkırtıcı ajan, Türk ceza hukukunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu konuda lafzi yorum yaparak kışkırtıcı harekette bulunan muhtemel sözde mağdurun kışkırtıcı ajan olup olmadığını değerlendiremeyiz. Kimin kışkırtıcı ajan olabileceğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır³⁶. Şayet yalnız kamu görevlilerinin kışkırtıcı ajan olabileceği görüşü kabul edilirse zaten uzlaştırma kurumunu gelir elde etmek amacıyla kullanan sözde mağdur, kışkırtıcı ajan olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak belirtmek gerekir ki kışkırtıcı ajanın kamu görevlisi olması hâlinde zaten

²⁸ LEXPERA – Hukuk Bilgi Sistemi: “Türk Ceza Kanunu Madde Gerekçeleri”, <https://www.lexpera.com-tr.offcampus.anadolu.edu.tr/mevzuat/gerekciler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>, (Erişim: 29.05.2024).

²⁹ GÜNDÜZ, Hakan: Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.122.

³⁰ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 15. Bası, Der Yayıncılık, İstanbul 2021, s.606; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.613; DEMİRBAŞ, Timur: Haksız Tahrik, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s.76; ÇETİN, İbrahim: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.79.

³¹ “Bir eylemin kışkırtma nedeni sayılabilmesi için haksız olması yeterlidir. Ayrıca ceza yasalarında öngörülen bir suç kalıbına uyması, başka bir deyişle suç oluşturması gerekli değildir...” Yargıtay CGK., 11.05.2004, E.2004/74, K.2004/118. www.lexpera.com, (Erişim: 30.05.2024).

³² ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.431.

³³ DÖNMEZER/ERMAN, s.606; BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah: Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s.184; ÇETİN, s.79; GÜNDÜZ, s.127.

³⁴ DÖNMEZER/ERMAN, s.20; EREM, Faruk: “Kışkırtıcı Ajan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 32(1), 1975, s.6.

³⁵ TAŞKIN, Ozan Ercan: Kışkırtıcı Ajan, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.23.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKIN, s.28 vd.

bu durum, gizli soruşturmacı ve benzeri kurumlar çerçevesinde ele alınacaktır. Zira bu durumlarda kural olarak kışkırtıcı ajana bir cezanın verilmesi mümkün değildir. Fakat kışkırtıcı ajan ile gizli soruşturmacı kavramları da aynı değildir. Kışkırtıcı ajan, suçu işletip faili yakalatmak amacıyla bir kişide suç işlemeye kararı oluşturan ve onu azmettiren kişiyken; gizli soruşturmacı, kamu görevlisi olan ve göreviyle bağdaşır şekilde kuvvetli suç şüphesi bulunan bir olayla ilgili olarak araştırma yapıp delil toplayan kişidir³⁷.

Dolayısıyla kışkırtıcı ajan olarak kabul edilebilecek sözde mağdurun ceza sorumluluğu, TCK m.38’de düzenlenen azmettirme ve TCK m.39’da düzenlenen yardım etme kapsamında değerlendirilebilecektir. Hatta gelir elde etmek maksayıyla faile suç işletip faili araç olarak kullanan sözde mağdurun TCK m.37/f.2 çerçevesinde dolaylı fail olarak da sorumlu olabileceği belirtilmelidir. Ancak bunun tespit edilme görevi; soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısına, kovuşturma aşamasında ise mahkemeye aittir.

3. Suç İşlemeye Tahrik

Suç işlemeye tahrik suçu, TCK m.214/f.1’de “Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. TCK m.214/f.3’te yer alan “Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.” düzenlemesi gereğince; failin işlemiş olduğu bu suç, aynı zamanda tahrik edilen suçun işlenmesi neden olmuşsa hem suç işlemeye tahrikten hem de işlenen suça azmettiren sıfatından dolayı ceza verilir³⁸.

Suç işlemeye tahrik ile diğer benzer kavramlar arasındaki farka değinmek gerekir. Haksız tahrik bakımından değerlendirilecek olursak; haksız tahrikte fail, bir başkasının haksız fiilinden dolayı suç işlemektedir. Haksız fiili gerçekleştiren kişinin ise bu yönde bir talebi veya arzusu olmadığı gibi, suçun işlenmesi için de bir harekette bulunmamıştır. Aynı zamanda haksız tahrik; suç olarak değil, kusurluluğu azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Ayrıca haksız tahrik belli bir kişi veya kişinin çevresine yönelik kabul edilebilecekken suç işlemeye tahrik suçu için belirsiz kişilerin teşviki ve yönlendirilmesi gerekir³⁹. Son olarak haksız tahrikin aleni bir şekilde yapılması gerekmezken suç işlemeye tahrik suçu için tahrikin aleni yapılması şarttır. Azmettirme bakımından değerlendirilecek olursak; hareketin yöneldiği kişi belli ve özel ise azmettirme, belirsiz ve genelse suç işlemeye tahrik gündeme gelecektir. Ayrıca suç işlemeye tahrik suçunda tahrik edilen suç daha genelken azmettirmede işlenmesi istenen suç daha özeldir⁴⁰. Bir diğer fark azmettirmede aleni bir eylemde bulunulması şart değilken suç işlemeye tahrik suçunda tahrik aleni yapılmasıdır. Son olarak suç işlemeye tahrik suçunda tahrik edilen suçun işlenmesi şart değilken azmettirmede azmettirilen suçun işlenmesi gerekir.

Suç işlemeye tahrik suçunun işlenmesi için tahrikin belirli bir kişiye değil, belirsiz kişilere yönelik yapılması gerekir. Ayrıca tahrikin aleni olması gerekir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda bu hususları vurgulamıştır⁴¹. İlk aşamada uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılması için sözde mağdurun kışkırtıcı harekette bulunmasının suç işlemeye tahrik suçunu oluşturduğu akla gelebilir. Hatta sosyal medyadan profili açık olanların aleni bir şekilde yapmış olduğu tahrik, suç işlemeye tahrik suçunun işlendiği izlenimini doğurabilir. Ancak kişinin tahrik edici eyleminde doğrudan muhtemel failerin suç işlemesi gerektiğine yönelik bir ibare, yüksek olasılıkla bulunmayacaktır. Zira böyle durumlarda sözde mağdur, belli bir kesimin hoşuna gitmeyen ve sert eleştirisi niteliğinde olan paylaşımlar yapmaktadır. Bu paylaşımların doğrudan “suç işlemeye tahrik” suçu olarak kabul edilmesi, hukuki güvenlik ilkesine ve hayatın olağan akışına aykırıdır. Aksinin kabulü hâlinde sosyal medyada eleştiri niteliğinde paylaşım yapan her kişi, suç işlemeye tahrik suçundan dolayı hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılacağı korkusuyla özgür bir şekilde hareket edemez. Ayrıca suç işlemeye tahrik, sistematik olarak incelendiğinde suçun “Kamu Barışına Karşı Suçlar” altında düzenlendiği görülecektir. Uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesi için kışkırtıcı hareket bulunan birinin yapmış olduğu eylemin kamu barışına karşı bir suç olarak addedilmesi, kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Nitekim sözde mağdur aleyhine suçların işlenmesinin kamu barışına karşı bir suç oluşturmadığı açıktır. Ayrıca kışkırtıcı hareketin suç işlemeye tahrik suçunu oluşturması; sadece maddi ceza hukuku açısından değil, şekli ceza hukuku açısından da sorun yaratmaktadır. Zira bu suçun işlenmesi için failin (sözde mağdurun), birilerinin bu tahrikten etkileneceğini ve suç işleyeceklerini bilmesi gerekmekte⁴² ve bunun ceza muhakemesi kapsamında ispatlanması gerekmektedir. Ayrıca suç işlemeye tahrik suçunun oluşması için tahrik edilen suçun, üçüncü kişilere yönelik işlenmesi gerektiği kabul edilir⁴³. Sonuç olarak sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı eylemin, suç işlemeye tahrik suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmek gerekir.

4. Dolandırıcılık

Dolandırıcılık suçu, TCK m.157’de “Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının

³⁷ ŞEN, Ersan/YURTTAŞ, Yasemin: “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provakör”, Ceza Hukuku Dergisi, 3(6), 2008, s.25.

³⁸ ÖZEN, Mustafa: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Terazi Hukuk Dergisi, 2(8), 2007, s.89; ŞEN/SERDAR, <https://www.sen.av.tr/tr/makale/%20hakaret-end%C3%BCstrisinin-ceza-sorumluluğu>, (Erişim: 24.05.2024).

³⁹ YAŞAR, Ercan: “Suç İşlemeye Tahrik Suçu (Suç İşlemeye Tahrik)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 28(1), 2022, s.102.

⁴⁰ YAŞAR, Suç İşlemeye Tahrik, s.103.

⁴¹ Yargıtay 8.CD., 20.02.2024, E.2022/5878, K.2024/1503. www.lexpera.com, (Erişim: 28.05.2024).

⁴² YAŞAR, Suç İşlemeye Tahrik, s.116.

⁴³ ŞEN, Ersan/SERDAR, Cem: “Hakaret Endüstrisinin Ceza Sorumluluğu”, <https://www.sen.av.tr/tr/makale/%20hakaret-end%C3%BCstrisinin-ceza-sorumluluğu>, (Erişim: 28.05.2024).

zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye...” şeklinde düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçunun oluşması için temel olarak iki unsurun gerçekleşmiş olması gerekir. Birincisi, ortada hile bir davranışın bulunması ve mağdurun aldatılması; ikincisi mağdurun veya başkasının zararına ve kendisi veya başkasının yararına hareket edilmiş olmasıdır.

Ulaştırma kurumunun kötüye kullanılıp onarıcı adalet anlayışının aksine söz konusu kurumun bir gelir elde etmek amacıyla kullanılması hâlinde sözde mağdurun dolandırıcılık suçunun “başkasının zararına...kendisine yarar sağlayan...” unsurunu gerçekleştirdiğini söylememiz mümkündür. Zira karşı tarafın suç işlemesini sağlamak için kışkırtıcı hareketlerde bulunan sözde mağdur, hareketiyle kendisine bir yarar sağlamaktadır.

Dolandırıcılık suçunun gündeme gelmesi için hileli davranışla başka bir kimsenin aldatılmış olması gerekir. Hile, başka bir kişinin düşüncesi üzerinde etkili olan ve o kişinin objektif olarak hataya düşmesine neden olan her türlü davranıştır⁴⁴. Yargıtay, dolandırıcılık suçunu ilişkin şu hususu önemle belirtmiştir:

“Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır.”⁴⁵

Dolandırıcılık suçunun oluşması için gerekli olan “hileli hareket”in nitelikli bir yalan olması ve mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldırması gerekmektedir. Sözde mağdurların kışkırtıcı hareketlerinin hileli hareket olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanaatimizce sözde mağdurların yapmış oldukları eylemler, kötü niyetli bir amaç için kullanılsa da karşı tarafa yönelik hileli bir hareket olduklarının kabul edilmesi pek mümkün değildir. Zira muhtemel faillerin suç işlemesi için onlar aleyhine birtakım kışkırtıcı hareketlerde bulunulması, muhtemel faillerinin inceleme olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Muhtemel faillerin iradesinde “Mutlaka suç işlenmesinin gerektiği, suç işlenmediği takdirde kayıp yaşanabileceği, karşı tarafın sözlerine inanılması gerektiği” şeklindeki düşünceler oluşmamaktadır. Aynı zamanda kışkırtıcı hareketin kandırıcı nitelikte olup olmadığı hakkında genellikle olayın özelliği, mağdur (muhtemel failin) durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmaktadır⁴⁶. Fakat önemle belirtmek gerekir ki sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı hareketin aldatıcı nitelikte olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü muhtemel failin iradesinde ve özgür bir şekilde hareket etmesinde, sözde mağdurdan kaynaklanan bir değişiklik yoktur. Kışkırtıcı hareket karşılık muhtemelen failin suç işlemesi, kendisinin öfkesinden veya doldurşa gelmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarında hilenin karşı tarafı kandırabilecek nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir⁴⁷. Dolandırıcılık suçunun klasik örneklerinde ise suç mağdurlarının iradesi, ciddi anlamda sakatlanmakta ve yapılan hareketlerin aldatma özellikleri bulunmaktadır. Özellikle sosyal medyadan kışkırtıcı paylaşımlar yapan sözde mağdurların başvurdukları bir yöntem, yalan söylemektir. Bu durumda gerçekleşmiş bir olayın gerçekleşmediği veya gerçekleşmemiş bir olayın gerçekleştiği şeklinde ve buna benzer açık bir şekilde yalan paylaşımlar yapılabilmektedir. Muhtemel failler ise genellikle bu yalan paylaşımlardan dolayı öfkelenmekte ve sözde mağdura hakarete bulunmaktadır. Ancak hem doktrin hem yargı kararlarında sadece yalan söylemenin hile teşkil etmeyeceği belirtilmiştir⁴⁸. Ulaştırma kurumundan yararlanmak isteyen sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı eylemin ise hile olduğu bazı durumlarda ve zor şartlarda kabul edilebilse de bu hareketin karşı tarafı aldatmaya yönelik olduğu ve mağdurun inceleme olanağını kaldırdığını söylemek pek mümkün değildir. Esasında sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı hareket; muhtemel faillere yönelik değil, kanuna karşı bir hile olarak nitelendirilmelidir. Zira ulaştırma kurumunun amacına ve varoluş sebebine aykırı şekilde hareket edilmektedir.

Her ne kadar sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı hareketlerin haksız tahrik, kışkırtıcı ajan, suç işlemeye tahrik ve dolandırıcılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu yukarıdaki paragraflarda tartışılıp belirtilmiş olsa da esasen bu durum, ulaştırma kurumunun uygulanıp uygulanamayacağı konusuyla ilgili değildir. Zira haksız tahrik kurumu tatbik edilse veya kışkırtıcı hareketin kışkırtıcı ajan kapsamında olmasından dolayı sözde mağdur hakkında iştirak hükümleri uygulansa veya kışkırtıcı hareketlerin suç işlemeye tahrik ya da dolandırıcılık suçunu oluşturduğu kabul edilse dahi işlenen suçun ulaştırmaya tabi olması; ulaştırma prosedürünün işletilmesine kural olarak engel olamayacaktır. Çünkü ortada fail tarafından işlenmiş bir suç bulunmaktadır. Böylelikle kışkırtıcı hareket; her ne kadar suç işlenmesine sebep olmuşsa da bu durum, işlenen suçun tipikliğini ve cezalandırılma ihtiyacını

⁴⁴ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ceza Özel), 18. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.736; AKBULUT, Berrin: “Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(4), 2022, s.2273.

⁴⁵ Yargıtay 15.CD., 14.04.2015, E.2015/5126, K.2015/23609. www.lexpera.com, (Erişim: 30.05.2024).

⁴⁶ Yargıtay CGK, 24.04.2018, E.2014/730, K.2018/184. www.lexpera.com, (Erişim: 30.05.2024).

⁴⁷ Yargıtay CGK, 05.04.2023, E.2022/378, K.2023/205. www.lexpera.com, (Erişim: 30.05.2024).

⁴⁸ AKBULUT, 2022, s.2282; ... sadece yalan söylemek, dolandırıcılık suçunun hile unsurunun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Kanun koyucu yalanı belirli bir takım şekiller altında yapıldığı ve kamu düzenini bozacak nitelikte bulunduğu hallerde cezalandırmaktadır. Böyle olunca hukuki işlemlerde, sözleşmelerde bir kişi mücerret yalan söyleyerek diğerini aldatmış bulunuyorsa bu basit şekildeki aldatma, dolandırıcılık suçunun oluşumuna yetmeyecektir. Yapılan yalan açıklamaların dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturabilmesi için, bu açıklamaların doğruluğunu kabul ettirebilecek, böylece muhatabın inceleme eğilimini etkisiz bırakabilecek yoğunluk ve güçte olması ve gerektiğinde yalana bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gerekir.” Yargıtay CGK, 29.06.2021, E.2018/139, K.2021/317. www.lexpera.com, (Erişim: 30.05.2024).

etkilemeyecektir.

Doktrindeki yazarlara göre uzlaştırma sürecinde kararlaştırılan edimin zararlar bağlantılı olması da gerekmemektedir.⁴⁹ Dolayısıyla işlendiği iddia edilen suçla hiçbir bağlantısı olmayan edim, uzlaştırma edimi olarak belirlenebilir. Edimin ölçsüz olması durumunda ise ne yapılacağı açıklanmalıdır. Söz gelimi sözde mağdurun hem uzlaştırma kurumunu kötüye kullanması hem de edimi orantısız olarak ağır belirlenmesini istemesi hâlinde söz konusu edimin hukuka aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Doktrindeki bazı yazarlara göre orantılılık ilkesine aykırı olan edimler Cumhuriyet savcısı tarafından hukuka aykırı addedilebilse de edimin sırf zararı aşması hâli orantısız olarak kabul edilmesi mümkün değildir.⁵⁰ Bazı yazarlara göre ise failin üstleneceği yükümlülüğün yaptığı eylemle orantılı olması gerekir⁵¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki istisnai durumlarda Cumhuriyet savcısı, edimin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle edimi kabul etmese bile ölçsüz edim teklif etmeyen sözde mağdura karşı başvurulacak bir hukuki yol pek bulunmamaktadır.

B. Uzlaştırmanın Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Yukarıda üzerinde önemle durduğumuz konular dikkate alındığında sözde mağdurun uzlaştırma kurumundan maddi bir menfaat elde etme amacının önüne geçilmesi mümkün değildir. Çünkü sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı hareket; her ne kadar bazı durumlarda birtakım kurumlarla ilişkilendirilebilse de bu kışkırtıcı harekete karşılık olarak işlenen suç, hukuk dünyasında varlığını devam ettirecektir. Böylelikle uzlaştırmaya tabi bir suç işleyen fail ile sözde mağdur arasında, CMK m.253'te düzenlenen "Uzlaştırma" prosedürü işletilecektir.

Her şeyden evvel önemle belirtmek gerekir ki mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde bunun önüne geçilmesinin herhangi bir yolu yoktur. Uzlaştırma süreci mutlak olarak başlatılacaktır. Çünkü CMK m.253'te yer alan "Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:" düzenlemesi, emredici niteliktedir. Sözde mağdurun amacı, zaten uzlaştırma süreci sırasında faile maddi bir edim teklifinde bulunmak ve menfaat elde ederek faille uzlaşmaktır. Şayet fail, kışkırtıcı harekete karşılık olarak icra etmiş olduğu eylemin suç olmadığına ve kovuşturma aşamasında da bu durumun ortaya konacağına inanıyorsa uzlaştırmayı kabul etmeyecektir. Böylelikle uzlaştırma sürecinin olumsuz sonuçlanmasından sonra kovuşturma aşamasında hâkim; kışkırtıcı harekete karşılık yapılan eylemin suç olup olmadığını tespit edecek, gerekli kararı verecektir. Ancak belirtmek gerekir ki istisnai olarak hakaret suçunda belirtmiş olduğumuz durum dışında kışkırtıcı hareketten dolayı işlenen suçun cezalandırılmaması mümkün değildir. Dolayısıyla fail, yüksek olasılıkla ceza alacak ve adli sicili lekeleneyecektir. Şayet fail, her ne kadar karşı tarafın kışkırtması nedeniyle ilgili eylemleri icra etmiş olsa da adli sicilinin lekelenmemesi ve ceza almaktan çekinmesi sebebiyle uzlaştırmayı kabul ederse sözde mağdurun amaçladığı sonuca ulaşılmış olur.

Günümüzde uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılmasıyla ilgili yaşanan en yaygın durum, sözde mağdurun sosyal medyada kışkırtıcı paylaşımlarda bulunarak kendisi aleyhine hakaret ya da tehdit suçlarının işlenmesini sağlamasıdır. Bu konuda hakaret ve tehdit suçlarının ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Tehdit açısından değerlendirilecek olursak: TCK m.106/f.1'e göre "Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden" kişinin tehdit suçunu işlemiş olduğu kabul edilir. Böylelikle failin karşı tarafın hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir tehditte bulunması hâlinde tehdit suçu oluşmuş olur. Sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı hareket neticesinde failin sözde mağduru tehdit etmesi hâlinde tehdit suçunun oluşacağı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Zira kanun metninde tehdit suçu açık bir şekilde tanımlanmıştır. Şayet fail; mağduru malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit ederse soruşturmanın yapılması, sözde mağdurun şikâyetine bağlı olacaktır (TCK m.106/f.1-son cümle). Tehdit suçunun CMK m.253/f.1/b.(3) gereğince uzlaştırmaya tabi bir suç olduğu dikkate alındığında Cumhuriyet savcısı, tehdit suçunun re'sen kovuşturulması veya malvarlığı ya da sair bir kötülük nedeniyle yapılan tehditle ilgili sözde mağdurun şikâyet etmesi sebebiyle dosyayı doğrudan uzlaştırma bürosuna gönderir. Böylelikle sözde mağdur, uzlaştırma kurumundan maddi bir menfaat elde edebilmek için karşı tarafa bir edim teklif eder. Ceza almak istemeyen fail ise mecburen bu uzlaştırma teklifini kabul edecek ve sözde mağdura maddi tutarda bir bedeli ifa edecektir. Kışkırtıcı hareket neticesinde işlenen tehdit suçuyla ilgili başvurulabilecek herhangi bir hukuki yol yoktur. Çünkü fail, sözde mağduru tehdit etmiş ve suçun tipikliğini oluşmasına neden olmuştur. Dolayısıyla mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde uzlaştırma kurumunu kötüye kullanan sözde mağdura karşı işlenen tehdit suçunda ya uzlaşma sağlanacak ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecek ya da fail aleyhine cezaya hükmedilecektir.

Hakaret açısından değerlendirilecek olursak: TCK m.125/f.1'e göre "Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran" kişinin hakaret suçunu işlemiş olduğu kabul edilir. Görüldüğü üzere hakaret suçunun işlenmesi için bir kişinin onur, şeref veya saygınlığını rencide edebilecek bir eylem gerekmektedir. Söz konusu eylem somut bir fiil veya olgu isnadı veya sövme ile icra edilebilmektedir.

⁴⁹ DEĞİRMENCİ, s.280; YAŞAR, Alternatif Usuller, s.258.

⁵⁰ YAŞAR, Alternatif Usuller, s.258; DEĞİRMENCİ, s.284.

⁵¹ "Uzlaştırma anlaşması failin mahkemeye gitmesi durumunda karşılaşılabilecek daha ağır olmamalıdır." AKBULUT/AKSAN, s.235.

Dolayısıyla hakaret suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu belirtmek mümkündür . Belirtmek gerekir ki hakaret suçunun oluşabilmesi için karşı tarafın onur, şeref ve saygınlığının gerçekten rencide edilmiş olup olmamasının gerekmesi hakkında doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüş; hakaret suçunun işlenmesi için eylemin olayda mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide etmiş olmasının şart olmayıp sadece bu nitelikte olmasının yeterli olduğunu belirtmektedir . Bir diğer görüşe göre ise hakaret suçunun oluşması için icra edilen eylemin mağduru gerçekten de rencide etmiş olması gerekmektedir . Uzlaştırma kurumundan gelir elde etmek amacıyla kendisine hakaret edilmesini arzulayan sözde mağdura yönelik yapılan eylemlerin objektif olarak bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide etmediği kanaatindeyiz. Zira kendisine hakaret edilmesini sağlamak için kışkırtıcı hareketlerde bulunan bir kişi aleyhine olağan durumda hakaret olarak kabul edilebilecek sözlerin sarf edilmesi, üçüncü kişiler açısından objektif olarak bakıldığında bu sözlerin onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim fiilin hakaret olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi; bulunulan çevreye, zamana ve hatta ilgili davranışların icra edildiği kamuoyuna göre değişecektir . Ancak bu tarz durumlarda Cumhuriyet savcısınca hakaret suçunun oluşmaması ve yeterli şüphenin bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilecekse de bu her zaman mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu konuda bir düzenleme yapılmasının zaruri olduğunu ifade etmek gerekir.

Unutmamak gerekir ki uzlaştırma kurumunun kötüye kullanılarak gelir elde etmek amacıyla kullanılması, genellikle sosyal medya üzerinden yapılsa da bu her zaman böyle değildir. Sözde mağdurun yüz yüze bir şekilde karşı tarafı kışkırtıp kendisi aleyhine uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesini istemesi de mümkündür. Söz gelimi sözde mağdurun muhtemel failin omzuna bilerek çarpması ve basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek yaralamanın tezahür etmesi için karşı tarafı kışkırtması, sözde mağdurun muhtemel faille hakaret niteliğinde olmayan ancak sert eleştiri niteliğinde olan sözler sarf etmesi nedeniyle muhtemelen failin sözde mağduru tehdit etmesi veya ona hakaret etmesi, kargo görevlilerinin sözde mağdurun kapısı açık olan bahçesine girip kargo paketini bırakmaları örneklerinde uzlaştırma kurumunun kötüye kullanılması mümkündür.

Ayrıca sözde mağdurun yapmış olduğu eylemler; istisnai hâllerde suç olarak kabul edilse dahi bu durum, failin buna karşılık olarak yapmış olduğu eylemin suç vasfını etkilemeyecektir. Dolayısıyla uzlaştırma sürecine başvurulacaktır. Uzlaştırma sürecinin başlatılmaması, yalnız fail tarafından icra edilen eylemin suçun unsurlarını taşıması hâlinde mümkündür. Bu sonucun doğmasının ise mutlak olmadığı dikkate alındığında bu konuda yeni ve genel bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır. Bununla ilgili önerilerimizi ilerleyen başlıklarda belirteceğiz

C. Sözde Mağdura Yönelik Yaptırım Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu

Yukarıdaki değerlendirme doğrultusunda sözde mağdurun yapmış olduğu kışkırtıcı hareketin ceza hukuku bakımından bir yaptırıma bağlanması pek mümkün değildir. Her ne kadar bazı durumlarda haksız tahrik, istisnai durumlarda ise ilgili suçlar gündeme gelecektir de mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde sözde mağdurun kışkırtıcı hareketinin cezalandırılması güçtür. Buradaki esas sorun, sözde mağdurun hakkını kötüye kullanmasının bir cezai yaptırıma bağlı tutulup tutulamayacağıdır.

Türk Ceza Kanunu'nda hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözde mağdurun uzlaştırma kurumunu gelir elde etmek amacıyla kullanması, ceza hukukunda cezalandırılmamaktadır. Kişiler; hangi kurumun niçin ihdas edildiğini bilmek zorunda değildir. Uzlaştırma kurumunda edimin tarafların anlaşmasına göre belirlenmesi sebebiyle kişiler, bunu kötüye kullanarak uzlaştırma sürecinin başlatılmasına neden olabilir. Kanaatimizce mevzuatlarda yer alan açıkların kullanılması, ceza hukukunu ilgilendiren bir konu değildir. Bunun Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanması da ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır. Çünkü ceza hukuku, ultima ratio niteliktedir. Bir kişinin kanunlardaki açıkları kullanıp hakkını kötüye kullanması, kusurlu bir davranış olarak addedilebilse de suç olarak düzenlenmemelidir. Her kusurlu davranışın cezai bir yaptırıma bağlanması, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini ciddi anlamda etkileyecektir.

V. DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılması, hem hukuk düzeni hem de iyi niyet bakımından tasvip edilmeyen bir durumdur. Kanun koyucu tarafından düzenlemeler yapılırken art niyetin tezahür etme ihtimalinin akla gelmemesi nedeniyle bazı boşlukların bırakılmış olması, bu davranışın yanlışlığını etkilemeyecektir. Zira onarıcı adalet anlayışının bir ürünü olan uzlaştırmacının amacı, yargılama sürecinde işlenen suçtan çok mağdur ve failin odak noktasına alınarak iki tarafın birbiriyle barışçıl şekilde uyuşmazlığı çözmesidir. Uyuşmazlığın çözümü olarak da genellikle maddi bir edim kararlaştırılır. Fakat sözde mağdurun maddi edimlerden yararlanmak için muhtemel failleri kışkırtarak kendisi aleyhine uzlaştırmaya tabi suçların işlenmesine neden olması, ahlâklı bir davranış değildir. Sözde mağdur; kanun koyucunun bilerek veya bilmeyerek göz önünde bulundurmadığı bir durumdan yararlanmakta, hukuk ve toplum düzenini bozan bir suçun işlenmesine vesile olmaktadır.

Sözde mağdurun yapmış olduğu eylemin suç teşkil edip edemeyeceğini yukarıda belirttik. Ancak ilgili kışkırtıcı eylem suç olarak tanımlansa bile kural olarak kışkırtılan failin işlemiş olduğu suç, suç niteliğini haiz olmaya devam edecektir. Dolayısıyla uzlaştırma prosedürü her hâlükârda başlatılacaktır. Bu durum, sözde mağdurun amaçlamış olduğu maddi bir edim elde etme ihtimalini bir hayli artıracaktır. Zira önceden de belirttiğimiz üzere suç işleyen veya suç işlediğini zanneden veya suç işlemediğinden emin olup yine de ceza alıp adli sicilinin lekelenmesinden çekinen fail, sözde mağdurun teklifini kabul edecektir.

Dolayısıyla uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılmasıyla ilgili olarak esas sorun teşkil eden husus, kışkırtıcı hareketleriyle bu suçun işlenmesine vesile olan sözde mağdurun uzlaştırma yoluna gidilmesi sebebiyle menfaatler elde edebilmesidir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki mevcut düzenlemeler çerçevesinde sözde mağdur aleyhine uzlaştırma tabi bir suçun işlenmesi hâlinde uzlaştırma sürecinin başlanmama ihtimali bulunmamaktadır. Böylelikle sözde mağdurun iyi niyetli olmayan kışkırtıcı hareketi, arzulanmış olduğu edimi elde etmeye elverişli olacaktır. Uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılmaması için yapılabilecek ve nihayetinde önerdiğimiz düzenlemeleri belirtmek gerekir.

A. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Cumhuriyet savcısı, bazı durumlarda kamu davası açıp açmama konusunda takdir yetkisini haizdir. Bunlardan biri, CMK m.171/f.2 ve devamında düzenlenen “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi” yetkisidir. Buna göre Cumhuriyet savcısı; uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir (CMK m.171/f.2). Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m.7/f.9’da “Uzlaştırmaya tâbi suçlarda, uzlaştırma girişiminde bulunulmadan, kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu kararın verilebilmesi için birtakım şartlar bulunmaktadır. Bu şartların bulunması hâlinde Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasını beş yıl erteleyecektir. Beş yıllık süre içinde failin kasıtlı olarak bir suç işlememesi hâlinde hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecektir.

Uzlaştırma kurumundan gelir elde etmek amacıyla sözde mağdurun muhtemel failleri kışkırtarak uzlaştırmaya tabi bir suç işlenmesi hâlinde, uzlaştırma sürecinin başlatılacağını belirttik. Bunun önüne geçilmesi için sunulabilecek çözümlerden biri, uzlaştırma sürecinden önce kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesidir. Hem CMK m.171/f.2 hem de CMUY m.7/f.9’daki düzenlemeler, uzlaştırmaya tabi suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. Bu konuda yapılacak bir değişiklik, sözde mağdurun maddi bir menfaat elde etmek için kışkırtıcı hareketlerde bulunmasının önüne geçecektir. Zira sözde mağdur, kışkırtıcı hareketlerde bulunmasına rağmen bunun sonucunda kendisi lehine maddi bir menfaat elde edemeyeceğini anladığı vakit kışkırtıcı hareketlerde artık bulunmayacaktır.

Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmaya tabi bir suçun işlendiğine ilişkin yeterli bir şüphenin olduğunu düşünüyorsa kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının verilip verilemeyeceği tespit etmelidir. CMK m.171/f.3’te yer alan şartların sağlanması hâlinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilir. Böylelikle sözde mağdur, arzulanmış olduğu sonuca ulaşamamış olacak; fail, işlemiş olduğu suçtan dolayı beş yıl boyunca çok daha dikkatli hareket edecektir.

Her ne kadar uzlaştırma kurumun kötüye kullanılması hâlinde öncelikle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesinin ilk bakışta yararlı olacağı görünse de buna katılmak mümkün değildir. Zira onarıcı adalet anlayışının oldukça isabetli bir ürünü olan uzlaştırma kurumunun sözde mağdurların kötü niyeti hasebiyle ikinci plana atılarak öncelikle kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının uygulanabilmesi, gelişen modern ceza hukukuna pek uygun olmayacaktır. Ancak buna çözüm olarak denilebilir ki her uzlaştırmaya tabi suçların işlenmesi hâlinde değil, yalnızca kışkırtıcı hareketler neticesinde bu suçların işlenmesi ve sözde mağdurun buna ilişkin benzer dosyalarda isminin geçmesi hâlinde ilk etapta kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebileceği düzenlenebilir. Böylelikle sözde mağdurun varlığı hâlinde Cumhuriyet savcısı ilk aşamada kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilip verilemeyeceğini inceleyecektir. Fakat buna ilişkin başka bir sorun daha ortaya çıkmaktadır. Zira kamu davasının açılmasının ertelenmesi şartlarından birinin somut olayda mevcut olmaması hâlinde sözde mağdur, sonradan uzlaştırma kurumunun işletileceğinden dolayı arzulanmış olduğu edime kavuşacaktır. Böylelikle uzlaştırma kurumun gelir elde etmek amacıyla kullanılmasının önüne geçilememiş olacaktır. Çünkü her olayda kamu davasının açılmasının ertelenmesi şartlarının gerçekleşmeyeceği aşîkârdır

B. Ön Ödeme

Uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılmaması için akla gelebilecek bir diğer çözüm, uzlaştırmaya tabi suçların ön ödeme kapsamında alınmasıdır. Ön ödeme; failin işlemiş olduğu bazı suçlardan dolayı belli bir usul çerçevesinde yapılacak olan hesaplamaya göre belirlenen tutarın, devlete ödenmesi hâlinde fail aleyhine kamu davasının açılmadığı bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bu durumda sözde mağdur; her ne kadar muhtemel failleri kışkırtacak hareketlerde bulunabilecekse de sonuç olarak kendisi maddi bir menfaat elde edemeyeceğinden dolayı uzlaştırma kurumunu kullanamayacaktır. Böylelikle hem kışkırtıcı harekette bulunulmayacak hem de kışkırtıcı hareket neticesinde bir suç işlenmemiş olacaktır.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinde olduğu gibi ön ödeme usulü de ilk etapta uygun bir çözüm gibi gelebilir. Hatta kamu davasının açılmasının ertelenmesinin aksine, ön ödemenin uygulanması için pek fazla bir şart bulunmamaktadır. Ancak uzlaştırma tabi suçların artık tamamen ön ödeme kapsamına alınması, fail ve mağduru bir araya getiren uzlaştırma kurumunu ortadan kaldıracaktır. Böylelikle sırf sözde mağdurların iyi niyetli olmayan hareketleri, onarıcı adalet anlayışından uzaklaşılmasına yol açacaktır.

Sosyal medyada işlenen hakaret suçunun ön ödeme kapsamına alınacağı günümüzde tartışılan bir konudur. Her ne kadar uzlaştırma kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için bu çözüm oldukça önemli olsa da bu kurumdan yararlananlar sadece hakaret suçundan yararlanmamaktadır. Önceki

paragraflarda belirttiğimiz üzere kişinin kendisinin tehdit edilmesi veya yaralanması için de kışkırtıcı harekette bulunulabilir. Suçlar açısından ön ödeme ayrımının yapılması bu açıdan pek sağlıklı değildir. Zira uzlaştırmaya tabi birden fazla suç, kurumun kötüye kullanılmasından dolayı gelir elde etmek amacıyla bir araç olarak kullanılabilir. Uzlaştırmaya tabi suçların tamamının ön ödeme kapsamında alınması ise önce de belirttiğimiz üzere hem onarıcı adalet anlayışından uzaklaşılmasına hem de fail ve mağdur yerine fail ve devletin odak noktasına alınmasına neden olacaktır. Bu durumda ise sözde mağdur olmayan gerçek mağdurlar göz ardı edilecek ve zararları telafi edilemeyecek, fail ve mağdur barıştırılamayacaktır. Bir başka ifadeyle olumsuz bir niyet, olumlu bir amacın gerçekleşmesinin önüne geçilmesine neden olacaktır.

C. Önerimiz

Uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılmasına ilişkin kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ve ön ödeme kurumunun bir nebze de olsa kötü niyeti bertaraf edeceği söylenebilir. Ancak yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı bu durum, her vakit bu şekilde tezahür etmeyecektir. Zira sözde mağdurların varlığı, gerçek mağdurların fail ile barışma olasılığını etkilememelidir. Aksi takdirde onarıcı adalet anlayışından uzaklaşmış olur. Aynı zamanda sözde mağdura yönelik işlenen suça ilişkin soruşturmaya veya kovuşturmaya yer olmadığı kararının da verilmesi mümkün değildir. Aksinin kabulü hâlinde kanunda düzenlenen suçun işlenmesi karşısında herhangi bir hukuki sonuç doğmayacaktır. Bu kapsamda kanaatimizce uzlaştırma kurumunu, gelir elde etmek amacıyla kullanılan sözde mağdurlarla sınırlı olmak üzere şu şekilde bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olacaktır:

“Uzlaştırmaya tabi suçun işlenmesi, mağdurun kışkırtıcı hareketinden kaynaklanmış ve buna benzer birden çok dosyada mağdur lehine bir menfaat elde edilmişse uzlaştırma süreci başlatılmaz; şartları varsa kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir ya da ön ödeme uygulanır.”

Önerdiğimiz düzenlemenin yapılması hâlinde uzlaştırma kurumunun bir gelir elde etmek amacıyla kullanılması ve sözde mağdurun “suçu meslek edinen kişi” niteliğini haiz olması engellenecektir. Zira artık sözde mağdur, maddi bir menfaat elde edemeyecektir. Onun yerine ya fail hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilecek ya da hakkında ön ödeme uygulanacaktır. Şartların sağlanmaması hâlinde ise kovuşturma aşaması başlayacaktır. Bu durum, failin aleyhine bir sonuç yaratacaktır. Bunun bertaraf edilmesi için tıpkı CMK m.253/f.19’deki düzenlemeye olduğu gibi şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilir. Fakat kanaatimizce böyle bir düzenlemenin yapılması doğru olmayacaktır. Zira kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilmesi için gerekli olan şartların sağlanması, failin hâliyle ilgili ve kendi hareketlerinden kaynaklanan bir durumdur. Dolayısıyla söz gelimi önceden kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasıyla mahkûm olmuş failin sözde mağdura suç işlemesi hâlinde kendisinden kaynaklanan bir durumdan dolayı hakkında CMK m.171 uygulanmayacaktır. Fakat belirtmek gerekir ki ön ödeme açısından böyle bir düzenlemenin yapılması mümkündür. Zira ön ödemenin şartları bakımından failin şahsıyla ilgili bir durum bulunmamaktadır. Nihayetinde muhtemel failleri kışkırtmayan gerçek mağdurlar aleyhine uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesi hâlinde uzlaştırma süreci başlatılacak ve mağdur ile failin barışmasına vesile olunacaktır. Ancak sözde mağdurun niyeti, onarıcı adalet anlayışından kaynaklı barışmaktan ziyade gelir elde etmek olması hâlinde ise bu süreç başlatılmayacaktır.

Önerdiğimiz hükmün uygulanabilmesi için iki şartın bulunması gerekir. Birincisi, mağdurun kışkırtıcı hareketlerde bulunmuş olmasıdır. Örnek vermek gerekirse 7 Ekim 2023 tarihinden itibaren İsrail’in Filistin’e karşı işlediği soykırım suçuyla ilgili İsrail’i destekleyici nitelikte paylaşımlar yapan ve sivil insanların öldürülmesini “destekleyen” sözde mağdurun yapmış olduğu eylem, kışkırtıcı niteliktedir. İkincisi, mağdurun bu kışkırtıcı hareketinden dolayı veya önceden benzer şekilde insanları kışkırtarak uzlaştırma sürecinin başlamasına neden olması ve edim olarak maddi bir menfaat elde etmesidir. Örnek vermek gerekirse sözde mağdurun buna benzer birçok dosyada şikâyetçi olduğunu bildirerek karşı taraftan maddi bir edim talep etmesi, işlenen suçu meslek edindiği anlamına gelmektedir. Suçu meslek edinen kişi, TCK m.6/f.1/b.(i)’de “Suçu meslek edinen kişi deyiminin; kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kişi... anlaşılır.” şeklinde tanımlanmıştır. Kanaatimizce her ne kadar ilk etapta bu tanımdan sadece failler anlaşılrsa da mağdurların da istisnai olarak suçu meslek edinebilmesi ve geçimini kısmen de olsa suçtan elde ettiği menfaatten sağlaması mümkündür. Dolayısıyla kışkırtıcı harekette bulunarak kendisi aleyhine uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesine neden olan ve bundan dolayı benzer uzlaştırma dosyalarında edim olarak kendisi lehine maddi bir menfaat talep eden sözde mağdur, suçu meslek edinen kişi olarak tanımlanır ve kendisi aleyhine işlenen suçtan dolayı uzlaştırma süreci başlatılmaz. Sözde mağdurun bu saikle hareket ettiği, Cumhuriyet savcısı tarafından gerekçelendirilmelidir. Buna ilişkin önceki uzlaştırma dosyaları göz önünde bulundurulabilir.

Tavsiye ettiğimiz düzenleme kapsamında ikinci şartın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda uygulamada pek bir sorun yaşanmayacaktır. Çünkü sözde mağdurun buna benzer dosyalarda isminin geçip geçmediği ve geçtiyse maddi bir menfaat elde edip etmediğinin tespiti güç değildir. Asıl sorun, kışkırtıcı hareketin tespitinde kendisini göstermektedir. Burada da en büyük görev, şüphesiz Cumhuriyet savcılarına düşmektedir. Dolayısıyla tavsiye etmiş olduğumuz düzenleme; Cumhuriyet savcısının uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesi hâlinde yeterli şüpheye ulaşmışsa doğrudan dosyayı uzlaştırma bürosuna göndermemesi, müşteki veya mağdurun bu suçun işlenmesine kışkırtıcı hareketleriyle neden olup olmadığını tespit etmesinin gerekmesi sonucunu doğuracaktır. Buradaki en önemli sınır, Anayasa m.25’te düzenlenen düşünce ve kanaat hürriyetidir. Ancak hatırlatmak gerekir ki bu düzenleme, haksız fiil veya suç niteliğindeki beyanları

korumamaktadır. Cumhuriyet savcısı, sözde mağdurun yapmış olduğu eylemin gerçekten kışkırtıcı nitelikte olup olmadığını tespit etmelidir. Zaten sözde mağdurun yapmış olduğu eylem doğrudan bir suç teşkil ediyorsa bu konuda bir tereddüt bulunmayacaktır. Ancak hakaret veya tehdit barındırmamakla birlikte; toplumsal değerleri hiçe sayan, kötülüğü tasvip eden, belli bir grup-sınıf-zümre-takım-kısa-aile-topluluk-din-siyasi parti ve benzeri hususlar aleyhine ciddi ve kaba ithamlarda bulunan, gündemde olan ve hassasiyet gerektiren bir konuyla ilgili olarak insanların hassas noktasına basan sözde mağdurların yapmış oldukları eylemlerin kışkırtıcı hareket niteliğinde olduğu söylenebilir. Önemle tekraren vurgulamak gerekir ki bu konuda keskin bir sınır yoktur. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısı somut olayın koşullarını incelemeli ve sözde mağdurun hangi niyetle hareket ettiğini elverişli şekilde tespit etmelidir. Buna ilişkin de gerekçeli bir şekilde karar vermemelidir. Böylelikle toplum tarafından hoş karşılanmayan veya çoğunluğunun görüşünün aksine yapılan eylemler, kışkırtıcı hareket olarak doğrudan nitelendirilmemelidir.

VI. SONUÇ

Uzlaştırma kurumu; onarıcı adalet anlayışının gelişimiyle birlikte Türk ceza hukukuna dâhil olan ve işlenen suç yerine, mağdurun ve failin odak noktasına alındığı bir kurumdur. Böylelikle toplum düzeninin bozulmasına neden olan suç sonrası mağdur ve fail bir araya getirilerek aralarında bir uzlaşma sağlanması, birbirlerinin barışmaları ve bozulan toplum düzeninin onarılması sonucu doğurur. Uzlaştırma sürecinde genellikle iki tarafın birbiriyle uzlaşması için bir edim kararlaştırılır. Bu edim, failin mağdurdan özür dilemesi şeklinde manevi bir edim olabileceği gibi failin mağdura belli bir tutarda para vermesi şeklinde maddi bir edim de olabilir. Uygulamada genellikle uzlaştırma sürecinin sonunda, edim olarak maddi bir edim kararlaştırılır. Böylelikle fail, mağdur aleyhine işlemiş olduğu uzlaştırmaya tabi suçtan dolayı mağdura maddi nitelikte bir edimi ifa edecek ve kovuşturma aşamasına geçilmeyecektir.

Onarıcı adalet anlayışının tezahürlerinden biri olan uzlaştırma; her ne kadar mağdur ve faili bir araya getirerek onların barışıp uzlaşmalarına sebep olsa da kararlaştırılan edimin kural olarak herhangi bir sınıra tabi olmaması, iyi niyetli olmayan insanların bu kurumu kullanmasına ve âdeti bir gelir kapısı olarak görmesine neden olmuştur. Sözde mağdur olarak adlandırdığımız bu kişiler, kendileri aleyhine uzlaştırma tabi bir suçun işlenmesi ve uzlaştırma sürecinin sonunda maddi bir menfaat elde edebilmek için muhtemel failleri kışkırtmaktadır. Uzlaştırma kurumunun gelir elde etmek amacıyla kullanılmasına ilişkin en çok başvurulan yol, sosyal medyadan sözde mağdurların kendileri aleyhine hakaret ve tehdit suçlarının işlenmesini sağlamasıdır. Bu kışkırtıcı hareketlerin sosyal medya gibi aleni ortamlarda yapılması, kışkırtıcı hareketin daha çok görülmesine ve muhtemel failleri daha çok tahrik etmesine yol açmaktadır. Ancak bu sorun; sadece sosyal medya platformlarında değil, her alanda kendisini göstermektedir. Dolayısıyla uzlaştırma kurumunu gelir elde etmek amacıyla kullanılan sözde mağdurlarla ilgili uzlaştırma sürecinin başlatılmaması için düzenlemelerin yapılması gerektiği açıktır.

Kanaatimizce Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Uzlaştırma" başlıklı 253. maddesinin 3. fıkrasına "Uzlaştırmaya tabi suçun işlenmesi, mağdurun kışkırtıcı hareketinden kaynaklanmış ve buna benzer birden çok dosyada mağdur lehine bir menfaat elde edilmişse uzlaştırma süreci başlatılmaz; şartları varsa kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir ya da ön ödeme uygulanır." cümlesi eklenmelidir. Böylece uzlaştırma yoluna gidilemeyecek olan durumlar, 3. fıkrada toplu şekilde belirtilmiş olur. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m.7/f.9'da da istisnai hükme yer verilerek "Uzlaştırmaya tâbi suçlarda, CMK m.253/f.3-son cümle hariç olmak üzere uzlaştırma girişiminde bulunulmadan, kamu davasının açılmasının ertelenmesi ... kararı verilemez." düzenlemesi yapılmalıdır. Ayrıca kamu davasının açılmasının ertelenmesinin düzenlendiği CMK m.171 ve ön ödemenin düzenlendiği TCK m.75'te de gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Yapılacak olan yeni düzenlemeyle sözde mağdurun kışkırtıcı hareketlerde bulunarak kendisi aleyhine uzlaştırmaya tabi bir suçun işlenmesine neden olması ve buna benzer dosyalarda da bu şekilde hareket edip maddi bir edim elde etmiş olması hâlinde uzlaştırma süreci başlatılmayacak, şartları varsa kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecek ya da ön ödeme yoluna gidilecektir. Şartların sağlanmaması hâlinde ise kamu davası açılacaktır. Böylelikle sözde mağdur; maddi bir menfaat elde etme ihtimalinin bulunmamasından dolayı artık muhtemel failleri kışkırtmayacak, muhtemel failler ise kışkırtmalardan dolayı toplum düzenini bozacak bir suç işlemeyecektir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin/AKSAN, Murat: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- AKBULUT, Berrin: "Dolandırıcılık Suçunda Hile ve Hilenin Zamanı", SÜHFD, 30(4), 2022, s.2267-2301.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AYDIN, Devrim: "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(2), 2013, s.879-918.
- BAYTAZ, Abdullah: "Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1), 2013, s.117-129.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, Gülşah: Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 3.B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- ÇETİN, İbrahim: Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem: "Onarıcı Adalet Anlayışı ve Uzlaştırma Kurumunun Türk Ceza Adalet Sisteminde Algılanışı (Geleneksel Ceza Adalet Anlayışına Eleştirel Bir Bakış)", Ceza Hukuku Dergisi, 4(9), 2009, s.191-245.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem: Onarıcı Adalet ve Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma, 2.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- DEMİRBAŞ, Timur: "Suçun Önlenmesi", Yaşar Hukuk Dergisi, 1(1), 2019, s.56-71.
- DEMİRBAŞ, Timur: Haksız Tahrik, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- DOĞAN KARAKAŞ, Fatma: Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, 15. Bası, Der Yayıncılık, İstanbul 2021.

- EREM, Faruk: “Kışkırtıcı Ajan”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 32(1), 1975, s.5-15.
- ERİŞ, Ali Uğur: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitim”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (137), 2018, s.241-271.
- GÜNDÜZ, Hakan: Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.
- KAPLAN, Mahmut: “Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2015, s.59-86.
- KUL YENİGÜL, Aylin: “Onarıcı Adalet ve Cezalandırıcı Adalet”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(9), 2019, s.9-26.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAŞIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ÖZEN, Mustafa: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Terazi Hukuk Dergisi, 2(8), 2007, s.83-90.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ŞEN, Ersan/SERDAR, Cem: “Hakaret Endüstrisinin Ceza Sorumluluğu”, 2023, <https://www.sen.av.tr/tr/makale/%20hakaret-end%C3%BCstrisinin-ceza-sorumlulugu>, (Erişim: 24.05.2024).
- ŞEN, Ersan/YURTTAŞ, Yasemin: “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provakatör”, Ceza Hukuku Dergisi, 3(6), 2008, s.21-50.
- T.C. Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/20420241343372023%20UZLA%C5%9ETIRMA%20G%C3%96RSEL.pdf>, (Erişim: 20.05.2024).
- TAŞKIN, Ozan Ercan: “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(1), 2016, s.59-91.
- TAŞKIN, Ozan Ercan: Kışkırtıcı Ajan, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Mustafa: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- TOKDEMİR, Sercan: “Ceza Adaleti Sistemine Yeni Bir Yaklaşım: Tamamlayıcı Bir Sistem Olarak ‘Onarıcı Adalet’ Mekanizması”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1-2), 2017, s.75-114.
- UMBREİT, Mark: “Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment”, The Western Criminology Review, 1(1), 1998, s.1-22.
- ÜNAL, Ertuğrul: “Uzlaştırma ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumlarının Masumiyet Karinesi Bağlamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17(1), 2018, s.195-216.
- YAŞAR, Ercan: “Suç İşlemeye Tahrik Suçu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 28(1), 2022, s.99-128.
- YAŞAR, Ercan: Maddi ve Şekli Suç Hukuku Boyutlarıyla Klasik Ceza Muhakemesine Alternatif Usuller, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- YERDELEN, Erdal/ÖZBEK, Mustafa Serdar/ALTUNTAŞ, Şeyda/BOZ, Burak/ERDEM, Dilek Özge/YILMAZ, Berna Ayşen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- YERDELEN, Erdal: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Kaan POLAT, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Kaan POLAT, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**ULUSÖTESİ ŞİRKETLERİN SINIRÖTESİ İNSAN HAKLARI İHLALLERİ:
MENŞE DEVLET DÜZENLEMELERİ****EXTRATERRITORIAL HUMAN RIGHTS VIOLATIONS BY TRANSNATIONAL
CORPORATIONS: THE HOME STATE REGULATIONS**Büşra BEYDÜZ*  & Bülent ALGAN** **Makale Bilgi**Gönderi: 11/02/2024
Kabul : 16/07/2024**Anahtar Kelimeler***İş Dünyası ve İnsan Hakları,
Menşee Devlet,
Ulusötesi Şirketler,
Sınırötesiilik,
İnsan Hakları Durum
Tespiti.***Article Info**Received: 11/02/2024
Accepted: 16/07/2024**Keywords***Business and Human Rights,
Home State,
Transnational Corporations,
Extraterritoriality,
Human Rights due Diligence.***Özet**10.21492/inuhfd.1435099 

Şirketlerin insan hakları ihlallerinin meydana geldiği devletlerde her zaman bu ihlallere karşı yeterli bir koruma sağlanamamaktadır. İnsan hakları ihlallerin önlenmesi ve ihlallerin oluşturduğu zararların tazmin edilmesi için menşee devlet önemli bir yere sahiptir. Menşee devletin bu konumuna dikkat çeken bir görüş, uluslararası hukukta şirketlere sınırötesi insan hakları ihlallerine yönelik menşee devletin düzenleme yapmasının lehine argümanlar ileri sürmüştür. Aksi yöndeki görüşe göre ise, uluslararası hukukta buna ilişkin bir yükümlülük bulunmamaktadır. Bu yükümlülük tartışmasının ötesinde özellikle Fransa, Almanya gibi Avrupa ülkelerinde iş dünyası ve insan hakları alanında sınırötesi düzenlemeler yapan kanunlar kabul edilmiştir. Bu ve benzeri düzenlemeler, özellikle insan hakları durum tespit yükümlülükleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Menşee devlet düzenlemeleri insan hakları ihlallerine karşı ek bir koruma sağlamaları açısından önemlidir. Son olarak, AB Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Direktifi kabul edilmiş olup, bunun yürürlüğe girmesiyle tüm AB'ye üye devletlerinin iç hukuklarını Direktif'e uyumlu hale getirmeleri gerekecektir. Direktif AB'de faaliyet gösteren şirketlere tedarik zinciri boyunca insan hakları durum tespiti yapma yükümlülüğü getirmektedir. Özellikle menşee devletin, şirketlerin sınırötesinde gerçekleşen insan hakları ihlallerine karşı düzenleme yapma zorunluluğu getirmesi sebebiyle belge, çalışmamız açısından önem arz etmektedir.

Abstract

States where corporate human rights violations occur do not always provide adequate protection against these violations. The home state has an essential place in preventing human rights violations and compensating for the damages. Drawing attention to this position of the home state, one view in the doctrine has put forward arguments in favor of the home state's regulation of extraterritorial human rights violations against corporations in international law. The opposing view in the doctrine states that there is no such obligation under international law. Beyond this obligation debate, especially in European countries such as France and Germany, laws on extraterritorial regulations in the field of business and human rights have been adopted. These and similar regulations focus on human rights due diligence obligations. Regulations of the home state are essential as they provide additional protection against human rights violations. Finally, the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive has been adopted and, upon its entry into force, all EU Member States will be required to adopt it into their domestic laws. The Directive requires companies operating in the EU to conduct human rights due diligence along the supply chain. The document is important for our work as it brings an obligation to the home state to regulate human rights violations committed by corporations, especially those that occur outside the borders of the country.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BEYDÜZ, Büşra/ALGAN, Bülent, "Ulusötesi Şirketlerin Sınırötesi İnsan Hakları İhlalleri: Menşee Devlet Düzenlemeleri", İnÜHFD, 15(2), 2024, s.293-308. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Human rights violations by transnational corporations have increased to a scale rivaling states. The host state often lacks adequate protection against these violations. When the host state is a developing country, preventing these violations becomes even more difficult. For this reason, the home state's regulations to prevent human rights violations will provide important protection in the field. While foreign literature details home state regulations on extraterritorial human rights violations, domestic literature lacks coverage. Especially in European countries, there are many recent legal regulations on the subject. There is neither a legal regulation nor a preparatory work on this issue in our country. It is hoped that the documents in international law will shed light on such regulations that may be made in our country in the future.

In this article, mixed method has been used as a working method. Doctrinal opinions, court decisions and international documents are included in order to provide an understanding of the concept. As a result of the study, it is aimed to draw attention to the fact that only the liability of the host state for the human rights violations of transnational corporations that compete with states may not be able to prevent violations, and that home state should also provide additional protection.

In our study, first, the views put forward for the determination of the home state are analyzed. Then, the arguments on if the home state can make such arrangements are discussed, supported by international law documents and court decisions. One view in the literature argues that the home state has or should have an obligation to make such arrangements by stating that there are supporting provisions in international law. The opposite view argues that there is no such obligation under international law. When the issue is examined in detail, it is concluded that international law does not impose any obligation on the home state in this regard.

Although the home state has not been obliged to regulate extraterritorial human rights violations by corporations, there are proposals to do so in international legal instruments. For example, the UN Guiding Principles, an important source on business and human rights, recommend that home state take steps to prevent extraterritorial violations by corporations within their jurisdiction.

Although it is not common practice for states to hold private actors liable for extraterritorial violations under international law, the importance of human rights and the seriousness of violations of human rights have prompted states to regulate this issue. In this context, some developed countries have adopted laws regulating the extraterritorial activities of corporations. In particular, states such as France, Germany and Norway have been pioneers in this regard and have adopted these regulations, which are important for the field of business and human rights.

France was one of the first countries to introduce due diligence requirements for corporate human rights impacts by adopting The Corporate Duty of Vigilance Law in March 2017. The law imposes due diligence on large companies in France, including foreign subsidiaries. These obligations cover all directly or indirectly controlled companies and the activities of subcontractors and suppliers within established commercial relationships. The law also allows foreign victims to sue the French parent company for human rights and environmental damage in the global supply chain.

The 2023 German Supply Chain Due Diligence Act requires companies operating in Germany to fulfill human rights due diligence obligations throughout the supply chain, even if the violations occur across borders. Although differing in scope and content, countries such as the Netherlands, Norway and Switzerland have adopted or are in the process of drafting similar regulations. Of course, these regulations are not perfect and there are shortcomings. But they are valuable as a national tool to reduce transnational human rights violations. They provide additional protection for victims who are unable to pursue their claims in the host state where the violation occurred.

Finally, the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive has been adopted in draft form, and upon its entry into force, EU Member States will be required to incorporate it into their domestic laws. The Directive requires business enterprises established in the EU or supplying products to the internal market to conduct human rights and environmental due diligence along their global value chains. It will also enable Member States to impose tort liability on enterprises for human rights and environmental damage. The document is important for our work as it brings an obligation to the home state to regulate human rights violations committed by corporations, especially those that occur outside the borders of the country.

I. GİRİŞ

Bütçeleri ve güçleri gün geçtikçe artan ulusötesi şirketler, insan hakları ihlallerini gerçekleştirmek bakımından adeta devletlerle boy ölçüşen bir noktaya gelmiştir. Uluslararası hukukta şirketlere yönelik doğrudan yükümlülük yükleyen düzenlemeler yapılmasının önünde bazı engeller vardır. Bu sebeple, insan hakları ihlallerini engelleyebilecek aktör olarak devletler, sorunun çözümü için önemli bir konumda bulunmaktadır.

Bilindiği gibi, devletlerin uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan doğrudan yükümlülükleri vardır. Bu insan hakları yükümlülükleri, şirketler de dâhil olmak üzere üçüncü kişilerce işlenen insan hakları ihlallerine karşı bireyleri koruma görevini içerir. Ağırlıklı olarak bu koruma görevi, yetki alanı içerisinde insan hakları ihlalinin gerçekleştiği devlete aittir. Söz konusu devletin ulusötesi şirketleri düzenlemek veya mevcut düzenlemeleri uygulamak için her zaman yeterli olmayabileceği ya da bu konuda belki de isteksiz olabileceği nazara alındığında, bazı insan hakları aktivistleri ve akademisyenleri tarafından, menşe devletlerin yetki alanlarındaki şirketlerin sınırötesi faaliyetlerini düzenleme görevi olduğu savı/düşüncesi giderek daha fazla destek bulmaktadır¹.

Şirketlerin menşe devlet tarafından düzenlenmesi, yatırımın yapıldığı ev sahibi devlette iş dünyasıyla ilgili insan hakları ihlallerinin önlenmesini ve engellenmesi amaçlayan mevzuatın yapılmasını ve diğer düzenleyici tedbirlerin alınmasını sağlamaktadır. Menşe devlet düzenlemesine ilişkin iş dünyası ve insan hakları tartışması, birbiriyle bağlantılı iki konu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Birincisi, uluslararası hukukun devletlere kendi toprakları dışında bulunan bireylerin yararına iş dünyasıyla ilgili insan hakları ihlallerini önlemek ve düzenlemek için yükümlülük getirip getiremeyeceğidir (uluslararası ülke dışı yükümlülükler). İkincisi ise, devletlerin, şirketlerin ülke dışı insan hakları etkilerini düzenlemek için iç hukuku ne ölçüde kullanabileceğidir (ülke dışı etkiye sahip yerel düzenleme)².

Çalışma kapsamında ulusötesi şirketlerin insan hakları ihlallerini önlemek için menşe devletin rolü incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak menşe devlet kavramı açıklanacaktır. Ardından uluslararası hukukta menşe devletin sınırötesi insan hakları ihlallerini düzenlemeye ilişkin bir yükümlülüğü olup olmadığı tartışmaları ele alınacaktır. Son olarak menşe devletlerin şirketlerin sınırötesi insan hakları ihlallerini engellemeye ilişkin düzenlemelerine yer verilecektir.

II. ULUSÖTESİ TİCARİ FAALİYETLER NETİCESİNDE OLUŞAN İNSAN HAKLARI İHLALLERİ

Ulusötesi ticari kuruluşların davranışlarını uluslararası hukuk aracılığıyla ele alma girişimleri 1970'lere kadar uzanmaktadır. Bu düzenlemeler genellikle çok uluslu şirketlere veya ulusötesi şirketlere yöneliktir. Daha yeni yaklaşımlar ise, bunların yanı sıra diğer ticari işletmeleri de kapsamaktadır³. Daha geniş yaklaşım benimsenmesinin nedeni, insan hakları üzerinde potansiyel olarak olumsuz etkileri olan birçok ulusötesi ticari faaliyetin tek bir ulusötesi şirketin ağı içerisinde değil, küresel tedarik zincirleri içerisinde yürütülmesidir. Tedarik zincirindeki insan hakları ihlallerinin ele alınması, bu nedenle son yıllarda önemli bir husus haline gelmiştir⁴.

Genel olarak iki tür ilişkinin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği belirtilmektedir. İlk ilişki, ulusötesi şirketlerden oluşan şirketler ve kurumlar ağı içinde yürütülen faaliyetlerle ilgilidir. Bunun tipik bir örneği olarak, ulusötesi şirketin yerel olarak kurulmuş bağlı şirketinin çevre kirliliğine sebep olması verilebilir. Bu durum, sağlık hakkını ihlal etmenin yanı sıra tarım arazilerini veya balıkçılığı yok ederek yerel halkın yaşam koşullarını olumsuz olarak etkilemektedir⁵. Eğer kirlilik ana şirketin yeterli denetimi yapmaması, bağlı şirketin faaliyetlerini zımnen kabul etmesi ve hatta aktif olarak teşvik etmesi nedeniyle gerçekleşmişse, ana şirketin insan hakları ihlallerine neden olduğu veya katkıda bulunduğu iddia edilebilir⁶.

İkinci ilişki ise, küresel bir tedarik zinciri boyunca gerçekleşen faaliyetlerle ilgilidir. Tedarik zincirindeki şirketler birbirleriyle kurumsal ilişkiler yoluyla değil, genellikle bir ürünün üretiminin veya dağıtımının ayrıntılarını belirleyen sözleşmeye dayalı anlaşmalar yoluyla bağlantılıdır. Bu bağlamda insan hakları ihlalinin tipik bir örneği olarak, küresel sipariş veren bir şirketin (alıcı) yerel olarak kurulmuş bir tedarikçisi, hızlı ve ucuz üretim istediği için işçileri güvenli olmayan çalışma şartlarında çalıştırmaktadır⁷. Bu durumda, yerel tedarikçi güvenli çalışma koşulları ve makul ücret hakkını ihlal edebilirken, küresel alıcı

¹ KRAJEWSKI, Markus: "The State Duty to Protect Against Human Rights Violations Through Transnational Business Activities", *Deakin Law Review*, 23, 2018, s.13-39; AUGENSTEIN, Daniel/KINLEY, David: "When Human Rights 'Responsibilities' become 'Duties': The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations", in Deva, Surya/Bilchitz, David (ed.), *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s.271-294; WAAGSTEIN, Patricia Rinwigati: "Justifying Extraterritorial Regulations of Home Country on Business And Human Rights", *Indonesian Journal of International Law*, 16 (3), 2019, s.361-390.

² AUGENSTEIN, Daniel: "Home-State Regulation Of Corporations", in Gibney, Mark/Erdem Türkelli, Gamze/Krajewski, Markus /Vandenhoe, Wouter (ed.) *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, Routledge, Oxon 2022, s.284.

³ UN Human Rights Council, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", 2011, HR/PUB/11/04. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (Erişim: 12.03.2024).

⁴ KRAJEWSKI, s.15.

⁵ KRAJEWSKI, s.15; DEVA, Surya: "Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation", in Luetge, Christoph (ed.), *Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics*, Springer, New York 2012, s.1080.

⁶ Konuyla alakalı olarak Ogoni halkı üzerinde Shell şirketinin ihlallerini incelemek için ayrıca bkz. WETZEL, Julia Ruth-Maria: *Human Rights in Transnational Business Translating Human Rights Obligations into Compliance Procedures*, Springer, Berlin 2016, s.11 vd.

⁷ KRAJEWSKI, s.16.

da insan hakları ihlaline neden olan veya bu ihlalde payı bulunan bir aktör olarak sayılabilir⁸.

Her iki ilişki türü de insan haklarına etkileri olan ulusötesi ticari faaliyetlere örnek olarak verilebilir. Örneklerde farklı insan hakları yükümlülükleri olan dört aktör yer almakta olup, bunlar iki şirket ve iki devlettir. Bu iki şirket bağlı şirket veya yerel tedarikçi ve ana şirket yahut küresel sipariş veren şirkettir. İlk şirket grubu genellikle gelişmekte olan ülkelerde yer alırken, ikincisi gelişmiş ülkelerde bulunmaktadır⁹.

Örneklerde yer alan iki devlet ise, ev sahibi devlet ve menşe devlet olarak adlandırılmaktadır. Ev sahibi devlet, iş güvenliği ve çevre yasaları gibi ilgili düzenlemeleri kabul etmek, yürürlüğe koymak ve etkili yargı yolları sağlamak suretiyle bireyleri üçüncü tarafların insan hakları ihlallerine karşı koruma yükümlülüğüne sahiptir¹⁰. Menşe devletin ulusötesi ticari faaliyetler bağlamında insan hakları yükümlülükleri olup olmadığı (özellikle ulusötesi ticari faaliyetlerini düzenleme veya mağdurlar için adli çözüm yolları sağlama yükümlülüğü) bu çalışmada ele alınan ana sorulardan biri olacaktır. Bu aşamada, menşe devlet kavramı üzerinde durmak faydalı olacaktır.

III. ULUSÖTESİ ŞİRKETLERİN SINIRÖTESİ İHLALLERİNİ ÖNLEMEDE ÖNEMLİ BİR AKTÖR: MENŞE DEVLET

A. Ulusötesi Şirketin Menşe Devletinin Belirlenmesi Sorunu

Menşe kavramı sözlük anlamı itibarıyla başlangıç, köken, kaynak veya sebep olarak tanımlanabilir. Menşe devlet ise, bir şeyin ait olduğu veya onun ortaya çıktığı, onunla sıkı bir ilişki kurulan yer yahut ülke olarak tanımlanabilir¹¹. Fakat bu tanımlama menşe devletin belirlenmesi çabasını sonlandırmamış olup, bu konuda tartışmalar devam etmektedir.

Menşe devlet kavramı her zaman bir şirketin tabiiyeti ile ilişkilendirilir. Uluslararası hukukta, belirli bir varlığın hangi devlete ait olduğunun bilinmesi, devlet sorumluluğunun, diplomatik korumanın, adli işlemlerin, yargı yetkisinin ve savaş zamanında düşman statüsünün tanınması için bir koşuldur. Ayrıca, uygulanacak hukukun belirlenmesinde, ulusötesi şirketlere getirilen kısıtlamalarda ve yurtdışındaki şirketler üzerindeki yargı yetkisinde de tabiiyet önemlidir. Devlet uygulamalarının tutarlı kriterler oluşturduğu bireysel uyrukluktan farklı olarak, bir şirketin tabiiyetinin belirlenmesi çok daha karmaşıktır. Devlet ve şirket arasındaki bağlantıyı belirlemek için farklı görüşler olsa da genellikle “kuruluş yeri”, “yönetim yeri” ve “kontrol yeri/ hissedar yeri” olmak üzere üç yöntem kullanılmaktadır¹².

İlk kullanılan yöntemde kuruluş yeri kavramı, şirketin tüzel kişilik olarak kurulduğu yeri ifade etmektedir. Bu kriter, Anglo-Sakson sistemi uygulayan ülkelerde ve bazı uluslararası belgelerde yaygındır. Bu unsur aynı zamanda yönetim yeri, şirket içi organizasyon gibi öğelerin incelenmesini gerektirmediğinden kolayca tespit edilebilir. Bu nedenle, bir ölçüde yasal kesinlik ve öngörülebilirlik sunmaktadır. Bununla birlikte, yönetime ilişkin eleştiriler de mevcuttur. Günümüzde bu yöntem, ulusötesi şirketin dinamiklerini tam olarak yansıtmamaktadır. Pek çok şirket, kurulduğu yerde diğer devletlerdeki faaliyetlerine nazaran daha az faaliyet göstermekte veya hiç faaliyet göstermemektedir. Bu nedenle, bir şirketin tabiiyetinin tek belirleyicisi olarak kuruluş yerinin kullanılmasının yeterli olmadığı savunulmaktadır¹³.

Bir diğer yöntem şirket tabiiyetinin belirlenmesinde belirleyici faktörün, şirket ile devlet arasında etkin bağlantının kurulduğu yer, yani şirket yönetim yeri veya merkezi olduğunu savunmaktadır. Bir görüşe göre merkez, kontrolün etkin bir şekilde uygulandığı merkezi yönetim yeri veya idarenin bulunduğu yer olarak tanımlanmaktadır. Başka bir görüş ise merkezi, üretim tesislerinin bulunduğu yer olarak açıklamaktadır. Ancak, her iki durumda da bunun bir şirketin merkezi mi yoksa yöneticilerin veya hissedarların toplantı yeri mi anlamına geldiği sorunu vardır. Kıta Avrupa sistemi merkezi yönetim yerini belirleyici bir unsur olarak kabul etmeye başlamış olsa da bunun tanımlanmasında belirsizlikler mevcuttur. Anlamsal bir uzlaşmanın mümkün olduğu varsayılrsa bile, küreselleşen iş dünyasında bir şirketin gerçek merkezinin yerini belirlemenin genellikle zor olduğu savunulmaktadır¹⁴.

Şirketlerin tabiiyetinin belirlenmesinde bir diğer yöntem olarak hissedarlar/ kontrol yeri kriteri ise şirketi üyelerinden ayıran ve ona kendi hak ve yükümlülüklerini veren şirket perdesinin bir istisnasıdır. Bu yaklaşım, ulusal güvenliği ve ekonomik çıkarları korumak amacıyla geliştirilmiş ve savaş zamanında düşman ticaretini ve mülk sahipliğini kontrol etmek için uygulanmıştır. Ancak bu kriterle ilgili bazı pratik zorluklar bulunmaktadır. Bireysel hissedarlarla yöneticilerin kimliğini ve uyruğunu tespit etmek giderek zorlaşmaktadır. Hisseleri dünyanın dört bir yanındaki hissedarlar arasında günlük olarak alınıp satılan birbiriyle ilişkili şirketlerin oluşturduğu kapsamlı ağlar, bunu karmaşık bir yöntem haline getirmektedir¹⁵.

⁸ Bu konuda örnek olarak Rana Plaza’da meydana gelen patlama verilebilir. Ana şirket daha ucuz maliyetlerle ve daha az sorumlulukla üretim yaptırmak için gelişmekte olan ülkelerde taşeron şirketlerle anlaşmaktadır. Bu durumda da Rana Plaza olayında olduğu gibi ciddi insan hakları ihlallerine sebep olmaktadır. Tedarik zincirindeki çok katımlı süreç sorumluların tespitini ve cezalandırılmasını zorlaştırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOLAN, Justine: “Rana Plaza: the collapse of a factory in Bangladesh and its ramifications for the global garment industry”, in Baumann-Pauly, Dorothee/Nolan, Justine (ed.) Business and Human Rights: From Principles to Practice, Routledge, London 2016.

⁹ KRAJEWSKI, s.16.

¹⁰ MUCHLINSKI, Peter: Multinational Enterprises and the Law, 2. Bası, Oxford University Press, Oxford 2007, s.83, 84; KRAJEWSKI, s.16, 17.

¹¹ WAAGSTEIN, s.363.

¹² WAAGSTEIN, s.363, 364.

¹³ WALLACE, Cynthia Day: The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague 2002, s.134; WAAGSTEIN, s.364, 365.

¹⁴ WALLACE, s.134; WAAGSTEIN, s.365.

¹⁵ WAAGSTEIN, s.365, 366.

Bahsi geçen yöntemler, devlet uygulamasında ulusötesi şirketlerin tabiiyetinin belirlenmesine yönelik bazı kriterler oluşturmakta olup, pratikte her biri uygulanabilmektedir. Diplomatik koruma bağlamında, Uluslararası Adalet Divanı'nın Barcelona Traction davası, uluslararası hukukun "bir tüzel kişiliğin diplomatik koruma hakkını, kanunları uyarınca kurulduğu ve ülkesinde kayıtlı ofisinin bulunduğu devlete attığını"¹⁶ ortaya koymaktadır. Barcelona Traction davasının temel öncülleri, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan Diplomatik Koruma Taslağında (2006) düzenlenmiştir. Bu tasarı üç yöntemi uygularken, ilk olarak, kuruluş yerine öncelik vermiştir. Ancak taslağa göre, şirket başka devletlerin vatandaşları tarafından kontrol ediliyorsa ve kuruluş devletinde önemli bir ticari faaliyeti yoksa yönetim ve mali kontrol yeri başka bir devlette bulunuyorsa yönetim yeri yöntemi uygulanmalıdır. Son olarak, hissedar yeri kriteri yalnızca istisnai durumlarda uygulanabilir¹⁷.

Bu açıklamalar, uluslararası hukukta şirketlerin tabiiyetini belirlemek için kullanılan yaklaşımlara ilişkin ortak bir düzenleme bulunmadığına işaret etmektedir. Sonuç olarak, hangi devletin bir şirketin menşe devleti olduğunu belirlemek zordur, çünkü bu devlet kuruluş devleti, yönetim devleti veya hissedarların devleti tarafından temsil edilebilir. Bu konuda esnek bir yaklaşımın belirlenmesi, mağdurların ulusötesi ihlallerine karşı farklı yerlerde hak talep edebilmelerine olanak tanıyacaktır¹⁸.

B. Şirketlerin Sınırötesi İhlallerini Önlemede Menşe Devletlerinin Rolü

Ev sahibi devletlerin genellikle zayıf hükümetlere sahip oldukları veya sosyal, işgücü ve çevresel kaygıları ele alan yasaları uygulama konusunda istekli olmadıkları ileri sürülmektedir¹⁹. Bu devletler güçlü koruyucu standartların uygulanması halinde iş dünyasının kendi ülkelerinden geri çekilmesi tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadır ki, bu çekilme ekonomilerini ciddi olarak etkileyecektir. Ev sahibi devletlerin insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmedeki yetersizliği veya isteksizliği, insan haklarının korunmasında önemli bir boşluğa yol açmaktadır²⁰. Ayrıca, ev sahibi devletin kapasitesi ne olursa olsun, genellikle daha zayıf bir ortak olan bağlı şirketi veya tedarikçiyi hedef alabileceği de unutulmamalıdır. Tedarikçinin aksine, ulusötesi şirketin ana şirketi, genellikle ev sahibi devletin erişim alanının dışında kalmaktadır. Ancak, genellikle daha güçlü bir küresel aktör olan bu şirket, insan hakları ihlallerinin meydana geldiği durumlarda sorumluluk taşımaktadır. İşte bu nedenle birçok insan hakları aktivisti ve akademisyeni, ana şirket veya küresel sipariş şirketi üzerinde doğrudan etkiye ve yargı yetkisine sahip oldukları için kişisel ve ülkesel yargı yetkisi ilkelerine dayalı olarak menşe devletlere yükümlülük yüklenmesini savunmaktadır²¹.

Bununla birlikte, ev sahibi devletlerin ulusötesi ticari faaliyetleri bağlamında insan hakları ihlallerine karşı koruma görevi ağırlıklı olarak ev sahibi devletlerin düzenleyici ve yargısal sistemlerindeki eksikliklere gönderme yapılarak gerekçelendirilirse, menşe devlet sorumluluğunun temelinde çok önemli bir unsur eksik kalır. Menşe devletler, kendi sorumlulukları nedeniyle insan haklarını korumak için bağımsız bir düzenleme yapma sorumluluğu taşımaktadır. Bu devletler küresel tedarik zincirlerinden ve ulusötesi şirketlerin yapısından fayda sağlamakta olup, bu fayda kısmen ulusötesi şirketlerin insan hakları risklerinin gerçekleştiği devletlere, yani ev sahibi devletlere kaydırılmasıyla ortaya çıkmaktadır²². Dolayısıyla, ulusötesi ticari faaliyetleri düzenlemeye yönelik bir menşe devlet yükümlülüğüne ilişkin durum, yalnızca ev sahibi devletlerdeki düzenleyici başarısızlık veya adli eksikliklere değil, menşe devletlerin bağımsız durumuna da dayanmaktadır. Aslında, menşe devletlerin ulusötesi ticari faaliyetleri düzenleme konusundaki isteksizliği, diğer ülkelerdeki insan hakları ihlallerine yol açmaktadır. İnsan hakları yükümlülükleri, değer zinciri boyunca menşe ve ev sahibi devletlerde birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir²³.

Sonuç olarak hem ev sahibi devletteki yeterli düzenleme yapma eksiklikleri hem de menşe devletin bu durumdan fayda sağlayıp, kendi tabiiyetindeki şirketlerin sınırötesi insan hakları ihlallerine göz yumarak ekonomik gelirlerini artırması, sorunun temeli olarak gösterilebilir. Bu kapsamda yerel bazı düzenlemelere geçmeden önce sorun uluslararası hukuk kapsamında incelenmelidir. Doktrinde bir görüş bu konuda uluslararası hukukta yükümlülüklerin olduğunu veya olması gerektiğini savunurken diğer görüş bunun karşısındadır.

IV. ULUSÖTESİ ŞİRKETLERİ DÜZENLEMEDE SINIRÖTESİ YÜKÜMLÜLÜK TARTIŞMASI

A. Uluslararası Hukukta Yükümlülük Lehine Görüşler

Ulusötesi şirketlerin dahil olduğu sınırötesi insan hakları ihlallerini önlemek için menşe devlet yükümlülüklerinin önemli bir savunucusu Olivier De Schutter olmuştur. De Schutter, bu kapsamda "Ulusötesi Şirketlerin İnsan Hakları İhlalleriyle Mücadeleye İlişkin Sözleşme" akdedilmesi önerisinde bulunmuştur. Bu sözleşme, ev sahibi devlet, kendi yargı yetkisi altında bu hakları korumak için harekete geçmediği ve mağdurlar için etkili hukuk yolları oluşturmadığı zamanlarda, tüzel kişilerin ciddi insan hakları ihlallerini engellemek için menşe devletin kendi iç hukukuna uygun olarak gerekli olabilecek tedbirleri

¹⁶ International Court of Justice, The Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited, (1962), Reports 1970, para 70.

¹⁷ UN International Law Commission, Draft articles on Diplomatic Protection, 2006, m.9, 11.

https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf (Erişim: 12.03.2024).

¹⁸ WAAGSTEIN, s.367.

¹⁹ AUGENSTEIN/KINLEY, s.271.

²⁰ BERNAZ, Nadia: "Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?", Journal of Business Ethics, 117, 2013, s.494

²¹ KRAJEWSKI, s.23.

²² AUGENSTEIN/KINLEY, s.279.

²³ KRAJEWSKI, s.23, 24.

almakla yükümlü olduğunu düzenleyecektir. Bu şekilde ulusötesi şirketlerin düzenlenmesinde ev sahibi devlet ile menşee devlet arasında sorumluluklar net bir şekilde paylaştırılacaktır. Ev sahibi devlet birincil sorumluluğu elinde bulundururken, menşee devlet ulusötesi şirket üzerinde ikincil bir sorumluluk taşıyacaktır²⁴.

De Schutter'e göre, 2016 yılında artık iş dünyası ve insan hakları alanında beklenen değişim gerçekleşmiştir. Ona göre, devletlerin ülke dışı insan hakları yükümlülükleri ve özellikle de etkileme konumunda oldukları şirketler nerede faaliyet gösterirlerse gösterebilirler, kontrol etme yükümlülükleri o kadar sağlam bir hale gelmiştir ki, artık Birleşmiş Milletler (BM) Rehber İlkeleri'nin²⁵ "çıtayı uluslararası insan hakları hukukunun mevcut durumunun açıkça altına çektiğini" söylemek mümkündür²⁶. Augenstein ve Kinley'in de benzer şekilde belirttiği üzere, sınırötesi devlet yükümlülükleri sorunu Rehber İlkelerin geliştirilmesinin çeşitli aşamalarında belirgin bir şekilde öne çıkmasına rağmen, sorunun etkili bir şekilde çözümü göz ardı edilmiştir²⁷.

Devletlere sınırötesi yükümlülükler yüklenebilmesi için bunun uluslararası hukukta da temellendirilmesi gerekecektir. Bu kapsamda aleyhe olan görüşler, ülkesel egemenlik doktrinine²⁸ dayanmaktadır²⁹. Ancak, uluslararası hukuk kapsamında egemenlik mutlak değildir. Aslında, bir devlet topraklarını başka bir devlete zarar vermek için kullanamaz. Roma hukukundaki "zarar vermeme" ilkesinin (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) kökeni tartışmalı olsa da ilkenin çeşitli hukuk rejimlerinde ortak olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁰. Uluslararası hukukta zarar vermeme kuralı en belirgin şekilde 1941 gibi erken bir tarihte Trail Smelter tahkiminde ifade edilmiştir;

"hiçbir Devlet, durumun ciddi olması ve zararın açık ve ikna edici kanıtlarla ortaya konması halinde, topraklarını bir başkasının topraklarında veya topraklarındaki mallarda veya kişilerde duman yoluyla zarara yol açacak şekilde kullanma veya kullanılmasına izin verme hakkına sahip değildir."³¹

Uluslararası çevre hukukunun yanı sıra uluslararası ceza hukuku ve terörizmde de benzer düzenlemeler görülmektedir. Uluslararası ceza hukuku, devletlere, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya soykırım suçunu işlemiş kişilere sığınak sağlamamalarını, bunun yerine onları ya da iade etmeleri ya da yargılamaları (*aut dedere aut judicare*) gerektiği yönünde düzenlemeler getirmiştir³².

Devletin diğer devletler üzerindeki her önemli olumsuz etkiyi önlemeyi amaçlamasını gerektiren genel geçer bir uluslararası hukuk ilkesi çıkarmak için çok erken olabilir. Şu ana kadar bu ilkeyi, insan hakları mahkemeleri veya komiteleri tarafından destekleyici bir uygulamanın bulunmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte, bu ilkeye dayanarak devletlerin, bireylerin kendi topraklarını kullanarak diğer devletler üzerinde önemli olumsuz etkileri olan faaliyetlerde bulunmalarını engellemeleri gerektiği anlayışı temellendirilebilir³³.

Her ne kadar bu ilke menşee devlete yükümlülük yüklemek için şu anda iş dünyası ve insan hakları alanında kullanılsa da farklı girişimlerle yükümlülük yükleme çabaları devam etmektedir. Bu çabalardan en önemlilerinden birinin Maastricht İlkeleri³⁴ olduğu söylenebilir. Maastricht İlkeleri, 28 Eylül 2011'de, aralarında uluslararası ve bölgesel insan hakları organları, mevcut ve eski üyelerinin yanı sıra BM'nin İnsan Hakları Konseyi'nin eski ve o dönemdeki Özel Raportörlerini de bulunduran, dünyanın her bölgesinden 40 uluslararası hukuk uzmanı tarafından yayımlanmıştır. Maastricht İlkeleri, bağlayıcılığı olmamasına rağmen, uluslararası hukuka dayanarak devletlerin sınır ötesi yükümlülüklerini açıklamada önem teşkil etmektedir³⁵.

Devletlerin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Sınırötesi Yükümlülüklerine İlişkin Maastricht İlkeleri'nin 24. maddesine göre,

"Tüm Devletler, İlke 25'te belirtildiği üzere, özel kişi ve kuruluşlar ile ulusötesi şirketler ve diğer ticari işletmeler gibi düzenleme yapma konumunda oldukları Devlet dışı aktörlerin ekonomik, sosyal

²⁴ DE SCHUTTER, Oliver: "Sovereignty-plus in the era of interdependence: toward an international convention on combating human rights violations by Transnational Corporations", in Bekker, Pieter H.F./Dolzer, Rudolf/Waibel, Michael (ed.), Making Transnational Law work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s.276.

²⁵ UN Human Rights Council, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", md.2.

²⁶ METHVEN O'BRIEN, Claire: "The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal", Business and Human Rights Journal, 3(1), 2018, s.50.

²⁷ AUGENSTEIN/KINLEY, s.273.

²⁸ Ülkesel egemenlik doktrinine göre, devletlerin sınırları içerisinde yargı yetkisine sahip olması onun temel bir özelliği olup, bu durum egemenliklerinin yansımasıdır. Bkz. SHAW, Malcolm N.: International Law, 9. Bası, Cambridge University Press, Padstow 2021, s.555.

²⁹ Krajewski, ev sahibi devletin belirli insan hakları yükümlülükleri ile bağlı olduğunda menşee devletin bununla uyumlu bazı düzenlemeler yaparak sınırötesi faaliyetlerde bunlara uyulmasını talep etmesinin işlerine karışma yasağını ihlal etmeyeceği ve egemenliğe aykırı olmadığını ifade etmektedir. Örneğin, bir ev sahibi devlet, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. paragrafını ihlal ederek sendika kurulmasını yasaklarsa, bu devlet, diğer bir devletin ilgili insan hakları sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamayı amaçlayan faaliyetlere girişmesi durumunda müdahale etmeme ilkesine dayanamaz. KRAJEWSKI, s.30.

³⁰ KRAJEWSKI, s.24.

³¹ UN, Trail smelter case (United States v. Canada), Awards of 16 Nisan 1938 ve 11 Mart 1941, Reports of International Arbitral Awards, s.1965.

³² PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 11. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2012, s.207 vd.

³³ METHVEN O'BRIEN, s.64, 65.

³⁴ Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights, https://www.etoconsortium.org/wp-content/uploads/2023/01/EN_MaastrichtPrinciplesETOs.pdf. (Erişim: 30.12.2023).

³⁵ Maastricht Principles, md.4.

ve kültürel haklardan yararlanmayı geçersiz kılmamalarını veya zedelememelerini sağlamak için gerekli tedbirleri almalıdır...”³⁶

25. maddede bu yükümlülüklerin sadece devletlerin kendi sınırları ile sınırlı olmadığı sınırötesi ihlallerde de geçerli olacağı belirtilmiştir³⁷. Maastricht İlkeleri’nin diğer maddelerinde ise, sınırötesi yükümlülüklerin koşulları ve hangi durumlarda geçerli olacağı gibi düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler şirketlerin sınırötesi insan hakları ihlalleri için menşe devlete yükümlülük yüklemek için şüphesiz önemli bir çabadır. Fakat Maastricht İlkeleri’nin bağlayıcılığı olmayıp, bu yükümlülüklerin uyulmasına ilişkin devletlerin herhangi bir taahhüdü de yoktur. Bu sebeple düzenlemenin uluslararası hukukta menşe devletlere sınırötesi yükümlülükler yüklediğini söylemek mümkün değildir.

Başka bir uluslararası düzenleme olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından menşe devletlere sınırötesi yükümlülükler yükleyen 24 No’lu Genel Yorum’da ise, şu ifadeler yer almaktadır; “Sınırötesi yükümlülükler, bir taraf devletin, uluslararası hukukun dayattığı sınırlara uygun olarak, kendi topraklarında ve/veya yetki alanında yerleşik şirketlerin faaliyetlerini kontrol ederek, kendi toprakları dışında bulunan durumları etkileyebilmesi durumunda ortaya çıkar ve böylece kendi ulusal toprakları dışında ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan etkili bir şekilde yararlanılmasına katkıda bulunabilir.”³⁸

Genel yorumlar hukuksal bağlayıcılığı olmayan, devletlerce yol gösterici olması için ortaya konan açıklamalardır. Her ne kadar genel yorumlar bağlayıcı bir nitelik taşımasa da³⁹ şirketlerin sınırötesi ihlallerine karşı devletlere sınırötesi yükümlülükler atfeden bir belge olması sebebiyle önem arz etmektedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi genel yorumunda yükümlülüğün ne zaman doğacağına vurgu yaparak, bunu iki koşula bağlamıştır. İlk olarak, menşe devletin olayın meydana gelmesini engelleyebilecek makul önlemleri almamış olması gerekmektedir. İkinci olarak, böyle bir ihlalin meydana gelmesi öngörülebilir olmalıdır. Komite, genel olarak öngörülebilir bir riske örnek olarak madencilik endüstrisindeki insan hakları riskini vermiştir⁴⁰. Fakat daha önce belirtildiği üzere bunların tavsiye niteliğinde düzenlemeler olduğu söylenebilir.

Son olarak Krajewski’ye göre, genel bir insan hakları perspektifinden bakıldığında, insan haklarını koruma görevinin devletin topraklarında yaşayan bireylerin insan haklarıyla sınırlı olması gerektiğini savunmak zor görünmektedir. Geniş bir koruma sağlanırsa insan hakları daha iyi korunacaktır. Bununla birlikte, bir devletin kendi toprakları dışında yaşayanların haklarını da dikkate almaması gerektiği fikrini destekleyecek normatif bir ilke yoktur⁴¹. Aslında, insan haklarının evrenselliği fikri, devletin yükümlülüklerini kendi topraklarında meydana gelen olaylarla sınırlandırmak için makul bir argüman olamayacağını göstermektedir⁴². Krajewski, insan haklarının ülkesel değil ilişkisel bir kavram olarak yeniden inşa edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Baskın soru “İnsan hakları nerede uygulanır?” değil, “İnsan hakları kimi korur?” olmalıdır. Bu, insan hakları hukukunda ülkesel bir yaklaşım yerine işlevsel bir yargı yetkisi anlayışına yol açabilir⁴³. İnsan Hakları Komitesi’nin 1981 gibi erken bir tarihte, ünlü Lopez Burgos davasında, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’de yargı yetkisine yapılan atfın “ihlalin gerçekleştiği yere değil, daha ziyade birey ile Devlet arasındaki ilişkiye” yönelik olduğu belirtilmiştir⁴⁴.

Tüm bu açıklamalar, uluslararası hukukta menşe devletin şirketlerin sınırötesi ihlallerini engellemek için düzenleme yapabilmesini savunmaktadır. Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise, menşe devletin ev sahibi devletin egemenlik alanına müdahale eden bir yasa yürürlüğe koyamayacağı yönündedir. Bunun iç işlerine karışma yasağının ihlali olduğu belirtilerek, uluslararası hukukun temelleriyle de çeliştiği ifade edilmiştir.

B. Uluslararası Hukukta Yükümlülük Aleyhine Görüşler

Devletlerin hem bireyleri hem de tüzel kişilerin davranışlarını, kendi iç hukuku aracılığıyla düzenleme konusunda uluslararası hukuka dayanan ve onunla sınırlı olan yetkisi vardır. Her devlet kendi kamu düzeni içerisinde egemenlik gücünü kullanarak bu hakkını kullanabilir. Buna göre, her devletin

³⁶ Maastricht Principles, md.24.

³⁷ Maastricht Principles, md.25.

³⁸ UN Economic and Social Council, General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, E/C.12/GC/24, 2017, par. 33. BM Ulusötesi Şirketler Normları Taslağı da benzer şekilde iş dünyası ve insan hakları alanında sınırötesi yükümlülüklerin olmasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Fakat Taslak kabul edilmemiş olup, hükümleri de uygulanmamıştır.

³⁹ ALGAN, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.187, 188.

⁴⁰ “General Comment No. 24 on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities”, par. 32.

⁴¹ KRAJEWSKI, s.26; AIHM’nin, AIHS’nin ülkesel uygulama (m.1) konusundaki yaklaşımına çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıca değinilecektir. Fakat bu kuralın da istisnalarının olduğunu şimdiden belirtilmelidir.

⁴² DEVA, s.1085; KANALAN, İbrahim: “Extraterritoriale Staatenpflichten jenseits der Hoheitsgewalt Ein neues Konzept für umfassende extraterritoriale Staatenpflichten”, Archiv des Völkerrechts, 52 (4), 2014, s.506.

⁴³ KRAJEWSKI, s.26. Augenstein ve Kinley’e göre de benzer şekilde, asıl soru devletlerin doğrudan sınırötesi yargı yetkisi veya sınırötesi etkileri olan yerel tedbirler kullanıp kullanmadıkları ile ilgili değildir. Bunları insan haklarını korumak için kullanıp kullanmadıklarıdır. Bu soru, küreselleşen ekonomiler ile devletlerin oluşturduğu uluslararası bir düzen arasındaki gerilim alanında insan haklarının korunmasının rolü ve konumuna ilişkin ilkesel bir meseleye vurgu yapmaktadır. İnsan hakları küresel ekonominin gücünü kucaklamalıdır, ancak bu güç aynı zamanda insan haklarının kapsayıcı hedeflerini destekleyecek şekilde kullanılmalıdır. AUGENSTEIN/KINLEY, s.279, 280.

⁴⁴ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay, 1981, UN. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) para 181.

egemenlik sınırları içerisinde yargı yetkisi kural olarak vardır. Yargı yetkisinin sınırötesi kullanımı ise istisnadır⁴⁵.

Tüm devletler sınır tanımaksızın ulusötesi düzenlemelerini genişletirlerse, sonuçta her biri sözde küresel erişime sahip, insan haklarına zarar veren belgeler de dahil olmak üzere birbiriyle çelişen düzenlemeler ortaya çıkabilir. O halde, iş dünyası ve insan hakları alanında ulusötesi düzenlemelerin genişletilmesi, sadece faydaları değil, riskleri de göz önünde bulundurularak dikkatle gerçekleştirilmelidir⁴⁶.

AİHS'nin 1. maddesi; "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, devletlerin yetki alanı esas olarak sınırlarının içerisinde kapsama girmekle birlikte, bunun ötesinde de sorumluluklarının doğabileceği durumlarla karşılaşılabilir. Devletlerin sınırları içerisindeki egemenlik yetkisine vurgu yapan başka bir sözleşme ise, BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'dir. Sözleşme madde 2/1 şu şekilde düzenlenmiştir;

"Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ... herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder."

Bu düzenlemeler esas olarak devletlerin sınırları içerisindeki egemenliklerine atıfla, yetki alanları içerisinde hak ve yükümlülüklerini vurgulamaktadır.

Devletler, bazı bağlayıcı faktörlerin bulunduğu durumlarda, kendi sınırlarının ötesinde bulunan tarafların hak ve ödevlerini etkileyen kurallar çıkarabilirler. Böyle bir bağlantı, örneğin vatandaşlık yoluyla sağlanabilir. Devletin hayatı çıkarlarına zarar verilebilecek durumlarda (koruma ilkesi) veya bir bütün olarak uluslararası topluluğa zarar vererek, onun üyelerinden biri olarak devleti dolaylı olarak etkileyecek durumlarda (evrensel yargı yetkisi) da bu bağlantının olduğu söylenebilir.⁴⁷ Fakat bu durumlar azınlıkta olup, istisnadır.

İnsan hakları sözleşmelerinde yargı yetkisi, uluslararası kamu hukuku kapsamındaki genel yargı yetkisine benzese de ondan bazı noktalarda ayrılmaktadır. İnsan hakları hukukunda yargı yetkisi daha geniş değerlendirilebilmektedir. Örneğin, devletlerin sınırları içerisindeki yabancılara koruma sağlaması gerekirken, sınır ötesinde de fiili güç ve kontrol gibi kriterleri sağlaması halinde yükümlülüğü doğabilmektedir⁴⁸.

Uluslararası hukukta yargı yetkisinin sınırötesi faaliyetlerde doğabilmesi için mekânsal model (*spatial model*) ve kişisel model (*personal model*) olmak üzere iki model ileri sürülmektedir. Bir devletin kendi sınırlarının ötesinde bazı coğrafi alanlar üzerinde "etkili kontrolüne" dayanan yargı yetkisi mekânsal model, bir devletin kendi toprakları dışında bir birey üzerinde otorite veya kontrol uyguladığı yargı yetkisi ise kişisel model olarak adlandırılır⁴⁹.

İlk modelin bir örneği, AİHM'nin Loizidou davasında görülmektedir. Dava, 1974 yılında Türk ordusunun Kuzey Kıbrıs'ta kontrolü sağlamasının ardından, Kıbrıslı Rum nüfusunu etkileyen kamulaştırma ve ardından bir bölge sakininin evini geri alma çabalarından kaynaklanmıştır. Ön itirazlar aşamasında, "başvuran tarafından şikâyet edilen konuların, ulusal toprakları dışında meydana gelmesine rağmen Türkiye'nin yargı yetkisi kapsamına girip giremeyeceği" sorusu ele alınmıştır. Mahkeme şu kararı vermiştir: "Her ne kadar 1. madde Sözleşme'nin kapsamına sınırlar koysa da yargı yetkisi kavramı Yüksek Sözleşmeciler Tarafından ulusal topraklarıyla sınırlı değildir..."⁵⁰.

Yakın tarihli bir diğer dava olan Al-Saadoon ve Mufdhi/ Birleşik Krallık, Irak'ta Birleşik Krallık güçleri tarafından gözaltına alınan Iraklı başvuru sahiplerinin, kendilerini ciddi bir ölüm riskine maruz bırakacağı gerekçesiyle Iraklı yetkililere teslim edilmelerine itirazı üzerinedir. Olay her ne kadar Irak sınırlarında olsa da Mahkeme Birleşik Krallık'ın, Irak topraklarında askeri güç kullandığı ve bu topraklarda kontrol sahibi olduğuna dayanarak yargı yetkisini geniş yorumlamıştır⁵¹. Mekânsal modele ilişkin bu örneklerle benzer birçok dava vardır⁵².

İkinci bir model olan kişisel model de sınırötesi insan hakları ihlallerinde devlete yükümlülük yükleyen bir modeldir. Buna yönelik bir örnek olarak İnsan Hakları Komitesi'nin önüne gelen Lopez Burgos/Uruguay başvurusu olup; bu başvuru Uruguay vatandaşı bir kişinin Arjantin'de Uruguay görevlileri tarafından kaçırılması ve ahkonulmasına ilişkindir. BM İnsan Hakları Komitesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 2. maddesinin uygulanabilirliğini şart koşan yargı yetkisi kuralına ilişkin olarak, "bir taraf Devletin kendi görevlilerinin başka bir Devletin topraklarında gerçekleştirdiği Sözleşme

⁴⁵ KANALAN, s.500, 501; METHVEN O'BRIEN, s.56; BERNAZ, s.495.

⁴⁶ CASSEL, Doug: "State jurisdiction over transnational business activity affecting human rights", in Deva, Surya/ and Birchall, David (ed.) Research Handbook on Human Rights and Business, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2020, s.206.

⁴⁷ METHVEN O'BRIEN, s.52.

⁴⁸ ZERK, Jennifer A.: "Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas." Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 59. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010, s.18 vd.

⁴⁹ METHVEN O'BRIEN, s.59 vd.

⁵⁰ AİHM, Case of Loizidou v Turkey (Preliminary Objections), 1995, 15318/89.

⁵¹ AİHM, Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom, 2010, 61498/08.

⁵² METHVEN O'BRIEN, s.57 vd.

kapsamındaki hak ihlallerinden sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmemektedir” şeklinde bir hüküm vermiştir.⁵³

Benzer şekilde, Öcalan/Türkiye başvurusu, başvuranın Nairobi havaalanının uluslararası bölgesinde bulunan bir uçakta Türk yetkililer tarafından Türkiye’ye getirilmesi daha sonra tutuklanıp, yargılanması ve ölüm cezasına çarptırılması sebebiyle yapılmıştır. AIHM’nin bu konudaki kararı ise şu şekildedir,

“Kenyalı yetkililer tarafından Türk yetkililere teslim edilmesinin hemen ardından başvuranın etkin Türk otoritesi altında olduğunu ve her ne kadar bu olayda Türkiye otoritesini kendi toprakları dışında kullansa da bu Devletin yargı yetkisi kapsamında sayılmalıdır.”⁵⁴

Her ne kadar bu davalara dayanılarak şirketlere ilişkin sınırötesi ihlallerinden menşe devletin yükümlülüğü temellendirilmeye çalışılsa da sınırötesi insan hakları yargı yetkisinin talep edildiği ve insan hakları mercilerince onaylandığı bugüne kadarki tüm durumlar, tipik olarak devlet görevlilerinin faaliyetleriyle ilişkilidir. Bu davalar askeriyenin, polisin, güvenlik personelinin veya temsilcilerinin faaliyetleri ve devlet görevlilerinin tutuklama, gözaltına alma gibi sınırötesi eylemleriyle alakalıdır.⁵⁵ Ayrıca diğer bir aranan kriter de devletin kendi sınırlarının ötesindeki alanlarda etkili kontrole sahip olmasıdır ki, bunun da şirketlerin faaliyetleri sebebiyle var olması genellikle çok zordur. Şu ana kadar herhangi bir uluslararası insan hakları mahkemesi de şirket faaliyetleri sebebiyle menşe devlete bir yükümlülük yüklememiştir. Bu sebeple uluslararası hukukta şirketlere yüklenmiş böyle bir yükümlülüğün var olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

Bu görüşü savunanlar ayrıca böyle bir sınırötesi düzenlemenin ulusal egemenliğin ve dolayısıyla iç işlerine karışmama ilkesinin ihlali olabileceğini de ileri sürmektedir.⁵⁶ Bu iddialar ise BM Antlaşması madde 2/7’ye dayandırılarak, devletlerin yetki alanlarına müdahale edilemeyeceği belirtilmektedir.⁵⁷ Gerçekten de ülke dışı etkileri olan ulusal tedbirlerin tasarlanmasında ölçülü ve makul olunması gerekli olup, bu düzenlemelerin ev sahibi devletin egemenliğini ihlal etmemesi için konuya titizlikle yaklaşılması gerekir.⁵⁸ İhlal durumu esas olarak ev sahibi devlet ve menşe devletin yasalarının çatışmasından kaynaklanabilir. Ancak, insan hakları normlarının yerel düzenlemelerden ziyade evrensel normlar olduğunu göz önünde bulundurduğumuzda, bu normların evrensel kabul gördüğünü ve çatışma olasılığının düşük olduğunu ifade edebiliriz.⁵⁹ Kanaatimizce iç işlerine karışmama ilkesinin ihlal olasılığının mevcudiyetine rağmen, menşe devletlerin düzenlemelerinin ölçülü ve insan haklarını koruma saikiyle yapılması bu durumu engelleyecektir.

Son olarak iş dünyası ve insan hakları alanında en önemli metinlerden biri olan BM Rehber İlkeleri⁶⁰ de böyle bir yükümlülüğün olmadığını destekler niteliktedir. Rehber İlkelerin 2. maddesinin yorumu şu şekildedir;

“Günümüzde devletler uluslararası insan hakları hukuku kapsamında kendi bölge ve/veya yetki alanlarındaki şirketlerin sınırötesi ticari faaliyetleri genel olarak düzenlemek zorunda değildir. Ancak geçerli bir yargısal dayanak bulunması durumunda, bunu yapmaları da yasak değildir. Bazı insan hakları antlaşma kurumları, bu bağlamda, menşe devletlerin kendi yetki alanlarındaki şirketlerin sınırötesi ihlallerini önlemek üzere adımlar atmalarını tavsiye etmektedir...”⁶¹

Görüldüğü gibi belgede bu konu açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, devletler yargısal bir dayanak olması halinde şirketlerin sınırötesi faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler yapabilirler. Fakat bunun bir zorunluluk olmadığı⁶², ihtiyari bir durum olduğu belirtilmiştir. Yani menşe devletin şirketlerin insan hakları ihlallerine ilişkin düzenleme yapmak için uluslararası hukukta herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat özellikle bazı gelişmiş devletler bu düzenlemeleri ihtiyari olarak yapmaktadır. Rehber İlkeler’de düzenlendiği gibi uluslararası hukukta da bu konuda ihtiyari düzenleme yapılmasının önünde bir engel olmayıp, aksine buna ilişkin tavsiyeler⁶³ de bulunmaktadır.⁶⁴

⁵³ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay, 1981, UN. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40).

⁵⁴ Dava için bkz. Öcalan v Turkey [2005] ECHR 46221/99 para 91. Daha fazla örnek için bkz. METHVEN O’BRIEN, s.59, 60.

⁵⁵ METHVEN O’BRIEN, s.55.

⁵⁶ METHVEN O’BRIEN, s.52, 53. Deva, sınırötesi düzenlemelerin emperyalizm ve sömürgecilikle bağdaştırılarak olumsuz çağrışımlar yapabileceğini belirtmiştir. Fakat bu ve benzeri endişeler artık birbirine bağlı ve bağımlı bir dünyada, özellikle de sınır ötesi düzenlemeler devletler tarafından üzerinde mutabık kalınan ortak hedefler doğrultusunda yapılıyorsa çok da yerinde değildir. DEVA, s. 1084.

⁵⁷ BERNAZ, s.495.

⁵⁸ ZERK, 215 vd.

⁵⁹ Deva, s.1086.

⁶⁰ UN Human Rights Council, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, md.2.

⁶¹ UN Human Rights Council, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”.

⁶² BERNAZ, 510.

⁶³ CASSEL, s.210 vd.

⁶⁴ UN Human Rights Council, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, md.2. AB Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Direktifi’nin, AB için yükümlülük getirme çalışmaları ve bunun yasalaşma sürecine çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir. Bu düzenleme uluslararası hukukta menşe devlete yükümlülükler getirmesi açısından mevcut düzenlemelerden ayrılmakta olup, öncü bir gelişmedir.

V. MENŞE DEVLET DÜZENLEMELERİ

İş dünyası ve insan hakları alanında son yıllarda koruma sağlamak amacıyla uluslararası belgelerin ve devletlerin sıklıkla başvurduğu bir araç, insan hakları durum tespiti (*human rights due diligence*)⁶⁵. Bu tür düzenlemeler şirketleri, insan hakları risklerini değerlendirmeye, insan hakları ihlallerini araştırmaya, eylem planları benimseyip bunları raporlamaya zorlayacaktır⁶⁶. Ulusötesi şirketlerin sınırötesi insan hakları ihlalleri için menşe devlet düzenlemeleri genel olarak insan hakları durum tespitine ilişkindir. Bu çerçevede, çalışmanın kapsamı dikkate alındığında tüm menşe devlet düzenlemelerinin incelenmesi mümkün olamayacağından, yeterli örnek teşkil edebilecek bazı insan hakları durum tespit yükümlülükleri ele alınacaktır.

Fransa, 2017'nin Mart ayında Şirket Teyakkuz Görevi Kanununu (*The Corporate Duty of Vigilance Law*) kabul ederek, kurumsal insan hakları ve çevresel etkiler için durum tespit zorunluluğu getiren ilk ülkelerden biri olmuştur⁶⁷. Yasa, yabancı ana şirketlerin bağlı şirketleri de dâhil olmak üzere Fransa'da kayıtlı bir ofisi olan büyük şirketlere durum tespit yükümlülükleri getirmektedir. Bu yükümlülükler, doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen tüm şirketlerin yanı sıra, kurulan ticari ilişkiler dâhilinde alt yüklenicilerin ve tedarikçilerin faaliyetlerini de kapsamaktadır. Kanunun 1. maddesinde, riskleri belirlemek ve insan haklarına, temel özgürlüklere, bireylerin sağlık, güvenlik haklarına ve çevreye ciddi zarar verilmesini önlemek için makul durum tespiti önlemlerini içermesi gereken bir teyakkuz planını (*plan de vigilance*) yürürlüğe koymak, uygulamak ve açıklamak gibi üç yönlü bir yükümlülük düzenlenmiştir. Yine Kanunun 1. maddesine göre bunların ihlali durumunda, sivil toplum kuruluşları da dâhil olmak üzere ilgili taraflar şirketlere bildirimde bulunabilir ve ardından ceza ödemelerini gerektiren bir ihtiyati tedbir talep edebilir⁶⁸. Bu Kanun sayesinde yabancı mağdurlar da küresel tedarik zincirindeki insan hakları ihlalleri ve çevresel zararlar için Fransa'daki ana şirkete dava açabileceklerdir.

Şirket Teyakkuz Görevi Kanununu uyarınca şirketlere karşı davalar açılmaya başlanmış olup, bu kapsamda yargı içtihatları henüz az olmasına rağmen oluşmaya başlamıştır. Paris İlk Derece Mahkemesi (*Tribunal judiciaire de Paris*), 28 Şubat 2023 tarihli kararında bu kanunu uygulama fırsatı bulmuştur. Fakat davacıların taleplerinin kabul edilemez bulunmuş olup, esasa ilişkin bir karar verilmemiştir⁶⁹.

Fransa'da Mahkeme'nin teyakkuz planının ihlal edilmesi sebebiyle ilk kez 5 Aralık 2023 tarihinde esastan hüküm vermiştir. Bu kapsamda Fransız telekomünikasyon sendikası Sud PTT, 2020 yılında Fransız posta servisi La Poste'ye karşı, Fransa'daki kendi operasyonlarındaki taşeronlarla ilgili insan hakları risklerini yeterince ele almayarak, Şirket Teyakkuz Görevi Kanununu ihlal ettiği gerekçesiyle mahkemeye başvuru yapmıştır. Mahkeme esas incelemesinin ardından şirketin planının yasaya aykırı olduğunu belirtilerek, değiştirilmesi yönünde hüküm verilmiştir⁷⁰.

Paris Temyiz Mahkemesi (*Cour d'appel de Paris*) ise, ilk kez Fransa Şirket Teyakkuz Görevi Kanununu kapsamında başvuru yapılan TotalEnergies, Suez ve EDF'ye ilişkin üç başvuruyu 18 Haziran 2024'te incelemiştir. TotalEnergies'nin, Paris Anlaşması doğrultusunda sera gazı emisyonlarını azaltması için mahkemeye başvurulmuştur. Suez, Şili'deki bir fabrikada meydana gelen ve suları kirlettiği ve 140,000 kişiyi etkilediği iddia edilen arızayla ilgili davalarla karşı karşıyadır. EDF Energy ise, enerji şirketinin dev bir rüzgâr çiftliği kurmayı planladığı bölgedeki yerli topluluklara danışmamakla suçlanmaktadır. Mahkeme, 18 Haziran 2024'te EDF ve TotalEnergies ilişkin davaları kabul edilebilir bulurken, Suez davasının kabul edilemez olduğunu hükmetmiştir. EDF ve TotalEnergies aleyhine olan iddiaları haklı bulunarak, ilk derece mahkemelerini kararları bozulmuştur. Temyiz Mahkemesi'nin bu kararları davaların esastan incelenmesine olanak tanıyarak, şirketlerin durum tespiti yükümlülüklerini yönetme biçimlerinde önemli değişikliklere yol açabilecektir⁷¹.

Ülkemiz açısından da önem teşkil eden bir dava ise hala yargılama aşamasındadır. Sherpa, Action Aid France ve Türk sendikası Petrol-İş ve 34 eski çalışanı tarafından Yves Rocher ve Türkiye'deki bağlı şirketi Kosan Kozmetik'e dava açılmıştır. Şirketler, Şirket Teyakkuz Görevi Kanununu kapsamındaki yükümlülükleri olan sendikaya üye olma özgürlüğünü ve işçi haklarını ihlal etmekle suçlanmaktadır⁷². Menşe devleti Fransa olan Yves Rocher'un bağlı şirketi Kosan Kozmetik, sınırötesinde (Türkiye) ihlallere ilişkin durum tespit yükümlülüklerini yerine getirmemekle suçlanmaktadır. Henüz dava sonuçlanmasına

⁶⁵ İnsan hakları durum tespiti yerine daha genel bir ifade olan özen yükümlülüğünün kullanılması görüşü için bkz. YÜCEL DERİCİLER, Özge: Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka Şirketler ve İnsan Hakları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023, s.139.

⁶⁶ KRAJEWSKI, s.37.

⁶⁷ TARMAN, Zeynep Derya: "İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71(3), 2022, s.1202, 1203.

⁶⁸ Kanunun İngilizce çeviri metni için bkz. French Corporate Duty of Vigilance Law (English Translation) <https://respect.international/french-corporate-duty-of-vigilance-law-english-translation/> (Erişim: 08.02.2024).

⁶⁹ SOILIH, Allison/XAVIER Haranger: "The First French Court Rulings on the Duty of Vigilance", 5 Mart 2024, https://www.morganlewis.com/pubs/2024/03/the-first-french-court-rulings-on-the-duty-of-vigilance#_ftn19 (Erişim: 05.07.2024). TotalEnergies hakkında verilen bu hüküm, ileride açıklanacağı üzere Temyiz Mahkemesince bozulmuştur.

⁷⁰ Due Diligence Design, "First ruling on the merits in French Duty of Vigilance case", 21 Şubat 2024, <https://duediligence.design/first-ruling-on-the-merits-in-french-duty-of-vigilance-case/> (Erişim: 05.07.2024).

⁷¹ EnergyNews, TotalEnergies and EDF: NGO Actions Upheld on Appeal, 19 Temmuz 2024, <https://energynews.pro/en/totalenergies-and-edf-ngo-actions-upheld-on-appeal/> (Erişim: 05.07.2024).

⁷² Detaylı bilgi için bkz. <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/turkey-47-former-employees-join-lawsuit-against-yves-rocher-over-alleged-violations-of-french-duty-of-vigilance-law/> (Erişim: 01.01.2024).

rağmen, mağdurların haklarını ana şirketin menşee devletinde aramaları önemli bir gelişmedir.

Bu alanda yapılan başka bir önemli düzenleme Almanya’da gerçekleşmiştir. Almanya’da 2016 yılında yayınlanan Alman Ulusal Eylem Planı, 2020’ye kadar 500’den fazla çalışanı olan Alman şirketlerinin en az %50’sinin insan hakları konusunda gerekli önemi göstermesi hedefini ortaya koymuştur. Bu kapsamda Haziran 2021’de kabul edilen Alman Tedarik Zinciri Durum Tespit Kanunu (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*), uzun süren siyasi müzakerelerin izlerini taşımakta ve daha önceki teklif ve tasarlarda belirlenen standartların gerisinde kalmasına rağmen halen çok önem arz etmektedir⁷³. Alman Tedarik Zinciri Kanunu’nun 1. Bölümünün 1. maddesine (Uygulama Alanı) göre, Kanun ilk olarak 2023 yılından itibaren 3000’den fazla çalışanı olan şirketlere, 2024 yılından itibaren ise 1000’den fazla çalışanı olan şirketlere uygulanacaktır.⁷⁴ Bu kanun kapsamında tedarik zinciri boyunca insan hakları durum tespiti yapılması öngörülmüş olup, ihlaller sınırötesinde gerçekleşse dahi bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir.

Alman Tedarik Zinciri Durum Tespit Kanunu bağlı şirketleri ve tedarik zincirlerini dar kapsamlı olarak ele almıştır. Kanun açıkça dar bir tedarik zinciri anlayışını benimsediğinden, ana şirketin mal üretimine ve hizmet tedarikine katkıda bulunmadıkları için ana şirketin tedarik zincirinin bir parçası olmayan bağlı şirketlerin faaliyetlerinin kanun kapsamına girip girmediği belirsizdir⁷⁵. Kanunun insan hakları ve çevresel durum tespiti yükümlülükleri, esas olarak doğrudan tedarikçilerle sınırlıdır; dolaylı tedarikçiler için durum tespit yükümlülükleri, yalnızca bir şirketin doğrudan tedarikçiyi hileli bir şekilde atlatması veya dolaylı tedarikçiler tarafından potansiyel insan hakları ihlalleri hakkında kanıtlanmış bilgi edinmesi durumunda gereklidir⁷⁶. Bu yönde emareler varsa, örneğin bir şikâyet sonucunda, dolaylı tedarikçilere karşı risk analizi yapma, uygun önleyici ve gerekirse düzeltici tedbirler alma yükümlülüğü doğabilir⁷⁷. Fakat şirketler bunun dışında dolaylı tedarikçilere yönelik sistematik bir durum tespiti yapmakla yükümlü değildir. Sivil toplum örgütleri ve sendikalar, Alman mahkemeleri nezdindeki hukuk davalarında mağdurları temsil etme yetkisine sahip olmakla birlikte, kanun, kurumsal durum tespiti yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zarar için açıkça hukuki sorumluluk öngörmemektedir⁷⁸. Yani Kanun, zarar gören kişilerin şirketlerden tazminat talep edebileceği iddiaları için yeni bir temel oluşturmaz, fakat bu talepler için mevcut özel hukuka atıfta bulunmaktadır⁷⁹.

Alman Tedarik Zinciri Durum Tespit Kanunu’nun yeni tarihli olması sebebiyle henüz yargı kararları oluşmamıştır. Kanuna aykırılık sebebiyle ilk şikâyet Mart 2023’te yapılmıştır. Ulusal Konfeksiyon İşçileri Federasyonu (*National Garment Workers Federation*) tarafından temsil edilen Bangladeşli işçiler, fabrikalarındaki koşulları “yeterince izlemedikleri” ve “çalışanların işyeri güvenliğini tehlikeye attıkları” gerekçesiyle Tom Tailor, Amazon ve IKEA hakkında Alman Tedarik Zinciri Durum Tespiti Kanunu uyarınca şikâyetle bulunmuştur. Şikâyet, Alman Tedarik Zinciri Durum Tespiti Kanunu’nun düzenleyicisi olan Federal Ekonomi ve İhracat Kontrol Ofisi’ne (BAFA) iletilmiş olup, bu ofis şirketlere karşı işlem yapılıp yapılmayacağına karar verecektir⁸⁰.

Alman Tedarik Zinciri Durum Tespit Kanununu uyarınca ikinci başvuru kâr amacı gütmeyen Avrupa Anayasal ve İnsan Hakları Merkezi tarafından, Sincan Uygur Özerk Bölgesi’ndeki tedarik zincirlerinde insan hakları ihlalleri olduğu iddiasıyla otomobil üreticileri Volkswagen, BMW ve Mercedes-Benz karşı yapılmıştır. Bu dava, Sheffield Hallam Üniversitesi’nin şirketlerin zorla çalıştırma ile tedarik zinciri bağlantıları olduğu iddiasını belgeleyen bir raporuna dayanmaktadır⁸¹. Bu başvuruların yanı sıra, başka ihlal başvuruları da yapılmış olup, Kanunun uygulanmasının kararlar ile önümüzdeki yıllarda netleşeceği öngörülmektedir.

Fransa ve Almanya’daki durum tespit yükümlülükleri değerlendirildiğinde her ikisi de şirketler için genel kapsamlı bir yükümlülük yüklememiştir. Almanya’da şirketlerde çalışan kişi sayısına göre bir ayırım yapıp, az sayıda işçi çalışan şirketler kanun kapsamından çıkarılmıştır. Ayrıca dolaylı tedarikçiler ile doğrudan tedarikçiler için de belirtildiği üzere farklı düzenlemeler yapılmıştır. Fransa ise, küçük ve orta ölçekli işletmeleri muaf tutmakta ve tedarik zinciri durum tespitini yerleşik iş ilişkileri ile sınırlandırmaktadır⁸². Fakat ikisinin de şirketlerin sınırötesi ihlalleri için sınırlı da olsa birtakım düzenlemeler yapması önem taşımaktadır. Ayrıca diğer Avrupa ülkeleri için de örnek teşkil etmiştir.

Bu konuda çalışmaların halen devam ettiği başka bir ülke ise Hollanda olmuştur. Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu (*Wet zorgplicht kinderarbeid*) 2019 yılında Hollanda’da kabul edilmiş olup,

⁷³ AUGENSTEIN, s.293, 294.

⁷⁴ SHALL, Alexander/THEUSINGER, Ingo/POUR RAFSENDJANI, Mansur (ed.) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz-Kommentar, Walter de Gruyter, Berlin 2023, s.4.

⁷⁵ KRAJEWSKI, Markus/TONSTAD, Kristel/WOHLTMANN, Franziska: “Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?”, Business and Human Rights Journal, 6 (3), 2021, s.556.

⁷⁶ SHALL/THEUSINGER/POUR RAFSENDJANI, s.153, 403 vd.

⁷⁷ KONRADS, Sebastian/WALTER, Stine: “Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz - Herausforderungen, Chancen und Ausblick”, Zeitschrift für Außen und Sicherheitspolitik 15 (15), 2022, s.378.

⁷⁸ KONDARS/WALTER, s.379; AUGENSTEIN, s.294; KRAJEWSKI/TONSTAD/WOHLTMANN, s.556.

⁷⁹ SHALL/THEUSINGER/POUR RAFSENDJANI, s.200.

⁸⁰ Due Diligence Design, “First case filed under the German Supply Chain Due Diligence Act against Tom Tailor, Amazon, and IKEA by Bangladeshi workers”, 27 Nisan 2024, <https://duediligence.design/first-case-filed-under-the-german-supply-chain-due-diligence-act-against-tom-tailor-amazon-and-ikea-by-bangladeshi-workers/> (Erişim: 05.07.2024).

⁸¹ Due Diligence Design, “Second case filed under the German Supply Chain Due Diligence Act”, 6 Temmuz 2024, <https://duediligence.design/second-case-filed-under-the-german-supply-chain-due-diligence-act/> (Erişim: 05.07.2024).

⁸² AUGENSTEIN, s.294, 295.

Hollanda Devlet Gazetesinde (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*) yayınlanmıştır⁸³. 2021 yılının Mart ayında meclise sunulan ve daha kapsamlı bir düzenleme olan Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası Ticari Faaliyet Kanunu’nun (*Wet Verantwoord en Duurzaam Internationaal Ondernemen*) kabul edilmesi halinde bahsi geçen diğer Kanun ilga edilmiş olacaktır⁸⁴. Bu kanun Hollanda Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu’ndan farklı olarak, küresel tedarik zinciri boyunca sektörler arası genel bir insan hakları ve çevresel durum tespiti yükümlülükleri getirerek, idari ve cezai yaptırımlara ek olarak hukuki çözüm yolları sağlamayı hedeflemektedir⁸⁵.

Çocuk İşçiliği Durum Tespiti Kanunu, Hollanda’da faaliyet gösteren tüm şirketlere ve onlara mal ve hizmet sağlayan ticari işletmelere tedarik zincirinde çocuk işçiliğini önlemeleri için gerekli durum tespit (*gepaste zorgvuldigheid*) yükümlülükleri getiren bir düzenlemedir. Tedarik zincirlerinde çocuk işçiliğine ilişkin makul şüphenin varlığı halinde bu konuda bir eylem planı hazırlanıp uygulanması gerekmektedir⁸⁶. Durum tespiti beyanları, kamuya açık bir çevrimiçi kayıta yayınlayan bir denetim makamına sunulmalıdır. Hollandalı son kullanıcılar mal ve hizmet sağlayan şirketler de durum tespiti yükümlülüklerini, durum tespiti beyanı yayınlamış alt kademe şirketlerden tedarik ederek yerine getirebilirler. Her iki durumda da durum tespiti tek seferlik bir uygulama olarak yorumlanmakta ve bu da uzun vadede mevzuatın etkinliğini sınırlamaktadır. Yasa, idari ve cezai yaptırımları birleştiren kamusal izleme ve yaptırım öngörmektedir, ancak çocuk işçiliği mağdurları için kanun yollarını içermemektedir⁸⁷.

Hollanda Sorumlu ve Sürdürülebilir Uluslararası Ticari Faaliyet Kanunu Tasarısı ise, esas olarak büyük şirketlere⁸⁸ yükümlülükler getirmeyi hedeflemekte olup, tasarıda nadir olarak diğer şirketlere⁸⁹ de atıf yapılmaktadır. Büyük şirketlerin bu kanun kapsamına girebilmeleri için Hollanda sınırlarının ötesinde faaliyet göstermeleri gerekmektedir⁹⁰. Kanun Hollanda’da faaliyet gösteren tüm şirketleri kapsamamakta olup; özellikle ithalat yapan şirketlere ilişkindir. Kanun kapsamına giren şirketlerin tedarik zincirleri boyunca insan hakları, işçi hakları ve çevre ihlallerine ilişkin durum tespiti yapmaları gerekmektedir⁹¹. Durum tespit yükümlülüklerinin kapsamı da OECD Çok Uluslu Şirketler Rehberi’nde yer alan ilke ve standartlara uygun olacaktır. Bu yükümlülüklerin ihlali halinde idari ve cezai yaptırımlar uygulanabilmektedir. İdari yaptırım, Hollanda Tüketiciler ve Piyasalar Otoritesi’nin (*Autoriteit Consument & Markt*) denetimi yoluyla gerçekleştirilecektir. Bu kurum, kanundan doğan görevlerini yerine getirirken bilgi talep edebilir ve bağlayıcı talimatlar verebilir⁹².

Henüz taslak halinde olan metinde belirsizlikler, özellikle iş dünyası tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Hapis cezası gibi cezai yaptırımların da olmasının şirket yöneticilerini güvensiz bir ortama sürüklediği savunulmuştur. Uluslararası hukukta böyle bir yükümlülük olmamasına rağmen, ulusal düzeyde getirilen ağır düzenlemelerin yatırımların farklı ülkelere kaymasına sebep olabileceği belirtilmiştir. Fakat Almanya, Fransa gibi devletlerin bu tür düzenlemeleri daha erken tarihli yaptıkları belirtilerek, Hollanda’nın geç kaldığı da savunulan diğer bir görüştür⁹³.

Hem Fransız hem de Alman mevzuatı, risk analizi için şirketin faaliyetleri ile tedarikçilerin faaliyetleri arasında açık bir bağlantı kurulmasını gerektirmektedir. Ancak bu bağlantı mevcutsa, tedarikçilerin faaliyetlerini risk analizine dahil etme zorunluluğu vardır⁹⁴. Ancak Hollanda Kanun Tasarısı daha da ileri giderek, öngörülen risk analizi, şirketin faaliyetlerindeki potansiyel ve fiili olumsuz etkilerin yanı sıra “iş ortaklarının faaliyetlerini” de içermektedir. İş ortakları terimi Tasarı’da “bir şirketin iş ortakları ve üretim zincirinde yer alan ve şirketin faaliyetlerine herhangi bir şekilde dâhil olan kamu kurumları da

⁸³ RIETVELD, S./BAKS, L.J.M./BIER, B.: “De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van human rights due diligence; van vrijwilligheid naar verplichting”, *Ondernemingsrecht*, 2021, s.149.

⁸⁴ SMIT, Gijss/VAN NIEKERK Bas: The Netherlands: A Dutch initiative for a value chain due diligence, 17 Şubat 2023, <https://sustainablefutures.linklaters.com/post/102i833/the-netherlands-a-dutch-initiative-for-a-value-chain-due-diligence> (Erişim: 01.01.2024).

⁸⁵ AUGENSTEIN, s.294.

⁸⁶ RIETVELD/BAKS/BIER, s.153.

⁸⁷ AUGENSTEIN, s.292, 293.

⁸⁸ Büyük şirketler tespit edilirken, bilanço, yıllık ciro ve çalıştırılan işçi sayısı dikkate alınmaktadır.

⁸⁹ “Kendi faaliyetinin veya iş ilişkilerinin Hollanda dışındaki bir ülkede insan hakları veya çevre açısından olumsuz sonuçlar doğurabileceğini bilen veya bundan makul olarak şüphelenebilen bir şirket:

a. bu sonuçları önlemek için makul olarak kendisinden istenebilecek tüm önlemleri almalı;

b. bu sonuçların önlenemediği ölçüde, bu sonuçların mümkün olduğu kadar sınırlandırılmalı, geri alınmalı ve gerekiyorsa iyileşme sağlanmalı;

c. eğer bu sonuçlar yeterince sınırlandırılmıyorsa, kendisinden makul olarak istenebileceği ölçüde bu faaliyetten kaçınmalı veya ilişkiyi sonlandırmalıdır.” Bkz. Tweede Kamer der Staten-Generaal, “Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen”, 2022, 35761 nr. 9. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/35761> (Erişim: 12.03.2024).

⁹⁰ Tweede Kamer der Staten-Generaal, “Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen”, 2022, 35761 nr. 9. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/35761> (Erişim: 12.03.2024).

⁹¹ SCHOTEL O. J. W./SCHEPEL, J. M.: “Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context”, *Maandblad voor Ondernemingsrecht*, (3-4), 2022, s.99.

⁹² Tweede Kamer der Staten-Generaal, “Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen”, 2022, 35761 nr. 9. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/35761> (Erişim: 12.03.2024).

⁹³ DE HORDE, Cor/COUWENBERGH, Pieter “Bedrijfsleven schiet in kramp over zorgplicht voor toeleveranciers en klanten” 13 Ocak 2023 <https://fd.nl/bedrijfsleven/1464526/bedrijfsleven-schiet-in-kramp-over-zorgplicht-voor-toeleveranciers-en-klanten> (Erişim: 02.06.2024)

⁹⁴ Örneğin, Alman Tedarik Zinciri Durum Tespit Kanunun 2. bölümünde yer alan 4. maddesinde şirketlerin kendi iş alanı ile alakalı ve doğrudan tedarikçileri olan şirketlere ilişkin risk analizi yapmaları gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. SHALL/THEUSINGER/POUR RAFSENDJANI, s.278 vd.

dâhil olmak üzere diğer kuruluşlar” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım, Alman ve Fransız hukukundaki düzenlemeden çok daha geniştir. Tasarıdaki bu düzenleme nedeniyle, şirketin faaliyetleri ile iş ilişkileri arasındaki bağlantı bir şekilde kaybolmuştur. Her ne kadar diğer ülkelerdeki düzenlemelere göre kapsamlı olması olumlu gözükse de bu durum illiyet bağı kopartarak uygulamadan uzaklaştırmıştır. Bu sebeple Tasarı kanunlaşmadan bu konuda bir düzenleme yapılmasının pratiği dikkate alması ve gerçekçi olması açısından daha tercihe şayan olduğu söylenebilir. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki risk analizi ve hafifletici önlem almak birbirlerinden farklı olup, tasarıda iş ilişkileri için önlem alma yükümlülüğüne yer verilmemiştir⁹⁵.

Üzerinde durmaya değer bir diğer ülke ise Norveç’tir. Norveç’te düzenlenen tedarik zinciri şeffaflığına ilişkin 2019 tarihli kanun teklifinde, büyük şirketlere temel insan hakları ve insana yakışır iş üzerindeki olası olumsuz etkileri tespit etme, önleme, azaltma ve olumsuz etkileri nasıl ele aldıklarına dair hesap verme konusunda durum tespiti yükümlülükleri getirilmesi önerilmiştir⁹⁶. 1 Temmuz 2022 tarihinde teklif kabul edilmiş olup, Tedarik Zinciri Şeffaflığı Kanunu (*Transparency Act*) olarak yürürlüğe girmiştir⁹⁷. Kanun’un 4. maddesine göre, durum tespit yükümlülüğü, şirketlerin faaliyetlerini, tedarik zincirlerini ve iş ortaklarını kapsamaktadır. Buna göre, bir işletmenin faaliyetlerinin, bağlı ortaklıkların nerede kayıtlı olduğuna bakılmaksızın, ana şirketin ve bağlı ortaklıklarının faaliyetlerini kapsadığı açıkça ortaya konmaktadır. Kanunun 3. maddesinde iş ortakları, temizlik hizmetleri veya pazarlama gibi doğrudan işletmeye mal veya hizmet sunan şirketler olarak tanımlanmaktadır. Yine aynı maddede tedarik zinciri ise, bir işletmenin hammadde aşamasından bitmiş ürüne kadar hizmet sunumu veya mal üretimine dâhil olan mal, hizmet veya diğer girdi faktörlerini tedarik eden veya üreten tedarikçiler ve alt yükleniciler zincirindeki herhangi bir taraf olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla Kanun, yükümlülükleri tedarik zincirindeki belirli kademelerle sınırlamayıp, prensipte hem üst hem de alt tedarikçileri kapsayacak şekilde düzenlemiştir⁹⁸.

İncelenecek son menşe devlet düzenlemesi girişimi ise İsviçre’ye aittir. 2020 yılında İsviçre anayasasında değişiklik yapılmasını öngören ve şirketlerin insan hakları ve çevre konusunda tedarik zincirinde durum tespitini zorunlu kılan ve sınırötesi insan hakları ve çevre ihlalleri için sorumluluk getiren bir referandum yapılmıştır. Bu anayasa tasarısı, mağdurlara insan hakları ve çevresel zararlar konusunda İsviçre şirketlerine atfedilebilen bir sınırötesi ihlali için hukuki tazminat talep etme olanağı tanııyordu. Menşe devletin sınırötesi yükümlülük düzenlemesi için anayasal bir koruma tanıması sebebiyle diğer girişimlerden çok daha önemli bir gelişme olmasına rağmen referandumda kabul edilmemiştir⁹⁹. Haziran 2020’de İsviçre Devlet Konseyi ve İsviçre Ulusal Konseyi tarafından kabul edilen ve 1 Temmuz 2022’de yürürlüğe giren yeni düzenleme, yalnızca sektöre özgü durum tespiti gerekliliklerini kapsamakta olup (çocuk işgücü ve çatışma mineralleri) hukuki sorumluluk mekanizması içermemektedir. Bu hükümler diğer devletlerde yapılan düzenlemelerden farklı olarak ayrı bir kanun olarak kabul edilmemiş olup, mevcut İsviçre Borçlar Kanunu’na (*Obligationenrechts*) hükümler eklenerek yapılmıştır¹⁰⁰.

Son olarak, zorunlu insan hakları durum tespit yükümlülükleri konusunda en önemli düzenlemelerden birini yapan AB’ye (Avrupa Birliği) değinilecektir. Esasen AB bir bölgesel örgüt olmasına rağmen, menşe devlet düzenlemeleri başlığı altında incelenmesi uygun görülmüştür. Çünkü AB üyesi devletler için bu düzenlemeler önemli bir yer teşkil etmekte olup, kendi ulusal düzenlemelerine de bunları entegre etmeleri gerekmektedir. AB’nin çalışmaları ve düzenlemeleri de yukarıda bahsi geçen devletlerin birçoğunun yasal çerçevelerinin oluşmasında itici rol üstlenmiştir.

10 Mart 2021 tarihinde AB Parlamentosu, Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Direktifi (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*) taslağını kabul etmiştir. 23 Şubat 2022’de Avrupa Komisyonu Direktif teklifi yayınlanmış olup Aralık 2022’de, Avrupa Birliği Konseyi’nin, Komisyon’un önerisine ilişkin tutumunu oluşturan genel bir yaklaşım üzerinde anlaşmaya varılmıştır. 14 Aralık 2023 tarihinde ise Konsey ve Avrupa Parlamentosu, AB’de ve küresel ölçekte çevre ve insan haklarının korunmasını geliştirmeyi amaçlayan Direktif üzerinde geçici bir anlaşmaya varmıştır¹⁰¹. 24 Nisan 2024’te Parlamento Genel Kurul’da Direktif’in son metnini kabul etmiştir¹⁰². Avrupa Konseyi ise, 24 Mayıs 2024’te Direktif’e nihai onayını vermiştir. Direktif, Avrupa Parlamentosu Başkanı ve Konsey Başkanı tarafından imzalandıktan sonra Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde (*Official Journal of the European Union*) yayınlanacak ve yayımları takip eden yirminci gün yürürlüğe girecektir¹⁰³. Yürürlüğe girdikten sonra Üye Devletlerin Direktifi iç hukuklarına aktarmaları ve ilgili metinleri Komisyona iletmeleri için iki yıllık bir olacaktır. Bundan sonra Direktifler, şirketin cirosuna ve çalışan sayısına bağlı olarak 3 ila 5 yıl içerisinde aşamalı olarak uygulanacaktır¹⁰⁴.

⁹⁵ SCHOTEL/SCHPEL, s.107, 108.

⁹⁶ AUGENSTEIN, s.294.

⁹⁷ Kanunun İngilizce metni için bkz. Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act), <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/2021-06-18-99> (Erişim: 08.02.2023).

⁹⁸ KRAJEWSKI/TONSTAD/WOHLTMANN, s.556.

⁹⁹ AUGENSTEIN, s.294.

¹⁰⁰ Kanunun Almanca metni için bkz. Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr) <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2021/847/en#fn-d8e28> (Erişim: 03.01.2024).

¹⁰¹ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/24/corporate-sustainability-due-diligence-council-gives-its-final-approval/> (Erişim: 03.06.2024).

¹⁰² https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_EN.html (Erişim: 03.06.2024).

¹⁰³ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2024/05/24/corporate-sustainability-due-diligence-council-gives-its-final-approval/> (Erişim: 03.06.2024).

¹⁰⁴ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_EN.html (Erişim: 03.06.2024).

Direktif Avrupa Birliği'nde yerleşik veya iç pazara ürün sunan ticari işletmelerin küresel değer zincirleri boyunca insan hakları ve çevresel durum tespiti yapmalarını zorunlu kılmasını öngörmektedir. Ayrıca Üye Devletlerin, insan hakları ve çevreye verilen zararlar için ticari işletmelere haksız fiil sorumluluğu yüklemesini sağlayacaktır¹⁰⁵.

Direktif, cirosu 450 milyon Avro'nun üzerinde olan 1.000'den fazla çalışanı olan şirketleri ve bu şirketlerin, malların üretime yönelik üretiminden veya hizmetlerin sağlanmasından, ürünlerin dağıtımına, nakliye veya depolanmasına kadar uzanan faaliyetlerini etkileyecektir. Şirketin Avrupa'daki bağlı ortaklıklarının ciro ve istihdam kriterlerini karşılaması halinde de bu yükümlülükleri ana şirket yüklenecektir. Yani Avrupa'da faaliyet göstermek isteyen veya hatta Avrupa pazarında faaliyet gösteren herhangi bir büyük şirketin değer zincirinin bir parçası olmak isteyen dünya çapındaki herhangi bir şirketin bu standartlara uyması hedeflenmektedir¹⁰⁶.

AB bölgesel bir örgüt olması sebebiyle bu düzenleme de uluslararası değil bölgesel nitelikte bir düzenleme olacaktır. Fakat Direktif genel olarak AB'ye üye devletleri etkilese de küresel ticaret doğası gereğiyle Direktif'in örgüte üye olmayan birçok devlet için de etkiler doğuracağı açıktır. Mevcut uluslararası hukukun aksine, menşe devletler için bağlayıcı yükümlülükler getiren bu Direktif iş dünyası ve insan hakları alanı için çığır açıcı niteliktedir. Direktif ve yasalaşma sürecinin benzer uluslararası düzenlemeler için de örnek teşkil etmesi umut edilmektedir.

VI. SONUÇ

Ev sahibi devletlerin şirketlerin insan hakları ihlallerini önleme ve telafi edici çözümler sunmasındaki yetersizliği ve isteksizliği, menşe devletleri koruma sağlamada önemli bir konuma yükseltmektedir. Menşe devletin tespit edilmesinde farklı görüşler ileri sürülmesine rağmen, genişletici yorumun tercih edilmesinin mağdurlar için olumlu bir gelişme olacağını kabul etmek gerekir.

Menşe devletlerin şirketlerin sınırötesinde gerçekleşen insan hakları ihlalleri için düzenlemeler yapması uluslararası hukukta farklı boyutlarda tartışılmıştır. Doktrinde bir görüş, zarar vermeme ilkesine dayanarak uluslararası hukukta bu yükümlülüklerin teorik temellerinin mevcut olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca Maastricht İlkeleri, BM genel yorumları gibi uluslararası belgelerin de sınırötesi yükümlülükleri güçlendirecek ifadeler içerdiği ileri sürülmüştür.

Bunun aksini savunan görüş ise, bu tür yükümlülüklerin teorik temellerinin olmadığını belirtmiştir. Hatta bunların iç işlerine karışma yasağını ihlal ederek ulus devletin egemenlik hakkına da aykırılık taşıyabileceği ileri sürülmüştür. Ayrıca uluslararası belgelerin bu konudaki düzenlemeleri bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Uluslararası insan hakları mahkemelerinin ise, çok sınırlı olarak sınırötesi yükümlülükleri kabul ettiği ve bunların şirketlerin faaliyetleriyle ilişkilendirilmesinin çok zor olduğu söylenebilir.

Gerçekten de uluslararası hukuk belgeleri incelendiğinde, bu belgelerin menşe devletlere şirketlerin insan hakları ihlalleri için yükümlülük yüklediği söylenemez. Fakat bu tür düzenlemelerin ihtiyari olarak yapılmasının önünde de herhangi bir engel olmayıp, bazı belgeler bunu teşvik edici ifadeler dahi içermektedir.

Bu kapsamda özellikle Avrupa ülkelerinde insan hakları durum tespit yükümlülüklerine ilişkin ihtiyari düzenlemeler öne çıkmaktadır. Tedarik zinciri boyunca yükümlülükler yükleyen bu düzenlemeler, tedarik zincirinin sınırötesine kaymasını da kapsam dışı bırakmamıştır. Devletlerin iç hukuk düzenlemeleri göre farklılık göstermesine rağmen, genel itibarıyla ana şirketin bağlı ortaklıkları ve tedarikçileri yurtdışında olsa dahi, ana şirketin bu yükümlülükleri tedarik zinciri boyunca yerine getirmesi gerektiği belirtilmektedir.

Son olarak, AB Kurumsal Sürdürülebilirlik Durum Tespiti Direktifi AB'ye üye devletleri kapsayan, bölgesel bir düzenleme yapmasına rağmen, menşe devletlere sınırötesi insan hakları ihlallerine ilişkin yükümlülükler yüklemesi açısından çok büyük önem arz etmektedir. Uluslararası hukukta tavsiye edici düzenlemelerden ayrılarak bağlayıcı ve iç hukuka entegre edilmesi gereken bir belge olması sebebiyle Direktif öncü bir düzenlemedir. Direktif'in, öncelikli olarak AB üyesi devletlerde olmak üzere, şirketlerin sınır ötesi insan hakları ihlallerine karşı menşe devletlere düzenleme yapma konusunda itici bir rol oynayacağı açıktır.

¹⁰⁵ AUGENSTEIN, s.294.

¹⁰⁶ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_EN.html#title2 (Erişim: 03.06.2024).

KAYNAKÇA

- ALGAN, Bülent: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- AUGENSTEIN, Daniel, “Home-State Regulation of Corporations”, in Gibney, Mark/Erdem Türkelli, Gamze/Krajewski, Markus/Vandenhoe, Wouter (ed.) The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations, Routledge, Oxon 2022.
- AUGENSTEIN, Daniel/KINLEY, David, “When Human Rights ‘Responsibilities’ become ‘Duties’: The Extra-Territorial Obligations of States that Bind Corporations”, in Deva, Surya/Bilchitz, David (ed.), Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- BERNAZ, Nadia: “Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?”, Journal of Business Ethics, 117, 2013, s.493- 511.
- CASSEL, Doug: “State jurisdiction over transnational business activity affecting human rights”, in Deva, Surya/Birchall, David (ed.) Research Handbook on Human Rights and Business, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2020, s.198–222.
- Corporate Sustainability Due Diligence, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html (Erişim: 03.01.2024).
- DE HORDE, Cor/ COUWENBERGH, Pieter “Bedrijfsleven schiet in kramp over zorgplicht voor toeleveranciers en klanten” 13 Ocak 2023 <https://fd.nl/bedrijfsleven/1464526/bedrijfsleven-schiet-in-kramp-over-zorgplicht-voor-toeleveranciers-en-klanten> (Erişim: 02.06.2024)
- DE SCHUTTER, Oliver: “Sovereignty-plus in the Era of Interdependence: Toward an International Convention on Combating Human Rights Violations by Transnational Corporations”, in Bekker, Pieter H.F./Dolzer, Rudolf/Waibel, Michael (ed.), Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- DEVA, Surya: “Corporate Human Rights Violations: A Case for Extraterritorial Regulation”, in Luetge, Christoph (ed.), Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics, Springer, New York 2012, s.1077- 1090.
- EnergyNews: “TotalEnergies and EDF: NGO Actions Upheld on Appeal”, 19 Temmuz 2024, <https://energynews.pro/en/totalenergies-and-edf-ngo-actions-upheld-on-appeal/> (Erişim: 05.07.2024).
- Due Diligence Design: <https://duediligence.design/> (Erişim: 05.07.2024)
- French Corporate Duty of Vigilance Law (English Translation), <https://respect.international/french-corporate-duty-of-vigilance-law-english-translation/> (Erişim: 08.02.2024).
- KANALAN, İbrahim: “Extraterritoriale Staatenpflichten jenseits der Hoheitsgewalt Ein neues Konzept für umfassende extraterritoriale Staatenpflichten”, Archiv des Völkerrechts, 52 (4), 2014 s.495-521.
- KONRADS, Sebastian/WALTER, Stine: “Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz- Herausforderungen, Chancen und Ausblick”, Zeitschrift für Außen und Sicherheitspolitik 15 (15), 2022, s.373- 385.
- KRAJEWSKI, Markus: “The State Duty to Protect Against Human Rights Violations Through Transnational Business Activities”, Deakin Law Review, 23, 2018, s.13-39.
- KRAJEWSKI, Markus/TONSTAD, Kristel/WOHLTMANN, Franziska: “Mandatory Human Rights Due Diligence in Germany and Norway: Stepping, or Striding, in the Same Direction?”, Business and Human Rights Journal, 6 (3), 2021, s.550-558.
- METHVEN O’BRIEN, Claire: “The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal”, Business and Human Rights Journal, 3(1), 2018, s.47-73.
- MUCHLINSKI, Peter: Multinational Enterprises and the Law, 2. Basi, Oxford University Press, Oxford 2007.
- NOLAN, Justine: “Rana Plaza: The Collapse of a Factory in Bangladesh and Its Ramifications for the Global Garment Industry”, in Baumann-Pauly, Dorothée/Nolan, Justine (ed.) Business and Human Rights: From Principles to Practice, Routledge, London 2016, s.27- 31.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 11. Basi, Turhan Yayınevi, Ankara 2012.
- RIETVELD, S./BAKS, L.J.M./BIER, B.: “De Wet zorgplicht kinderarbeid en de opkomst van human rights due diligence; van vrijwilligheid naar verplichting”, Ondernemingsrecht 2021, s.149-158.
- SCHOTEL O. J. W./SCHEPEL, J. M.: “Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context”, Maandblad voor Ondernemingsrecht, 3-4, 2022, s.99-113.
- SHAW, Malcolm N.: International Law, 9. Basi, Cambridge University Press, Padstow 2021.
- SMIT, Gijs/VAN NIEKERK, Bas: The Netherlands: A Dutch initiative for a value chain due diligence, 17 Şubat 2023, <https://sustainablefutures.linklaters.com/post/102i833/the-netherlands-a-dutch-initiative-for-a-value-chain-due-diligence> (Erişim: 01.01.2024).
- SOILIHI, Allison/XAVIER Haranger: “The First French Court Rulings on the Duty of Vigilance”, 5 Mart 2024, https://www.morganlewis.com/pubs/2024/03/the-first-french-court-rulings-on-the-duty-of-vigilance#_ftn19 (Erişim: 05.07.2024).
- SHALL, Alexander/THEUSINGER, Ingo/POUR RAFSENDJANI, Mansur (ed.) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz- Kommentar, Walter de Gruyter, Berlin 2023.
- TARMAN, Zeynep Derya: “İş Dünyası ve İnsan Hakları: Zorunlu İnsan Hakları Durum Tespit Yükümlülükleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71(3), 2022, s.1183-1225.
- Tweede Kamer der Staten-Generaal. “Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen”, 2022, 35761 nr. 9. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/35761> (Erişim: 12.03.2024).
- UN Human Rights Council, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, 2011. HR/PUB/11/04. https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (Erişim: 12.03.2024).
- UN International Law Commission, Draft articles on Diplomatic Protection, 2006. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf (Erişim: 12.03.2024).
- WAAGSTEIN, Patrica Rinwigati: “Justifying Extraterritorial Regulations of Home Country on Business And Human Rights”, Indonesian Journal of International Law, 16 (3), 2019, s.361-390.

- Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz bezüglich Mineralien und Metallen aus Konfliktgebieten und Kinderarbeit (VSoTr), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2021/847/en#fn-d8e28> (Erişim: 03.01.2024).
- WALLACE, Cynthia Day: The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague, 2002.
- WETZEL, Julia Ruth-Maria: Human Rights in Transnational Business Translating Human Rights Obligations into Compliance Procedures, Springer, Berlin 2016.
- YÜCEL DERİCİLER, Özge: Uluslararası Esnek Hukuktan Bağlayıcı Hukuka Şirketler ve İnsan Hakları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2023.
- ZERK, Jennifer A.: “Extraterritorial jurisdiction: lessons for the business and human rights sphere from six regulatory areas.” Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper No. 59. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2010

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Büşra BEYDÜZ ve Bülent ALGAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Büşra BEYDÜZ ve Bülent ALGAN, who are the authors has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadıklarını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declares that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA KİŞİLİK HAKLARININ İNTERNET VE ÖZELLİKLE SOSYAL MEDYA VASITASIYLA İHLALİNDE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ**DETERMINATION OF THE APPLICABLE LAW IN TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE VIOLATION OF PERSONAL RIGHTS THROUGH THE INTERNET AND ESPECIALLY SOCIAL MEDIA**Mehmet ÇOĞALAN*  [10.21492/inuhfd.1462888](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1462888) **Makale Bilgi**Gönderi: 02/04/2024
Kabul : 31/07/2024**Anahtar Kelimeler***İnternet,
Sosyal Medya,
Kişilik Hakkı,
Koruyucu Davalar,
Kararın Yayımlanması,
Uygulanacak Hukuk.***Article Info**Received: 02/04/2024
Accepted: 31/07/2024**Keywords***İnternet,
Social Media,
Personal Right,
Protective Cases,
Publication of Decision,
Applicable Law.***Özet**

İnternet insanlığın gelişimi açısından son yıllarda ortaya çıkan en önemli teknolojidir. Bu kadar önemli bir teknoloji dünyanın her yerinden insanları bir araya getirmekte ve bu iletişim sonucunda da kişilik hakları ihlal edilebilmektedir. İnternet sebebiyle, kişilik haklarının ihlali, farklı milletlerden insanlar arasında oldukça fazla olabilmektedir. Kişilik haklarının ihlali ile birlikte, zarara uğrayan tarafın dava açma hakkı bulunmaktadır. Bu davalar kişilerin taleplerine göre farklı nitelikte olabilmektedir. Bu kişi ihlal gerçekleşmeden önleme davası, ihlal gerçekleşmeye devam ediyorsa saldırıya sonlandırma davası ve fiilin hukuka ayrılığın tespiti davası açabilir. Tüm bu yollarla birlikte hakkı ihlal olan kişi kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ve yayımlanmasını talep edebilir. Yabancı unsurlu ihlallerde ise, hangi hukukun uygulanacağına ilişkin olarak mevzuatımızda düzenlemeler bulunmaktadır. Hukuki meselelere başka bir ülke hukukunun uygulanmasına engel olan kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar da, uygulanması gereken hukukun hâkim tarafından tatbik edilmesine engel olabilecektir. Burada her ülkenin ifade hürriyeti konusunda yaklaşımlarının farklı olması sebebiyle, uygulanma durumları da ülkeden ülkeye farklılık gösterecektir.

Abstract

The Internet is an efficient technology that has emerged in recent years in terms of the development of humanity. Such an important technology brings people together from everywhere in the world, and as a result of this communication, some people's personal rights may be violated. Due to the Internet, violations of personal rights can occur among people of different nationalities. In case of violation of personal rights, the injured party has the right to file a lawsuit. These cases may be of different nature depending on the demands of the individuals. This person may file a lawsuit to prevent the violation before it occurs, a lawsuit to stop the attack if the violation continues, and a lawsuit to determine whether the act is unlawful. In all these ways, a person whose rights have been dishonored may request that the verdict be notified to other parties and published. In case of violations with foreign elements, there are regulations in our legislation regarding which law will be applied. Public order and directly applicable rules that prevent the using of foreign law may prevent the judge from applying the applicable law. Here, since each country has different approaches to freedom of expression, implementation situations will also differ from country to country.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğretim Üyesi, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: ÇOĞALAN, Mehmet, "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Kişilik Haklarının İnternet ve Özellikle Sosyal Medya Vasıtasıyla İhlalinde Uygulanacak Hukukun Tayini", İnÜHFD, 15(2), 2024, s.309-321. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The purpose of our work is to evaluate the code to be applied in violations of personal rights that occur via the internet and contain foreign elements. With the increase in internet use in recent years, insults or defamation acts are now done over the internet instead of traditional media, and these acts can also come from outside the country because of internet. It is likely that the number of defamatory acts or insults containing foreign elements will increase due to the internet. Consequently, the subject of work is an issue that is likely to come to the agenda both now and in the future.

In our study, internet was examined from a technical and historical perspective, and information was given about development stages of internet and the types of social media. General legal remedies that people who suffer damage as a result of rights violations occurring in these media can apply are explained. These methods may be to prevent, eliminate or detect the current situation, as well as to sue for compensation to compensate for the damage after the event. In the continuation of our work, the issue of applicable law is mentioned. Regarding the applicable legal rules, there are provisions in favor of the injured party. The injured party will choose the one that is in his or her favor among the options presented to him. Finally, our study was completed by talking about public order and directly applied rules, which are situations that prevent the law to be applied.

If we were to briefly explain our work; The internet, which developed with the Cold War period, began to be used in its modern sense in the early 1990s. The period that progressed in the form of web 1.0 until the early 2000s, that is, when only people who opened the website and produced content were active, evolved into a period in which users were active after the 2000s, with the entry of web 2.0 into our lives. This change has introduced the concept of social media into people's lives. With social media, not only website owners but also users have become active, producing and sharing content for their websites. Social media consists of a wide variety of areas, but the most common are social networks.

As the internet brings people together through different means, interpersonal sharing and connections have increased. As a result of this situation, the rate at which people violate each other's rights over the internet has increased rapidly. Because although the increased connection between people brings benefits, it will inevitably cause harm. People may resort to different legal remedies as a result of their rights being violated. They will demand that the violations committed against them be prevented and stopped, and that compensation be given for the damages caused to them.

When it comes to the internet, generally there will be an element of foreign element in disputes. Because the internet is an environment used by people from different nations all over the world and where these people can easily communicate with each other. Since there is an element of foreign element, people need rules to file the above-mentioned cases. Article 35 of the Private International Law and International Procedural Law contains provisions regarding the law to be applied in violation of personal rights over internet. According to the mentioned article:

“In case of violation of personal rights via the internet, according to the choice made by the person who is harmed as a result of the violation, if the harmer is in a position to know that harm will occur in the country of the injured party; it may be the habitual residence of the injured party. Another option; Again, depending on the choice of the injured party, the law of that country may be applied wherever the workplace or habitual residence of the injured party is located. Finally, if the injured party chooses, the law of the country where the damage occurred will be applied; in this case, the person who caused the damage must be in a position to know that the damage is likely to occur in this country.”

The person who is aggrieved as a result of the violation of rights will seek his/her rights by applying to the court. If there is a foreign element in the dispute, the judge will determine the applicable law. After the applicable law is determined, consideration should be given to issues such as public order and directly applicable rules. If these issues exist, the judge can change the applicable law.

I. GİRİŞ

Çalışmamızda, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda kişilik haklarının internet ve özellikle sosyal medya vasıtasıyla ihlaliinde uygulanacak hukukun tayini konusu ele alınacaktır. 20. yy. son çeyreğinden günümüze kadar internet insan hayatının neredeyse tüm alanlarında yer almıştır. Sosyal medyanın¹ da dünya çapında son yıllarda oldukça fazla kullanılmasıyla birlikte internet kullanımı ve farklı ülkelerden insanların birbirleriyle iletişimi artmıştır. Farklı ülkelerden kişilerin iletişiminin artması şüphesiz hukuka ilişkin sorunların ortaya çıkmasına neden olmuş ve özellikle milletlerarası özel hukuk alanını ilgilendiren meseleler gündeme gelmiştir.

Yabancılik unsuru içeren ilişki ve olayları inceleyen bir disiplin olarak milletlerarası özel hukuk ile dünyanın her yerinde aktif olarak kullanılan, anonim kullanıcıların son derece fazla olduğu, merkezi kontrol eksikliğinin yaşandığı, coğrafi olarak belirlenebilme durumunun zor olduğu internet teknolojisi bir araya geldiğinde, ortaya çözülmesi zor hukuki problemlerin çıkacağı izahından varestedir.

İnternet vasıtası ile birbirine bağlanan cihazlarla coğrafi uzaklıklar anlamını yitirmektedir, kullanıcıların birbiriyle paylaştıkları ve gördükleri fiziki varlıklar değil, veri şeklinde oluşan karakterlerdir.² İnternet üzerinden fikir ve düşüncelerin basit ve hızlı bir şekilde paylaşılması diğer iletişim araçlarının kullanımını da azaltmıştır. Geleneksel iletişim araçlarında (telefon, faks, televizyon...) kişilerin birbirleriyle bağlantı halinde olması için açık bir şekilde belirli bir emek sarf etmeleri gerekmektedir, örneğin; televizyona yayına çıkmak için programa katılması ve fikirlerini yayması ya da faks için belirli işlemler gerçekleştirmesi. Ancak internet kullanımında kişiler bir fikir veya görüş belirtmek istediklerinde direkt olarak bunu tek tuşla paylaşabilmektedir. Tek bir tuşla diğer tüm insanlarla paylaşılabilen fikirler, bazen başka insanların haklarını ihlal edebilecek nitelikte olabilmektedir. Günümüzde, kişilik haklarının ihlalinin büyük çoğunluğu sosyal medya üzerinden gerçekleşmektedir. Sosyal medya üzerinden kişilerin kendilerini saklayarak anonim bir şekilde fikirlerini beyan etmesi de oldukça kolaydır.

İnternetin merkezi kontrol eksikliği, her yerde olması ve hareketli yapısı, coğrafi belirleyicilerin çevrimiçi kullanımında sınırlı olarak paylaşılması, anonim olma durumu, interneti geleneksel iletişim hallerinden ayırdığı için, milletlerarası özel hukuk bağlamında uygulanacak hukukun tespiti açısından da problemler oluşacaktır. Geleneksel iletişimden farklı olması sebebiyle, oluşacak problemlerin çözümü oldukça kıymetlidir.

Çalışmamızın ilk bölümde internet ile ilgili olarak teknik açıklamalar ve internet kullanımında en fazla yere sahip olan sosyal medya mecraları hakkında bilgiler verilecektir. Sosyal medya, özellikle internetin ilk çıktığı zamana, başka bir ifadeyle kullanıcının aktif olması sadece içerik sağlayıcıların aktif olduğu döneme nazaran, kullanıcı odaklı bir internet ortamı sunmuştur. Bu sebeple, bireysel kullanıcılar interneti daha aktif ve sürekli olarak kullanmıştır. Geleneksel medyadan oldukça farklı olması sebebiyle internet kavramını açıklamak, gerek anonim olma gerekse evrensel ve her yerde olması açısından oldukça zordur. Bu sebeple bu bölümde internet kavramının Milletlerarası Özel Hukuk bağlamında değerlendirilmesine de yer verilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, kişi ve kişilik hakları ile ilgili olarak çalışma kapsamında bilgi verilecektir. Kişi ve kişilik haklarının ihlali halinde, Türk Hukukunda başvurulacak yollar, Türk Medeni Kanunu (TMK) kapsamında değerlendirilecektir. Kişilik haklarının internet yolu ile ihlali halinde daha hızlı ve etkin tedbirler almak amacıyla farklı başvuru yolları da bulunmaktadır ancak çalışma kapsamında sadece TMK hükümleri incelenecektir. Çalışmamızın son bölümünde kişilik haklarının internet vasıtasıyla ihlali halinde uygulanacak konusuna yer verilecektir. Uygulanacak hukuk konusunu incelenirken başka bir ülke hukukunun doğrudan uygulanmasını engelleyen haller diğer bir deyişle kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kurallar incelenecek ve son olarak sonuç ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

II. İNTERNET

İnternet kavramını tanımlamak oldukça güçtür. Öğretide ve yargı kararlarında internetin birbirinden farklı tanımlamaları mevcuttur. Türk Dil Kurumu tarafından genel ağ³ olarak ifade edilen internet, dünyadaki tüm bilgisayarların birbirleriyle iletişime geçmesini sağlayan sistemdir. Bir tanımda ise;

“İnternet, tüm dünya üzerinde sayısız yerel ve bölgesel, kamusal ve özel iletişim ağını birbirine bağlayan, kişilerin ve kurumların bu ağ üzerinden iletişim, veri paylaşımı ve etkileşim sağlayabildiği uluslararası bilişim ağıdır”⁴.

Yargıtay’a göre; “İnternet, birden fazla haberleşme ağının (network) bilgisayarlar aracılığıyla meydana getirdikleri bir iletişim ortamıdır”⁵.

Çalışmamız özelinde, tüm bu tanımlardan anlaşılması gereken temel nokta, internetin; insanları, bilgisayar ya da internet erişimine uygun diğer teknolojik aletlerle birbirine hızlı bir şekilde bağlayan bir teknolojik yapı olduğudur. Farklı ülkelerdeki insanların birbirleriyle internet yoluyla iletişime geçmesiyle, çatışmaların meydana gelmesi kaçınılmaz bir durum olacağından, milletlerarası özel hukuku ilgilendiren meselelerin ortaya çıkma ihtimalide oldukça fazla olacaktır.

¹ Sosyal Medya: Genel ağda oluşturulan sosyal ağlar üzerinden kullanıcılar arasında görsel ve işitsel malzeme paylaşımını, bilgi aktarımını, haberleşmeyi sağlayan iletişim ortamı. TDK Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim: 21.08.2023).

² ÖZEL, Salih: “İnternet Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 24(1-2), 2004, s.610.

³ TDK Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim: 21.08.2023).

⁴ EKİCİ, Şerafettin: Bilişim ve Teknoloji Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.56.

⁵ YHGK., 16.01.2013, E.2012/659, K.2013/71.

A. İnternetin Günümüzde Kullanım Şekilleri ve Beklenen Gelişmeler

İnternet, çeşitli evrelerden geçerek günümüzde kullandığımız teknolojiye erişmiş ve ileride de geçireceği evrelerle daha farklı bir teknolojiye erişecektir. İnternet literatürde, teknolojik aletlerin gelişmesi ve kullanıcı etkileşimi dikkate alınarak Web 1.0, web 2.0, web 3.0 ve web 4.0 şeklinde dört farklı evreye ayrılmıştır⁶.

Web 1.0, günümüzde kullandığımız şekilde internetin ilk çıktığı zamanla, web 2.0'in başlangıç zamanına kadar olan süreyi kapsamaktadır. 1990 senesinde, Tim Berners-Lee ilk web sitesini açmıştır⁷. İlk web siteleri yani web 1.0 teknolojisi, bilgiyi sunma amaçlı olarak oluşturulmuştu bu sebeple web sitelerinin kontrolü kullanıcılarda değil tamamen teknolojiyi oluşturanlardaydı, kullanıcılar sadece görebilecekleri ve okuyabilecekleri bir içeriğe ulaşabiliyorlardı⁸. İlk web sitelerinde, günümüzde olduğu gibi kullanıcılar, aktif olarak katılım sağlayamamaktaydı, bu sebeple kullanıcılar arasında bir ihtilaf çıkma ihtimali de düşüktü, bunu yerine internet sitesini kuran kişi içeriği oluşturduğu için, bu kişinin ihtilaf çıkması halinde taraf olma durumu daha fazla ihtimal dâhilindeydi.

Web2.0 kavramı, yaygın olmadan önce ilk Tim O'Rilley tarafından dile getirilmiş, internet ağının kolaylarını ve etkilerini, daha fazla insanın kullanması için uygulamalar oluşturmak amacıyla gelişen bir işletme devrimi olarak anlatmıştır⁹. Web 2.0 ile birlikte, web sitelerini kuran ve onlara içerik üretenler yerine web sitelerini kullananlar daha aktif hale gelmiştir. Web 2.0 teknolojisinin en büyük örneği sosyal medyalardır. Günümüzde, sosyal medya internet kullanıcılarının birbiriyle en çok iletişime geçerek ve bunun doğal bir doğal sonucu olarak en çok kişilik haklarının ihlal edildiği platformlar haline gelmişlerdir.

2016 yılında ortaya çıkan ve sistemin idaresini kullanıcıların yürütmeye başladığı Web 3.0, makinelerin ve kullanıcıların birbirleriyle anlaşarak etkileşim halinde olduğu teknolojiyi ifade etmektedir¹⁰. Bu sistemle birlikte, internet kullanımında, kişiye özel sonuçlar ve çıktılar makine tarafından kullanıcıya iletilmektedir. Kullanıcı kendine özel olarak talep ettiği bir bilgiyi, makine, kullanıcıdan daha öncesinde elde ettiği verilerle harmanlayarak, talebe özel bir çıktı sunmaktadır.

İlk defa 2011 senesinde Almanya'da dile getirilen endüstri 4.0 kavramıyla ilişkilendirilen Web4.0 kavramı ile kurulacak akıllı fabrikaların içeriğindeki makinelerin birbirleriyle iletişimi web ortamında analiz edilebilecektir¹¹. Sadece fabrikalarda da değil insanların günlük yaşamında da etkili olacak olan web 4.0, makinalarla insanların bir takım çalışması gibi karşılıklı etkileşimde bulundurarak, insanların yaşamını da kolaylaştıracaktır.

B. Sosyal Medya

Sosyal medya platformları bir önceki başlıkta belirtildiği üzere, internet kullanıcıların, içerik üretme ve etkileşimde bulunma konularında aktif olması yani web 2.0'in internet kullanımında aktifleşmesi ile hayatımıza girmiştir. Sosyal medyanın, farklı yönlerini öne çıkaran birçok tanımı mevcuttur. Sosyal medyada bulunması gereken niteliklere dikkat çeken bir tanıma göre;

"İnternet (web 2.0) tabanlı bir dijital mecranın (platformun) sosyal medya kavramı içerisinde nitelendirilebilmesi, anılan mecranın belirli şartları taşıyan herkesçe genel olarak erişilebilir olmasına, kullanıcılar arasında interaktif paylaşımı/etkileşimi desteklemesine ve özel yahut genel iletişime imkân sağlanmasına bağlıdır"¹².

Sosyal medyanın insanlar arası iletişim yönüne vurgu yapan bir açıklamada ise ;

"Özellikle web 2.0 temel kavramının oluşturulması ile gelişim gösteren sosyal medya anlayışı, bu özelliği itibarı ile sosyal medyanın bileşenleri arasında halk, kitle veya toplum ile birlikte iş birliği kavramları gelmektedir. Bu bakımdan internet sayfalarının sosyal medya özelliğinde tasarlanabilmesi için toplulukların işbirliklerine imkân veren nitelikte olmaları gerekmektedir"¹³.

Sosyal medyanın web 2.0 tabanlı olmasını temel alarak yapılan bir tanımlamada ise;

"sosyal medya web 2.0 sisteminin, ideolojik ve teknolojik temelleri üzerinde inşa edilen ve kullanıcı tarafından meydana getirilecek içeriğin oluşturulması ve paylaşılmasına imkân tanıyan internet destekli uygulamaların tümüdür"¹⁴.

Görüldüğü üzere sosyal medya kavramını farklı açılardan ele alan tanımlar bulunmaktadır. Sosyal medyayı tüm açılardan değerlendirip bir tanımlama yapmak gerekirse; sosyal medya, insanların internet teknoloji vasıtasıyla çeşitli uygulamalar kullanarak, dünyanın farklı yerlerinden birbirleriyle etkileşim halinde bulunarak içerik oluşturup, bu içerikleri paylaştıkları platformları ifade etmektedir.

⁶ Web 1.0, 2.0, 3.0 ve 4.0'ın Tarihi (Ö. YILMAZ, Çev.), Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 8(2), 2021, s.351-359.

⁷ KAPAN, Kaan/ÜNCEL, Rumeysa: "Gelişen Web Teknolojilerinin (Web 1.0- Web 2.0- Web 3.0) Türkiye Turizmine Etkisi". Safran Kültür Ve Turizm Araştırmaları Dergisi, 3(3), 2020, s.276-289.

⁸ ÖZDEN, Tuğba Aybüke: "1.0'dan 5.0'a Dünya: Web, Pazarlama, Endüstri Ve Toplum", Journal of Business in the Digital Age, 5(1), 2022, s.30.

⁹ O'REILLY, T.: "What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software", 2005, <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>, (Erişim: 21.08.2023).

¹⁰ ÖZDEN, 31.

¹¹ ERSÖZ, B: "Yeni Nesil Web paradigması: Web 4.0", Bilgisayar Bilimleri ve Teknoloji Dergisi, 1(2), 2020, s.61.

¹² KAYA, s.6-7; AKKURT, Sinan Sami: Sosyal Medyada gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.102.

¹³ YEGEN, Ceren: "Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya", Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 1(2), 2013, s.122.

¹⁴ KAPLAN, Andreas/HAENLEİN Michael, "Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media", Business Horizons, 53(1), 2010, s.61.

1. Sosyal Medyanın Tarihsel Gelişimi

Sosyal medyanın tarihte ortaya çıkan ilk örneği, “plato” uygulaması olup 1963 yılında üretilmiş ve 1973 yılında gelişmelerle birlikte “term-talk” adını almıştır, bu uygulama ile dosyaların iş arkadaşları veya sınıf arkadaşları gibi belirli bir grupta paylaşılması sağlanmıştır¹⁵.

Günümüzde kullandığımız anlamda ilk sosyal medya siteleri, 1994 yılında GeoCities ile ortaya çıkmıştır, bunu 1995 yılında Classmates, 1997 yılında ise Six Degrees takip etmiştir.¹⁶ Mac OS ve Windows gibi grafiksel kullanıcı ara yüzüne sahip teknolojilerin ortaya çıkması ile birlikte sosyal medya platformlarının daha fazla ve etkin bir biçimde gelişip kullanıcılarla buluşmasının önü açılmıştır, bu dönemde 1999 senesinde LiveJournal, 2001 yılında Wikipedia, 2004’te Facebook, 2005’te Youtube, 2006’da da Twitter piyasaya sunulmuştur¹⁷.

2. Sosyal Medya Platformları

Sosyal medya platformları, dünya çapında çok fazla kullanıcıya ulaşmış büyük kuruluşlardan oluştuğu gibi küçük ve kendi çapında alt gruplardan da oluşabilmektedir.¹⁸ Sosyal medyayı, sosyal medya ağları, sosyal ağlar, fotoğraf, ses video paylaşım siteleri, bloglar, mikro bloglar, wikiler, sosyal işaretleme siteleri, sanal oyun-sanal gerçeklik platformlar, elektronik posta grupları kurumsal internet ve ekstra net gibi alt gruplara ayırabiliriz¹⁹.

Bahsi geçen sosyal medya platformlarından, dünyanın farklı bölgelerinde en çok kullanılan ve çalışmamız açısından önemli olanları inceleyecek olursak, sosyal ağlar bunların en başında gelmektedir. “Sosyal ağ, bireyler arasındaki kişisel veya profesyonel ilişkilerin oluşturduğu ağıdır”²⁰. Sosyal ağlar, birçok farklı bölgeden, birbirinden farklı insanların birbirlerine ulaşmasını ve karşılıklı paylaşım yapmasını sağlamaktadır. Kullanıcı olarak katılım genel manada herkese açık ve ücretsizdir, bu mecralarda genel olarak paylaşım ve iletişim öne çıksa da, paylaşımın kısıtı ve özellikleri her ağda farklılık arz edebilmektedir²¹.

III. KİŞİLİK HAKLARI

A. Genel Olarak Kişi ve Kişilik Hakları

Günümüz hukuk sistemlerinde ‘kişi’ kavramı hak sahibi olmaya ve borç altına girmeye ehil hukuk sükeleri olarak tanımlanmaktadır²². Kişilik hakkı en temel anlamıyla, mevcut hukuk düzeniyle koruma altına alınmış olan kişisel değerler şeklinde tanımlanmaktadır²³. Kişilik hakkı bir taraftan da kişileri üçüncü kişilerden koruyarak onlara bir savunma mekanizması da oluşturmaktadır²⁴. Kişilik haklarının tek tek sayılması ve sınırlandırılması oldukça güçtür. Çünkü kişilik hakları daima esnek, değişken ve dinamik yapıdadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da “şahsiyeti oluşturan unsurların teker teker sayılması mümkün değildir. Zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurlar nazara alınmaktadır”²⁵ ifadeleriyle bu durum açıkça belirtilmektedir.

B. Kişilik Haklarının İhlali Durumunda Başvurulacak Yollar

Kişinin, kişilik haklarının ihlal edilmesinin sonuçlarına ilişkin olarak TMK ve TBK’da paralel düzenlemeler bulunmaktadır. TMK maddeleri 23,24 ve 25’e paralel olarak TBK maddesi 75’te de benzer düzenleme mevcuttur. Söz konusu iki kanunda da bulunan hükümler, kişilere genel anlamda bir koruma sunmaktadır. Bahsi geçen iki kanunun yanında kısaca 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun”dan (İnternet Kanunu) da söz edilmesi elzemdir. Bahsi geçen kanun, internet ortamında yapılmış olan yayınlara karşı daha hızlı ve pratik çözüm yöntemleri sunmakla birlikte, ispat kurumu açısından genel yollara nazaran daha esnek bir yaklaşımda bulunmaktadır. Bu sebeple 5651 sayılı kanunla yapılacak başvurularda daha hızlı sonuçlar alınabileceği de izahtan varestedir. Ancak, mevcut çalışmamız kapasimda sadece TMK m.25/1’de yer verilen davaları inceleyeceğiz.

1. Önleme Davası

Önleme davası; gelecekte olması muhtemel saldırıyı engellemeye yönelik kullanılacak bir yöntemdir. Bu davada önemli olan husus saldırının sonucu değil, saldırı fiilinin kendisidir²⁶. Meydana gelen

¹⁵ AKKURT, s.101.

¹⁶ AKKURT, s.101.

¹⁷ AKKURT, s.102.

¹⁸ Facebook, Twitter, Instagram gibi uygulamalar olması rağmen, benzer özelliklere ancak farklı amaçlara sahip daha az kullanıcıya sahip uygulamalarda mevcuttur.

¹⁹ Sosyal medya sınıflandırmalarına ve alt gruplarına ait daha fazla bilgi için bkz. DAL, Nil Esra/DAL, Veysel, “Kişilik Özellikleri Ve Sosyal Ağ Sitesi Kullanım Alışkanlıkları: Üniversite Öğrencileri Üzerine Bir Araştırma”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 6(11), 2014, s.144-162. AKKURT, s.106-113.

²⁰ DAL/DAL, s.147.

²¹ AKKURT, s.106.

²² OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Geçek ve Tüzel Kişiler), 20. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2021, s.2.

²³ ZEVKLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981, s.263.

²⁴ ŞAHANKAYA, Sarp: “Karalama Fiilinin Kişilik Hakkının İhlali Kapsamında Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2023, s.526- 541.

²⁵ Yargıtay HGK., 27.06.2012, E.2012/4-179, K.2012/412. <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=35841> (Erişim: 12.01.2024).

²⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.325.

saldırının önleneyecek olması, daha sonradan açılabilir olan davalardan daha elverişli olacaktır²⁷. Zarar tehlikesinin olması, önleme davasının açılabilmesi için elzemdir²⁸. Bahsi geçen davada kusur ve zararın mevcudiyeti değil, saldırının hukuka aykırılığıyla birlikte yakın ve ciddi olması önemlidir. Böyle bir durumun mevcudiyetini dava dilekçesindeki hususlara göre mahkeme belirlemektedir²⁹. Önleme davasının neticesinde verilecek olan karar yapmama emrini hükmedeceğinden, eda davası şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁰. Verilen karar hükmünde, kaçınılması gereken fiil, açık ve detaylıca gösterilmelidir.

Kişilik haklarına dönük hukuka aykırı saldırı tehdidinin mevcudiyeti ya da hazırlık fiillerinin gerçekleştirilme olasılığı önleme davasının açılması için gereklidir³¹. Ayrıca, önleme davasını açan taraf tüm bu iddiaları ispatlamakla mükelleftir. Bu davanın mahkemece kabulü için, rıza, kamu yararı ve hukuka uygunluk gibi sebeplerin de bulunmaması gerekir³². Kişilik haklarının ihlal edileceğinin, örneğin bir kişi hakkında yapmadığı bir şeyi yapmış gibi göstermek amacıyla bir iftiranın atılacağı tehlikesinin ortaya çıktığı anda bu davaya başvurulacaktır. Eğer kişi hakkında iftira atılacağına dair güçlü ve inandırıcı deliller mevcutsa, ihlal gerçekleşmeden önlem alınacaktır, örneğin bir sosyal medya hesabına erişim engellenecektir.

2. Son Verme Davası

Kişilik hakkı ihlal edilen taraf, mahkemenin, devam etmekte olan saldırıya son vermesini talep edebilir³³. Mevcut saldırıya son verilmesi için açılan dava, kişilik haklarını ihlal eden fiilin başladığını ve ihlalin devam ettiğini göstermektedir. Son verme davasında amaç devam eden durumu sonlandırmaktır, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin durumunu önceki hale getirmek değildir³⁴. Burada önemli olan saldırının devam etmekte olduğudur, saldırı meydana gelmemişse bir önceki başlıkta bahsettiğimiz önleme davası gündeme gelecektir. Bu davanın amacı, hukuka aykırı olan durumu ortadan kaldırarak, geçmiş yerine geleceğe yönelik bir yaptırımın ortaya çıkmasını sağlar³⁵. Tek bir hareketle ortaya çıkan ve biten fiillerde söz konusu davanın makul olmayacağı görülmektedir³⁶. Devamlılık içeren fiiller, devam eden saldırıya son verme davası açısından önem arz etmektedir. Devamlılık içeren fiillerden anlaşılması gereken durum, maddi âlemde bu saldırının devam etmekte olmasıdır³⁷. Saldırı devam ettikçe, önleme davası herhangi bir süreye tabi olmaksızın açılabilir³⁸. Tek bir fiile meydana gelen saldırılarda örneğin hakarete devamlılık esas değildir, fiil gerçekleşmiş ve bitmiştir bu sebeple bir sonraki başlıkta anlatacağımız hukuka aykırılığın tespiti davası ortaya çıkacaktır. Son verme davasında amaç devam eden durumu sonlandırmaktır, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin durumunu önceki hale getirmek değildir.

İnternette gerçekleşen saldırılara baktığımızda, bir haber sitesinde veya sosyal medya mecrasında saldırı, yapılan haber veya yazılan bir yazı o mecrada sürekli durduğu için daima başkaları tarafından kolaylıkla ulaşılabilir. Özellikle bir haber sitesinde yapılan yayın, başka sitelerce alınıp haber yapıldıkça bu durum daha da yayılmaktadır. İlk olarak tek bir sitede görülen haber veya yayın, çok kısa bir süre geçmesiyle birçok farklı sitede ulaşılabilir bir noktaya gelmektedir. Böyle bir durumda maddi dünyada devam eden haber, yayın ve yazıların silinmesi gibi mahkeme tarafından verilecek yaptırımlar uygulanabilecektir.

Devam eden saldırıya son verme davası karar hükmü, davalı tarafa hukuka aykırı saldırının son verilmesine yönelik emir içermektedir. Genel anlamda bu hüküm, içeriğin kaldırılması olmaktadır. Karada, sosyal mecralarda bulunan içeriklerin silinmesi, kitapların veya afişlerin kaldırılması şeklinde olabilmektedir³⁹.

3. Meydana Gelen Saldırının Hukuka Aykırı Olduğunun Tespiti Davası

TMK madde 25/1 ile birlikte getirilen son dava çeşidi saldırının hukuka aykırılığının tespit edilmesi davasıdır. Bahse konu davada, kanun maddesinde belirtildiği şekilde “sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti” davacı hâkimden isteyebilir. Hukuka aykırılığın tespiti davasında, hukuka aykırı fiilin devam etmiyor olması önemlidir, ayrıca bu dava, diğer davalardan farklı olarak bir tespit davasıdır.

TBK m.58 uyarınca tazminat talep edilmesi halinde, TMK m.25/1’e gidilmesine gerek kalmayacaktır, manevi tazminat hükmü halihazırda bir hukuka aykırılık tespiti de içerecektir⁴⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m.106/2’ye göre; “Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu

²⁷ ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin, Ankara 2009, s.189.

²⁸ AYAN, Mehmet/AYAN, Nürşen: Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.138

²⁹ AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C.1, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, 2022, s.397.

³⁰ DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 22.Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s.156.

³¹ KILIÇOĞLU, s.329.

³² AKKURT, s.385.

³³ DOĞAN, Murat: “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.U57 Sayılı Kararı Çerçevesinde)”, AÜEHFD, 7(2), 2003, s.392-393.

³⁴ SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk – Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 8. Bası, Onikilevha, 2018, s.95-96.

³⁵ KILIÇOĞLU, s.335-337.

³⁶ DOĞAN, s.392-393; KILIÇOĞLU, s.338.

³⁷ ŞAHANKAYA, s.538.

³⁸ AKKURT, 386.

³⁹ DOĞAN, s.396.

⁴⁰ AKKURT, s.390.

davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır”. Böylece eda davasının açılmaması durumunda, tespit davası için hukuki menfaat bulunmayacağı açıktır⁴¹.

Mevcut dava, meydana gelmiş ve sonuçlanmış olan bir saldırının hukuka aykırılığını tespit etmeye yöneliktir. İnternet üzerinden yapılan hukuka aykırı saldırılar, genel anlamda sosyal medya platformlarından gerçekleştiği için burada meydana gelen saldırı aslında devam etmektedir. Ancak, internet üzerinden yapılan bir canlı yayında, bir kişinin, kişilik haklarını zedeleyecek bir hakarete bulunulmasında fiil gerçekleşmiş ve tamamlanmış olur. Bu sebeple canlı yayında yapılan saldırının hukuka aykırılığı tespit edilebilecektir. Mahkeme re’sen karar veremeyeceğinden, verilecek olan kararın yayımlanabilmesi için bunun ayrıca hâkime bildirilmesi şarttır⁴². Kararın yayımlanması için hüküm kurulduysa ve davalı bu hükmü yerine getirmediyse, hapisle tazyiki mümkündür⁴³.

4. Düzeltme veya Kararın Üçüncü Kişilere Bildirilmesi

İnternet vasıtasıyla kişilik hakkı ihlal edildiğinde, bu ihlal, yayını dinleyen ya da internet mecrasındaki yazıyı okuyan kişiler üzerinde belli bir etki bırakmaktadır. Her ne kadar yukarıda bahsettiğimiz üzere, bazı başvuru yolları ile yayınların engellenmesi, mevcut yayımların kaldırılması sağlanabilse de, insanlar üzerindeki etkisi kısacası zarara uğrayan kişi hakkında diğer insanlar nezdinde oluşan itibar zedelenmesinin tam anlamıyla düzelmesi mümkün olmayacaktır. TMK m.25/2 ile kişilere, bahsi geçen durumlar için bildirim ve yayımlama olanağı getirilmiştir. Kararın yayımlanması ve üçüncü kişilere bildirilmesi hükmü, zarar ve kusur şartının yokluğu sebebiyle kendine has bir eda hükmü niteliğinde değerlendirilmesi gerekebilmektedir⁴⁴.

Anayasa m.32’de kişilere cevap hakkı verilmiştir. TMK m.25/2’ye göre ise; “Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir”. Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanununda, Anayasa ile uyumlu olarak bir düzenleme mevcuttur. TMK m.25/2 hükmünde ‘bunlarla birlikte’ kısmı dikkate alındığında söz konusu bildirim ve yayımlama olanağının, bahsi geçen diğer davalardan farklı bir dava olmadığı, diğer davalarla kullanılabilecek bir imkân olduğu sonucuna varılabilecektir. Her ne kadar önleme davası açısından uygulaması zor olsa da, devam eden saldırıya son verme ve saldırının tespiti davaları arasında bu yöntem daha uygun olacaktır⁴⁵. Ayrıca bu fıkradan anlaşılacağı üzere, hükmün uygulanması için dava tarafının hâkimden talepte bulunması gerekecektir, hâkim talep olmaması halinde bu yönde bir karar veremeyecektir.

Kararın üçüncü kişilere bildirim veya yayımı için mahkeme hükmü yazılırken, detaylı ve yoruma gerek bırakmayacak şekilde olmalıdır. Talep sonucunda karar verildiğinde, yayının gerçekleşme usulü, nasıl olacağı konusu ve zamanı gibi hususlar belirlenmelidir⁴⁶. Söz konusu davada, yayımlanacak metnin davayı açan tarafça hazırlanabilmesi imkânı mevcuttur ve hâkim tarafından direkt olarak hazırlanan bu metnin yayımlanmasına da karar verilebilir⁴⁷.

İnternet vasıtası ile yapılan kişilik haklarının ihlali, hangi platform üzerinden gerçekleşmişse, yine o platformdan bildirim ve yayının yapılması uygun olacaktır. Eğer yapılan ihlal, sosyal medya platformunda bir yazı ile gerçekleştiyse, aynı şekilde düzeltme yapılmalı, eğer bir video platformunda canlı yayın ile yapıldıysa, yine canlı yayınlı düzeltme yapılmalıdır. Bu konuda kanunda bir sınırlama bulunmamaktadır.

Kişilik haklarının ihlali sonrası, üzerinden uzun süre geçmesi durumunda, yapılan ihlalin toplum ve kişinin çevresindeki insanlar tarafından unutulmuş olma ihtimali sebebiyle, düzeltmenin yayımlanmasının gerekli olup olmadığı hususu değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Böyle bir durumda, hâkimin taleple bağlı olmadığı, davacının böyle bir yayım halinde bundan yararının olup olmayacağını değerlendirmesi gerekmektedir⁴⁸.

IV. İNTERNET YOLUYLA KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ HALİNDE UYGULANACAK HUKUK

A. Genel Olarak

Bir hukuki ilişki veya olayın, birden çok ülkenin özel hukuk kuralları ile bağlantısının bulunması, milletlerarası özel hukuk ile ilgili sorunları ortaya çıkartır⁴⁹. Kanunlar ihtilafının ana temellerini bağlama konusu ve bağlama noktaları oluşturmaktadır. Bağlama konuları ve bağlama noktaları kavramlarıyla kanunlar ihtilafı hukukunu işletmek, internet gibi küresel çapta sınırlar olmadan hareket edebilen bir teknoloji açısından oldukça güç olabilecektir. Sosyal medya üzerinden yazılacak bir yazıda veya video platformlarından paylaşılan canlı yayınlarda bir hakaretin olması fiziki dünyada da sonuçlarını doğuracaktır. Bir ülkede internet vasıtasıyla yazılan bir yazının içeriği veya yapılan bir canlı yayının konusu, farklı bir ülkedeki kişi ya da kişileri çok çeşitli şekilde etkileyip zarar verebilecektir. Bilindiği üzere devletlerarasında,

⁴¹ KILIÇOĞLU, s.320; HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar (MK.md.24/a fıkra I / İMK md.28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001, s.133-134.

⁴² DURAL/ÖĞÜZ, s.157.

⁴³ OĞUZMAN/ELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.260.

⁴⁴ AKKURT, s.426.

⁴⁵ USTA, Oğuz.: Kişilik Hakları Bağlamında Unutulma Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022, s.199.

⁴⁶ SERDAR, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması. Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s.264; KILIÇOĞLU, s.349, DURAL/ÖĞÜZ, s.157.

⁴⁷ KILIÇOĞLU, s.348-349.

⁴⁸ KILIÇOĞLU, s.349.

⁴⁹ NÖMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayım, İstanbul 2017, s.5.

ifade hürriyeti ve kişilik hakları çatışması açısından farkı yaklaşımlar bulunmaktadır. Devletlerin bu konuda farklı yaklaşımları sebebiyle, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar doğması da muhtemeldir.

B. Vasıflandırma

Vasıflandırma hususunu incelemeye başlamadan önce, kısa olarak bağlama kuralının yapısını izah etmek yerinde olacaktır. Genel olarak her hukuk kuralında bulunan konu sebep ve emir unsurları bağlama kuralında da bulunmaktadır, bağlama kuralları, bağlama konusu, bağlama sebebi veya noktası, bağlanan hukuk olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Vasıflandırma açısından önemli olan bağlama konusu ise; farklı hukuki fiil, olay, işlem ve ilişkileri ifade eden soyut hukuk kategorilerine verilen isimdir. En kısa tabirle bir olay ve ilişkinin hukuki karakterinden bağlama konusu anlaşılırken, "...bağlama konusunun belli bir hukuk nizamına tabi tutulmasında nazara alınan vakıa..." ise bağlama noktasıdır. İhtilaflara uygulanacak olan yetkili hukuk belirlenirken, farklı hukuk kavramları kullanılmaktadır. Bağlama konusu açısından önemli olan bu kavramların hukuki karakterleri bilinmeden uygulanacak hukukun tespiti güçtür. Vasıflandırma açısından önemli olan mesele bağlama konusudur.

Yabancılık unsuru içeren uyumsuzluk konusu önüne gelen hâkimin ilk inceleyeceği konulardan biri vasıflandırma hususudur. Vasıflandırma hususu Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) yer almamaktadır. Vasıflandırmayı kısa bir şekilde açıklamak gerekirse; bir hukuki müessesenin hukuki karakterini belirten bir kavram olduğunu söyleyebiliriz. Yabancılık unsuru içeren uyumsuzluklarda vasıflandırma için ana amaç bağlama kuralını ortaya çıkarmaktır. Vasıflandırma sorunu incelenirken farklı durumlar ortaya çıkabilir. Bunlardan biri; bir hukuki ilişki ya da vakıanın ayrı ayrı hukuk düzenleri tarafından farklı bir şekilde vasıflandırılmasıdır. Bu meseleyi açıklamak gerekirse;

"yabancılık unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun, o hukuki olay ve ilişkiye ve bu ilişkileri düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanınmış olmasından doğan ihtilaflardır."

Bir diğeri ise; bağlama noktalarının, birbirinden farklı hukuk nizamlarında, farklı bir şekilde tanımlanmasıdır. Vatandaşlık, zararın meydana geldiği yer ya da ikametgâh gibi kavramlara yüklenen anlamlar ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilecektir. İkametgâh kavramının Türk Hukukunda ve İngiliz Hukukunda farklı olarak nitelendirilmesi bu duruma örnek verilebilir. Vasıflandırmaya ilişkin başka bir problem ise; yetkili kılınan kuralın esasa mı yoksa usule mi ilişkin olduğudur, örneğin; zamanaşımı hususu Türk hukukuna göre esas ile ilgiliyken İngiliz hukukuna göre usul ile ilgilidir.

Vasıflandırma ile ilgili olarak, hâkimin hukukuna (lex fori), hüküm statüsüne (lex causae), mukayeseli hukuka göre ve kademeli ve milletler arası özel hukuk bakımından vasıflandırma olmak üzere beş temel çözüm önerisi ileri sürülmektedir. Ancak yaygın kanaat hâkimin bu meseleyi lex fori'ye göre çözmesidir. Ancak bazı durumlarda, bilhassa irade muhtariyetinde veya lex fori'nin tanımlamadığı hukuki kurumların mevcudiyetinde lex causae yetkili olabilecektir.

Günümüz teknolojisinde, internet üzerinden oldukça fazla kişilik hakkı ihlali gerçekleşmekte ve farklı ülkelerdeki bireyler, birbirleriyle rahatlıkla iletişime geçtiği için bu durum milletlerarası bir durum halini almaktadır, bu sebeple, devletler özel hukuku açısından böyle ihlallerin haksız fiil statüsüne mi yoksa şahsi statüye mi dahil edileceği sorusu önem arz etmektedir. Kişilik hakları ihlallerinde, bir menfaat anlaşmazlığı bulunmakta ve bunun sonucunda bu durumun tazmini ve düzeltilmesi talep edilmektedir, bu durum dahi haksız fiil statüsünde değerlendirme yapılması gerekliliğini göstermektedir. Şahsi statü genel manada bir kişinin hukuki bir düzendeki yerini, ehliyetini statüsünü tespit etmekte kullanılmaktadır, kişilik hakları her ne kadar kişiyle ilgili olsa da şahsi statü olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır.

Kişilik haklarının internet vasıtası ile ihlali halinin Türk hukukunda haksız fiil statüsüne konulduğu açıkça söylenebilecektir. Özel bir haksız fiil türü olarak düzenlenen MÖHUK m.35'in uygulanmaması halinde, yani kişilik haklarının m.35'te belirtilen araçlarla ihlal edilmemesi halinde, haksız fiiller başlığı taşıyan MÖHUK m.34 uygulanacaktır.

C. Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlali Halinde Uygulanacak Hukuk

Teknolojinin gelişmesi ve iletişimin artmasıyla birlikte sanal dünyadaki bilgi akışıyla alakalı ihtilafların tabi olacağı hukuk nizamının belirlenmesi de oldukça zorlaşmıştır⁵⁰. İnternet vasıtası ile kişilik haklarının ihlali çatışması önüne gelen Türk Mahkemelerinin, kanunlar ihtilafı hukukunu uygulamaları için, çatışmada yabancılık unsurunun bulunması gerekir ancak internetin salt uluslararası alanda yaygın işleve sahip olması yabancılık unsuru için yeterli değildir, yabancılık unsurunun somut olayın içerisinde direkt olarak yer alması gerekmektedir⁵¹. Türk milletlerarası özel hukukunda kişilik haklarının internet ve özellikle sosyal medya vasıtasıyla ihlaliinde uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınması gereken maddeler MÖHUK m.34 ve m.35'tir. Kişilik hakkının ihlalinin ne şekilde meydana geldiği madde tayininde önem arz etmektedir. MÖHUK m.35'te kişilik haklarının internet yolu ile ihlali halinde uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Maddenin başlığı kişilik haklarının ihlaliinde sorumluluk şeklindedir ancak, maddenin birinci fıkrasında "Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim

⁵⁰ AKİPEK, Şebnem/DARDAĞAN, Esra: "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk". Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 50(3), 2001, s.115-139.

⁵¹ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: "İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22(2), 2011, s.967-998.

araçları ile ihlâlinde...” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Madde 35, kişi haklarının ihlalinin özel bir türü olduğundan, madde de belirtilen durumların dışında gerçekleşen hallerde m.34 uygulama alanı bulacaktır⁵². Diğer bir ifadeyle, madde 35/1’de belirtilen bir yol dışında, kişilik haklarının ihlalinin söz konusu olması halinde, madde 34’te yer alan haksız fiil hükümleri devreye girebilecektir. MÖHUK m.35’in tatbiki için taraflar arasında sözleşmeye ait bir ilişki bulunmamalı ve kitle iletişim araçları ile ihlal meydana gelmelidir⁵³.

MÖHUK m.35 üç ayrı fıkradan meydana gelmektedir, birinci fıkra ihlalin meydana gelme şekli ile ilgili özel bir düzenleme ortaya koymuş ve zarar görenin seçimine göre uygulanacak hukuk tayininde bulunmuştur. Maddenin ikinci fıkrası, kişilik haklarının ihlali halinde cevap hakkı durumunun hangi ülke hukukuna tabi olduğundan bahsetmektedir. Maddenin üçüncü fıkrası ise; kişisel verilerle ilgili olarak kişilik haklarının ihlali halinde uygulanacak hukukun ne olacağını belirtmiştir.

Kişilik haklarının internet yolu ile ihlalinde uygulanacak hukuk, MÖHUK m.35/1’de zarar görenin seçimine bırakılmıştır. Buna göre ihlale uygulanacak hukuk, seçime göre MÖHUK m.35’te şu şekilde düzenlenmiştir:

- “a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,
- b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya
- c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır”.

Kanun koyucu, zarar görene kendi mutad meskeni hukukunu seçebilme hakkını vermiştir ancak bunu şarta bağlamıştır, bu şart zarar verenin zarar görenin ülkesinde, zararın meydana gelebileceğini bilecek durumda olmasıdır. Burada, sözleşmelerdeki gibi tarafların karşılıklı iradelerinin uyumu gerekliliği gibi bir durum mevcut değildir⁵⁴. Her ne kadar burada bir tercih hakkı bulunsun da, sınırlanmış bir seçimin varlığından söz edilebilecektir. Zarar görenin ülkesinde, internet erişiminin mümkün olmaması veya zararın gerçekleştiği platformun, zarar görenin ülkesinde ulaşılabilir olmaması halinde, zarar gören mutad mesken hukukunu seçemeyecektir. Günümüzde internet üzerinden yapılan ihlaller genel olarak daha önce belirttiğimiz sosyal medya üzerinde yapıldığı için, popüler bir sosyal medya hesabı üzerinden hakaret veya karalama fiili işleyen birinin, bu fiilin dünyanın neredeyse her noktasında görülebileceğinin bilincinde olacaktır. Ayrıca özel olarak biri hedef alınarak yapılan hakaret veya karalama fiillerinde, haksız fiili işleyen, bu fiilin zarar görenin mutad meskeninde meydana gelmesini öngörebileceğinin kabulü gerekir⁵⁵.

Zarar gören, zarar verenin işyeri veya mutad mesken hukukunu, öngörebilme şartı aranmaksızın seçebilecektir. Söz konusu madde de, İnternet üzerinden yapılacak haksız fiillerde, zarar verenin lehine bir durum oluşabilecektir. Böyle bir durumda yayım yapacak olan kişilerin kendi lehine uygulanacak hukuku belirleme gücü ortaya çıkabilecektir⁵⁶. Çünkü zarar veren, kendi ülkesinde ifade özgürlüğü sınırlarını ve mevcut hukuki düzenin farkında olacaktır ve zarar görenin ülkesindeki mevcut ifade özgürlüğü ve hukuki düzen dikkate alınmayacak ve zarar görenin o ülkedeki itibarının sağlıklı bir değerlendirmeye tabi tutulması da oldukça güç olacaktır. Böyle bir durumda ifade özgürlüğü sınırlarının geniş olduğu ülkelerdeki internet kullanıcıları, hakaret ya da karalama fiillerini işlerken, zarar göreni kişilik haklarının ihlal olma ihtimalini daha az düşüneceklerdir.

Zarar gören, ihlal halinde zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanmasını yine şartlı olarak seçebilecektir. Zarar veren bu zararın, zararın meydana geldiği ülkede oluşacağını öngörebiliyorsa bu seçim mümkün olacaktır. Tatbik edilecek hukuku belirleyen zarar yeri kavramı direkt olarak zarar yerini ifade etmekle, ihlal sonucu oluşan dolaylı zararların meydana geldiği yeri kastetmemektedir⁵⁷. İnternetin, artık neredeyse dünyanın her yerinde kullanılabilir hale gelmesi, bir ülkede internet üzerinden yapılan bir yayımın veya sosyal medya üzerinden paylaşılan bir düşüncenin, dünyadaki neredeyse her yere ve herkese ulaşma ihtimalini arttırmaktadır. Küresel çapta bilinen bir sosyal medya uygulamasında paylaşımda bulunan bir kişi, bu paylaşımın tüm dünyaya yayılacağını bilecektir. Bu durumda zararın dünyanın herhangi bir yerinde meydana geleceğini de göze almıştır. Böyle bir halde, zarar gören, kendi açısından en lehe hükümler olan ülkenin hukukunu rahatlıkla seçebilme ihtimali gündeme gelecektir. Küresel medya kuruluşlarının bu durumu lehe kullanma ihtimalleri yüksektir⁵⁸. Ancak böyle bir durumun hakkaniyet açısından uygunluğu tartışmaya açık bir durumdur. Söz konusu durumda, hâkimin hem zarar gören kişinin bulunduğu yeri, hem en çok zararın görüldüğü ülkeyi, hem zarar veren kişinin bulunduğu ülkeyi dikkate alarak, zarar görenin seçimini de değerlendirerek en sıkı ilişkili hukuku tespit edip takdir yetkisini kullanmalıdır.

MÖHUK m.35’in tatbik edilebilmesi için, taraflar arasındaki çatışmanın bir sözleşme veya sebepsiz zenginleşmeden değil, medya, internet veya diğer kitle iletişim araçları vasıtası ile gerçekleşen haksız fiil sebebiyle meydana gelmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda, sorumluluğun türü, zararın kapsamı, hukuka

⁵² TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2011. s.465.

⁵³ TEKİN, Esra: Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlalinde Sorumluluk, On İki Levha, İstanbul, 2021, s.209.

⁵⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.472.

⁵⁵ NOMER, s.369.

⁵⁶ TEKİN, s.269.

⁵⁷ ÖZEL, Sibel. (2021). Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi. Public and Private International Law Bulletin, 41(2), s.483-515.

⁵⁸ TEKİN, s.282.

uygunluk nedenleri, illiyet, kast ve ihmâl ve ehliyet gibi meseleler haksız fiil statüsü kapsamında olacaktır⁵⁹.

Kişiler ve kurumlar, kendileri hakkında yapılan yanlış ve yanlış haberler için cevap hakkını kullanabileceklerdir. Cevap hakkına ilişkin olarak MÖHUK m.35/2’de şu şekilde bir düzenleme yapılmıştır; “Kişilik haklarının ihlâlinde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayımlandığı ülke hukukuna tâbidir”. Cevap hakkı, basın özgürlüğünün uygun bir şekilde kullanılmaması sebebiyle hakkı ihlal edilen kişilere verilen bir haktır⁶⁰. Burada tayin edilecek hukuk, programın yapıldığı ülke hukukudur ve hakkı ihlal edilen kişiye yayım özgürlüğünün tehlikeye atılmaması amacıyla seçim hakkı sunulmamıştır⁶¹. Cevap hakkına ilişkin olarak MÖHUK 35/2’de, MÖHUK m.35/1’den farklı olarak baskının veya programın yapıldığı ülke hukukundan bahsetmiştir. Fakat bu durum madde içeriğinde belirtildiği gibi süreli yayımlara ilişkin olup interneti kapsamamaktadır. İnternet 35/1’de kitle iletişim aracı olarak ifade edilmiştir. İnternetle ilgili olarak ortada bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Kanaatimizce, MÖHUK’un 2007 yılında yürürlüğe girdiği düşünülünce, o tarihte sosyal medyanın ve internet üzerinden yapılan yayımların yaygın olmaması sebebiyle bu şekilde bir düzenleme ihtiyacı hissedilmemiştir.

MÖHUK m.35’in son fıkrası, “...kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere...” ilişkin maddenin birinci fıkrasının uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre; kişisel verilerin düzenlenmesi, değiştirilmesi, kaydedilmesi gibi durumlar sebebiyle ihlal meydana geldiğinde zarar gören sınırlıda olsa seçim hakkına sahip olacaktır⁶².

D. Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanmaması Halleri

Yabancılık unsuru içeren bir ihtilafta, yabancı hukukun mevcut uyumsuzluğa uygulanmasını engelleyen haller, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

Soyut bir kavram olan kamu düzeni zamana ve mekâna göre değişkenlik gösterebilecektir. Türk hukuku açısından da kamu düzeni kavramını açıklamak oldukça güçtür. Her ne kadar soyut ve açıklanması güç bir kavram olsa da, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kamu düzeni kavramına ilişkin olarak bir tanımlamada bulunmuştur, verilen tanımda kamu düzeni şu şekilde anlatılmıştır;

“O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir”⁶³.

Yabancı unsur barındıran ihtilaflarda hâkim, yabancı hukukun uygulanmasının kendi bulunduğu ülkede adalet anlayışı ile bağdaşmayacak bir sonuç çıkaracağını öngörüyorsa yabancı hukuku uygulamaktan kaçınacaktır⁶⁴. Bu aşamada önemli olan, uygulanacak olan kuralın kendisi değil, kuralın uygulanması sonucunda oluşacak durumun hâkimin ülkesinde kamu düzenine aykırı olacak olmasıdır⁶⁵. MÖHUK m.5’e bakılacak olursa; “Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır” ifadesi geçmektedir. Madde metninden görüleceği üzere kamu düzeni müdahalesinin sadece istisnai hallerde uygulanması uygun görülmüştür⁶⁶.

İnternet vasıtası ile kişilik haklarının ihlali hususunda kamu düzeninin hususunun gündeme geleceği nokta, ifade özgürlüğü ile kişi haklarının korunması arasındaki denge ile alakalı olması muhtemeldir⁶⁷. İfade hürriyeti de kişilik hakları da gerek ulusal gerekse uluslararası mahkemelerde güvence altına alınan haklardandır. Ancak farklı ülkeler bu iki kavramı değerlendirirken farklı sonuçlara ulaşabilecektir. Bir ülkede ifade özgürlüğü kapsamına girecek olan bir davranış, söz veya farklı bir eylem başka bir ülkede bir kişi ya da topluluğun haklarının ihlali anlamına gelebilecektir. Ancak söz konusu farklılıklar, daima kamu düzeni istisnasını gündeme getirmeyi gerektirmeyecektir⁶⁸. İnternet vasıtası ile kişilik haklarının ihlali ile ilgili olarak kamu düzeninin gündeme geleceği bir diğer husus, tazminatın hesaplanması konusunda olabilecektir. Türk hukukunda, tazminat zarar giderici bir kurum olarak hukukumuzda yer aldığından, tazminat bir zenginleşme aracı olarak kabul edilmemektedir. Hukukumuzda cezalandırıcı tazminat müessesesi sadece belli başlı kanunlarda bulunmaktadır. Bazı ülke hukuklarında tazminat müessesesi ülkemizden farklı olarak ortaya çıkabilecektir. Ancak bu farklılık kamu düzeni istisnasını uygulamayı gerektirmeyecektir, bu durumda somut olayın şartları dikkate alınarak bir karara varılması gerekecektir⁶⁹.

Devletin, politik, sosyal ve iktisadi konulara müdahale etme gereğinden dolayı doğrudan uygulanan

⁵⁹ TURHAN, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında İka Yeri Kuralı, Dayınlarlı Yayın, Ankara 1989, s.248-263.

⁶⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s.472.

⁶¹ TEKİNALP, s.367.

⁶² TEKİNALP, s.368.

⁶³ YİBGK., 10.02.2012, E.2010/1, K.2012/1, RG: 20.09.2012-28417.

⁶⁴ DOĞAN, s.255.

⁶⁵ NÖMER, s.162.

⁶⁶ NÖMER, s.158; ŞANLI/ESEN; ATAMAN/FİGANMEŞE, s.75-76.

⁶⁷ TEKİN, s.294.

⁶⁸ TEKİN, s.295.

⁶⁹ TEKİN, s.297.

normlar ortaya çıkmıştır⁷⁰. Devletlerin güçlenmesi ve istikrara kavuşması amacıyla bu tür kurallar ortaya çıkabilmektedir⁷¹. Bu kurallar, koruduğu menfaatler sebebiyle ve devletin organizasyonu ile alakalı olması sebebiyle diğer hukuki kurallardan farklıdır⁷². Doğrudan uygulanan kuralların ana amacından biri de kamu menfaatini korumaktır⁷³. Bu kurallar, uygulanacak hukukun, hâkimin hukukunun veya üçüncü bir ülkenin hukukunun kuralları da olabilecektir⁷⁴. Üçüncü bir ülkenin mevzuatının değerlendirilmesi, her durumda uygulanıp uygulanmayacağı, hangi durumlarda göz önüne alınacağı hususu oldukça önemlidir⁷⁵. Kuralın konuluş amacı, o kuralın doğrudan uygulanabilecek bir kural olup olmayacağını belirleyecek en önemli husustur. Bu kurallar uygulanması gereken hukukun, ihtilafa tatbik edilmesini kısmen veya tamamen engelleyebilecektir.

İnternet vasıtası ile kişilik haklarının ihlali hususunda, doğrudan uygulanan kurallar açısından gündeme gelecek ilk düzenleme 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanundur (5651 sayılı kanun). Bahsi geçen kanun, internet ortamında yapılan bir yayının farklı sebeplerle hukuka aykırı olması nedeniyle, erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması usulleri hakkında düzenleme içermektedir. İçeriğin çıkartılması ve/veya erişimin engellenmesi nedenlerini kanun koyucu dört farklı açıdan düzenlemiştir. Bu düzenlemelerden birincisi, 5651 sayılı kanunun m.8/4'te düzenlenen “İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı” durumunda. İkincisi, m.8/A'da düzenlenen:

“Yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde”.

Üçüncüsü, kişilik haklarının ihlali halinde ve son olarak dördüncüsü özel hayatın gizliliğinin ihlali sebebiyle oluşacak durumlarda. Görüldüğü üzere kişilik haklarının internet ortamındaki bir yayımla ihlal edilmesi halinde erişimin engellenmesi ve/veya içeriğin çıkarılması kararı verilebilecektir. Ancak, 5651 sayılı kanunun 1. Maddesinde baktığımızda

“Bu Kanunun amaç ve kapsamı; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemektir”

şeklinde. Bahsi geçen kanun, internet vasıtası ile kişilik haklarının ihlali sonucunda sorumluluk ve tazminat hususunda değil, yayınlar için sınırlama ve tedbirle alakalı olduğu açıktır. Nitekim 5651 sayılı kanunun 9. Maddesinde internet ortamında yapılan bir yayım sonucu kişilik hakları ihlal edilen kişinin bu yayımla ilgili yaptırım elde edilmesine ilişkin başvuracağı yollar ve başvuru usulünden bahsedilmiştir.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İnsanlığın gelişmesi ve ilerlemesi açısından son yüzyıl içerisinde gerçekleşen en önemli gelişme şüphesiz internettir. Tüm dünyadaki insanların gerçek anlamda birbirine bağlanmasını sağlayan bu teknoloji sayesinde, insanlar arasındaki iletişim ve haberleşme tarihte hiç olmadığı kadar artmış ve gelişmiştir. Çalışmamızın başlangıcında, internet ile ilgili teknik bilgiler verilerek gelişimi anlatılmış ve internetin en çok kullanım alanı olan sosyal medya hakkında bilgiler verilmiştir. İnternet, nispeten yeni ve sürekli gelişime açık bir alan olduğu için, hukuk kurallarının bu gelişmeleri takip etmesi daima zor olmuştur. İnternet ağının var olduğu her yerde, insanların böyle rahatlıkla iletişime geçmesinin, hukuku ilgilendiren meselelere yol açması kaçınılmazdır. Çalışmamızda, bu meselelerden biri olan, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda kişilik haklarının internet ve özellikle sosyal medya vasıtasıyla ihlaliinde uygulanacak hukukun tayini konusu ele alınmıştır.

Günümüzde kişilik haklarının en fazla ihlal edildiği alan internet ortamı ve sosyal medyalardır. Amerika'daki bir kişi interneti kullanarak, Avrupa'da ya da dünyanın farklı bir bölgesinde yaşayan kişinin, kişilik haklarını ihlal edebilecek durumdadır. Yaşadığı ülkenin dışında, farklı bir ülkeden yapılan bir fiil ile kişilik hakkı ihlal edilen kişinin, yargı erkine başvurduğunda, hangi hukuk nizamına tabii olacağı önemli bir sorundur. Dünyada bu konuda bir mevzuat birliği bulunmamaktadır. Bu sebeple her somut olayda, ulusal hukuklardaki kanunlar ihtilafı kuralları devreye girecektir. Ancak bahsedildiği üzere, internetin merkezi olamayan yapısı, her yerde olması, coğrafi sınırlardan bağımsız olması durumu, milletlerarası özel hukuk açısından problemler ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan en önemlisi yabancılik unsurudur. İnternet doğası gereği küresel bir yapı olduğu için, internette yapılan her işlem için yabancılik unsuru vardır demek karmaşıklığa yol açacağından, somut olaylarda internet kullanımını dışında farklı unsurlara bakılması yerinde olacaktır. İnternette bağımsız olarak, kişilik haklarının ihlali hususunda milletlerarası özel hukuk açısından başka bir önemli hususta, kişilik haklarının statüsü ile ilgilidir. Bu tartışmada hukuk nizamlarının çoğunluğu kişilik haklarını haksız fiil statüsünde değerlendirmektedir. Gerçekten de kişilik haklarını, hakkaniyetsiz

⁷⁰ DOĞAN, s.276.

⁷¹ ŞANLI/ESEN; ATAMAN/FİĞANMEŞE, s.314.

⁷² VURAL ÇELENK, Belkis: “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti Ve Uygulanması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, (1), 2017, s.277-296.

⁷³ ERKAN, Mustafa: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2011, s.81-121.

⁷⁴ TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine. Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, (87), 2010, s.195-227.

⁷⁵ TÜYSÜZ, Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (14), 2019, s.463-500.

sonuçlara sebebiyet vermemesi açısından da haksız fiil statüsünde değerlendirmek uygun olacaktır.

Türk Milletlerarası Özel Hukukunda, kişilik haklarının internet ve özellikle sosyal medya vasıtasıyla ihlali halinde MÖHUK m.35 hükmü tatbik edilecektir. Birinci fıkra, zarar görenin seçimine göre uygulanacak hukuk tayininde bulunmuştur. Maddenin ikinci fıkrası, cevap hakkı durumunun hangi ülke hukukuna tabi olduğundan bahsetmektedir. Maddenin üçüncü fıkrası ise; kişisel verilerle ilgili olarak uygulanacak hukukun ne olacağını belirtmiştir. Kanunlar ihtilafı kurallarında genel olarak ika yeri en fazla benimsenen bağlama noktalarından biridir. Ancak bu durum hakkı ihlal edilenlerin her zaman hakkaniyete yol açacak sonuçlara ulaştırmamaktadır.

Madde 35'te cevap hakkına ilişkin olarak internet hususu dikkate alınmamıştır. Kanaatimizce bunun sebeplerinden biri kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 2007 yılında Web 2.0 teknolojilerinin bugünkü gibi gelişmiş olmamasıdır. İnternet teknolojilerinin ilerleyen zamanlarda gelişeceği şüphesizdir. Gelecek yıllarda yeni kavramlar insanların lügatına eklenecek ancak hukuki düzenlemeler yine geri de kalacağı için ihtilaf çözümlerinde zorlanmalar meydana gelecektir. Bu sebeple gerek kanun koyucuların gerekse, teknoloji üreticilerinin düzenlemelerin yapılmasında daha hızlı davranmaları gerekecektir.

İnternet ortamı, geleneksel medya ve sosyal medya bilindiği üzere güçlü kuruluşların yönetiminde bulunmakta ve bu kuruluşlar, bu mecralarda meydana gelecek hukuksuzlukların sonuçlarını en aza indirmek amacıyla hareket etmektedirler. Bu sebeple hak ihlali halinde kendileri açısından en az zararlı hukuka tabi olmak için adımlar atmaktadırlar. Hakkı ihlal edilen tarafın, adil bir sonuca ulaşması açısından uygulanacak hukukunda adil bir şekilde seçilmesi gerekmektedir. Uygulanacak hukuk değerlendirilirken, somut olayda hem en sıkı ilişkili hukuk hem de hakkı ihlal edilen kişinin en çok mağduriyete uğradığı yer dikkate alınmalıdır. Bu sebeple hakkı ihlal edilen kişileri korumaya yönelik olarak düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Ulusal mevzuatlar dışında, yeknesaklaştırma çalışmalarını da değerlendirmek gerekecektir. Defaatle açıklandığı üzere, internet artık dünyanın her yerinde kullanılmakta ve insanları birbirine bağlamaktadır. Miyarlarca insanın iletişime geçtiği bir ortamdan kişilik hakkı ihlalinin meydana geleceği gerçeği izahtan varestedir. Bu sebeple kişilik haklarının internet ve özellikle sosyal medya vasıtasıyla ihlaliinde uygulanacak hukuk açısından yeknesaklaştırma çalışması yapılması gerekmektedir. Böylelikle, gerek hakları ihlal edilen kişilerin korunması açısından daha faydalı adımlar atılacak, gerekse sorumluluktan kaçmak isteyen kuruluşlar açısından tedbir alınması daha da kolaylaşacaktır.

KAYNAKÇA

- AKKURT, Sinan Sami: Sosyal Medyada gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku C.1, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, 2022.
- AKİPEK, Şebnem/DARDAĞAN, Esra: "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 50(3), 2001, s.115-139.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nürşen: Kişiler Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, Beta Yayın, İstanbul 2016.
- DAL, Nil Esra/DAL, Veysel, "Kişilik Özellikleri Ve Sosyal Ağ Sitesi Kullanım Ahşkanlıkları: Üniversite Öğrencileri Üzerine Bir Araştırma", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 6(11), 2014, s.144-162.
- DOĞAN, Murat: "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.2001 Tarihli E.755/K.U57 Sayılı Kararı Çerçevesinde)", AÜEHFD, 7(2), 2003, s.387-406.
- DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 22.Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s.156.
- EKİCİ, Şerafettin: Bilişim ve Teknoloji Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- ERSÖZ, B: "Yeni Nesil Web paradigması: Web 4.0", Bilgisayar Bilimleri ve Teknoloji Dergisi, 1(2), 2020, s.58-56.
- ERKAN, Mustafa: MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2011, s.81-121.
- GÖĞER, Erdoğan: Devletler Hususi Hukuku, 4. Baskı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977.
- HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar (MK.md.24/a fıkra I / İMK md.28a fıkra I), Beta Yayınları, İstanbul 2001.
- KAPAN, Kaan/ÜNCEL, Rumeysa: "Gelişen Web Teknolojilerinin (Web 1.0- Web 2.0- Web 3.0) Türkiye Turizmine Etkisi", Safran Kültür Ve Turizm Araştırmaları Dergisi, 3(3), 2020, s. 276-289.
- KAPLAN, Andreas/HAENLEIN Michael, "Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media", Business Horizons, 53(1), 2010, s.59-68.
- KAYA, Bedii Mehmet: İnternet Hukuku, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayın, İstanbul 2017.
- O'REILLY, Tim: "What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software", 2005, <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>, (Erisim: 21.08.2023).
- OĞUZMAN, Kemal/SELİCİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Geçek ve Tüzel Kişiler), 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin, Ankara 2009, s.189.

- ÖZDEN, Tuğba Aybüke: “1.0’dan 5.0’a Dünya: Web, Pazarlama, Endüstri Ve Toplum”, Journal of Business in the Digital Age, 5(1), 2022, s.29-44.
- ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayın Evi Ankara, 2004.
- ÖZEL, Sibel: “İnternet Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi”, Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 24(1-2), 2004.
- ÖZEL, Sibel: “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun ‘Daha Sıkı İlişkili Hukuk’ Temelinde Belirlenmesi”, Public and Private International Law Bulletin, 41(2), 2021, s.483-515.
- ÖZTÜRK, Necla: Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- SERDAR, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999.
- ŞAHANKAYA, Sarp: “Karalama Fiilinin Kişilik Hakkının İhlali Kapsamında Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(2), 2023, s.526-541.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayın, İstanbul 2019.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk – Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 8. Bası, Onikilevha, 2018.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, (87), 2010, s.195-227.
- TEKİN, Esra: Milletlerarası Özel Hukukta Kişilik Haklarının İnternet Yoluyla İhlalinde Sorumluluk, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul, 2020.
- TEKİNALP, Gülören/UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2011. s.465
- TURHAN, Turgut: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1989.
- TÜYSÜZ, Cemre: “Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (14), 2019, s.463-500.
- USTA, O.: Kişilik Hakları Bağlamında Unutulma Hakkı, Yayınlanmamış Doktora Tezi. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 22(2), 2011, s.967-998.
- VURAL ÇELENK, Belkıs: “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti Ve Uygulanması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, (1), 2017, s.277-296.
- Web 1.0, 2.0, 3.0 ve 4.0’ın Tarihi (Ö. YILMAZ, Çev.), Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 8(2), 2021, s.351-359.
- YEGEN, Ceren: “Demokratik ve Yeni Bir Kamusal Alan Olarak Sosyal Medya”, Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 1(2), 2013, s.119-135.
- ZEVKLİLER, Aydın: Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, Ankara 1981.

Yazar Beyanı | Author’s Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Mehmet ÇOĞALAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Mehmet ÇOĞALAN, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors’s Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn’t need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD’nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD’nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD’den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS IN COLLECTIVE EMPLOYMENT
DISPUTES IN TÜRKİYE AND THE UNITED KINGDOM****TÜRKİYE VE BİRLEŞİK KRALLIK'TAKİ TOPLU İŞ UYUŞMAZLIKLARININ ALTERNATİF
UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI İLE ÇÖZÜMLENMESİ**Mustafa NALBANT*  **Makale Bilgi**Gönderi: 30/12/2023
Kabul : 30/07/2024**Anahtar Kelimeler***Alternatif Uyuşmazlık
Çözüm Yolları,
Toplu İş İhtilafları,
Türkiye,
Birleşik Krallık.***Article Info**Received: 30/12/2023
Accepted: 30/07/2024**Keywords***Alternative Dispute
Resolutions,
Collective Employment
Disputes,
Türkiye,
the United Kingdom.***Özet**10.21492/inuhfd.1412108 

Bu makale, Türkiye ve Birleşik Krallık'taki toplu iş ihtilaflarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak çözümlenmesini incelemeyi amaçlamaktadır. Söz konusu iki ülkede de bu toplu iş uyuşmazlıklarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile çözümlenmesi mümkündür ancak bu uyuşmazlıkların çözümü hususunda her iki ülkede farklı düzeyde zorlama unsurları kullanılmaktadır. Bu bağlamda, etkili uyuşmazlık çözümü için objektif bir değerlendirme yapabilmek adına ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) kriterleri referans noktası olarak kullanılmıştır. Bu kriterlerden olan hizmetlerin çeşitliliği ilkesi alternatif çözüm yöntemlerinin çeşitliliği ve eş zamanlı olarak kullanıcıların hizmetine sunulabilmesi, gönüllülük ilkesi tarafların uyuşmazlıkların çözümü için alternatif çözüm yöntemlerini seçme özgürlüğü ve bu yöntemleri kullanma hususunda zorlanıp zorlanmaması, profesyonellik ilkesi ise devletin çözüm sürecine müdahale etmekten kaçınması ve uyuşmazlık çözüm sistemlerinde işçi ve işveren temsilcilerinin eşit temsili anlamına gelmektedir. Bu makale ile, Birleşik Krallık sisteminin bazı hususlarda geliştirilmeye ihtiyacı olsa da belirtilen kriterleri yerine getirme konusunda Türk sistemine göre daha başarılı olduğunu ortaya koymak amaçlanmıştır.

Abstract

This paper aims to examine the settlement of collective employment disputes (CEDs) using alternative dispute resolution (ADR) techniques in both Türkiye and the United Kingdom (UK) where different levels of compulsion elements are employed for the resolution of CEDs via ADR methods. The evaluation of these methods is conducted according to pertinent International Labour Organization (ILO) criteria for effective dispute resolution, specifically focusing on the range of services pertaining to the diversity of available ADR methods and their simultaneous availability in Member States, voluntarism referring to the freedom of parties to select ADR methods for the resolution of CEDs, and professionalism refraining government from intervening in the process of CEDs resolution and necessitating equal footing of employees' and employers' representatives in systems regarding dispute resolution. Based on these considerations, the comparative assessments, taking the ILO criteria into account, indicate that the UK system, even though it needs improvement, is comparatively more compatible than the Turkish system in fulfilling the specified criteria.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Teaching Associate Dr., Nottingham University, School of Law..

Atıf Şekli | **Cite As:** NALBANT, Mustafa, "Alternative Dispute Resolutions in Collective Employment Disputes in Türkiye and the United Kingdom", InÜHFD, 15(2), 2024, s.322-334. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

I. INTRODUCTION

This paper introduces the resolution of collective employment disputes (CEDs) through alternative dispute resolution (ADR) methods in Türkiye and the United Kingdom (UK) and analyses them by considering the International Labour Organization's (ILO) effective dispute resolution criteria. However, there are several differences between individual disputes and CEDs. The most outstanding difference is that while power disparity is the main concern in individual employment disputes, CEDs are generally based upon an assumption of 'power equilibrium' due to unionisation, providing two powerful weapons; collective bargaining agreements (CBAs) and industrial action¹.

Collective bargaining is a key institution in industrial relations, offering employees enhanced bargaining power and equality in negotiations with employers through their unions². Union representatives negotiate on behalf of employees to secure better employment terms than individuals could on their own. If parties reach an agreement, they agree on CBAs that regulate terms and conditions of employment relations. Hence, ILO considers collective bargaining as a fundamental principle and right at work³. Nonetheless, where the negotiation process has broken down, CEDs take place⁴. CEDs are disputes involving a group of employees, represented by a trade union, and employers relating to CBAs when the bargaining process reaches breaking points⁵. These disputes can be resolved by adversarial and/or peaceful dispute resolution methods⁶.

Adversarial dispute resolution methods generally refer to industrial action. Industrial action is a generic term that describes a multitude of actions that can be taken by either employees or employers to pressure the other party to concede or withdraw a demand made in industrial context⁷. There are several types of industrial action such as (i) withdrawal of cooperation (ii) work to rule employees perform only their specified duties but slow down operations, (iii) strike including wildcat strikes, picketing, or sit-downs, (iv) refusal of the workforce by the employer (lockout), (v) overtime ban⁸. The right to take industrial action, a disruptive action, is crucial for maintaining union strength and helps balance the power disparity between individual employees and employers. Without this ability, unions would struggle to negotiate effectively in bargaining meetings and therefore, employers could potentially impose terms unilaterally⁹.

ADR methods might help resolve CEDs as alternative to industrial action since they can encourage disputants to reach possible consensus points via open-ended¹⁰. In addition, they can reduce rigidities in the parties' bargaining positions by providing novel perspectives into discursive debates¹¹. They do not aim to produce a verdict but propose to address the central concerns of the parties. Therefore, real benefits may be better realized in ADR methods than industrial action. Hence, ADR methods are the main concern of this research.

Collective employment law aims to create a framework of rights for both employers and trade unions reducing the number of conflicts and encouraging them to resolve their differences by peaceful means¹². Furthermore, the fact that taking industrial action is becoming more difficult because of demanding rules increases the importance of ADR methods. Therefore, it is recommended to introduce ADR methods as the appropriate resolution of CEDs to prevent disruptive damages¹³. This article examines how CEDs are resolved through ADR methods in Türkiye, where it is compulsory, and in the UK, where it is voluntary. Towards to end, this paper assesses both systems based on relevant ILO effective dispute resolution criteria, named as range of service, voluntarism, and professionalism.

II. ADR METHODS IN COLLECTIVE EMPLOYMENT DISPUTES IN TÜRKİYE

Collective labour law has been influential in shaping the working conditions of employees in Türkiye. According to the recent and most updated official statistics in 2022, the unionization rate of employees was 14.26% (2,280,000)¹⁴. Around 900,000 employees regulated their working standards by CBAs¹⁵. The number of CEDs resolved through mediation was 184 in 2022, affecting the working conditions of nearly

¹ BOGG, Alan: The Democratic Aspects of Trade Union Recognition, 1. edn, Hart Publishing, London, 2009, p.275.

² BARROW, Charles, Industrial Relations Law, 2. edn, Cavendish Publishing, Oxford, 2002, p.146

³ ILO: Collective Bargaining: A Policy Guide, Geneva, 2015, p.4

⁴ GRENIG, Jay: "Evolution of The Role of Alternative Dispute Resolution in Resolving Employment Disputes", Dispute Resolution Journal, 71(2), 2016, p.115.

⁵ KOUKIADAKI, Aristeia: Individual and Collective Labour Dispute Settlement Systems: A Comparative Review, ILO, 2020, p.4. Also, ILO: Substantive Provisions of Labour Legislation: Settlement of Collective Labour Disputes. <https://webapps.ilo.org/static/english/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch4.htm> (Accessed:08.05.2024)

⁶ ADAMS, Zoe/BARNARD, Catherine/DEAKIN, Simon/BUTLIN, Sarah: Deakin and Morris' Labour Law, 7.edn, Hart Publishing, London, 2021, p.804.

⁷ IDS: Industrial Action, Thompson Reuters, London, 2021, p.16

⁸ IDS, p.16

⁹ BARROW, p.273.

¹⁰ ODAMAN, Serkan, "Resmi Arabuluculuk Sistemi ve Uygulamasındaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri" Sicil İş Hukuku, 48, 2022, p.35.

¹¹ BOGG, p.83.

¹² COLLINS, Hugh/EWING, Keith/MCCOLGAN, Aileen: Labour Law Text and Materials, Hart Publishing, Cambridge, 2005, p.970.

¹³ CANBOLAT, Talat: "6356 Sayılı Kanun'da Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk", Çalışma ve Toplum, 4, 2014, p.249.

¹⁴ Ministry of Labour and Social Security (MLSS): Labour Statistics, 2022, p.45. https://www.csgeb.gov.tr/media/93643/calisma-hayati-istatistikleri_2022.pdf (Accessed: 05.02.2024).

¹⁵ MLSS, p.12

83,000 employees¹⁶. There were only 16 industrial actions (strikes) affecting around 1,000 employees' working lives in the same year¹⁷. In this regard, this part examines the role of arbitration and mediation in resolving CEDs in Türkiye.

A. Collective Mediation

Turkish collective mediation system is described as “partial freedom system”¹⁸. It means that although the parties essentially have freedom in resolving CEDs, some limitations have been imposed on their freedoms¹⁹. In other words, parties must exhaust peaceful resolution methods before resorting to adversarial ones, and for some disputes, the option to resort to adversarial ones is eliminated. Instead of them, the option to apply to the High Arbitration Board (HAB) is provided. Therefore, collective mediation aims to aid the disputants in reaching an agreement without resorting to strikes/lockouts²⁰. On this basis, Turkish employment law divides the mediation process into two categories which are ordinary mediation and extraordinary mediation²¹.

Firstly, according to article 49 of Trade Union and Collective Bargaining Agreement Act (TUCBAA), ordinary mediation emerges where (i) the employer does not come to the first meeting, (ii) one of the parties does not continue to attend the following meetings, and (iii) parties end the negotiation without an agreement. In these circumstances, disputants are required to apply to the mediation process before resorting to strike, lockout, or in cases where resorting to strike is prohibited initiating arbitral proceedings. The process commences with a party's notification to the competent authority within six days after one of the situations mentioned above. It is a last effort to resolve CEDs with the help of an expert person. Where the parties agree on any of the names on the official list of mediators of the Ministry of Labour and Social Security (MLSS), the person agreed by the parties will, as a rule, be appointed as a mediator under Article 60(7). The regulation does not allow disputants to agree on a mediator outside the list. When the parties cannot agree on the name of the mediator, the competent authority would *ex officio* appoint a mediator from the list.

There is no legal clarity in legislative provisions on how to conduct mediation meetings for mediators²². Mediators make efforts to reconcile the parties during bargaining negotiations, offer ideas, help them find a solution, and if no agreement is reached, they may add their recommendations to their report²³. Nonetheless, they are not entitled to make binding decisions, to impose a solution on the parties and to act in the capacity of judge or arbitrator²⁴. These recommendations might be considered following dispute resolution methods and hence, the mediator must express his/her impressions impartially without blaming any party²⁵. If an agreement is reached, the terms and conditions are written down in an agreement and then afterwards, the mediation agreements become CBAs, also known as “redaction”²⁶, and become legally binding²⁷. Parties can benefit from mediation before applying adversarial dispute resolution methods that may lead to the loss of the job and may impair the productivity of business by agreeing on CBAs considering suggestions offered by the mediators²⁸. Where an agreement cannot be reached, the mediator draws up, as stated above, a report including parties' resolution proposals and suggestions of mediators and submits it to the competent authority²⁹. Under Article 50(5), the competent authority notifies the parties of the dispute about the content of the report within three working days at the latest because the report might be taken into consideration if the dispute goes to the subsequent HAB or private arbitrator³⁰.

Extraordinary mediation, unlike ordinary mediation, emerges when a lawful strike decision is taken or a strike/lockout is postponed by the President under Art 60(7) and 63(1). Firstly, in a dispute for which a legal strike decision has been taken by satisfying the requirement of the law³¹, it is envisaged that the Minister of Labour and Social Security may mediate in the resolution of CEDs personally or the Minister may assign a mediator. However, the Minister is not obliged to act as a mediator or assign a mediator for each legal

¹⁶ MLSS, p.18.

¹⁷ MLSS, p.21.

¹⁸ AKYİĞİT, Ercan: *Toplu İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, p.112; SUR, Melda: *İş Hukuku Toplu İlişkiler*, 10.B., Turhan Yayıncılık, Ankara, 2022, p.412-413.

¹⁹ GÜLER, Ekin: “Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma ve Özel Hakeme Başvurma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(3), 2015, p.56.

²⁰ CANBOLAT, p.249.

²¹ EKMEKÇİ, Ömer: *Toplu İş Hukuku*, 4.B, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, p.530-533; DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut, *İş Hukuku*, 13.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, p.307; AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN, Tuncay: *İş Hukuku*, 5.edn, Gazi kitabevi, Ankara, 2012, p.652-657; SUR, p.421-422.

²² CENTEL, Tankut: *Labour Dispute Resolution in Turkey*, Springer, Switzerland, 2019, 174.

²³ NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri*, 3.edn, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, p.528. See also, GÜLER, Şerafettin: “Toplu İş Uyuşmazlıklarının Barışçı Yollarla Çözümünde Arabulucu, Görevli Makam ve Yetkili İşçi Sendikasının Fonksiyonları”, *Hak-İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, 5(13), p.39.

²⁴ CENTEL, p.174,175.

²⁵ TUNCAY, Can/KUTSAL, Burcu: *Toplu İş Hukuku*, 7.B, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, p.268-269; GÜLER, “Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma”, p.39.

²⁶ It means making the necessary corrections on a written text to make it ready for publication. It comes from the French word “redaction”. See TDK, TDK Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/> (Accessed: 03.07.2024)

²⁷ CANBOLAT, p.260.

²⁸ YAMAN, Erkan: *Toplu İş Uyuşmazlıklarında Barışçı Çözüm Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, p.107-108.

²⁹ SUR, p.428-429.

³⁰ AKYİĞİT, p.572; ODAMAN, p.48

³¹ TUCBAA, Article 61: One-quarter of the workforce must make an application and a simple majority (i.e. more than half) of the votes cast must be in favour of industrial action to go ahead.

strike decision³². Moreover, in extraordinary mediation, the Minister does not have to choose the mediator from the list of the MLSS³³. In practice, since the mediation process is carried out by the Minister themselves or the person appointed, the phrase “political mediation” has been used³⁴. The purpose of extraordinary mediation is not to prevent taking industrial action but to end an industrial action, which is already started, without causing harm to both parties and society³⁵.

Extraordinary mediation, under Article 63(1) of TUCBAA, can also take place when the strike or lockout is postponed by the President if it has the potential to disrupt general health or national security³⁶. A concern might be raised about the right to postpone strikes because the authority to postpone strikes for reasons of national security or public health should not reside with the President, but instead, with an independent body that has the trust of the relevant parties. In this case, according to Article 60(7), the Minister or mediator assigned by the Minister mediates the dispute. If parties resolve their disputes with the aid of the Minister or the appointed mediator, the agreements would be treated as CBAs, similar to ordinary mediation. It should be noted that there is an important difference between these two extraordinary situations. While the Minister must act or assign a mediator in the second type of extraordinary mediation, it is optional and depends on the Minister’s will in the first type of extraordinary mediation.

In this context, the compatibility of these ADR provisions with international standards should be discussed. Firstly, the extraordinary mediation system is very centralized and enables the State to interfere in industrial relations. Hence, it can be questioned to what extent the Minister’s mediator role and right to appoint a mediator comply with the general standards of the impartiality requirement of mediators. The ILO expresses that the prohibition or postponement of strikes can be justified “in the event of an acute national emergency” such as insurrection or natural disaster, destroying national condition for the functioning of the society³⁷. Hence, the right of the President to intervene can be acceptable but only in very rare circumstances. There is a need to be cautious because, for instance, a “national emergency” might have varying interpretations, and the President might have the potential to exploit them to intervene in industrial relations by prioritizing the interest of the state over that of individuals. The report of the ILO Committee of Expert on Application of Conventions and Recommendations in 2024 highlighted that there has been no postponement of strike since 2019 and invited Government not to unreasonably interfere with the rights of taking industrial action³⁸.

Additionally, in 2022, only a fifth of CEDs were resolved by collective mediation and most of them were mainly resolved due to the efforts of the parties rather than the contribution of the mediator³⁹. It is not difficult to say that collective mediation has not been very beneficial for two reasons. Firstly, the parties, who could not reach an agreement in bargaining negotiations and want to come to the stage of a strike or lockout immediately, may see the mediation process as unnecessary and a waste of time⁴⁰. In other words, parties perceive mediation as an obstacle that needs to be overcome to take industrial action. The second reason might be that parties are not allowed to choose a mediator from outside the official list⁴¹. The purpose of collective mediation is to help parties reach a mutual solution rather than protect weaker parties, unlike individual employment disputes. Employees are already represented by trade unions, having an important role in equalising power disparity between the parties. Hence, the parties should be able to choose a neutral third-party who is experienced, reliable, and an expert in the collective labour law but from the outside of the list. Having said that, it is asserted that a mediator must have certain qualifications to mediate in CEDs and undoubtedly, only those who meet these qualifications must conduct mediation meetings. Otherwise, it may mean that mediation meetings, leading to signing CBAs and severely affecting the work life of relevant employees, might be conducted by not a well-qualified person⁴².

B. Collective Arbitration

Another ADR method in Türkiye is arbitration. Collective Arbitration is a procedure for settling CEDs by submitting them to an independent and neutral third party for a final and binding decision⁴³. Collective arbitration can be divided into two different types of procedures as mandatory arbitration and

³² CANBOLAT, p.268.

³³ AKTAY, p.657.

³⁴ TUNCAY, Can/SAVAŞ, Burcu: Toplu İş Hukuku, 5.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, p.352.

³⁵ AKYİĞİT, p.543.

³⁶ See for more information, CANIKLIOĞLU, Nurşen: “6356 Sayılı Kanun’a Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, Çalışma ve Toplum, 4, 2013, p.306-314.

³⁷ GERNIGON, Bernard/ODERO, Alberto/GUIDO, Horacio: ILO Principles Concerning the Right to Strike, International Labour Organisation, Geneva, 1998, p.24. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087987.pdf, (Accessed: 05.02.2024)

³⁸ International Labour Organisation: Application of International Labour Standards 2024 Report III (Part A) Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations International Labour Conference 112th Session, Switzerland, 2024, p.353. <https://www.ilo.org/resource/conference-paper/application-international-labour-standards-2024> (Accessed: 05.05.2024)

³⁹ ŞAHLANAN Fevzi: Toplu İş Hukuku, 1.B, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, p.525; MLSS, p.12

⁴⁰ ŞAHLANAN, p.525-526.

⁴¹ CANBOLAT, p.271.

⁴² ODAMAN, p.46.

⁴³ ILO: Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, Cyprus, 2007, p.4-5.

private arbitration⁴⁴. Mandatory arbitration is a type of arbitration that is regulated by the TUCBAA and it is known as legal arbitration since its formation and operating principles are regulated by the law⁴⁵. Mandatory arbitration appears as a way for the States to intervene in the industrial relations⁴⁶. It is based on Article 54 of the Turkish Constitution stating that in situations in which strikes/lockouts are prohibited by the law, disputes are resolved by the High Arbitration Board (HAB)⁴⁷.

TUCBAA 54(1) holds that the HAB consists of members of employers' and employees' confederations and academicians. Therefore, it has a mixed structure. This is a positive phenomenon in terms of satisfying the ILO's effective dispute resolution criteria as is discussed further below. The HAB can create CBAs by deciding about the cases, but this function may bring about two conflicting arguments. On the one hand, where the parties are mandated to the HAB, this might hinder the right of the parties to freely negotiate the terms of CBA. On the other hand, if a dispute cannot be resolved despite all efforts, it is important for industrial relations, since the dispute cannot be left unresolved, to resolve the disputes in a short time without causing long-term uncertainty. Therefore, parties should be primarily encouraged to resolve disputes without engaging in the HAB and it should be regarded as a last resort for the resolution.

To apply to the HAB, several conditions must be satisfied. First, it must be prohibited to take industrial action. The obstacles to strikes/lockouts in Turkish law are of three types: (i) the continuous prohibition of strikes/lockouts (ii) the postponement of legal strikes/lockouts by the President, (iii) the prevention of the implementation of a legal strike based on the results of a strike vote. In the first case, those who are engaged in some works such as natural gas, electricity, water, oil production, police, or soldiers of the Ministry of National Defence, are prohibited from going on strike or lockout⁴⁸. In the second case, industrial action can be postponed for 60 days by the President where it has the potential to threaten general health or national security under Article 63(1). It should be highlighted that where there is a postponement by the President, which is a temporary strike/lockout ban, parties should be unable to reach an agreement until the last day of the 60-day postponed period to apply the HAB. Although referred to as postponement, such strike/lockout postponements in Turkish legal practice effectively act as a ban, and the parties cannot continue with the postponed strike/lockouts. Where parties are unable to settle the dispute until the end of the postponed period, it is inevitable to resolve CEDs through the HAB.⁴⁹ The 60 days is given for the parties to terminate the dispute with their own will⁵⁰. The third case, where an affirmative number of voting is not obtained in a strike ballot, can be considered as another example of these situations, which is not possible to take industrial action.

The second condition for applying the HAB is regulated by Articles 50 and 51 of TUCBAA. It states that if ordinary and/or extraordinary mediations are unsuccessful in resolving CEDs, parties can bring their disputes to the HAB. After an unsuccessful mediation period, the parties must apply to the HAB for the resolution of the dispute. That is, the HAB is not able to ex officio commence the resolution proceeding⁵¹. If one of the parties does not apply to the HAB within 6 days after receiving the mediation report, it results in the loss of authority to negotiate CBAs under Article 51(1).

Another condition for applying to the HAB is that the parties should not leave the resolution of the dispute to a private arbitrator. If left, the parties cannot go ahead with strikes/lockouts, nor they can apply for mediation or the HAB⁵². In these cases, the disputes would have to be dealt with by the private arbitrator, examined further below. Where these three conditions are satisfied, an application can be made to the HAB within six working days following the finalization of the decision not to hold a strike as a result of the strike vote by the trade union, receiving the mediation report, or in case the postponement period results in a dispute, from the end of the 60-day period⁵³. It should be noted that the parties can sign a CBA at any stage of the dispute but if the dispute comes to the HAB, the authority to make the CBAs passes to HAB.⁵⁴ YHK's decisions are final meaning that parties do not have the right to refuse⁵⁵. Nevertheless, if the decision conflicts with statutory rules, parties can seek the annulment of the decision.⁵⁶

The second method of collective arbitration is private arbitration which is also called voluntary arbitration. The arbitration agreement (clause) can be inserted into CBAs or parties can sign a separate arbitration agreement and collective arbitration is of significance in resolving CEDs⁵⁷. Nonetheless, the

⁴⁴ GÜLER, "Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma", p.56.

⁴⁵ SUR, p.417.

⁴⁶ DEMİRCİOĞLU, p.304.

⁴⁷ ŞAHLANAN, p.529.

⁴⁸ See, TUCBAA, Article 62(1,3).

⁴⁹ TUNCAY, Toplu İş Hukuku, 7.B, 2019, p.272.

⁵⁰ ŞAHLANAN, p.529.

⁵¹ GÜLER, p.61.

⁵² ÖZDEMİR, Eda/ESKİYÖRÜK, Serhat: "İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yolu İle Çözümlemesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 67, 2020, p.995.

⁵³ YÜREKLİ, Sabahattin: "Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları" İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5, 2020, p.125-126.

⁵⁴ EKMEKÇİ, p.593-594.

⁵⁵ EKMEKÇİ, p.599; YÜREKLİ, 142-143.

⁵⁶ YÜREKLİ, p.139-140

⁵⁷ SUR, p.413.

arbitration agreement must be in writing⁵⁸. Private arbitrators are chosen by the parties⁵⁹. According to Article 52(4), applying to a private arbitrator depends on the will of the parties, and the parties can seek arbitration at any stage of the dispute. The parties can also decide other procedural issues such as the time or venue of the hearing. If parties do not agree on procedural issues, arbitration-related provisions (Articles 407-444) in Civil Procedural Act No. 6100 would be applicable in private arbitration⁶⁰. If the parties agree to apply to a private arbitrator, they do not have to apply for mediation or bring a claim to HAB, besides, they cannot take industrial action. In this circumstance, Article 52 (3) states that the decisions of private arbitrators would be treated as CBA, as in decisions of the HAB⁶¹ and there is no need for judicial approval to enforce the HAB's decision⁶². Therefore, this option might be used as a way of bypassing mandatory mediation or mandatory arbitration⁶³. It should also be noted that Article 52 (4) allows the parties to choose the HAB as a private arbitrator. Nonetheless, the HAB does not have to accept a private arbitrator role since it is impossible to impose a duty for the HAB. In practice, it is never seen that the HAB is chosen as a private arbitrator⁶⁴. This method differs from mandatory arbitration not only because private arbitration is based on the mutual agreement of the parties but also because it can be applicable at every stage of the dispute. Additionally, in private arbitration, arbitrators introduce new rules regarding workplace rather than performing judicial activity.⁶⁵ However, private arbitration does not appear as a highly preferred resolution mechanism since trade unions have the desire to resolve disputes on their own⁶⁶.

III. ADR METHODS IN COLLECTIVE EMPLOYMENT DISPUTES IN THE UNITED KINGDOM

CEDs are known in the UK as “trade disputes”, term covering disputes between workers and their employers which is connected with “a) terms and conditions of employment b) termination or suspension of employment c) allocation of work or the duties of employment d) matters of discipline e) membership of a trade union f) facilities for officials of trade unions” under section 218 of Trade Union Labour Relations Consolidation Act (TULRCA), (1992). In the context of the UK, the individuals might be an “employee”, “worker” or “independent contractor” and each has a different relationship with their employers/customers. However, the definition of the worker includes employees within its scope. It means that while all employees are workers, all workers are not employees. It should be emphasized that TULRCA uses the word “worker” instead of “employee” to protect more people, including employees⁶⁷. By contrast, in Turkish Law, Article 2 of Employment Law No. 4857 defines “employee (işçi)” as someone who is a real person working under an employment contract. Due to the preference for the term “employee” in accordance with the scope of the regulations regarding employment contracts in Turkish law, the term ‘employee’ is used to maintain consistency throughout the paper.

Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS), a non-departmental public body of the UK, has roles in resolving CEDs and avoiding industrial action⁶⁸. When its roles are scrutinized, ACAS draws the boundary of this function as “from working with trade unions and employers when issues of potential conflict arise; to resolving conflict after a workforce has been balloted about potential action; to engaging workforces where there is no formal trade union recognition or formal mechanisms for resolving disputes.”⁶⁹. When fulfilling its functions, ACAS does not have the compulsion to offer its services and it comes to the stage in situations where all internal (in-house) dispute resolution procedures have been exhausted⁷⁰.

ACAS helps parties to resolve CEDs without engaging in industrial action. Trade unions can call for a strike as a threat to convince employers to accept employees' wishes. However, some trade unions have adopted policies not to ballot for industrial action unless ADR methods have been tried in the UK to avoid the negative consequences of industrial action such as reducing productivity for businesses or losing the job for employees⁷¹. Hence, the most profound impacts of ADR methods in CED in the UK emerge where a dispute has involved industrial action.

⁵⁸ Civil Procedural Act No. 6100 (2011), Article 412.

⁵⁹ KUTAL, Metin: “Türk Toplu İş Hukukunda Barışçı Çözüm Yolları”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 43, 1987, p.312.

⁶⁰ ŞAHLANAN, p. 528

⁶¹ KUTAL, p.313.

⁶² TUNCAY: Toplu İş Hukuku, 7.B, 2019, p.307; YÜREKLİ, p.144.

⁶³ CENTEL, p.183.

⁶⁴ EKMEKÇİ, p.591

⁶⁵ KUTAL, p.305; SUR, p.417.

⁶⁶ SUR, p.417.

⁶⁷ IDS, p.70.

⁶⁸ ACAS: Acas Annual Report and Accounts 2020-2021, p.15.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1002534/acas-ara-2020-2021-accessible.pdf, (Accessed: 11.12.2023)

⁶⁹ ACAS: Acas Annual Report and Accounts 2020-2021, p.15.

⁷⁰ BOOTH, Caroline/CLEMENCE, Michael/GARIBAN, Sara: Acas Collective Conciliation Evaluation, ACAS Research Paper, 2016, p.11. https://www.acas.org.uk/sites/default/files/inline-files/acas-collective-conciliation-evaluation-2016_0.pdf, (Accessed: 05.02.2024)

⁷¹ MOLLOY, Donna/ LEGARD, Robin/ LEWIS, Jane: Resolving Collective Disputes at Work: User Perspectives of Acas Collective Conciliation Services, ACAS, London, 2003, p.8.

Moreover, since the Trade Union Act of 2016 amends the 1992 TULRCA, stipulated an increase in ballot threshold requirements for industrial action⁷², unions have increasingly started to commence the ADR processes, particularly conciliation, at earlier stage of the conflict compared to the past⁷³. It also might mean that there will be more demand for ADR methods in the future because such an increase in ballot threshold requirements can be regarded as ‘channelling’ into ADR methods. However, the UK employment law does not impose either conciliation, mediation, or arbitration on disputants before taking industrial action or bringing the claims to arbitration. Among these ADR methods, collective conciliation has been the main characteristic of UK industrial relations for more than a century⁷⁴. Other ADR mechanisms are comparatively less used in the UK⁷⁵.

A. Collective Conciliation

Collective conciliation (CC) is an ADR method by which ACAS helps employers, employees, and their representatives to resolve CED.⁷⁶ It is also seen as a precursor to collective mediation and arbitration⁷⁷. CC is regulated by section 210 of TULRCA which provides that: “where a trade dispute exists or is apprehended ACAS may, at the request of one or more parties to the dispute or otherwise, offer the parties to the dispute its assistance to bring about a settlement”.

According to the latest official statistics in 2023, CEDs were brought to ACAS conciliation by employers (30,1%), trade unions (35,6%), or jointly (18,7%)⁷⁸. Nonetheless, even where a claim is not brought to ACAS by employers or trade unions, ACAS can take the initiative to involve itself in the resolution of disputes. The official statistics also demonstrate that ACAS has taken the initiative in 15,6% of the CC cases it has dealt with⁷⁹. Therefore, it can be said that ACAS may take the initiative to intervene in disputes because of the well-being of the public⁸⁰.

There has been a fluctuation in the number of conciliation requests in the last 10 years. To illustrate, the number of requests for CC was 1,371 between April 2014 and March 2015⁸¹. In 2020-2021 (between April 2020 and March 2021), when severely affected by COVID-19, ACAS received 504 CC notifications⁸² and in April 2022- March 2023, ACAS received only 621 requests for CC⁸³. There might be several reasons for this such as the existence of well-functioning internal dispute resolution mechanisms within a particular industry, or the availability of industrial action ballots as an alternative to CC. In addition, when COVID-19 restrictions eased, there was a slight increase in the number of requests for CC. This was both because some employees were coming off UK Government’s COVID-19 Job Retention Schemes and because some issues which had been simmering for months such as the use of so-called “fire and re-hire” practices of certain employers⁸⁴.

ACAS has succeeded in reaching positive results in resolving CEDs through conciliation. For example, in 2020, 92% of CEDs brought to conciliation were successfully resolved⁸⁵. Additionally, conciliators were appreciated by almost all participants since they found them trustworthy (96%), proactive in seeking an agreement (84%), impartial (92%), and good at establishing rapport and overall satisfaction with CC was, thus, quite high (89%)⁸⁶. In another research, ACAS emerges as a trusted “brand” amongst a large segment of the union workforce⁸⁷. The 2021 ACAS annual report says that the underlying reasons for the success were that ACAS worked cooperatively with both employers and trade unions to develop positions and intentions of disputants regarding the conflicts to find some mutual points and enhance the relationship

⁷² Section 226 of the Trade Union Act 1992 Act was requiring a simple majority for a ballot conducted by a trade union for industrial action to be successful. There were no requirements for any level of turnout. However, the 2016 Act introduced a new requirement that in all ballots for industrial action, at least 50% of the trade union members entitled to vote must do so in order for the ballot to be valid.

⁷³ POTOCHNIK, Kristina/CHAUDHRY, Sara/BERNAL-VALENCIA, Marta: “Mediation and Conciliation in Collective Labor Conflicts in the United Kingdom”, in EUWEMA, Martin: *Mediation in Collective Labor Conflicts*, Springer, London, 2019, p.223

⁷⁴ POTOCHNIK, p.211.

⁷⁵ POTOCHNIK, p.211.

⁷⁶ COLLINS, p.961.

⁷⁷ MOLLOY, p.10.

⁷⁸ ACAS: *Acas Annual Report and Accounts 2022-2023*, p.36.

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/64b009dffe36e000146fa912/advisory-conciliation-and-arbitration-service-acas-annual-report-and-accounts-2022-to-2023-accessible.pdf> (Accessed: 06.05.2024)

⁷⁹ ACAS: *Acas Annual Report and Accounts 2020-2021*, p.29.

⁸⁰ COLLINS, p.963.

⁸¹ BOOTH, p.5.

⁸² ACAS: *Acas Annual Report and Accounts 2022-2023*, p.23.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1002534/acas-ara-2020-2021-accessible.pdf, (Accessed: 02.07.2023)

⁸³ ACAS: *Acas Annual Report and Accounts 2022-2023*, p.36.

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/64b009dffe36e000146fa912/advisory-conciliation-and-arbitration-service-acas-annual-report-and-accounts-2022-to-2023-accessible.pdf> (Accessed: 06.05.2024)

⁸⁴ ACAS: *Acas Annual Report and Accounts, 2020-2021*, p.15.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1002534/acas-ara-2020-2021-accessible.pdf, (Accessed: 08.07.2023)

⁸⁵ ACAS: *Acas Annual Report and Accounts, 2020-2021*, p.15.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1002534/acas-ara-2020-2021-accessible.pdf, (Accessed: 08.07.2023)

⁸⁶ BOOTH, p.5.

⁸⁷ HEERY, Edmund/NASH, David: *Trade Union Officers and Collective Conciliation a Secondary Analysis*, ACAS, 2011, p.6.

of the parties in the long term⁸⁸. An ILO assessment has emphasised the central importance of ACAS since it has a positive role in resolving CEDs by conducting joint working sessions with both managers and employee representatives⁸⁹.

The conciliation process involves three stages in the UK. Firstly, CC generally starts after a failure by the parties to agree in the internal bargaining process. ACAS can join the resolution procedure at different stages of a dispute. To illustrate, according to the 2016 ACAS Annual Report, in 31% of disputes, ACAS got involved in the resolution process after the parties had started negotiation for 1-3 months, 28% of those from 4-6 months. In only 8% of disputes, ACAS gets involved in the process after one year⁹⁰. On this issue, it might be recommended to the parties not to go to CC too early; instead, they should internally resolve differences. At this stage, it is suggested that the ACAS conciliator should encourage the parties to communicate and then, carry on shifting focus from the dispute in the past to the future of the organization and its employees⁹¹.

Secondly, the process continues with informal discussion, jointly or separately, so that both sides can understand the dispute. The role of the ACAS conciliator is to put key issues in words, to help the parties clarify the issues and loosen their adherence to unreasonable positions⁹². At the same time, the conciliator creates an environment for disputants to consider their options for finding a solution. By contrast, disputants should take ownership of disputes since the involvement of a lawyer might lengthen the process and make resolution more difficult⁹³. Additionally, the direct involvement of parties can obviate difficulties because they are more familiar with the nuance of their disputes than the lawyers and hence, they can reply creatively and quickly to proposals raised by their counterparts.

Thirdly, the conciliator aims to build an agreement and write down the terms of the agreement that needs to be signed by both parties⁹⁴. However, drawing up an agreement is not compulsory for conciliators. The relationship between the parties and the conciliator may continue after finding a solution. For instance, some repeat users, who use conciliation more than once, often build up a relationship with a particular conciliator as a result of the resolution of previous disputes. This might provide several advantages such as building trust with conciliator. In addition, conciliators might be more helpful for future disputes since they have more knowledge about the organization of the company. Additionally, conciliators might want to observe whether parties obey the previous agreement signed or even the conciliator may come into the company to give training on a new procedure that concerns one of the subject matters of past disputes⁹⁵. Nonetheless, where there is a perception that unions are becoming more aggressive and where employers are seen as increasingly disregarding employees' rights, industrial action would ultimately be inevitable⁹⁶. Moreover, where employers seek to bring legal actions against a trade union for an injunction to restrain the industrial action, CC may also not be helpful⁹⁷.

B. Collective Mediation

Collective mediation generally emerges when parties are unwilling to go to arbitration after an unsuccessful conciliation attempt⁹⁸. However, officials of a trade union seem not very clear about the differences between CC and collective mediation⁹⁹. In collective mediation, mediators play a more active role than conciliators by giving recommendations. Therefore, mediation is a more intrusive and active process¹⁰⁰. By contrast, similar to CC, the parties are encouraged to resolve their disputes without coercive actions in collective mediation to resolve CEDs.

ACAS's mediation service constructively helps the group of employers and employees to find solutions for workplace disputes. These disputes generally include, inter alia, procedural deficiencies, misuse of the law, or dismissal of union representatives¹⁰¹. It is evaluated as healthy and generally cooperative by respondents who are the representatives of employees and employers¹⁰². However, mediation is seen as a "halfway house" by employers and trade unions and thus, is not frequently chosen by disputants¹⁰³. For example, between April 2022 and March 2023, ACAS received only 4 mediation requests¹⁰⁴.

⁸⁸ ACAS, *Acas Annual Report and Accounts 2020-2021*, p.15.

⁸⁹ KOUKIADAKI, p.47.

⁹⁰ BOOTH, p.19.

⁹¹ POTOchnik, p.220.

⁹² CLARK, Nick/CONTREPOIS, Sylvie/JEFFERYS, Steve: "Collective and Individual Alternative Dispute Resolution in France and Britain", *The International Journal of Human Resource Management*, 23(3), 2012, p.559.

⁹³ SMITH, Ian/BAKER, Aaron/WARNOCK, Owen: *Employment Law*, 3. edn, Oxford University Press, Oxford, 2017, p.18.

⁹⁴ POTOchnik, p.220.

⁹⁵ MOLLOY, p.27.

⁹⁶ MOLLOY, p.8.

⁹⁷ SMITH, p.18.

⁹⁸ BROWN, Henry/MARRIOTT, Arthur: *ADR: Principals and Practice*, 3. edn, Sweet & Maxwell, London 2011, p.347.

⁹⁹ POTOchnik, p.214.

¹⁰⁰ BOWERS, John: *A Practical Approach to Employment Law*, Oxford Publishing, Oxford, 2009, p.520.

¹⁰¹ POTOchnik, p.214.

¹⁰² ACAS, "Mediation: A Thematic Review of the Acas", ACAS, 2011, p.10.

¹⁰³ POTOchnik, p.211.

¹⁰⁴ ACAS: *Acas Annual Report and Accounts 2022-2023*, p.36.

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/64b009dffe36e000146fa912/advisory-conciliation-and-arbitration-service-acas-annual-report-and-accounts-2022-to-20223-accessible.pdf> (Accessed: 06.05.2024)

At the end of the resolution proceedings, the mediators generally make written recommendations that are not binding for the parties¹⁰⁵. Since the settlement reached is binding in honour only, parties are expected to seriously consider recommendations given by the mediator and are encouraged to accept these offers, but they do not have to follow the recommendations¹⁰⁶. However, if the recommendations turn into a written agreement, and if it is signed, it is binding for the disputants.

C. Collective Arbitration

Collective arbitration is regulated by section 212 of TULRCA stating that where “a trade dispute exists or is apprehended ACAS may, at the request of one or more of the parties to the dispute and with the consent of all the parties to the dispute, refer all or any of the matters to which the dispute relates for settlement to the arbitration of (a) one or more persons appointed by ACAS for that purpose (not being conciliators or employees of ACAS), or (b) the Central Arbitration Committee”. On this basis, this section examines both ACAS’s collective arbitration and the role of the Central Arbitration Committee (CAC) in the resolution of CEDs.

While conciliation and mediation might be considered as a continuation of the bargaining process, arbitration is an acceptance that a further bargaining process is fruitless and hence, a resolution needs to be imposed from outside¹⁰⁷. Thus, UK’s arbitration might be labelled as a voluntary system, and trade unions and employers recognize it as a method of last resort to be used when all other methods, conciliation or mediation are exhausted¹⁰⁸. Nonetheless, ACAS Arbitration is not popular in collective disputes. The reason for this situation is not only that the UK has maintained a voluntarist approach to arbitration but also “the reluctance of the parties to surrender control of their destinies to a third party”¹⁰⁹.

Firstly, ACAS Arbitration is a way parties can apply if there is no agreed procedure for the settlement of disputes or if the agreed procedure has been used but failed under section 212 (2) of TULRCA. Parties can only jointly agree to arbitrate. That is, a party cannot force the other party to arbitrate without a joint agreement. The arbitration is done by a single arbitrator, mutually selected by the parties, and sitting alone¹¹⁰.

ACAS provides free arbitration services, and the process commences with the appointment of an arbitrator by the ACAS. To preserve neutrality, ACAS appoints an arbitrator from a panel of outside experts¹¹¹. The arbitrator asks the parties to explain their cases from their perspectives without interruption and ensures that both parties understand all issues¹¹². The arbitrator examines all documents concerning the case to present the key points of their case as well as answer any question raised by the opposing party¹¹³. During this examination process, reports or recommendations drawn up by the conciliator or mediator would be a reference point. Furthermore, while performing this function, ACAS arbitrators should consider the possibility of disputes being settled by conciliation under section 212(2) of TULRCA. Before deciding on the dispute, the arbitrator can give a chance to the parties to sum up fundamental points. When the arbitrator makes a decision, it is known as “award”, and the written award is sent to ACAS¹¹⁴.

Besides ACAS arbitration, there is a separate body, named the Central Arbitration Committee (CAC). The CAC also, like ACAS, is a body independent from the government but publicly funded¹¹⁵. It adopts a quasi-judicial approach referring to more adversarial and less flexible resolution methods compared to ACAS collective arbitration since they are usually dependent on a pre-determined set of guidelines or criteria to assess the disputes.¹¹⁶ The CAC, like ACAS, initially attempts to conciliate disputes, then, makes a legally binding adjudication where no voluntary settlement can be agreed upon. In other words, the CAC encourages parties to reach their agreement by either providing direct assistance or signposting them to the offices of their colleagues in ACAS¹¹⁷.

The role of the CAC involves the recognition of trade unions and the disclosure of information for collective bargaining¹¹⁸. However, it deals with a small number of cases each year like ACAS Arbitration. For instance, the CAC received 68 applications in 2021 and 57 applications in 2022. Out of the 68 applications received in 2021, 50 were about the recognition of trade disputes. Similarly, out of the 57 applications received in 2022, 46 were also about the same disputes. This indicates that the recognition of

¹⁰⁵ KOUKIADAKI, p.92.

¹⁰⁶ BROWN, p.347.

¹⁰⁷ GENNARD, John: “Voluntary Arbitration: The Unsung Hero”, *Industrial Relation Journal*, 40(4), 2009, p.311.

¹⁰⁸ GENNARD, p.321.

¹⁰⁹ GENNARD, p.322.

¹¹⁰ GENNARD, p.312.

¹¹¹ POTOCHNIK, p.220.

¹¹² ACAS: “Arbitration”, <https://www.acas.org.uk/arbitration>, (Accessed: 24.12.2023).

¹¹³ ACAS: “Arbitration”, <https://www.acas.org.uk/arbitration>, (Accessed: 24.12.2023).

¹¹⁴ CORBY, Susan: *Arbitration in Collective Disputes: A Useful Tool in the Toolbox*, ACAS Publishing, London, 2015, p.24.

¹¹⁵ ACAS, “Acas Annual Report and Accounts 2021-2022”, p.30.

¹¹⁶ TAYLOR, Stephan/EMIR, Astra: *Employment Law: An Introduction*, 5. edn, Oxford University Publishing, Oxford, 2019, p.500.

¹¹⁷ TAYLOR, p.500.

¹¹⁸ CAC, “Annual Report 2020-2021”, p.3,

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1000362/CAC_Annual_Report_2020-21.pdf, (Accessed: 24.12.2023).

¹¹⁹ CLARK, p.103

trade disputes is the most conflicting issue brought to the CAC¹¹⁹. Although it is not frequently used, the users were mainly satisfied with the CAC's service. According to the 2021 CAC report, the majority of the users (85%) rated the CAC's services "good" or "very good"¹²⁰.

The first stage is for the union to request an information from the employer about the dispute. Then, the employer should respond to the request within 10 days. At this stage, an employer can offer conciliation. However, if the employer is not successful in giving a response or refuses the request, the union is entitled to apply to the CAC¹²¹. After the application to the CAC, the CAC's chairman appoints a panel consisting of one member each from the employer's representatives, employee's representatives, and one independent person¹²². Engaging with a lawyer is not recommended not only because it increases the formality of the resolution process but also because no cost can be awarded against a losing party. It performs its function without being obligated to consider precedents set by the other previous panels of the CAC¹²³.

The CAC does not have the power to require any documents or to insist upon any witnesses attending and it does not have the power to punish a party or a witness for contempt.¹²⁴ It usually first considers written representations which are amplified at a formal hearing, normally held in public¹²⁵. Ultimately, the CAC does not have to give reasons for its decisions¹²⁶. Nevertheless, some CAC's features differ from ACAS Arbitration. Firstly, ADR meetings are normally held in a confidential environment, and ADR settlements are not publicly available. In contrast, CAC hearings are typically held in public, and their decisions are published on their website. Secondly, except for rare circumstances, ADR settlements are not subjected to an appeal. By contrast, CAC decisions are subjected to be reviewed by the Administrative Court of the Queen's Bench Division¹²⁷. Therefore, the CAC can be named as a 'quasi-judicial' dispute resolution mechanism.

IV. COMPERATIVE DISCUSSION OF ADR IN COLLECTIVE EMPLOYMENT DISPUTES IN TÜRKİYE AND THE UNITED KINGDOM

International labour standards, aiming to harmonise domestic employment laws, are significant in labour dispute resolution because they are established by considering sui generis structure of employment relations. Therefore, the ILO is recognised as the foremost global institution for employment standards, and its instruments have become critically important.¹²⁸ Therefore, while codifying Law No. 6356, ILO standards have been taken into consideration in Türkiye¹²⁹. When it comes to the UK, as one of the founding members of ILO, it becomes a valued partner by ratifying most ILO Conventions¹³⁰. In this regard, this section analyses ADR in CEDs in both countries by considering relevant ILO criteria regarding effective dispute resolution¹³¹.

The first criterion is "range of services" referring to the variety of ADR methods. In Türkiye, CEDs can be resolved through mediation and arbitration. The mediation process is categorized into ordinary and extraordinary mediation. Parties mainly can apply to ordinary mediation where collective bargaining proceedings are not successful. Extra-ordinary mediation happens either during a strike or the strike is postponed by the President if it has the potential to disrupt the general health or national security. Additionally, the Turkish system yields mandatory arbitration (carried out by the HAB) in case of the impossibility of taking industrial action and offers private arbitration when an arbitration clause is inserted into the CBAs or a separate arbitration agreement is signed.

In contrast, the UK system has the three ADR methods (conciliation, mediation, arbitration) for the resolution of CEDs and these services are predominantly provided by ACAS. In addition to ACAS, the CAC also has a fundamental role in resolving CEDs, particularly in the recognition of trade unions. HAB in Türkiye and the CAC in the UK emerge as quasi-judicial methods. However, both countries fail to offer

¹¹⁹ CAC, "Annual Report 2020-2021", p.2, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1000362/CAC_Annual_Report_2020-21.pdf, (Accessed: 24.12.2023).

¹²⁰ CAC, "Annual Report 2020-2021", p.6, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1000362/CAC_Annual_Report_2020-21.pdf, (Accessed: 24.12.2023).

¹²¹ "Guidance Trade Union Recognition: How to Apply to the CAC" <https://www.gov.uk/guidance/trade-union-recognition-how-to-apply-to-the-cac>, (Accessed: 24.12.2023)

¹²² BOWERS, p.522.

¹²³ TAYLOR, p.500.

¹²⁴ TAYLOR, p.500.

¹²⁵ TAYLOR, p.500.

¹²⁶ BOWERS, p.522.

¹²⁷ BOWERS, p.522. CAC, "Annual Report 2021-2022", p.3.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1090643/CAC_Annual_Report_21-22.pdf, (Accessed: 03.07.2023)

¹²⁸ ILO, Social and Labour Aspects of Economic Development: the ILO's Approach, International Labour Office, Urbana, 1963, p.3.

¹²⁹ SUR, Melda: Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanun'un Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri, 15, 2013, p.255.

¹³⁰ ILO: "United Kingdom ILO Cooperation" 2018, p.1. https://webapps.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---exrel/documents/genericdocument/wcms_344228.pdf (Accessed: 03.05.2024)

¹³¹ ILO, Labour Disputes Systems: Guidelines for Improved Performance, International Training Centre of the International Labour Organization, Turin, 2013, p.30-34.

con-arb¹³² or arb-con¹³³ sequences. The introduction of such mechanisms would be wise, particularly as disputants are facing intense pressure to resolve by a deadline, as in CEDs. It should be added that since mediation might be considered the functional equivalent of conciliation, a lack of conciliation would not constitute a breach of the criterion for Turkish system.

This criterion also requires that ADR services should be simultaneously available that might link to each other. However, mediation and arbitration in Türkiye are not simultaneously available. On the contrary, Türkiye regulates mediation as a pre-condition to apply to the HAB. Conversely, in the UK, parties have the freedom to bypass conciliation and mediation and directly apply to ACAS Arbitration and the CAC, but in practice, arbitration is considered a last resort. Indeed, conciliation is seen as precursor of mediation and arbitration. However, where mediation and conciliation are unsuccessful, the reports drawn by neutral third parties are of still importance in both countries since arbitrators in HAB and ACAS can refer to them in their decisions. Consequently, while the Turkish system critically violates the requirements of the criterion, the UK system partly breaches it.

The second relevant ILO criterion is “voluntarism” requiring the State to establish a system in which parties have the freedom to choose ADR methods. On this issue, the ILO held that compulsory and binding arbitration cannot be imposed by legislation as a replacement for strike action¹³⁴. Nonetheless, where the service is essential, or non-essential but its long interruption might endanger the life, safety or health of the whole or part of the population, some compulsions might be accepted but, even in these scenarios, it must be guided by the values of democratic participation and joint regulation¹³⁵.

Under these explanations, the Turkish legislative framework forces stakeholders to resort their disputes to mediation where parties are unable to reach an agreement in bargaining negotiations, take industrial action or apply to the HAB. Furthermore, the Turkish system has HAB, which comes into stage when it becomes impossible to engage in industrial action. Nonetheless, where parties agree on bringing disputes to private arbitration, they can freely choose a person who acts as arbitrator. Hence, private arbitration would not conflict with voluntarism criteria, unlike mediation and mandatory arbitration.

By contrast, in the UK, ADR methods are freely chosen by disputants, and they are not mandatory steps before taking industrial action or applying the HAB. Due to this difference, while in the arbitration procedures held by ACAS and CAC, arbitrators take into consideration the potential resolution of CEDs through conciliation or mediation, in the HAB’s arbitration, there is no such consideration because mediation must have already been attempted. In UK law, if the issue in dispute falls within the scope of the CAC’s jurisdiction, like other UK’s ADR methods, parties are not forced to bring disputes to the CAC. Hence, while the UK system satisfies the ILO’s voluntarism criterion, the Turkish system is in critical breach of the criterion except for private arbitration.

The last criterion is “professionalism” which prohibits the governments from intervening in resolving CEDs and requires equal representation of parties in the dispute resolution system under the management of a non-governmental body having expertise in the resolution of employment disputes. In Turkish extraordinary mediation, the Minister can either act as a mediator or assign a mediator. Thus, such a system is known as “political mediation”. Furthermore, in Türkiye, one of the circumstances to apply to the HAB is the impossibility of taking industrial action in case of the postponement of the industrial action by the decision of the President. It means that the power of the President may not have a direct role in managing ADR systems but an indirect role in the commencement of ADR methods. Consequently, there is a role of the State in applying to HAB for the resolution of CEDs. Conversely, no such governmental intervention has been found for the UK system.

When it is looked at the structure of the HAB, it consists of members of employers’ and employees’ confederations and academicians, and hence, it can be labelled as a “mixed structure”, aligning with the ILO criteria. However, in Türkiye, the lack of an expert institution in mediation like UK’s ACAS, aiming to strengthen workplace dialogues, consultation, and improved labour management, is the weakness of the system regarding the professionalism criterion. On the other hand, in the UK system, the ACAS and CAC are expert, independent bodies from the government but publicly funded, and play a fundamental role in the resolution of the CEDs without the intervention of the governments. ACAS employs its conciliator for CC, and it appoints arbitrators from a panel of outside experts. Conversely, the CAC’s chairman can assign a panel consisting of one member each from employers’ and employees’ representatives, and one neutral person, similar to Türkiye’s HAB. In addition, the ACAS Council involves the representatives of employees’ and employers’ institutions. Consequently, whereas the Turkish system partly breaches the criterion of ‘professionalism’, UK system satisfies its requirements.

V. CONCLUSION

CEDs can simply be defined as disputes relating to CBAs between employers and employee institutions and these disputes can be resolved through peaceful means. These peaceful methods, is also known ADR methods, might be more advantageous for both parties and industrial relations compared to

¹³² It is a hybrid process providing that where parties unable to reach an agreement at the end of the conciliation meetings, parties can invite the mediator to act as arbitrator to make an award that is binding, or non-binding as agreed by the parties.

¹³³ It is a hybrid process and refers to a process that a neutral third-party make an arbitral award, sealed, and not revealed to the parties unless they cannot reach a settlement at the conciliation.

¹³⁴ GERNIGON, p.27.

¹³⁵ GERNIGON, p.27.

adversarial methods, having possibility to decrease the productivity of the business and to constitute a threat of losing jobs for employees. This is because peaceful resolution methods have ability to eliminate these unwanted consequences.

The ILO might be more functional in norm-creating and rulemaking than nations because it brings together countries with different political, social, and economic systems, and is non-partisan. Therefore, this research takes ILO criteria as a benchmark while assessing ADR systems. On this basis, in the realm of voluntarism, the most notable difference is the levels of compulsory elements in normative ADR provisions. While the Turkish system compels stakeholders to resort their disputes to mediation and arbitration, ADR methods are not mandatory steps to apply the CAC or to take industrial action in the UK.

As for professionalism, the government has roles in extraordinary mediation and the postponement of industrial action, leading to the application of HAB in Türkiye. By contrast, there is no government intervention in resolving CEDs in UK. Nevertheless, HAB, CAC and ACAS align with the professionalism criterion since employee and employer institutions are represented on boards. When it comes to the range of services, both countries provide main ADR methods, but they are not simultaneously available in Turkey, unlike UK. Furthermore, both countries failed to provide hybrid ADR methods. Hence, although the UK is in a relatively better position, both countries are in partial breach.

Ultimately, to align national systems with ILO criteria, Türkiye should eliminate compulsory elements in ADR provisions and ensure that there is no government intervention during dispute resolution. Türkiye should simultaneously offer ADR methods for the resolution of CEDs and start to consider introducing hybrid ADR methods. For these purposes, the UK system might, except for hybrid methods, be an optimum example to consider.

BIBLIOGRAPHY

- ACAS: “Acas Annual Report and Accounts 2022-2023”, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1002534/acas-ara-2020-2021-accessible.pdf, (Accessed: 11.12.2023)
- ADAMS, Zoe/BARNARD, Catherine/DEAKIN, Simon/BUTLIN, Sarah: Deakin and Morris’ Labour Law, Hart Publishing, 2021.
- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/KAPLAN, Tuncay: İş Hukuku, 5.B, Gazi Kitabevi, Ankara, 2012.
- AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BARROW, Charles, Industrial Relations Law, 2.B, Cavendish Publishing, Oxford, 2002.
- BOGG, Alan: The Democratic Aspects of Trade Union Recognition, 1.edn, Hart Publishing, London, 2009.
- BOOTH, Caroline/CLEMENCE, Michael/GARIBAN, Sara: Acas Collective Conciliation Evaluation, ACAS Research Paper, 2016.
- BOWERS, John: A Practical Approach to Employment Law, Oxford Publishing, Oxford, 2009.
- BROWN, Henry/MARRIOTT, Arthur: ADR: Principals and Practices, 3. edn, Sweet & Maxwell, London 2011.
- CAC, “Annual Report 2020-2021”, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1000362/CAC_Annual_Report_2020-21.pdf, (Accessed:24.12.2023).
- CANBOLAT, Talat: “6356 Sayılı Kanun’da Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk” Çalışma ve Toplum, 2014.
- CANİKLİOĞLU, Nürşen: “6356 Sayılı Kanun’a Göre Grev Yasakları ve Grevin Erteleme”, Çalışma ve Toplum, 4, 2013,
- CENTEL, Tankut: Labour Dispute Resolution in Turkey, Springer, Switzerland, 2019.
- CLARK, Nick/ CONTREPOIS, Sylvie/JEFFERYS, Steve: “Collective and Individual Alternative Dispute Resolution in France and Britain”, The International Journal of Human Resource Management, 23(3), 2012.
- COLLINS, Hugh/EWING, Keith/MCCOLGAN, Aileen: Labour Law Text and Materials, Hart Publishing, Cambridge, 2005.
- CORBY, Susan: Arbitration in Collective Disputes: A Useful Tool in the Toolbox, ACAS Publishing, London, 2015.
- DBIS: “Industrial Action and the Law: Citizen’s Right to Prevent Disruption”, 2006. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/245553/06-553-industrial-action-citizen-guidance.pdf, (Accessed: 11.12.2023).
- DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut, İş Hukuku, 13.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- DIX, Gill/BARBER, Sir: “The Changing Face of Work: Insights from Acas”, Employment Relations, 2008.
- EKMEKÇİ, Ömer: Toplu İş Hukuku, 4.B, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- GENNARD, John: “Voluntary Arbitration: The Unsung Hero”, Industrial Relation Journal, 40(4), 2009.
- GERNIGON, Bernard/ODERO, Alberto/GUIDO, Horacio: ILO Principles Concerning the Right to Strike, International Labour Organisation, Geneva, 1998.
- GREINIG, Jay: “Evolution of The Role of Alternative Dispute Resolution in Resolving Employment Disputes”, Dispute Resolution Journal, 71(2), 2016.
- GÜLER, Ekin: “Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Yüksek Hakem Kuruluna Başvurma ve Özel Hakeme Başvurma”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(3), 2015.
- GÜLER, Şerafettin: “Toplu İş Uyuşmazlıklarının Barışçı Yollarla Çözümünde Arabulucu, Görevli Makam ve Yetkili İşçi Sendikasının Fonksiyonları”, Hak-İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 5(13), 2016.
- HEERY, Edmund/NASH, David: Trade Union Officers and Collective Conciliation a Secondary Analysis, ACAS, 2011.
- IDS: Industrial Action, Thompson Reuters, 2021
- ILO: Application of International Labour Standards 2024 Report III (Part A) Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations International Labour Conference 112th Session, 2024 <https://www.ilo.org/resource/conference-paper/application-international-labour-standards-2024> (Accessed: 05.05.2024).
- ILO: Collective Bargaining: A Policy Guide, Geneva, 2015.
- ILO: Collective Dispute Resolution through Conciliation, Mediation and Arbitration: European and ILO Perspectives, Cyprus, 2007.

- ILO, Labour Disputes Systems: Guidelines for Improved Performance, International Training Centre of the International Labour Organization, 2013.
- ILO, Social and Labour Aspects of Economic Development: the ILO's Approach, International Labour Office, Urbana, 1963.
- KOUKIADAKI, Aristeia: Individual and Collective Labour Dispute Settlement Systems: A Comparative Review, ILO, 2020.
- KUTAL, Metin: "Türk Toplu İş Hukukunda Barışçıl Çözüm Yolları" İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 43, 1987.
- Ministry of Labour and Social Security: Labour Statistics, 2022. https://www.csgb.gov.tr/media/93643/calisma-hayati-istatistikleri_2022.pdf (Accessed: 05.02.2024).
- MOLLOY, Donna/LEGARD, Robin/LEWIS, Jane: Resolving Collective Disputes at Work: User Perspectives of Acas Collective Conciliation Services, ACAS, 2003.
- NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3.B, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- ODAMAN, Serkan, "Resmi Arabuluculuk Sistemi ve Uygulamasındaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri" Sicil İş Hukuku, 48, 2022.
- ÖZDEMİR, Eda/ESKİYÖRÜK, Serhat: "İş Hukuku Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi" İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi, 17(67), 2020.
- POTOCNIK, Kristina/CHAUDHRY, Sara/BERNAL-VALENCIA, Marta: "Mediation and Conciliation in Collective Labor Conflicts in the United Kingdom", in EUWEMA, Martin: Mediation in Collective Labor Conflicts, Springer, 2019.
- ŞAHLANAN Fevzi: Toplu İş Hukuku, 1.B, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- SMITH, Ian/BAKER, Aaron/WARNOCK, Owen: Employment Law, 13. edn, Oxford University Press, 2017.
- SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10.B, Turhan Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SUR, Melda: Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanun'un Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri, 15, 2013.
- TAYLOR, Stephan/EMIR, Astra: Employment Law: An Introduction, 15. edn, Oxford University Publishing, 2019.
- TUNCAY, Can/KUTSAL, Burcu: Toplu İş Hukuku, 5.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- TUNCAY, Can/KUTSAL, Burcu: Toplu İş Hukuku, 7.B, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- YAMAN, Erkan: Toplu İş Uyuşmazlıklarında Barışçıl Çözüm Yolları, 1.B, Seçkin Yayıncılık, 2023.
- YÜREKLİ, Sabahattin: "Toplu İş Uyuşmazlıklarında Yüksek Hakem Kurulu Kararları" İMHFD, 5, 2020.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Mustafa NALBANT, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Mustafa NALBANT, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

**ULUSLARARASI ADALET DİVANININ GAMBİYA VS. MYANMAR İHTİYATI
TEDBİR KARARININ DEVLET SORUMLULUĞU AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ****ASSESSMENT OF STATE RESPONSIBILITY IN THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S
DECISION ON PROVISIONAL MEASURES ON GAMBIA VS MYANMAR**Elif UZUN*  & Neslihan ÖZKERİM GÜNER** **Makale Bilgi**Gönderi: 15/05/2024
Kabul : 27/10/2024**Anahtar Kelimeler***Erga Omnes,
Devletin Sorumluluğu,
Soykırım,
Hukuka Aykırı Eylem.***Article Info**Received: 15/05/2024
Accepted: 27/10/2024**Keywords***Erga Omnes,
State Responsibility,
Genocide,
Wrongful Act.***Özet**[10.21492/inuhfd.1484739](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1484739) 

Gambiya, Uluslararası Adalet Divanına 11 Kasım 2019 tarihinde başvurmuş ve Myanmar'ın Devlet organları ve talimatları, yönlendirmesi ve kontrolü sonucunda diğer kişi ve kuruluşlar aracılığıyla Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin ihlal edildiğini iddia etmiştir. İddiasında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından kurulan Fact-Finding Misyonunun 2018 ve 2019 yıllarında hazırladığı raporlarda elde edilen delillere de dayanılmıştır. Gambiya, Sözleşme'ye aykırı fiillerin *erga omnes* nitelikte olduğunu, dolayısıyla başvuru yapma hakkının ve yükümlülüğünün olduğunu belirtmiş; Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca Divanın yargılama yetkisinin olduğunu eklemiştir. Myanmar tarafından Divanın yargılama yetkisi ve Gambiya'nın taraf ehliyetine itiraz edilmiştir. Ancak, Sözleşme'nin 9. maddesine Myanmar'ın çekince koymamış olması ve her iki Devletin de söz konusu Sözleşme'nin tarafı olması nedeniyle, en azından tedbir talebi aşamasında bu itirazlar Divan tarafından yeterli görülmemiştir. Divan Soykırım Sözleşmesi'ni ihlal eden eylemlerin durdurulması ve bu hususta düzenli rapor sunulması yönünde ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Çalışma, Divanın tedbir kararını, Devletin sorumluluğuna ilişkin temel kavramlar bakımından incelemektedir.

Abstract

Gambia applied to the International Court of Justice on 11 November 2019 and claimed that the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide was violated through Myanmar's state organs and other individuals and organizations as a result of Myanmar's instructions, guidance and control. Its claim was also based on evidence obtained in the 2018 and 2019 Reports prepared by the Fact-Finding Mission established by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Gambia stated that it had the right and obligation to make such an application because the acts contrary to the Genocide Convention are of *erga omnes* rules; and added that the Court had jurisdiction in accordance with Article 9 of the Genocide Convention. The jurisdiction of the Court and the standing of the Gambia as a party were objected to by Myanmar. However, since Myanmar did not make a reservation to Article 9 of the Genocide Convention and both states are parties to the Convention, these objections were not deemed sufficient, at least at the stage of requesting provisional measures. An order on provisional measures was given by the Court to stop the actions that violate the Genocide Convention and to submit a regular report on this matter. The study examines the Court's order in terms of the basic concepts of State responsibility.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Prof. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

** Dr. Öğretim Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: UZUN, Elif, ÖZKERİM GÜNER, Neslihan, "Uluslararası Adalet Divanının Gambiya vs. Myanmar İhtiyati Tedbir Kararının Devlet Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi" İnÜHFD, 15(2), 2024, s.335-349. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. **This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

The aim of this article is to analyze the application of the Gambia against Myanmar, alleging Myanmar's violation of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Genocide Convention), in terms of the basic concepts of state responsibility. For this reason, this study is divided into two main parts. The first part summarizes the Gambia's application against Myanmar and the International Court of Justice's (ICJ) order on provisional measures given upon the request. The second part examines the application and the provisional measures order in the light of general rules regarding the responsibility of states for their internationally wrongful acts.

In its application, The Gambia alleged that the Genocide Convention had been violated by Myanmar, by Myanmar state organs, by other individuals and organizations under the direction, guidance, control of Myanmar, and requested the ICJ to declare the wrongfulness of these acts. The acts in violation of the Genocide Convention have been taking place continuously in Myanmar since 2011. Efforts are being made to draw the attention of the international community to the violations of humanitarian law and international human rights in the Kachin, Rakhine and Shan regions of Myanmar. In this regard, a Fact-Finding Mission was established by the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). As a result of the Fact-Finding Mission's reports, both the Genocide Convention and the law of human rights were found to have been violated by Myanmar. In 2018, the Dhaka Organization of Islamic Cooperation (OIC) and member states were expected to take steps in this respect. This was followed by an application by the Gambia to the ICJ.

The Gambia based the Court's jurisdiction on Article 9 of the Genocide Convention. Myanmar first objected to the Court's jurisdiction on the grounds that it had made reservations to Article 8 of the Convention (relating to the jurisdiction of UN organs). However, in the Convention, the authorization of UN organs is dealt with in a separate article and the jurisdiction of the ICJ is stated in another article, and Myanmar had no reservations on Article 9. Therefore, its objection on this point was considered inappropriate.

Myanmar's second objection relates to the Gambia's legal standing. It was discussed that the Gambia could not invoke Myanmar's responsibility in the case of acceptance of acts contrary to the Genocide Convention because it was not a directly injured state. Myanmar stated that if such a claim of responsibility were to be made, it could only be made by Bangladesh, but this was not possible because of Myanmar's reservation to the Genocide Convention. Myanmar also stated that the Gambia had applied to the Court on behalf of the OIC on the basis of the Dhaka Declaration, adding that no state could apply to the Court on behalf of international organizations. In this regard, the Court stated that the acts prohibited by the Genocide Convention are *erga omnes* rules; and noted that the international community has both the right and the obligation to ensure compliance with this Convention for the protection of international public order, referring to its previous decisions (the Case of Senegal v. Belgium). The Court also noted that both states were parties to the Genocide Convention and that there was a dispute between the parties based on Article 2 of the Convention. Finally, the Court issued a provisional measures order based on both the Fact-Finding Mission's reports and the Gambia's allegations.

In the second part of the article, the order of the Court is evaluated in the light of the Draft Articles for State Responsibility (DASR) 2001 prepared by the International Law Commission. According to the DASR, there are two elements for state responsibility: wrongful action and attribution of the action to the state. Since the aim of the institution of responsibility is to maintain international public order, damage is not considered an element in asserting responsibility. Damage is important in the consequences of international responsibility, at the stage of compensation.

As a rule, claiming international responsibility must be made by the state affected by the wrongful act directly. The exception to this rule is the compulsory rules of international law, and the compulsory rules of international law are *erga omnes*. Acts against to the Genocide Convention are unquestionably considered *erga omnes*. Therefore, it is both the right and the obligation of the entire international community to claim responsibility for acts against to international law arising from the Genocide Convention. As a result, the assessment that Myanmar's objection to the Gambia's application should be considered inappropriate is appropriate.

I. GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Gambiya tarafından Myanmar aleyhine yapılan 11 Kasım 2019 tarihli başvuruda¹, özetle, Myanmar'ın Devlet organları ve görevlileri ile Myanmar'ın talimatları, yönlendirmesi ve kontrolü altında hareket eden diğer kişi ve kuruluşlar aracılığıyla Soykırım Sözleşmesi'nin² (SS) ihlal edildiği iddia edilmiştir³.

Daha önce Burma olarak anılan Myanmar Güneydoğu Asya'da, Tayland, Laos, Çin, Hindistan ve Bangladeş'e komşu bir ülkedir. Çok etnili ve dinli nüfusta Budistler baskın konumdadır ve Gambiya'nın başvurusunda iddia edilen olayların mağduru, Myanmar'ın Rakhine (eski adıyla Arakan) eyaletinde yaşayan Müslüman Rohingyalardır. Uzun yıllar süren iç savaşın tarafı olan Rohingyalar zaman zaman kitlesel göç etmek zorunda kalmış ve kendi yurtlarında pek çok temel hak ve özgürlüklerinden mahrum kalmışlardır⁴. Gambiya'nın başvurusuna neden olan son olaylar 9 Ekim 2016'da başlamıştır. Daha sonra Arakan Rohingya Kurtuluş Ordusu alan grubun kolluk güçlerine saldırısını takiben başlayan operasyonlarda Rohingyalara ait köyler yakılmış, binlerce Müslüman öldürülmüş, yüzlerce kız çocuğu ve kadına tecavüz edilmiş, çok sayıda ağır işkence ve kötü muamele olayı yaşanmış, 750.000 civarında insan Rakhine eyaletinden Myanmar içine ve diğer ülkelere kaçmak zorunda kalmıştır. 2017 yılı itibarıyla Bangladeş 1 milyon civarında Rohingya grubu mensubuna ev sahipliği yaparken, Myanmar içinde yerinden edilmiş 130.000 civarında insanın yanında, farklı ülkelere 1 milyona yakın Rakhineli sığınmacı bulunmaktadır⁵.

Gambiya söz konusu başvurusunda ileri sürdüğü iddiaya bağlı olarak Divanın Myanmar'ın SS'yi ihlal eden eylemlerinin tespitine ve Myanmar'ın SS'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesine karar vermesini⁶, ayrıca bu eylemlerin durdurulması yönünde bir ihtiyati tedbir kararı almasını talep etmiştir⁷.

Başvuruya Myanmar tarafından hem Divanın yargılama yetkisi hem de Gambiya'nın taraf ehliyeti bakımından itiraz edilmiştir. Divan, davanın esasına girmeden SS'yi ihlal eden eylemlerin durdurulması, önlenmesi ve bu hususta düzenli rapor sunulması yönünde ihtiyati tedbir kararı vermiştir⁸.

Bu çalışma, Divanın tedbir kararını, Devletin sorumluluğuna ilişkin temel kavramlar bakımından incelemektedir. Bu nedenle çalışma iki ana bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde Gambiya'nın başvurusu ile Divanın ihtiyati tedbir kararı özetlenerek, yargılama yetkisi ile Gambiya'nın taraf ehliyeti itirazlarına ilişkin değerlendirmelerine yer verilecektir. İkinci bölümdeyse çalışmaya konu başvuru ve ihtiyati tedbir kararı uluslararası hukuka aykırı eylemleri nedeniyle Devletlerin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar ışığında irdelenecektir.

II. GAMBİYA v MYANMAR İHTİYATİ TEDBİR KARARININ ÖZETİ

Gambiya, UAD'ye Myanmar aleyhine yaptığı 11 Kasım 2019 tarihli başvurusunda, çeşitli delillerle desteklediği bazı iddialarda bulunmuştur. Buna göre Myanmar; Devlet organları, Devlet görevlileri ve Myanmar'ın talimatları doğrultusunda veya Myanmar'ın yönlendirmesi ve kontrolü altında hareket eden diğer kişi ve kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen eylemler sebebiyle SS kapsamındaki yükümlülüklerinin ihlalden sorumludur. Gambiya'ya göre Myanmar SS'nin özellikle şu maddelerinden sorumludur:

- 3(a) - soykırım işlemek;
- 3(b) - soykırım işlemek için tertip hazırlamak;
- 3(c) - soykırım işlemek için doğrudan ve alenen kışkırtmak;
- 3(d) - soykırım işlemeye teşebbüs etmek;
- 3(e) - soykırıma suç ortaklığı yapmak;
- 1 - soykırımı önlememek;
- 1, 4 ve 6 - soykırımı cezalandırmamak;
- 5. - SS hükümlerine işlerlik kazandırmak için ve soykırımdan veya 3. maddede sayılan eylemlerden suçlu bulunan kişilere etkili cezalar sağlamak için gerekli mevzuatı çıkarmamak⁹.

Gambiya Divandan, başvurunun esasına yönelik olarak, özetle şu taleplerde bulunmuştur¹⁰:

¹ ICJ, Application of the Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Gambia v Myanmar) (Pending), General List No.178, 2019, <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20191111-APP-01-00-EN.pdf> (Erişim: 15.10.2024).

² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951), 78 UNTS 277.

³ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), prg.111.

⁴ Tarihsel bilgi için bkz. YILDIRIM, Yasin, "Myanmar'daki İnsan Hakları İhlalleri ve Rohingyalara Yönelik Baskıların Sonlanmasında Uluslararası Toplumun Rolü", Güvenlik Çalışmaları Dergisi 21(1), 2019, s.36-39; WARE, Anthony/LAUTIDES Costas: Myanmar's 'Rohingya' Conflict, Oxford University Press, New York 2018, s.14-18; URAZ, Onur: "Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme", Uluslararası Suçlar ve Tarih, 22, 2021, s.44-50.

⁵ URAZ, s.50-52; UDDIN, Nasir: "Introduction: The Rohingya Crisis—Unfolding Some Issues and Concerns" in Uddin, Nasir (ed.): The Rohingya Crisis, Sage Publications, Los Angeles 2022, s.5-6; WARE/LAUTIDES, s.49-59.

⁶ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), prg.112.

⁷ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), prg.132.

⁸ ICJ, Application of the Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (Gambia v Myanmar) (Request for the Indication of Provisional Measures: Order), 2020, ICJ Rep 3.

⁹ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), prg.111.

¹⁰ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), prg.112.

- Myanmar'ın SS kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğine ve ihlal etmeye devam ettiğine karar verilmesi;
- Myanmar'ın devam etmekte olan bu tür uluslararası hukuka aykırı eylemlere son vermesi ve SS kapsamındaki yükümlülüklerine tam olarak uyması gerektiğine karar verilmesi;
- Myanmar'ın soykırım suçu işleyen kişilerin uluslararası bir ceza mahkemesi de dahil olmak üzere yetkili bir mahkeme tarafından cezalandırılmasını sağlaması gerektiğine karar verilmesi;
- Zorla yerlerinden edilen Rohingyaların güvenli ve onurlu bir şekilde geri dönüşlerine izin verilmesi, tam vatandaşlık haklarına ve insan haklarına saygı gösterilmesi ve SS 1. madde kapsamındaki soykırımı önleme yükümlülüğüyle tutarlı olarak ayrımcılık, zulüm ve diğer ilgili eylemlere karşı korunması; Myanmar'ın, Rohingya grubunun üyesi olan soykırım eylemlerinin mağdurlarının yararına tazminat yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğine karar verilmesi;
- Myanmar'ın, SS kapsamındaki ihlallerinin tekrarlanmayacağına dair güvence sunması gerektiğine karar verilmesi.

Gambiya bu taleplerine bağlı olarak Divandan Myanmar'ın aşağıda sayılan yükümlülüklerine işaret eden bir tedbir kararı almasını talep etmiştir¹¹:

- (a) Myanmar, SS'deki taahhüdüne uygun olarak, Rohingya grubu üyelerine karşı ihlal teşkil eden fiillerin (yargısız infazlar veya fiziksel taciz; tecavüz veya diğer cinsel şiddet biçimleri; evlerin veya köylerin yakılması; toprakların ve hayvanların yok edilmesi, gıda ve diğer yaşam ihtiyaçlarından mahrum bırakma veya Rohingya grubunun tamamen veya kısmen fiziksel olarak yok edilmesine yol açacak şekilde tasarlanan yaşam koşullarının dayatılması) işlenmesini ve soykırım suçu teşkil eden veya bu suça katkıda bulunan tüm fiilleri önlemek için gücü dâhilindeki tüm tedbirleri derhal almalıdır;
- (b) Myanmar, kendisi tarafından yönlendirilebilecek veya desteklenebilecek herhangi bir askerî, paramiliter veya düzensiz silahlı birimin yanı sıra kendi kontrolüne, yönlendirmesine veya etkisine tabi olabilecek herhangi bir kuruluşun ve kişinin de SS'nin ihlali teşkil eden herhangi bir eylemde bulunmamasını sağlamalıdır;
- (c) Myanmar Başvuruda açıklanan olaylarla ilgili hiçbir kanıtı yok etmemeli veya erişilemez hale getirmemelidir;
- (d) Myanmar ve Gambiya, başvurunun konusu olan mevcut ihtilafı ağırlaştıracak veya genişletecek ya da çözümünü zorlaştıracak herhangi bir eylemde bulunmamalıdır; ve
- (e) Myanmar ve Gambiya, bu ihtiyati tedbir kararının yürürlüğe girmesi için alınan tüm tedbirler hakkında, kararın verilmesinden itibaren en geç dört ay içinde Divana bir rapor sunmalıdır.

Divan, 23 Ocak 2020 tarihinde İhtiyati Tedbirlere ilişkin vermiş olduğu ara kararında, yargı yetkisine ve Gambiya'nın başvuru statüsüne ilişkin karar da vermiştir. En baştan söylemek gerekiyor ki, bizzat Divanın da belirttiği¹² ve karara ayık oy yazısı ve beyan ekleyen yargıçların vurguladığı¹³ gibi, bu kararlar ne kabul edilebilirliğe ne de davanın esasına ilişkin kesin kararlardır. Divan bu kararları, sadece ihtiyati tedbir talebi sebebiyle vermiştir.

A. Uluslararası Adalet Divanının Yargı Yetkisi Sorunu

Başvuru Gambiya, Divanın yargı yetkisini SS md. 9'a dayandırmıştır. Anılan maddeye göre: "Sözleşmeciler Devletler arasında, bu Sözleşme'nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya Üçüncü maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir Devletin sorumluluğuyla ilgili olarak çıkan uyuşmazlıklar, uyuşmazlığın taraflarından birinin talebi üzerine Uluslararası Adalet Divanı önüne götürülür."

Nitekim gerek Gambiya gerekse Myanmar SS'nin tarafıdır. Divan, her iki Devletin de 9. maddeye çekince ileri sürmeksizin taraf olduğunu beyan ederek, bu konuda daha fazla bir tartışma yürütmemiştir¹⁴. Divanın asıl olarak üzerinde durduğu konu, Myanmar'ın yargı itiraz gerekçesidir. Bunlardan biri Myanmar'ın SS'nin 8. maddesine koyduğu çekince sebebiyle Divanın yargı yetkisinin bulunmadığı¹⁵, diğeryse Gambiya ile Myanmar arasında gerçek bir ihtilaf bulunmaması nedeniyle yargı yetkisinin bulunmadığıdır¹⁶.

Myanmar'ın ilk itirazının temelinde yer alan SS'nin 8. maddesi şu şekildedir:

"Sözleşmeciler Devletlerden herhangi biri, Birleşmiş Milletlerin yetkili organlarından, soykırım fiillerinin veya Üçüncü maddede belirtilen herhangi bir fiilin önlenmesi ve sona erdirilmesi için, Birleşmiş Milletler Şartı'na göre uygun gördükleri şekilde harekete geçmesini isteyebilir."

Divan, 8. maddeye çekince ileri sürmüş olmanın bu davalayla, yani esasında Divanla ve Divanın yargı yetkisiyle ilişkisi olmadığını belirtir. Divana göre, SS md. 8'de yer alan 'Birleşmiş Milletler'in yetkili organları' terimlerinin geniş kapsamlı olmasına ve Divanı da uygulama alanı içine alacak şekilde yorumlanabilmesine rağmen, 8. maddede kullanılan diğer terimler farklı bir yoruma işaret etmektedir.

¹¹ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), prg.132.

¹² ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.85.

¹³ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures) Separate Opinion of Vice-President Xue, prg.12; ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), Declaration of Judge Ad Hoc Kress, prg.6-7.

¹⁴ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.16-19.

¹⁵ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.32.

¹⁶ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.23.

Divanın özellikle belirttiği husus, bu hükmün, herhangi bir sözleşmecî Devletin Birleşmiş Milletler'in (BM) yetkili organlarını soykırım eylemlerinin önlenmesi ve bastırılması için 'uygun' gördükleri şekilde 'harekete geçme'lerini 'isteme' olasılığını ele alıyor olmasıdır. Bu hüküm, SS'ye taraf Devletler arasındaki anlaşmazlıkların, karara bağlanmak üzere Divana sunulmasına atıfta bulunmamaktadır. Taraf Devletler arasındaki anlaşmazlıkların, karara bağlanmak üzere Divana sunulması meselesi, Myanmar'ın herhangi bir çekince koymadığı 9. maddede özel olarak ele alınan bir konudur. Dolayısıyla, 8. ve 9. maddelerinin farklı uygulama alanlarına sahip olduğu söylenebilir. Mevcut davada Divanın yetkisiyle ilgili olan, yalnızca 9. maddedir¹⁷.

Myanmar'ın, Gambiya ile Myanmar arasında, SS md. 9. kapsamında bir uyuşmazlığın bulunmadığı iddiası bakımından Divan, maddede yer aldığı şekliyle taraflar arasında "Sözleşme'nin yorumlanması, uygulanması veya yerine getirilmesi ve ayrıca soykırım fiillerinden veya üçüncü maddede belirtilen fiillerin herhangi birinden bir Devletin sorumluluğuyla ilgili" bir uyuşmazlık olup olmadığına bakmıştır. Böyle bir uyuşmazlığın tespiti için Divan, özellikle taraflar arasında teati edilen her türlü beyan ve belgenin yanı sıra çok taraflı ortamlarda yapılan teatileri de dikkate aldığını belirtir. Tarafların BM bünyesindeki çalışmalarındaki beyanlarına atıfta Divan, tarafların beyanlarının, Rakhine Eyaleti'nde Rohingya'larla ilgili olarak meydana geldiği iddia edilen olaylara ilişkin görüş ayrılıklarının varlığına işaret etmektedir. Divana göre hukuki ya da olgusal bir mesele üzerindeki anlaşmazlığın, hukuki görüş ya da çıkarların çatışmasının ya da bir tarafın iddiasına diğer tarafın bir şekilde karşı çıkmasının mutlaka açıkça ifade edilmesi gerekmemektedir. Bir tarafın pozisyonu ya da tutumu, o tarafın iddia edilen görüşü ne olursa olsun, çıkarım yoluyla tespit edilebilecektir¹⁸. Bunun yanında Divan Gambiya'nın 11 Ekim 2019 tarihli notasını da dikkate almıştır. Notada Gambiya, Myanmar'ın SS ve uluslararası örf âdet hukuku kapsamındaki yükümlülüklerini sürekli olarak ihlal ettiğini ve Myanmar'ın bu yükümlülükleri uymak için gerekli tüm adımları atmasında ısrar ettiğini ifade etmiştir. Divana göre, bu nota Gambiya'nın Myanmar'ın görüşlerine, özellikle de Myanmar'ın Sözleşme kapsamındaki sorumluluğunu inkâr etmesine karşı olduğunu belirttiğine kanaat getirmiştir. Notanın atıf yaptığı raporda yer alan iddiaların ciddiyeti ışığında Divan, Myanmar tarafından notaya cevap verilmemesinin Taraflar arasında bir ihtilafın varlığının bir başka göstergesi olabileceğini düşünmüştür zira bir ihtilafın varlığı, cevap verilmesi gereken durumlarda bir Devletin bir iddiaya cevap vermemesinden çıkarılabilecektir¹⁹. Divan bu gerekçelerle, taraflar arasında, SS md. 9 kapsamında bir ihtilafın bulunduğu karar vermiştir²⁰.

B. Gambiya'nın Başvuru Ehliyeti Sorunu

Divan ele aldığımız kararda uluslararası hukuk açısından hayli önemli bir konuda daha karar vermiştir. Bu, Gambiya'nın, iddia edilen olaylara dayanarak başvuruda bulunma hakkının bulunup bulunmadığı sorundur. Ancak unutulmaması gereken nokta, burada başvurudan kastın esastan incelemeye geçme aşaması olarak kabul edilebilirlik anlamına değil, ihtiyati tedbir talebinde bulunma anlamına geldiğidir.

Myanmar, SS kapsamındaki bazı yükümlülüklerin *erga omnes partes* niteliği nedeniyle, Myanmar'ın bu yükümlülükleri uymasında Gambiya'nın menfaati olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte Myanmar, Gambiya'nın, Myanmar'ın SS'yi ihlal ettiği iddiasıyla ilgili olarak, söz konusu ihlal iddialarından özel olarak etkilenmesizin Divan nezdinde dava açma kapasitesine sahip olduğuna itiraz etmiştir. Myanmar, başka bir Devletin sorumluluğuna başvurup başvurmayaacağına ve nihayetinde nasıl başvuracağına karar vermenin zarar gören Devletin hakkı olduğunu ve zarar görmeyen Devletlerin bu tür bir sorumluluğa başvurma hakkının ikincil mahiyette olduğunu savunmuştur. Myanmar, başvurunun konusunu oluşturan olaylardan özel olarak etkilenen Devlet olarak Bangladeş'in Myanmar'ın sorumluluğuna başvurma hakkına sahip Devlet olacağını, ancak Bangladeş'in SS md. 9'la ilgili olarak yaptığı beyan ışığında bunu yapmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür²¹. Divan, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'ne Konulan Çekincelere İlişkin Danışma Görüşü'ne atıf yapmıştır. Buna göre²²,

"böyle bir sözleşmede, sözleşmecî Devletlerin kendilerine ait herhangi bir menfaatleri yoktur; sadece, hep birlikte, ortak bir menfaatleri vardır, yani sözleşmenin varlık nedeni olan yüksek amaçların gerçekleştirilmesi. Sonuç olarak, bu tür bir sözleşmede Devletler için bireysel avantaj veya dezavantajlardan ya da haklar ve görevler arasında sözleşmeye dayalı mükemmel bir dengenin korunmasından söz edilemez. Sözleşme'ye ilham veren yüksek idealler, tarafların ortak iradesi sayesinde, tüm hükümlerinin temelini ve ölçüsünü oluşturur."

Divana göre, SS'ye taraf olan tüm Devletler, ortak değerleri ışığında, soykırım eylemlerinin önlenmesini ve bu eylemlerin gerçekleşmesi halinde faillerinin cezasız kalmamasını sağlamak konusunda ortak bir çıkar sahiptir. Bu ortak çıkar, söz konusu yükümlülüklerin herhangi bir taraf Devlet tarafından Sözleşme'ye taraf olan diğer tüm Devletlere karşı borçlu olduğu anlamına gelmektedir. Kovuşturma veya İade Etme Yükümlülüğüne İlişkin Sorular davasındaki kararına²³ atıf yapan Divan, bu kararda, İşkenceye

¹⁷ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.32-33.

¹⁸ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.26-27.

¹⁹ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.28.

²⁰ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.31.

²¹ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.39.

²² ICJ, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Case (Advisory Opinion), 1951, ICJ Rep 15,23.

²³ ICJ, Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal) (Judgment), 2012, Rep.422.

Karşı Sözleşme’deki²⁴ ilgili hükümlerin SS’dekilere ‘benzer’ olduğuna karar verildiğini hatırlatır. Divan bu kararda, bu hükümlerin her bir taraf Devletin herhangi bir davada bunlara uymakta menfaati olması anlamında ‘*erga omnes partes* yükümlülükler’ olarak tanımlanabilecek yükümlülükler yarattığına karar vermiştir. Divana göre buradan, sadece özel olarak etkilenen bir Devletin değil, SS’ye taraf olan herhangi bir Devletin de, *erga omnes partes* yükümlülüklerine uymadığı iddiasının tespit edilmesi ve bu ihlalin sona erdirilmesi amacıyla başka bir taraf Devletin sorumluluğuna başvurabileceği sonucu çıkmaktadır²⁵. Dolayısıyla Gambiya’nın mevcut vakıalar çerçevesinde Myanmar’a karşı Divana başvuru yapma yetkisi bulunmaktadır²⁶.

Divan, ara kararında, bazı ihtiyati tedbirlere oybirliğiyle karar vermiştir. Buna göre²⁷:

- (1) Myanmar, SS kapsamındaki yükümlülüklerine uygun olarak, topraklarındaki Rohingya grubunun üyeleriyle ilgili olarak, Sözleşme’nin 2. maddesi kapsamına giren tüm fiillerin, bilhassa da aşağıda sayılan fiillerin işlenmesini önlemek için yetkisi dahilindeki tüm önlemleri alacaktır:
 - (a) grubun üyelerini öldürmek;
 - (b) grubun üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar vermek;
 - (c) grubun fiziksel olarak tamamen veya kısmen yok olmasına yol açacak yaşam koşullarını kasten dayatmak; ve
 - (d) grup içinde doğumları önlemeye yönelik tedbirler almak.
- (2) Myanmar, topraklarında bulunan Rohingya grubunun üyeleriyle ilgili olarak, ordusunun yanı sıra, onun tarafından yönlendirilebilecek veya desteklenebilecek herhangi bir düzensiz silahlı birliğin ve onun kontrolüne, yönlendirmesine veya etkisine tabi olabilecek herhangi bir kuruluşun ve kişinin yukarıdaki (1). fıkrada tanımlanan herhangi bir eylemde bulunmamasını veya soykırım işlemek için tertip düzenlememesini, soykırım işlemek için doğrudan ve alenen kışkırtmamasını, soykırım işlemeye teşebbüs etmemesini veya soykırımda suç ortaklığı yapmamasını sağlayacaktır.
- (3) Myanmar, SS’nin 2. maddesi kapsamındaki eylemlere ilişkin iddialarla ilgili delillerin yok edilmesini önlemek ve korunmasını sağlamak için etkili tedbirler alacaktır.
- (4) Myanmar, bu Kararın yürürlüğe girmesi için alınan tüm tedbirler hakkında, Karar tarihinden itibaren dört ay içinde ve daha sonra Divan tarafından dava hakkında nihai bir karar verilmeye kadar her altı ayda bir Divana bir rapor sunacaktır.

Bu karar oybirliğiyle verildiyse de başkan yardımcısı Xue Hanqin ayrık oy yazısıyla çoğunluğun gerekçelerine dair bazı farklı görüşler ileri sürmüştür. Yargıcın²⁸ özellikle bir ifadesi bu çalışmanın odaklandığı hususlar bakımından önem arz etmektedir. Yargıca göre, Myanmar’ın Gambiya’nın başvuru statüsüyle ilgili olarak dayandığı argümanlar, Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından kodifiye edildiği şekilde Devletin sorumluluğuna ilişkin mevcut uluslararası hukuk kurallarını, yani *lex lata*’yı yansıtmaktadır. Bu kurallara uyarınca, Devlet sorumluluğuna ilişkin kurallar çerçevesinde, Divan nezdinde bir Devletin sorumluluğunu gündeme getirme hakkına sahip olan Devlet, iddia edilen ihlallerden özel olarak etkilenen, zarar gören Devlettir. Yargıç Xue, Divanın bu kararda benimsediği tutumun, UHK’nin Devletin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri’nin²⁹ zarar gören Devlet haricindeki bir Devlet tarafından sorumluluk iddiasında bulunulmasına ilişkin 48. maddesini sinamaya tabi tutacağını söyleyerek şöyle devam etmektedir: “Sözleşme’nin bu istenmeyen yorumunun uygulamada ne kadar ileri gidebileceğini göreceğiz zira genel uluslararası hukuk ve Devlet uygulamaları üzerindeki yansımaları muhtemelen bu somut davanın çok ötesine uzanacaktır”³⁰.

III. ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRI EYLEMLERİNDEN DOLAYI DEVLETİN SORUMLULUĞU

Hak sahibi ya da yükümlülüğü olan hukuk kişinin hakkı yerine getirmemesi ya da yükümlülüğü ihlal etmesi durumunda zorunlu olarak sorumluluk doğmaktadır³¹. 1953 yılında BM Genel Kurulu tarafından alınan kararda uluslararası barışın sürdürülmesi amacıyla Devletlerin sorumluluğuna ilişkin ilkelerin kodifiye edilmesi gerektiğine karar verilmiştir³². Uzun süren çalışmaların ardından 2001 yılında nihai metin kabul edilmiştir³³. Bu çalışma henüz sözleşme niteliği kazanmamış olsa da Taslak Maddeler’deki düzenlemeler Devletlerin sorumluluğuna ilişkin genel düzenlemelerdir³⁴.

²⁴ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987), 1465 UNTS 85.

²⁵ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.41.

²⁶ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.42.

²⁷ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), prg.86.

²⁸ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Provisional Measures), Separate Opinion of Vice-President Xue.

²⁹ ILC, “Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts” (“Draft Articles”), UN Doc. A/RES/56/83 (2001), 53 UN GAOR Supp.(No.10)43, Supp.(No.10)A/56/10 (IV.E.1). Türkçe çeviri için bkz. ERKİNER, Hakan Hakkı: Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul 2010, s.307.

³⁰ ICJ, Application (Gambia v Myanmar), (Request for the Indication of Provisional Measures: Order), Separate Opinion of Vice-President Xue, prg.8.

³¹ UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.5.

³² UNGA 72: A/RES/799 (VIII), (7 December 1953).

³³ ILC, “Draft articles”.

³⁴ SUCHARITKUL, Sompong: “State Responsibility and International Liability Under International Law”, Loyola of Los Angeles Int’l. & Comp. LJ, 18, 1996, s.832.

odaklanılmıştır⁴⁶.

Giderim yükümlülüğüne bir örf âdet hukuku kuralıdır⁴⁷. Zarar veren Devletin zararı telafi etmesi gerekir⁴⁸. Giderimde ilk olarak, mümkünse, eski hale getirme sağlanmalıdır. Özellikle emredici hukuk kurallarının ihlalinde bu husus önemlidir. Bu kuralların ihlali şarta bağlı olmaksızın objektif olarak hukuka aykırı olacaktır. Bunun nedeni uluslararası toplumu koruma ihtiyacıdır. İhlal ve giderimin uyumu bir bütün olarak uluslararası toplumla ilgili görülmektedir. Özellikle saldırı, soykırım, ciddi insan hakları ihlalleri öncelikle eski hale getirmeyi gerektirir. Zararın parasal olarak giderimi ikinci plandadır. Ancak soykırım ve insan hakları ihlallerinin belli bir seviyeye ulaşması ve eski hale getirmenin mümkün olmaması durumunda tazminat ya da tatmin seçenekleri uygulanabilir⁴⁹.

A. Uluslararası Hukuka Aykırı Eylem

Devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğmasının birinci koşulu uluslararası hukuka aykırı bir eylemin varlığıdır⁵⁰. Bu koşulun sağlanması için öncelikle eylem olmalı; ikinci olarak da eylem uluslararası bir kurala aykırılık oluşturulmalıdır. Eylem, Devletin yapma ya da kaçınma şeklindeki eylemlerinin birleşiminden doğabilir⁵¹. Eylemden genellikle yapma eylemi anlaşılmaktadır. Ancak uluslararası uyumsuzluklarda genellikle sorumluluk doğuran eylem kaçınma eylemlerinden, yani Devletin yapması gereken eylemi yapmamasından doğmaktadır⁵². Bu eylemler bir kere yapılmakla biten ya da süreklilik arz eden eylemler olabileceği gibi⁵³ birden çok eylemin bir araya gelmesiyle oluşan bileşik eylemler de olabilir⁵⁴. SS md. 2'ye göre soykırım eyleminin oluşması için birden çok eylem bir araya gelmelidir. Hukuka aykırı eylemin oluşmasının diğer unsuruysa Devletin bir uluslararası yükümlülüğünün olmasıdır⁵⁵. Yukarıda bahsedildiği gibi uluslararası yükümlülüğün kaynağının ne olduğu, sorumluluğun doğması açısından önem taşımaz; önemli olan sorumluluğuna gidilecek Devletin, eylemin gerçekleştiği anda o uluslararası yükümlülükle bağlı olmasıdır⁵⁶. Ancak uluslararası sorumluluğun kaynakları arasındaki hiyerarşik ilişkiye bakılabilir. Soykırım eylemi özel olarak SS'de düzenlenmiş olmakla birlikte uluslararası hukuk kaynaklarının hiyerarşik ilişkisinde uluslararası hukukun emredici kuralları ve *erga omnes* nitelikli kuralların en üstte yer aldığı ve soykırım yasağının bu nitelikte olduğu tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir⁵⁷. Nitekim *Barcelona Traction* Davasında UAD uluslararası emredici hükümlerden kaynaklanan yükümlülüğü diğer yükümlülüklerden ayırmıştır⁵⁸. Devletlerin uluslararası toplumun geneline karşı olan yükümlülükleri ile devletlerin başka devletlere karşı olan ve diplomatik koruma çevresinde değerlendirilecek yükümlülükleri arasında temel bir ayırım yapılmalıdır. Doğaları itibarıyla ilk yükümlükler tüm devletleri ilgilendirir, bu hakların öneminden ötürü bütün devletlerin bu hakların korunuyor olmasından hukuki menfaatleri olduğu kabul edilebilir, bundan kaynaklanan yükümlülükler *erga omnes* yükümlülüklerdir⁵⁹.

Myanmar, SS'yi 30 Aralık 1949 tarihinde imzalamış, 14 Mart 1956 tarihinde onaylamıştır. Sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda UAD'nin yetkili olacağını düzenleyen 9. maddeye Myanmar tarafından herhangi bir çekince konulmamıştır⁶⁰. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) tarafından kurulan Misyona inceleme ve değerlendirme raporlarında, Myanmar tarafından sivil halka yönelik yapılan davranışların soykırım eylemini oluşturduğu belirtilmiştir⁶¹. Divanın Gambiya'nın başvurusuna karşı ilk itirazlar kapsamında verdiği kararda da OHCHR tarafından kurulan⁶² bağımsız Misyona 2018 ve 2019 yıllarında Myanmar'daki olaylara ilişkin hazırladığı raporlara ve bu raporlardaki soykırım eylemine ilişkin tespit ve Devletlerin sorumluluğuna ilişkin belirtilen ifadeler yer verilmiştir⁶³.

⁴⁶ UZUN, s.95.

⁴⁷ ERTUĞRUL, s.62.

⁴⁸ ILC, "Draft articles", Art 31.

⁴⁹ ERKİNER, s.202-203.

⁵⁰ ILC, "Draft articles", Art 1.

⁵¹ UZUN, s.37.

⁵² UZUN, s.38.

⁵³ ILC, "Draft articles", Art.14.

⁵⁴ ILC, "Draft articles", Art.15.

⁵⁵ ILC, "Draft articles", Art.12.

⁵⁶ COUVREUR, s.211; UZUN, s.42-43; ILC, "Draft articles", Art 12 ve 13.

⁵⁷ NOVINEC, Simona: State Responsibility for Genocide: ICJ Ruling in Bosnia and Herzegovina's Genocide Case, University of Ljubljana, Faculty of Social Sciences, Undergraduate Thesis, 2011, s.25-36; MILANOVIC, Marko: "State Responsibility for Genocide" The European Journal of International Law, 17(3), 2006, s.563-564; UKABIALA, Nawi/PICKARD, Duncan/YAMAMOTO, Alyssa: "Erga Omnes Parties before the International Court of Justice: From Standing to Judgment on the Merits", ILSA Journal of International and Comparative Law, 27(2), 2021, s.239.

⁵⁸ Barcelona Traction Davası, (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited), 1970, s.32; PİRİM, s.72.

⁵⁹ ERKİNER, s.279.

⁶⁰ BECKER, Michael: "The Situation of the Rohingya: Is There a Role for the International Court of Justice?", University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series:2-3, Paper No:25, 2019; GUNAWAN, Yordan/WHISLER REFISYANTI, Sonya/MUFIDA, Aliza/TAKARUB, Kuku Derajat/NUR, Aisah: "Jurisdiction of International Court of Justice (ICJ) Over the Genocide Violations: with Special References to Rohingya Case", Fiat Justitia: Jurnal Ilmu Hukum, 14(4), 2020, s.327.

⁶¹ OHCHR, "Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar", (12 September 2018), UN Doc A/HRC/39/64; OHCHR, "Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar", (5 August 2019), UN Doc A/HRC/42/CRP.3.

⁶² OHCHR, "Resolution adopted by the Human Rights Council on 24 March 2017", (3 April 2017), UN Doc A/HRC/RES/34/22.

⁶³ ICJ, Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Preliminary Objections: Judgment), 2022, ICJ Rep 477, prg.54-77.

Misyon, görevi gereği 2011'den bu yana Kachin, Rakhine ve Shan eyaletlerindeki duruma odaklanmıştır⁶⁴. Misyon, Myanmar'daki olayları, mevcut uluslararası insan hakları hukuku, uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası ceza hukuku ışığında değerlendirmiştir. Kachin ve Shan eyaletlerindeki uluslararası olmayan silahlı çatışmaların yanı sıra, Arakan Rohingya Kurtuluş Ordusu (ARSA) ile Myanmar güvenlik güçleri arasında Rakhine Eyaleti'ndeki şiddetin en azından 2017'den bu yana uluslararası olmayan bir silahlı çatışma oluşturduğunu belirtmiştir⁶⁵. Misyon; Kachin, Rakhine ve Shan eyaletlerinde tutarlı ciddi insan hakları ihlallerini (cinsel istismar, yaralama, öldürme, insan onurunu aşağılama, mala zarar verme) tespit etmiştir⁶⁶. Myanmar'daki insan hakları ihlalleri 2001 yılından itibaren BM Genel Kurulunun da gündeminde ve bu hususa uluslararası toplumun dikkati çekilmeye çalışılmaktadır⁶⁷. Ayrıca Misyon, insan hakları ihlallerinin yanı sıra soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının olduğu yönünde değerlendirme yapmıştır⁶⁸. Bu eylemlerin esas olarak Myanmar güvenlik güçleri, özellikle de ordu tarafından gerçekleştirildiğini belirtmiştir⁶⁹. Eylemlerin sistematik olduğu ve yetkililer tarafından desteklendiği tespit edilmiştir⁷⁰.

Misyon tarafından 2019 yılında ikinci bir rapor kaleme alınmıştır. Raporla Myanmar askerî güçlerinin ekonomik gelirleri ve Devletin hukuka aykırı eylemler nedeniyle sorumluluğu üzerinde durulmuştur. Değerlendirme yapılırken uluslararası insan hakları, insancıl hukuk ve Devletlerin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar esas alınmıştır⁷¹. Uluslararası insan hakları hukukuna göre Devletlerin kendi ülkesinde yaşayan insanların haklarını korumaları gerektiği, insan haklarına aykırı davranışları gerektiği belirtilmiştir; bunun askerî personelin ve özel teşebbüslerin eylemlerinden korumayı da içerdiği vurgulanmıştır. Özellikle zorla çalıştırma, keyfi ve yasadışı olarak ücretten yoksun bırakma hususlarında Devletin sorumluluğu olduğunun BM'nin ilgili sözleşmeleri ve ilkeleri belirtilerek altı çizilmiştir⁷².

İnsancıl hukuk bakımından da 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin⁷³ ortak 1. maddesi ve Uluslararası Kızılhaç Komitesinin ortak 1. maddeyle ilgili yorumu referans gösterilerek savaş ya da barış zamanında insancıl hukuka aykırı olarak kullanılacak silahların sevk edilmemesi gerektiği, bunun Devletlerin uluslararası insancıl hukuka göre yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir⁷⁴. Ayrıca Silah Ticareti Andlaşması⁷⁵ md. 6'ya göre de soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne aykırı eylemlerin işleneceğinin bilinmesi halinde silah sevkiyatının yasak olduğuna yer verilmiştir⁷⁶. Raporun sonuç kısmında da Misyon, en az 45 özel teşebbüsün Tatmadaw'ın (Myanmar silahlı kuvvetleri) soykırım eylemlerine yardım amacıyla mali ve askerî yardımda bulunduğunu belirtmiştir⁷⁷.

Bu iki rapor hem Gambiya'nın Myanmar aleyhine Divana başvurusunda kullanılmış hem de Divan tarafından 2022 yılında verilen kararda Myanmar'da meydana gelen olayların ortaya konulması açısından değerlendirilmiştir⁷⁸. Raporlardaki incelemeler göz önüne alındığında Myanmar, eylemlerinin uluslararası insan hakları sözleşmelerinin yanı sıra insancıl hukukun örf âdet hukuku kuralları ile tarafı olduğu SS'ye aykırı davranmıştır.

B. Hukuka Aykırı Eylemin Devlete İsnat Edilebilirliği

Uluslararası sorumluluğunun ikinci unsuru uluslararası hukuka aykırı eylemin Devlete isnat edilebilmesidir⁷⁹. Devlet soyut bir kavram olduğu için hangi insanların eylemlerinin Devletin eylemi olarak

⁶⁴ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.4-5.

⁶⁵ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.10.

⁶⁶ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.39,62 ve 79. Ayrıca Myanmar silahlı kuvvetlerinin cinsel saldırıyı silah olarak kullandığı da belirtilmektedir: CACERES-SOLARI, Andrés H: "The Gambia vs The Union of Myanmar under the Genocide Convention A Case Doomed to Fail", Hague Yearbook of International Law, 34, 2021, s.210.

⁶⁷ UNGA Res 56/231 (24 December 2001). Ayrıca bkz. ERNAWATI, Eci: State Responsibility of Myanmar Government Toward Rohingya Case in The Perspective of International Human Rights Laws, Islamic University of Indonesia Yogyakarta, International Program Faculty of Law, Bachelor Thesis, 2013, s.86.

⁶⁸ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.83-89.

⁶⁹ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.90-93.

⁷⁰ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.94.

⁷¹ OHCHR, "Independent ... on Myanmar", prg.19.

⁷² OHCHR, "Independent ... on Myanmar", prg.20-26. Ayr. bkz: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 3 January 1976), 993 UNTS 3; UNCHR, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", (21 March 2011), UN Doc A/HRC/17/31.

⁷³ Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950), 75 UNTS 31; Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded, sick and shipwrecked members of the armed forces at sea (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 85; Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950), 75 UNTS 135; Geneva Convention relative to the protection of civilian persons in time of war (adopted 12 Aug 1949, entered into force 21 Oct 1950), 75 UNTS 287.

⁷⁴ OHCHR, "Independent ... on Myanmar", prg.29. Ayr. bkz.: HENCKAERTS, Jean-Marie: "Article 1 – Respect for the Convention" in Dörmann, Knut/Lijnzaad, Liesbeth/Sassöli, Marco/Spoerri, Philip (ed.), Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field (CUP 2016), prg.162.

⁷⁵ Arms Trade Treaty (adopted 2 April 2013, entered into force 24 December 2014), 3013 UNTS 269; Gambiya Sözleşme'nin tarafıdır ancak Myanmar BM üyesi olmasına rağmen Sözleşme'ye taraf değildir.

⁷⁶ OHCHR, "Independent ... on Myanmar", prg.30.

⁷⁷ OHCHR, "Independent ... on Myanmar", prg.180, 191.

⁷⁸ Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Preliminary Objections: Judgment), prg.65-9, 72-3, 76.

⁷⁹ ILC, "Draft articles", Art 2/a.

kabul edileceğini belirlemek gerekir. 1901 tarihli bir dizi hakem kararında Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen uluslararası hukuka aykırı eylemlerin Devletin uluslararası sorumluluğunu doğuracağı ve bunun evrensel olarak kabul edilmiş uluslararası hukuk ilkesi olduğu belirtilmiştir⁸⁰. Dolayısıyla Devlete isnat edilecek eylemler Devlet adına hareket eden kişilerin eylemleridir. İç hukuka göre devlet adına hareket eden her kişi ya da birim bu kapsama girmektedir⁸¹. Devlet görevlileri yasama, yürütme ya da yargı görevini yerine getirirken uluslararası hukuka aykırı bir eylemde bulunabilir ya da uluslararası hukuka göre yükümlülüğü bulunan eylemi yapmaktan kaçınabilir. Bu iki durumda da sorumluluk doğrudan devlete isnat edilir⁸².

Alt düzey Devlet memurlarının ve özellikle askerî personelin Devletin kendisine verdiği yetkiyi aşması durumunda sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusunda Devletin bu eylemlerden sorumlu tutulacağı sonucuna varılmıştır⁸³. Ayrıca Devletin resmi görevlisi olmasalar dahi Devletten aldıkları talimatla ya da onun bilgisi dâhilinde hareket eden bireylerin eylemlerinden de Devletler sorumlu tutulur⁸⁴. Özel kişilerin eylemlerinden kural olarak Devletin sorumlu tutulması mümkün olmasa da Devletin gerekli önlemleri almamış olması durumunda ihmal suretiyle bu davranışlardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir⁸⁵.

Burada Devletin doğrudan kendisine ait olmasa bile hukuka aykırı eylemler üzerindeki kontrol ve yönlendirmeden de sorumlu tutulması gerektiğini de vurgulamak gerekir. Bu husus Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dava⁸⁶ ile Nikaragua'daki ve Nikaragua'ya Karşı Askerî ve Yarı Askerî Faaliyetler Davası⁸⁷ kararlarında tartışılmıştır. Devletin uluslararası hukuka aykırı eylemler üzerindeki etkin kontrol ya da genel kontrolü üzerinde durulmuştur⁸⁸. Divan, ABD ajanlarının operasyonun hazırlanması ve idare edilmesinde sorumluluğuna karar vermiş ancak insan hakları ihlallerini teşkil eden eylemlerin talimatı ve tavsiyesi hususunun ispat edilmediğini belirtmiştir. Burada ABD ajanlarının kontrolünün etkin kontrol olmadığını, bu ajanların desteği olmasa dahi bu suçların işlenebileceği belirtilmiştir⁸⁹. Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dava'da⁹⁰ da soykırım suçunu işleyen kişi ya da grupların Devlete tamamen bağlılığı aranmıştır. Divan, Devletin genel kontrolünün eylemlerin Devlete isnat edilmesi için yeterli olmadığını belirtmiş bunun için etkin kontrol olması gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur⁹¹.

Başvuruya konu olayda Myanmar tarafından belli bir grubun vatandaşlıktan çıkarılmaya, belli bir bölgede yaşamaya zorlanmaya ve sistematik olarak insan hakları ihlallerine maruz kaldıkları görülmektedir⁹². Yine 2019 yılında Misyon tarafından hazırlanan raporda da Devletin üst düzey yetkililerinin insan hakları ve insancıl hukuk kurallarını ihlal ettikleri belirtilmiştir. Buna göre Myanmar polis teşkilatı, NaSaKa (2013'te kaldırılan sınır bölgesi mülteciler kontrol birimi) ve Sınır Muhafızları Raknine'de; Tatmadaw Kachin'de anılan suçların faileri olmuşlardır⁹³. Raporda, Myanmar ordusunun üst düzey generallerinin soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları nedeniyle uluslararası bir ceza mahkemesinde soruşturulması ve yargılanması da dâhil olmak üzere⁹⁴ somut tavsiyelerde bulunulmuştur⁹⁵. Bir başka önemli husus da 2018 yılındaki raporun hazırlanmasından sonra Misyon tarafından Myanmar Devletine raporun sunulmasına ve bu hususta tedbir alması gerektiği belirtilmesine rağmen yetkililer tarafından herhangi bir cevabın verilmemiş olmasıdır⁹⁶.

Ayrıca raporda Devletlerin sadece yapma eyleminden değil doğrudan kendine ait olmayan uluslararası hukuka aykırı eylemleri durdurma ve soruşturma görevi olduğuna da yer verilmiştir⁹⁷. Nitekim

⁸⁰ Akt. ILC, "Third Report on State Responsibility by Special Rapporteur by Roberto Ago", 1971, UN Doc A/CN.4/246 and Add.1-3, prg.124.

⁸¹ ERKİNER, s.123.; Claim of the Salvador Commercial Company ("El Triunfo Company") 8 May 1902 VOLUME XV pp. 467-479.

⁸² ILC, "Draft articles", Art 3.

⁸³ ILC, "Draft articles", Art 7.

⁸⁴ ILC, "Draft articles", Art 8.; UZUN, s.63.

⁸⁵ ERKİNER, s.121.

⁸⁶ ICJ, Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, Preliminary Objections (Yugoslavia v. Bosnia and Herzegovina) (Judgment), 2003, 7.

⁸⁷ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Jurisdiction and Admissibility: Judgment), 1984, s.392.

⁸⁸ ABASS, Ademola: "Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur", Fordham International Law Journal, 31(4), 2007, s.893-895.

⁸⁹ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Advisory Opinions and Orders, 1986, prg.99.

⁹⁰ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment), 2007, 43.

⁹¹ ERKİNER, s.138-141; EYİM'nin *Tadić* Kararında Mahkeme etkin kontrol yöntemi yerine genel kontrol yöntemini kullanmıştır. CASSESE, Antonio: "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia" The European Journal of International Law, 18(4), 2007, s.650 vd.

⁹² URAZ, s.29-50.

⁹³ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.91.

⁹⁴ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.105.

⁹⁵ OHCHR, "Report ... on Myanmar", prg.100-117.

⁹⁶ OHCHR, "Independent ... on Myanmar", prg.15.

⁹⁷ ZERK, Jennifer: "Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies - A Report Prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights", 2012; OHCHR, s.54.

SS kapsamında Devletin önleme ve cezalandırma sorumluluğu bulunmaktadır⁹⁸. Yukarıdaki başlıkta da açıklandığı üzere Devletlerin uluslararası hukuka aykırı davranmama yükümlülüğü olduğu gibi, kendi ülkelerinin sınırları içinde bu eylemlerin ortaya çıkmasını engelleme yükümlülükleri de vardır.

C. Uluslararası Sorumluluğu İleri Sürme Ehliyeti

Uluslararası hukukun emredici kuralları uluslararası toplumun kamu düzeni kuralları olarak görülmektedir. Bu nedenle bu kurallar tüm Devletler için bağlayıcıdır. Devletler bu kuralları bertaraf etmek için herhangi bir anlaşma yapamazlar ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlara uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırılık nedeniyle yükümlülüklerinden kurtulmak için başvuramazlar⁹⁹. Taslak Maddeler’de, uluslararası hukukun emredici kurallarından doğan yükümlülüklerin ciddi ihlalleri için farklı sonuçlar yüklenmiştir. Uluslararası hukukun emredici kurallarının ciddi bir şekilde ihlal edilmesi uluslararası toplumun tümünün tepkisine yol açacaktır. Bu tepkinin doğrudan zarar gören Devletin tepkisinden daha ağır olduğu düşünülmektedir. Buradaki tepki doğrudan zarar görmeyen Devletin yükümlülükleriyle ilgilidir; doğrudan zarar görmeyen Devletin ya da doğrudan zarar gören Devletin haklarıyla ilgili değildir¹⁰⁰. Dolayısıyla zarar ve kusur, uluslararası sorumluluğun unsurları olarak görülmemektedir, bir bütün olarak tüm Devletlerin uluslararası toplumun menfaatine saygı yükümlülüğü vardır.

Uluslararası hukukun emredici kurallarından doğan yükümlülüklerin ciddi ihlalleri nedeniyle sorumluluğa başvurma Taslak Maddeler’in 48. maddesinde düzenlenmiştir. Doğrudan zarar görmeyen Devletlerin hakları şu şekildedir: sorumlu Devletin uluslararası hukuka aykırı eyleme son verilmesini isteme, hukuka aykırı eylemin tekrar edilemeyeceğine ilişkin güvence ve garantiler isteme ve zarar gören ya da ihlal edilen yükümlülükten yararlananlar lehine giderim yükümlülüğünün yerine getirilmesini isteme¹⁰¹. Bu düzenleme özellikle soykırım gibi eylemlerin önlenmesi için önemli bir araç olarak görülmektedir¹⁰².

Yukarıda anılan OHCHR Misyonu tarafından hazırlanan rapordaki “hesap sorma sorumluluğu uluslararası toplumdan gelmelidir”¹⁰³ ifadesine Divan kararında da aynen yer verilmiştir¹⁰⁴. 2019 yılındaki rapordaysa Devletin sorumluluğuyla ilgili ayrıca bir başlık açılmış ve Taslak Maddeler’in 40. maddesine atıf yapılmıştır¹⁰⁵. Rapora göre; bir Devlet genel uluslararası hukukun emredici kurallarını ağır ve/veya sistematik olarak ihlal ettiğinde, diğer Devletler bu durumun sürdürülmesine (ihlal durmuş olsa bile) yardım etmemeli ve durumun yasal yollardan sona erdirilmesi için işbirliği yapmalıdır. Genel uluslararası hukukun emredici kuralları arasında insanlığa karşı suçlar, işkence, soykırım, ırk ayrımcılığı, *apartheid* ve kölelik yer alır. Bunlar aynı zamanda *erga omnes* niteliktedir¹⁰⁶.

Divan kararında uluslararası hukukun emredici kurallarına ifadesine yer verilmemiş, ancak *erga omnes* yükümlülüğün ihlali üzerinde durulmuştur. Divanın önceki kararlarında *erga omnes* yükümlülük,

“Bir Devletin bir bütün olarak uluslararası topluma karşı olan yükümlülükleri... mahiyetleri itibarıyla bütün Devletleri ilgilendirir. Söz konusu hakların önemi göz önüne alındığında, bu hakların korunmasında bütün Devletlerin hukuki menfaatleri olduğu söylenebilir; bunlar *erga omnes* yükümlülüklerdir... Bu yükümlülükler, çağdaş uluslararası hukukta saldırgan eylemlerin veya soykırımın yasaklanmasından, kölelikten ve ırk ayrımcılığından korunmak da dahil olmak üzere insanların temel haklarıyla ilgili ilke ve kurallardan da kaynaklanabilir”

şeklinde yer almıştır¹⁰⁷. *Erga omnes* yükümlülüğün iki özelliği bulunmaktadır: evrensellik ve dayanışma. Evrensellik bunun bütün Devletler için bağlayıcılığını ifade ederken, dayanışma uygulamayla ilgilidir¹⁰⁸. Dolayısıyla *erga omnes* nitelikte bir kuralın ihlal edilmesi, uluslararası hukukun emredici kuralları gibi uluslararası toplumun kamu düzeniyle ilgilidir ve Devlet egemenliğini sınırlamaktadır¹⁰⁹. Bu nedenle ihlalden özel olarak etkilenen Devlet dışında diğer Devletlerin de dava açma hakkı bulunmaktadır.

⁹⁸ WALLER, James: Confronting Evil Engaging Our Responsibility to Prevent Genocide, OUP, Oxford 2016, s.137.

⁹⁹ ILC, “Draft articles”, Art 26.

¹⁰⁰ ERTUĞRUL, s.53. Bazı yazarlar tarafından soykırım ve etnik temizlik eylemlerinin insanlığın ortak değerlerini tehdit etmeleri nedeniyle koruma sorumluluğunun işletilerek engellenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. WELSH, Jennifer M./BANDA, Maria: “International Law and the Responsibility to Protect: Clarifying or Expanding States’ Responsibilities?” Global Responsibility to Protect, 2, 2010 s.218; MENNECKE, Martin/STENSURUD, Ellen E: “The Failure of the International Community to Apply R2P and Atrocity Prevention in Myanmar”, Global Responsibility to Protect, 13, 2021, s.111-130. Ancak koruma sorumluluğu doktriniyle ilgili herhangi bir konsensüs de oluşmuş değildir; bkz. DOUGLAS, Sarah: “Preventing Genocide: Reigniting the Staying Power of the Convention”, Dalhousie Journal of Legal Studies, 29, 2020, s.89-90.

¹⁰¹ BACHMAN, Jeffrey S: The Politics of Genocide From the Genocide Convention to the Responsibility to Protect, Rutgers University Press 2022, s.73; ERTUĞRUL, s.60.

¹⁰² PEZZANO, Luciano: “Towards a Judicial R2P: The International Court of Justice and the Obligation to Prevent Genocide in The Gambia v. Myanmar Case”, Global Responsibility to Protect, 25, 2023, s.334.

¹⁰³ OHCHR, “Report ... on Myanmar”, prg.98.

¹⁰⁴ Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Preliminary Objections: Judgment), prg.66.

¹⁰⁵ OHCHR, “Independent ... on Myanmar”, prg.36.

¹⁰⁶ BAŞLAR, Kemal: “Uluslararası Hukukta ‘Erga Omnes’ Kavramı”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, 22, 2002, s.98; KAYGUSUZ AKBAY, Mehtap: “Gambiya/Myanmar Davasında Önemli Bir Aşama: Uluslararası Adalet Divanı’nın Geçici Önlemler Kararı”, HHFD, 10(1), 2020, s.282.

¹⁰⁷ ICJ, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), (Judgment), 1970, ICJ Rep 3, prg.33-34. Benzer ifadeler için bkz. East Timor (Portugal v. Australia), (Judgment), 1995, ICJ Rep 90, prg.29. Ayr. bkz. HAMID, Abdul Ghafur: “The Rohingya Genocide Case (The Gambia v Myanmar): Breach of Obligations Erga Omnes Parties and the Issue of Standing” IIUM Law Journal, 29(1), 2021, s.38.

¹⁰⁸ ERTUĞRUL, s.115.

¹⁰⁹ ERTUĞRUL, s.117.

Soykırım eyleminin de *erga omnes* niteliği tartışmasız olarak kabul edilmektedir. SS md. 1 ile de Devletler soykırım eylemini önleme ve cezalandırma yükümlüğü altına girmişlerdir. Burada Devletin sorumluluğunu doğuran eylem soykırım suçunun işlenmesi değil bunun önlenmemesi ya da cezalandırılmamasıdır¹¹⁰. Nitekim Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması Kararı'nda da UAD bu gerekçeyle sorumluluğa karar vermiştir¹¹¹.

Sonuç olarak Gambiya'nın başvurusuyla ilgili olarak 2022 tarihli kararda da belirtildiği üzere¹¹² Gambiya Myanmar'a komşu olmasa ve orada meydana gelen olaylardan dolayı özel olarak etkilanmemiş olsa da *erga omnes* nitelikteki kurallara aykırılıktan dolayı hem sorumluluğu ileri sürme hakkı bulunmakta hem de bunun sona erdirilmesi için uluslararası toplumun kamu düzenini koruma adına yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹³.

D. Uluslararası Sorumluluğun Sonuçları

Uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden dolayı Devletlerin sorumluluğunun sonuçlarından yukarıda bahsedilmişti. Bu başlık altında *erga omnes* nitelikte kabul edilen bir kuralın ihlal edilmesiyle ilgili sorumluluğun sonuçlarına değinilecektir. Zira soykırım suçunun işlenmesi *erga omnes* bir yükümlülüğün ihlalidir. Yukarıda da bahsedildiği gibi uluslararası emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle ortaya çıkacak sorumluluğun sonuçları daha ağırdır. Aynı husus *erga omnes* kurallar için de geçerlidir. Başka bir ifadeyle, iki Devlet arasındaki ahdi bir yükümlülüğün ihlali ile uluslararası toplumun kamu düzenini bozan bir ihlalin sonuçları arasında fark bulunmaktadır ve bu ihlal edilen kuralın ağırlığı nedeniyle doğaldır. Devletlerin sorumluluğuna ilişkin özel sonuçlarla ilgili düzenleme yapılmıştır¹¹⁴. Buna göre diğer Devletlerin ihlali durdurma için iş birliği içinde olma, eylemi tanımama ve yardımda bulunmama yükümlülükleri bulunmaktadır.

Myanmar tarafından yapılan itirazda, Gambiya'nın İslam İşbirliği Teşkilatı'nın Dhaka Deklarasyonu¹¹⁵ üzerine, Teşkilat'ı temsilen UAD'ye başvurduğu; böyle bir temsil yetkisinin mümkün olamayacağı belirtilmiştir¹¹⁶. Ancak Deklarasyon'un amacı Myanmar'da yaşanan olaylara dikkat çekmek ve Myanmar Devletinin uluslararası sorumluluğunu işletmek için üye Devletlere çağrı yapmaktır¹¹⁷. Kararda da Divan Myanmar'ın bu yöndeki itirazını haklı görmemiştir. Ancak bu Deklarasyon, uluslararası iş birliğinin ortaya konulması bakımından örnek gösterilebilir, nitekim Teşkilat'a üye olan Devletlerin bu yöndeki iradelerini yansıtmaktadır.

Yardımda bulunmama yükümlüğüne OHCHR Misyonunun 2019 yılındaki raporunda yer verilmiştir. Buna göre; Devletin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar ve örf âdet hukuku kuralları uyarınca, bir Devletin, uluslararası hukuka aykırı bir eylemin işlenmesinde başka bir Devlete yardım etmesi veya yardımcı olması, üç durumda yasaktır: (1) Yardım veya yardım sağlayan Devlet organı veya kurumunun, yardım edilen Devletin davranışını uluslararası hukuka aykırı kılan koşulların farkında olması; (2) yardımın söz konusu eylemin işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla verildiğini ve bunu fiilen yaptığını bilmesi ve (3) tamamlanan eylemin, yardım eden Devletin kendisi tarafından işlenmesi halinde hukuka aykırı olacak nitelikte olmasıdır. Yardım genel olarak geniş bir faaliyet yelpazesini kapsar ve özel önem taşıyan eylemlerle sınırlı değildir. Yalnızca silah gibi maddi yardımların sağlanmasını değil, aynı zamanda ihracat kredisi garantileri gibi lojistik ve teknik yardım ve mali desteği de içerebilir¹¹⁸.

Taslak Maddeler 48. madde kapsamında uluslararası sorumluluğu ileri süren her Devlet hukuka aykırılığı devam eden eylemin durdurulmasını ve tekrar edilmemesi için güvence verilmesini talep edebilir¹¹⁹. Divan da ihtiyati tedbirler kapsamında Myanmar'ın bu eylemlerin devam etmemesi için tedbir

¹¹⁰ Ancak bu husus Devletlerin soykırım suçunu işlememe yükümlülüğü olmadığı sonucuna götürmemelidir. Sözleşmenin asıl amacı bu suçun işlenmesini engellemektir. Nitekim soykırım suçu gibi özel plan ve sistematik bir uygulama gerektiren eylemlerin Devlet organlarının haberi ve politikası olmadan işlenmesi de düşünülemez. Ancak davada bunun Devlet organlarına isnat edilmesinin zorluğu da tartışılmış ancak bu husus ispatlanamamıştır. Bkz. GAETA, Paola: "On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?", The European Journal of International Law, 18(4), 2007, s.637-645.

¹¹¹ Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, prg.156.; JOSEFSSON, Erika: State Responsibility for Complicity in Genocide: The Requirement of Mens Rea, Faculty of Law Lund University, Master of Laws Programme, Bachelor Thesis, 2012, s.12; MARTTINEN, Kaisa: The International Court of Justice's Judgment in the Genocide Case and its Aftermath, Faculty of Law Lund University, Master of Laws Programme, Bachelor Thesis, 2016, s.20-23; Application for Revision of the Judgment of 11 July 1996 in the Case concerning *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)*, prg.156.

¹¹² ICJ, Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Preliminary Objections: Judgment), prg.106-114.

¹¹³ Ayr. bkz. INGEBORGA KRONBERGA, Linda: "Genocide, State Responsibility, and Obligations Erga Omnes in The Case of The Gambia v. Myanmar Before the International Court of Justice", Riga Graduate School of Law, Paper No: 26, 2022, s.29-31.

¹¹⁴ ILC, "Draft articles", Art 41.

¹¹⁵ The Dhaka Declaration 45th Session of the Council of Foreign Ministers of the Organization of Islamic Cooperation (Session of Islamic Values for Sustainable Peace, Solidarity and Development) Dhaka, People's Republic of Bangladesh 5-6 May 2018 (20-21 Sha'aban 1439 AH).

¹¹⁶ ICJ, Application of The Convention on The Prevention and Punishment of The Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) (Preliminary Objections: Judgment), prg.59; ZENGİNKUZUCU, Dikran M: "Myanmar, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Toplum: Kendisine Karşı İşlenen Ağır Suçlarda Uluslararası Toplumun Cevabı", Uluslararası İlişkiler, 18(69), 2021, s.60.

¹¹⁷ The Dhaka Declaration, prg.14,16 ve 17.

¹¹⁸ OHCHR, "Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar", prg.36.

¹¹⁹ ILC, "Draft articles", Art 30 ve 48/2.1.a.

alması gerektiğine karar vermiştir¹²⁰. Tadbir kararı verilebilmesinin UAD Statüsü'ne göre koşulları, telafisi mümkün olmayan zararların oluşma riski ve acil bir durumun oluşmasıdır¹²¹. İhtiyati tedbirlerin amacı hem Divanın yargısal işlevlerinin değerinin korumasını sağlamak hem de nihai karara kadar tarafların ilgili haklarını korumaktır¹²².

Bu hususların da mevcut başvuruda sağlandığı kabul edilmektedir¹²³. Uluslararası *erga omnes* bir kuralın ihlalden kaynaklı uluslararası toplumu ilgilendiren sonuçların yanında zarar gören Devletle ilgili onarım yükümlülüğü de bulunmaktadır¹²⁴. Bunlar; eski hale getirme, tazminat ve tatmindir. Emredici hukuk kurallarının ihlal edilmesi durumunda sorumluluk iddiasında bulunan Devlet zarar gören lehine de bu sonuçların uygulanmasını talep edebilir¹²⁵.

İlk olarak uygulanması gereken eski hale getirmedir. Eski hale getirmeden kasıt uluslararası hukuka aykırı eylem gerçekleşmeden önceki durumun aynı şekilde kurulmasıdır¹²⁶. Eski hale getirme uluslararası sorumluluğun sonuçlarında ilk olarak başvurulması gereken yoldur. Bunun yöntemi sınırlı değildir, haksız yere tutuklanan birinin serbest bırakılması ya da uluslararası hukuka aykırı bir yasama işleminin geri alınması şeklinde kendini gösterebilir. Ayrıca uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırılık durumunda da ilk olarak eski hale getirme seçeneğinin uygulanması gerekir. Bu kapsamda vatansız bırakılan kişilerin uluslararası örf âdet hukuku kuralları dikkate alınarak vatandaşlıklarının verilmesi ve yaşadıkları yeri terk etmek zorunda kalanların güvenli bir şekilde geri dönmelerinin sağlanması tartışılmaktadır¹²⁷.

Maddi olarak eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda tazminat seçeneğine başvurulabilir. Özellikle soykırım ve ciddi insan hakları ihlallerinde eski hale getirme mümkün olmadığı için tazminat seçeneği uygulanabilir. Tazminatın amacı zararın maddi manevi tüm yönleriyle karşılanmasıdır¹²⁸. Zararın tüm yönleriyle hesaplanıp tazmin edilmesi gerekir. Tazminatın cezalandırma amacı yoktur, amaç uluslararası hukuka aykırı davranan Devletin verdiği zararın tüm yönleriyle (mahrum kalan kazanç, faizler vs) ortadan kaldırılmasını sağlamaktır¹²⁹.

Tatmin, parasal değerle onarılamayacak durumlarda başvurulacak bir yöntemdir¹³⁰. Eski hale getirme ya da tazminat seçeneklerinin zararın giderilmesi için yetersiz ve etkisiz olması durumunda tatmine başvurulur. Tatmin yöntemleri de sınırlı değildir, özer ya da parasal bir değer ödenmesi şeklinde gerçekleştirilebilir¹³¹.

IV. SONUÇ

Çalışmada, Gambiya'nın Myanmar tarafından SS'nin ihlal edildiği gerekçesiyle UAD'ye başvurusu ele alınarak başvuru ve Divanın ihtiyati tadbir kararı Devletlerin sorumluluğuna ilişkin temel kavramlar bakımından incelenmiştir. Bu nedenle öncelikle kararın özeti aktarılmış; Gambiya'nın iddiaları, Myanmar'ın Divanın yetkisi ve başvuru ehliyetine ilişkin itirazları değerlendirilmiştir. Gambiya, Myanmar'ın hem doğrudan Devlet organları aracılığıyla hem de talimatları ve yönlendirmeleriyle özel grupları destekleyerek SS'yi ihlal ettiğini belirtmiş; Divanın yargılama yetkisini de SS md. 9'a dayandırmıştır. Myanmar'sa öncelikle Sözleşme'nin 8. maddesine (BM organlarının yetkili olacağına ilişkin) çekince koyduğunu belirterek Divanın yargılama yetkisine itiraz etmiştir. Oysaki Sözleşme'de BM organlarının yetkilendirilmesi ayrı UAD'nin yargılama yetkisi ayrı maddelerde düzenlenmiştir ve Myanmar'ın 9. maddeye ilişkin bir çekincesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yöndeki itiraz yerinde görülmemiştir. Myanmar'ın ikinci itirazıysa Gambiya'nın başvuru ehliyetine ilişkindir. SS'ye aykırı eylemlerin kabulü halinde doğrudan zarar gören Devlet olmaması nedeniyle Gambiya'nın Myanmar'ın sorumluluğunu iddia edemeyeceği belirtilmiştir. Bu hususta Divan SS'nin yasakladığı eylemlerin *erga omnes* nitelikte kurallar olduğunu ve uluslararası toplumun, uluslararası kamu düzeninin korunması için Sözleşme'ye uyulmasını sağlama yönünde hem hakkının hem de yükümlülüğünün olduğunu geçmiş kararlarına da atıf yaparak belirtmiştir. Nihayetinde de hem OHCHR tarafından kurulan Misyonun raporlarına hem de Gambiya'nın iddialarına dayanarak ihtiyati tadbir kararı vermiştir.

Çalışmanın ikinci bölümündeyse Devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemleri nedeniyle sorumluluğuna ilişkin UHK tarafından hazırlanan 2001 tarihli Taslak Maddeler ışığında söz konusu başvuru ve başvuruya ilişkin ihtiyati tadbir kararı değerlendirilmiştir. Taslak Maddeler'e göre Devletlerin

¹²⁰ BAL, Ali: Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.112 vd.; RAJ, Vatsal: "The Gambia v Myanmar: Paving the Yellow Brick Road to International Accountability for the Crime of Genocide", De Lege Ferenda, 3(1), 2021, s.53.

¹²¹ The Statute of the International Court of Justice, as annexed to the Charter of the United Nations (adopted 25 June 1945, entered into force 24 October 1945), XV UNCIO 355, Art 41.

¹²² KOLB, Robert: The International Court of Justice, Hart, 2013, s.616.

¹²³ SALKIEWICZ-MUNNERLYN, Ewa: "Interim Measures of Protection in the International Court of Justice Order of 23 January 2020 in Case of Gambia v Myanmar", Allerhan Law Review, 1(5), 2020, s.15.

¹²⁴ ILC, "Draft articles", Art 34-39.

¹²⁵ ILC, "Draft articles", Art 48/son.

¹²⁶ CRAWFORD, James: The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries, CUP, Cambridge 2022, s.213; UZUN, s.101.

¹²⁷ JAHAN, Nowrin: "The Gambia v. Myanmar Case Before The ICJ: Prevising The Outcome", <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4354668>, (Erişim: 05.03.2024).

¹²⁸ CRAWFORD, s.218.

¹²⁹ ERKİNER, s.205-208.

¹³⁰ CRAWFORD, s.219-220.

¹³¹ UZUN, s.103-104.; ISLAM, Rizwanul/MUQUIM, Naimul: "The Gambia v. Myanmar at the I.C.J.: Good Samaritans Testing State Responsibility for Atrocities on the Rohingya", California Western International Law Journal, 51(1), 2020, s.130.

sorumluluğuna gidilmesinin iki unsuru bulunmaktadır. Bunlar: hukuka aykırı eylem ve eylemin Devlete isnat edilmesidir. Hukuka aykırı eylemin kaynağı andlaşmalar, örf âdet hukuku kuralları ya da uluslararası hukukun diğer kaynakları olabilir. Sorumluluk kurumunun amacı uluslararası kamu düzeninin sağlanması olduğundan zarar, sorumluluğun ileri sürülmesinde bir unsur olarak görülmemektedir; uluslararası sorumluluğun sonuçlarında, zararın telafisi aşamasında önem arz etmektedir. Uluslararası sorumluluğun ileri sürülmesi de kural olarak hukuka aykırı eylemden etkilenen Devlet tarafından yapılmalıdır. Bu kuralın istisnası uluslararası hukukun emredici kurallarıdır ve uluslararası hukukun emredici kuralları *erga omnes* niteliktedir. SS'ye aykırı eylemler tartışmasız olarak *erga omnes* nitelikte kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu Sözleşme'den kaynaklanan uluslararası hukuka aykırı eylemler nedeniyle sorumluluk iddiasında bulunma tüm uluslararası toplumun hem hakkı hem de yükümlülüğüdür. Sonuç olarak Myanmar'ın Gambiya'nın başvurusu bakımından yaptığı itirazın Divan tarafından kabul edilmemesi yerindedir. Sorumluluğun sonuçları bakımından öncelikle uluslararası hukuka aykırı eylemin durdurulması ve tekrar edilmemesi için güvence verilmesi gerekir. Divanın ihtiyati tedbir kararı bu hususu sağlamaya yöneliktir. Nitekim Myanmar'ın SS'ye aykırı eylemlerini durdurması ve tekrarlamaması gerektiğine karar verilmiş; bu yönde düzenli aralıklarla rapor sunulması istenmiştir. Ancak Myanmar tarafından henüz bir rapor sunulmadığı gibi esasa ilişkin savunma da yapılmamıştır. Son olarak, çalışmada incelenen Divan Kararının esasa ilişkin olmadığının, ihtiyati tedbir kararı olduğunun altının tekrar çizilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ABASS, Ademola: "Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur", *Fordham International Law Journal*, 31(4), 2007, s.871-910.
- BACHMAN, Jeffrey S: *The Politics of Genocide From the Genocide Convention to the Responsibility to Protect*, Rutgers University Press, 2022.
- BAL, Ali: *Uluslararası Adalet Divanının Geçici Tedbirler Rejimi*, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- BAŞLAR, Kemal: "Uluslararası Hukuka 'Erga Omnes' Kavramı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 22, 2002, s.75-107.
- BECKER, Michael: "The Situation of the Rohingya: Is There a Role for the International Court of Justice?", *University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, Paper No: 25, 2019.
- CASSESE, Antonio: "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia" *The European Journal of International Law* Vol. 18 no. 4, 2007, s.649-668.
- CÁCERES-SOLARI, Andres H: "The Gambia vs The Union of Myanmar under the Genocide Convention A Case Doomed to Fail", *Hague Yearbook of International Law*, 34, 2021, s.205-233.
- COUVREUR, Philippe: *The International Court of Justice and the Effectiveness of International Law*, Brill, Leiden Boston 2017.
- CRAWFORD, James: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility Introduction, Text and Commentaries*, CUP, Cambridge 2022.
- DOUGLAS, Sarah: "Preventing Genocide: Reigniting the Staying Power of the Convention", *Dalhousie Journal of Legal Studies*, 29, 2020, s.75-96.
- DUPUY, Pierre Marie: "The International Law of State Responsibility: Revolution or Evolution?", *Michigan Journal of International Law*, 11(1), 1989, s.105-128.
- ERKİNER, Hakan Hakkı: *Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ERNAWATI, Eci: *State Responsibility Of Myanmar Government Toward Rohingya Case In The Perspective Of International Human Rights Law*, Islamic University of Indonesia Yogyakarta, International Program Faculty of Law, Bachelor Thesis, 2013.
- ERTUĞRUL, Ümmühan Elçin: *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- GAETA, Paola: "On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?", *The European Journal of International Law*, 18(4), 2007, s.631-648.
- GUNAWAN, Yordan/WHISLER REFISYANTI, Sonya/MUFIDA, Aliza/TAKARUB, Kuku Derajat/NUR, Aisah: "Jurisdiction of International Court of Justice (ICJ) Over the Genocide Violations: with Special References to Rohingya Case", *Fiat Justitia: Jurnal Ilmu Hukum*, 14(4), 2020, s.313-336.
- HAMİD, Abdul Gafur: "The Rohingya Genocide Case (The Gambia v Myanmar): Breach of Obligations Erga Omnes Parties and the Issue of Standing", *IJUM Law Journal*, 29(1), 2021, s.29-54.
- HENCKAERTS, Jean-Marie: "Article 1 – Respect for the Convention" in Dörmann, Knut/Lijnzaad, Liesbeth/Sassöli, Marco/Spoerri, Philip (ed.), *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*, CUP, Cambridge 2016.
- ISLAM, Rizwanul/MUQUIM, Naimul: "The Gambia v. Myanmar at the I.C.J.: Good Samaritans Testing State Responsibility for Atrocities on the Rohingya", *California Western International Law Journal*, 51(1), 2020, s.77-132.
- JAHAN, Nowrin: "The Gambia v. Myanmar Case Before The ICJ: Prevising The Outcome" <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4354668>, (Erişim: 05.03.2024).
- JOSEFSSON, Erica: *State Responsibility for Complicity in Genocide: The Requirement of Mens Rea*, Faculty of Law Lund University, Master of Laws Programme, Bachelor Thesis, 2021.
- KAYGUSUZ AKBAY, Mehtap: "Gambiya/Myanmar Davasında Önemli Bir Aşama: Uluslararası Adalet Divanı'nın Geçici Önlemler Kararı", *HHFD*, 10(1), 2020, s.268-309.
- KOLB, Robert: *The International Court of Justice*, Hart Publishing, 2013.
- KRONBERGA, Linda: "Genocide, State Responsibility, and Obligations Erga Omnes In The Case Of The Gambia v. Myanmar Before the International Court Of Justice", *Riga Graduate School of Law*, Paper No:26, 2022.

- MARTTINEN, Kasia: The International Court of Justice's Judgment in the Genocide Case and its Aftermath, Faculty of Law Lund University Master of Laws Programme, Bachelor Thesis, 2016.
- MENNECKE, Martin/STENSRUD, Ellen E: "The Failure of the International Community to Apply R2P and Atrocity Prevention in Myanmar", Global Responsibility to Protect, 13, 2021, s.111-130.
- MILANOVIC, Marko: "State Responsibility for Genocide", The European Journal of International Law, 17(3), 2006, s.553-604.
- NOVINEC, Simona: State Responsibility for Genocide: ICJ Ruling in Bosnia and Herzegovina's Genocide Case, University of Ljubljana, Faculty of Social Sciences, Undergraduate Thesis, 2021.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 3. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- PEZZANO, Luciano: "Towards a Judicial R2P: The International Court of Justice and the Obligation to Prevent Genocide in The Gambia v. Myanmar Case", Global Responsibility to Protect, 15, 2023, s.315-334.
- PİRİM, Ceren Zeynep: Uluslararası Hukukta Devletin Ağırlandırılmış Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- RAJ, Vatsal: "The Gambia v Myanmar: Paving the Yellow Brick Road to International Accountability for the Crime of Genocide", De Lege Ferenda, 3(1), 2021, s.42-56.
- SALKIEWICZ-MUNNERLYN, Ewa: "Interim Measures of Protection in the International Court of Justice Order of 23 January 2020 in Case of Gambia v Myanmar", Allerhan Law Review, 1(5), 2020, s.12-27.
- SUCHARITKUL, Sompong: "State Responsibility And International Liability Under International Law", Loyola of Los Angeles Int'l. & Comp. L.J., 18, 1996, s.821-839.
- UDDIN, Nasir: "Introduction: The Rohingya Crisis—Unfolding Some Issues and Concerns" in Uddin, Nasir (ed.): The Rohingya Crisis, Sage Publications, Los Angeles 2022, s.1-22.
- UKABIALA, Nawi/PICKARD, Duncan/YAMAMOTO, Alyssa: "Erga Omnes Parties before the International Court of Justice: From Standing to Judgment on the Merits", ILSA Journal of International and Comparative Law, 27(2), 2021, s.233-250.
- URAZ, Onur: "Uluslararası Adalet Divanı'nın Gambiya-Myanmar Davasında Soykırım Suçunun Tespiti Bakımından Karşılaşacağı Dört Temel Hukuki Soruna Dair Bir Değerlendirme", Uluslararası Suçlar ve Tarih, 22, 2021, s.29-73.
- UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- WALLER, James: Confronting Evil Engaging Our Responsibility to Prevent Genocide, OUP, Oxford 2016.
- WARE, Anthony/LAUTIDES Costas: Myanmar's 'Rohingya' Conflict, Oxford University Press, New York 2018.
- WELSH, Jennifer/BANDA, Maria: "International Law and the Responsibility to Protect: Clarifying or Expanding States' Responsibilities?", Global Responsibility to Protect, 2, 2010, s.213-231.
- YILDIRIM, Yasin, "Myanmar'daki İnsan Hakları İhlalleri ve Rohingya'lara Yönelik Baskıların Sonlanmasında Uluslararası Toplumun Rolü", Güvenlik Çalışmaları Dergisi 21(1), 2019, s.35-56.
- ZENGİNKUZUCU, Dikran M: "Myanmar, Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Toplum: Kendisine Karşı İşlenen Ağır Suçlarda Uluslararası Toplumun Cevabı", Uluslararası İlişkiler, 18(69), 2021, s.49-70.
- ZERK, Jennifer: "Corporate liability for gross human rights abuses: Towards a fairer and more effective system of domestic law remedies-A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights", <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>, (Erişim: 27.02.2024).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Elif UZUN ve Neslihan ÖZKERİM GÜNER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Elif UZUN and Neslihan ÖZKERİM GÜNER, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, They declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**ADVANCING ECOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: A POTENTIAL LEGAL TOOL
FOR SAFEGUARDING ENDANGERED SPECIES AMIDST CLIMATE CHANGE**

ULUSLARARASI HUKUKTA EKOKIRIM KAVRAMININ GELİŞTİRİLMESİ: İKLİM
DEĞİŞİKLİĞİ BAĞLAMINDA TEHLİKE ALTINDAKİ TÜRLERİ KORUMAK İÇİN POTANSİYEL
HUKUKİ BİR ARAÇ

Kutluhan BOZKURT* & Elif Naz NEMEC**

Makale Bilgi

Gönderi: 19/08/2024
Kabul : 14/11/2024

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk ve
Ekokırım,
İklim Değişikliği,
Biyçeşitlilik.

Article Info

Received: 19/08/2024
Accepted: 14/11/2024

Keywords

International Law and
Ecocide,
Climate Change,
Biodiversity.

Özet

10.21492/inuhfd.1532651

Bu çalışma, günümüz dünyasında biyolojik çeşitlilik krizine neden olan iklim değişikliği bağlamında, uluslararası hukukta ekokırım suçunu düzenleyen bir yasal çerçevenin oluşturulması gereğini vurgulamaktadır. Çalışma temel olarak, ekokırım suçunu kapsayacak unsurları içerecek bir tanımın uluslararası düzeyde benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu kapsamda bu çalışmada, Cenevre Sözleşmeleri ve Roma Statüsü gibi mevcut uluslararası hukuk araçları değerlendirilmiş olup, bu araçların çevresel zararları yeterince ele alma konusundaki sınırları mercek altına alınmaktadır. Ekokırımın uluslararası hukukta suç boyutuyla ele alınması, özellikle insan aktiviteleri kaynaklı iklim değişikliği karşısında varoluşsal bir tehlike ile karşı karşıya kalan nesli tükenme tehdidi altındaki türler başta olmak üzere biyolojik çeşitliliğin unsurlarının korunması açısından çok önemli bir işleve sahiptir. Ekokırımın tanımlanması için uluslararası bir çabanın gerekliliği açıktır. Çevrenin haklarını tanıyan yeni bir Jus Cogens kuralının benimsenmesi, doğanın yasal korumasını sağlayacak ve küresel ölçekte sürdürülebilir uygulamaları güçlendirecektir. Bunun gerçekleşebilmesi için çevre hakkını ve daha da genel olarak gezegenin hukuki kişiliğini ve haklarını merkezine alan, ekosentrik bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiği konusunda şüphe bulunmamaktadır.

Abstract

This article highlights the need to formalize a legal framework regulating the ecocide crime in international law, within the context of climate change that causes a biological diversity crisis in today's world. Accordingly, this study's main argument is to advocate for a definition to be adopted at international level, which will encompass elements of the ecocide crime. The study evaluates existing international legal instruments as the Geneva Conventions and the Rome Statute, highlighting their limitations in adequately addressing environmental harm. Elaborating ecocide with its criminal dimension in international law has a very crucial function for the protection of the elements of biological diversity, particularly, the endangered species which are currently facing with an existential danger in the face of human-induced climate change. The necessity of an international effort to define ecocide is clear. Adoption of a new Jus Cogens rule recognizing the rights of the environment will ensure the legal protection of nature and reinforce sustainable practices on a global scale. There is no doubt that for this to happen, an ecocentric approach that centers on the right to the environment and, more broadly, the legal personality and rights of the planet must be adopted.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç.Dr., LL. M. Eur., İstanbul Gedik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

** PhD Candidate, Charles University, Czech Republic.

Atıf Şekli | Cite As: BOZKURT, Kutluhan/NEMEC, Elif Naz, "Advancing Ecocide In International Law: A Potential Legal Tool For Safeguarding Endangered Species Amidst Climate Change" InÜHFD, 15(2), 2024, s.350-357. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

I. INTRODUCTION

International law lacks the necessary legislation and mechanisms to protect the planet and its ecosystem adequately. In this context, defining ecocide in a criminal context, particularly in the context of international law, would be significant for better protection of the environment at the international level. Such a process for defining and adopting regulation in this scope is easier said than done, and it requires a diligent and solidary approach. Even more critical is the fact that such a solidary approach may only be possible in a legal order constructed over eco-centric approaches where the planet is deemed to have a legal personality, including its self-determination rights¹. The international community should discuss these new-generation approaches and expectations as top priority objectives.

In recent years, ecocide has attracted the public's attention and interest as an urgent and important issue that has been widely discussed. This concept is becoming even more important given that climate change is one of the most important existential threats to the planet today. Indeed, a widespread and acceptable definition of ecocide and its acceptance by the international community emerges as an important goal in this crisis era. This may be achieved through international law, new regulations on ecocide crimes, and the effective operation of these processes.

When we look at international law sources and regulations, it does not seem possible to find a direct regulation on ecocide and ecocide crimes². Nevertheless, some regulations that can be linked to ecocide, which we can call indirect regulations for now, deserve to be examined. It should be emphasized that the beginning of indirect regulations coincides with the international legal order established after 1945, i.e. following the cessation of the Second World War. Beginning of this period did not witness direct regulations on ecocide and ecocide crimes. The provisions and regulations aimed to provide a certain level of environmental protection, with the influence of environmental destruction during the war and its aftermath, naturally considered concepts that can be elaborated as ecocide within the context of war and armed conflicts³.

This existing legal gap in the context of ecocide is becoming increasingly relevant, particularly in the protection of biodiversity amid the climate crisis. The intensifying biodiversity crisis, exacerbated by climate change, underscores the crucial need for effective legal mechanisms. In this regard, establishing an international norm with strong enforcement capabilities and rapid implementation is vital, especially for species endangered with extinction. The criminalisation of ecocide offers promising potential in this context. Accordingly, this study will first address ecocide as a concept within the sphere of international law, and then discuss how it can be an effective tool within biodiversity law, particularly in the legal regime for the protection of endangered species.

II. 1949 GENEVA CONVENTIONS

This study scrutinizes the foundational architecture of international law constructed following the Second World War. Accordingly, the Geneva Conventions' (dated 1949) Protocol I (hereinafter referred to as Protocol I), particularly Articles 35 and 36, can be considered the first regulation⁴.

Indeed, Article 35 stipulates, as per paragraph 3, that "it is forbidden to use methods and means of warfare which are intended to cause, or are likely to cause, extensive, permanent and serious damage to the natural environment"⁵. As seen, "the protection of the natural environment" is included with the definition of "intended to cause or predicted to cause widespread, permanent and serious damage to the natural environment". However as seen ensuring a healthy environment was not yet a central or indirect objective in armed conflicts, in the 1950s. Nevertheless, this provision should be recognized as a very important and progressive regulation⁶.

Article 36 includes a heading "New Weapons," stating that

"a High Contracting Party shall be under an obligation to determine whether the use of a new weapon, means or method of warfare is prohibited in all or some circumstances by this Protocol or by any rule of international law binding on the High Contracting Party concerned"⁷.

The provision does not have a direct aim of protecting the environment and ecosystem, but it can be considered that this provision requires an "obligation" to designate prohibitions with regard to new weapons. Accordingly, an indirect interpretation may result in a broad understanding that new weapons, regardless of whether they are currently used or there is an intention to use them, might fall under the obligations of prohibitions outlined in paragraph 3 of Article 35⁸.

Whether or not both articles would provide a legal basis for an ecocide crime can be debated. However, it should be emphasized that there was no debate on ecocide and/or ecocide crimes at the time the

¹ BOZKURT, Kutluhan: "Uluslararası Hukuk ve Ekokırım Suçlar Ekseninde Ukrayna-Rusya Savaşına İlişkin Değerlendirmeler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2023, p.209-210.

² Today, there is still no direct regulation of ecocide offences. This negative situation should be seen as an important deficiency or inadequacy of international law.

³ BOZKURT, p.215-218.

⁴ For related articles please see BATUR YAMANER, Melike/ÖKTEM, Emre/KURTDARCAN, Bleda/UZUN, Mehmet: 12 Ağustos. 1949. Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, International Committee of the Red Cross and Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Publishing, 2009, p.205.

⁵ International Humanitarian Law Databases: "Geneva Convention of 1949, Additional Protocols and Their Commentaries, Article 35-Basic Rules", <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-35>, (Access: 15.08.2024).

⁶ BOZKURT, p.216.

⁷ BATUR YAMANER, Melike/ÖKTEM, Emre/KURTDARCAN, Bleda/UZUN, Mehmet, p.205.

⁸ International Humanitarian Law Databases, Geneva Convention of 1949, Additional Protocols and Their Commentaries, Article 35-Basic Rules, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/article-35>, (Access: 15.08.2024).

relevant articles were drafted. Nevertheless, it seems that further studies and international judicial decisions are necessary to elaborate on the relevance of the above-mentioned provisions considering ecocide crimes.

In line with the progress in the context of armed conflicts, war and war techniques in parallel with the developing technology and the acquisition of new qualities and dimensions, new regulations were needed at the international level as well. In 1954, the convention together with its related protocols, regulating the "Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict,"⁹ which can be considered partly concerning environmental protection, draw attention¹⁰.

This regulation is very limited and narrow in scope in terms of environmental and ecosystem protection. Moreover, this convention focuses only on the cultural heritage and assets protection. However; despite this situation, its scope can be indirectly considered in terms of the protection of cultural assets together with their environment and habitat¹¹. For the aforementioned reason, it can be predicted that this regulation may be viewed as either indirect or very narrowly applicable with regard to the crimes of ecocide.

In 1977, again within the framework of new conditions and developments, 2 protocols were signed as an annex to the 1949 Geneva Conventions. It should be noted that these protocols are for the protection of victims and not for environmental or ecosystem protection.

III. PROTECTING ENVIRONMENT THROUGH CRIMINAL LAW IN EUROPE

It is clear that many direct and indirect conferences have been held for the protection of the environment, and as per the outcome of these conferences, several regulations and texts have been adopted¹². Since this study focuses only on ecocide and ecocide crimes and other international environmental regulations will be elaborated in a separate study, the scope of this study will not include them. However, in this regard, the Council of Europe's "Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law"¹³ (CPECL) adopted by the Council of Europe (CoE) should not be ignored¹⁴.

This CoE regulation instrumentalizes criminal law and its principles for environmental protection. However, it has so far been ratified by a handful of parties and constitutes one of the new-generation regulations in terms of environment.

In fact, the European Court of Human Rights (ECtHR) has taken CPECL into account, even though the Republic of Türkiye has not become a party to the latter, in interpreting the ECHR's Article 2 in the Öneriyıldız judgment in an application made for another reason.

Further, the ECtHR has now placed transboundary arrangements at the centre of legal discussions and justified its decision by considering the environment and ecosystems on the axis of this jurisprudence. Finally, due to this decision and similar decisions, it is important to consider the ECtHR's transboundary decisions. However, it is not possible to say that the ECtHR has already established a jurisprudence on ecocide crimes.

IV. ECOCIDE AND THE ROME STATUTE

Developing international regulations based on "environmental law" are crucial to enhance the environmental protection and the conservation of ecosystems. Yet existing regulations such as the Rome Statute have also an undeniable importance to have a better understanding and perspective on the concept of ecocide crimes

Indeed International Criminal Court hinges upon the provisions stipulated in the Rome Statute as adopted at the conference organized in 1998 in Rome under the leadership of the United Nations¹⁵. As per this very important document, the International Criminal Court is tasked with prosecuting the most serious international crimes and offences, and in this context, it is a supreme court complementary to national courts¹⁶. It should be emphasized that the Court is complementary to national courts as stipulated by the first Article of the Statute¹⁷. Articles 8 and 5 of the Statute, which may pertain to ecocide, warrant careful analysis. Specifically, Article 8 enshrines the following provision:

"Launching an attack with the knowledge that it will cause injury or death to civilians or damage to

⁹ UNESCO: "Second Protocol to The Lahey Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict", [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000130696#:~:text=1999-,Second%20Protocol%20to%20the%20Hague%20Convention%20of%201954%20for%20the,enhanced%20system%20of%20protection%20for,\(Access:15.08.2024\).](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000130696#:~:text=1999-,Second%20Protocol%20to%20the%20Hague%20Convention%20of%201954%20for%20the,enhanced%20system%20of%20protection%20for,(Access:15.08.2024).)

¹⁰ UNESCO: "1954 Hague Convention", [https://www.unesco.org/en/heritage-armed-conflicts/convention-and-protocols/1954-convention,\(Access:15.08.2024\).](https://www.unesco.org/en/heritage-armed-conflicts/convention-and-protocols/1954-convention,(Access:15.08.2024).)

¹¹ BOZKURT, p.217.

¹² The rise of environmental regulations have started since 1970. Especially in this Stockholm Conference dated 1972 constituted a significant benchmark. Following this conference, the UN Environment Organisation was established the same year. These texts contributed to international communities' understanding of individuals' right to a healthy environment. More information about this process is available in KABOĞLU, İbrahim/YANCI ÖZALP, Nihan: Çevre Hakkı, 1. Bası, Tekin Yayınları, 2021, p.30; YILMAZ TURGUT, Nüket: "Giriş: Çevreyi Koruyucu Uluslararası Sözleşmelerin Yadsınamaz Önemi" in Feyzioğlu, Metin (ed.), Uluslararası Çevre Koruma Sözleşmeleri, TBB Yayınları, 2014, p.11-14.

¹³ Council of Europe: "Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law dated 4th of November 1998, CETS 172", [https://rm.coe.int/168007f3f4,\(Access:15.08.2024\).](https://rm.coe.int/168007f3f4,(Access:15.08.2024).)

¹⁴ Council of Europe: "Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law dated 4th of November 1998, CETS 172", [https://rm.coe.int/168007f3f4,\(Access:15.08.2024\);](https://rm.coe.int/168007f3f4,(Access:15.08.2024);) to read more on the convention, please see ÖZENBAŞ, Nazmiye: 'Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirlenmesi Suçları' International Conference on Eurasian Economies, 2013, p.924-931.

¹⁵ International Criminal Court: "Full Text of the Rome Statute of the International Criminal Court", [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf,\(Access:10.08.2024\).](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf,(Access:10.08.2024).)

¹⁶ International Criminal Court: "Full Text of the Rome Statute of the International Criminal Court", [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf,\(Access:10.08.2024\).](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf,(Access:10.08.2024).)

¹⁷ International Criminal Court: "Full Text of the Rome Statute of the International Criminal Court", [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf,\(Access:10.08.2024\).](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf,(Access:10.08.2024).)

civilian objects, and that it will cause widespread, long-term and severe damage to the natural environment, which is excessive compared to the concrete and direct military advantages anticipated."¹⁸

Indeed the provision mentions actions taken "with the awareness that it will harm the natural environment," this provision is clearly insufficient to encompass or address the environmental disasters and severe ecosystem destruction that occur during armed conflicts. Furthermore, it is clear that there is no explicit definition of ecocide within the scope of this provision. The Statute includes a heading titled "Crimes falling within the jurisdiction of the Court," listing the categories of: "(a) The crime of genocide; (b) Crimes against humanity; (c) War crimes; (d) The crime of aggression."¹⁹ One may indeed characterize destructions and attacks as ecocide hinging upon the categories of "crimes against humanity" and "war crimes." Nonetheless, attempting to classify environmental, nature, and ecosystem-related attacks and crimes within these categories may not be made as a straightforward interpretation. This is because these criminal regulations' and legal protections' purpose is distinct from the relevant articles specifically addressing different types of crimes.

In fact, another possibility that needs to be discussed is whether it would be possible to create a new *Jus Cogens*²⁰ rule within the framework of *Jus Cogens* peremptory rules that define ecocide crimes²¹ directed against the environment, and ecosystem²². At this point, it seems to be the most practical and effective solution option in terms of international law to create a new peremptory norm that is ultimately linked to ecocide crimes, including even the environmental degradation caused by the human-induced climate crisis.

The creation of such a peremptory norm directly correlates with the imperative of preserving biodiversity. This connection is more than just theoretical; it is a practical necessity in the face of the Anthropocene. Specifically, concerns about protecting endangered species have become even more pressing in the face of escalating environmental disasters due to the changing climate. Considering all these factors, exploring the potential role of criminalizing ecocide in protecting the intricate web of life that is increasingly threatened by environmental degradation may be considered a crucial contemporary question.

V. PATH TOWARDS SAVING BIODIVERSITY IN THE TIMES OF CLIMATE CHANGE: CRIMINALIZATION OF ECOCIDE

A. Understanding the Concept and Importance of Biodiversity

We are facing an undeniable reality in our current era: the biodiversity crisis. In the Anthropocene, where some species have already become extinct and others are rapidly approaching extinction, one of the most crucial issues is the preservation of biodiversity. Although the protection of biodiversity has been emphasised internationally over the last 50 years, especially in conjunction with the climate crisis, the mass extinction of species has been a topic since the 19th century.

There is no doubt that in this context, the most important and relevant international instrument is the CBD. Article 2 of the latter defines biological diversity as

"the variability among living organisms from all sources including, inter alia, terrestrial, marine, and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species, and of ecosystems"²³.

The biodiversity concept introduced by the Convention is comprehensive, encompassing all species without discrimination between animal species, plants, or habitats. In this respect, the Convention differs from other international mechanisms aimed at protecting nature's components. For instance, while the Ramsar Convention offers protection only to the ecosystems qualified as wetlands²⁴ defined under Article 1, the UNESCO World Heritage Convention, under Article 2, designates areas with outstanding universal value²⁵ from certain perspectives as natural heritage to be protected. Additionally, the 1972 Stockholm Declaration has a specific focus on wildlife protection and emphasises humanity's responsibility to protect wildlife and its habitat²⁶. Among these distinctions or limited definitions, CBD has an extensive scope for

¹⁸ The original English text of the relevant regulation is as follows: "(iv) Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated;" see International Criminal Court, "Rome Statute of the International Criminal Court".

¹⁹ International Criminal Court: "Full Text of the Rome Statute of the International Criminal Court", <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>, (Access: 10.08.2024).

²⁰ The relevant provisions concerning *Jus Cogens* rules in international law may be found in the Vienna Convention on the Law of Treaties, dated 1969. See Article 53 of this Convention.

²¹ It is important to highlight that there is no universally accepted ecocide definition. Under the current circumstances it is difficult to give a legal answer to the question of which elements may constitute an ecocide offence. Conceptualization of ecocide is inevitable and it is highly likely that the next generations will indeed witness the evolution of this concept especially with the influence of the developing discourse through climate activism and it is highly likely that the next generations will indeed witness the evolution of this concept. See, BOZKURT, Kutluhan: "Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi" (Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi) in Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan/ Bozkurt, Kutluhan/ Kulaç, Duygu (ed.), İklim Krizi ve Hukuk, Legal Yayınevi, İstanbul 2022, p.179.

²² BOZKURT, Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi, p.179.

²³ United Nations: "Full Text of the Convention "The Convention on Biological Diversity", <http://tiny.cc/y23hzz>, (Access: 09.08.2024).

²⁴ United Nations: "Convention on Wetlands of International Importance especially as Waterfowl Habitat", <http://tiny.cc/233hzz>, (Access: 09.08.2024).

²⁵ United Nations: "Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage", <http://tiny.cc/533hzz>, (Access: 09.08.2024).

²⁶ United Nations: "United Nations Conference on the Human Environment", <http://tiny.cc/733hzz>, (Access: 09.08.2024).

the conservation of the elements of biological diversity²⁷.

Biodiversity protection is not solely about preserving the variety of genes within a species but also generally aiming to protect the diversity of ecosystems. Ecosystems comprise living components ranging from various microorganisms, animals, plants, fungi, and non-living elements. Habitats within ecosystems serve as homes to different species. In these habitats, living components interact with each other and engage with surrounding non-living elements. Changes in these non-living elements subsequently affect the entire ecosystem. Rainforests and coral reefs are among the ecosystems with the highest level of diversity²⁸. However, these areas are particularly threatened by biodiversity loss due to climate change that is human induced.

Biological diversity is indeed threatened by various drivers, most of which are caused by human actions²⁹. Urbanisation causes habitat loss and fragmentation. The intensified farming and agriculture, fertiliser, and chemical use harm certain species. Mining activities cause soil and water contamination, and the exploitation of minerals affects the habitats of wildlife and leads to changes in the landscape. Deforestation constitutes another pressure factor on biodiversity. Air pollution caused by human activities negatively impacts biodiversity, specifically animal well-being and behaviours. The water and soil pollution caused by anthropogenic activity constitutes a great threat towards the components of ecosystems. The introduction of non-native species in ecosystems is another threat to the persistence of biological diversity, and it affects the balance of the habitats as much as the over-exploitation of the ecosystem components by human beings, such as overhunting and exploitative fishing³⁰.

It is worth noting that natural disasters may also cause threats to biodiversity³¹. Indeed, disasters such as volcano eruptions, storms, floods or tsunamis may severely affect habitats, and some of these events are not connected with anthropogenic activities. Be that as it may, human-induced climate change today is rapidly altering nature and causing an erosion in biodiversity at a speed that has never been recorded before. The main drivers causing the biodiversity loss in the Anthropocene are human-induced.

As highlighted above, the planet's climate is undergoing unprecedented rapid changes, posing a significant threat to biodiversity conservation³². With the pressure from these climate changes, many species are endangered; thus, protecting these species is urgent to maintain the possibility of having a healthy ecosystem balance³³. In this context, it is essential to take necessary measures for the adaptation of species to the changing climate and to establish the required legal framework, nationally or internationally. Undoubtedly, climate crisis is the “greatest species protection threat”³⁴. Hence, the question is whether the available legal tools at hand are fit for the purpose of saving the species that are faced with the threat of extinction, if not, whether recognition of ecocide as a peremptory norm could provide an insightful legal reinforcement in the fight against biodiversity loss and extinction.

B. Endangered Species Protection and Climate Change in Light of the Current Legal Framework

Conservation of endangered species has necessitated the development of various protection regimes, both nationally and internationally. Since the 19th century, a broader focus has been placed on a wider range of species through international law instruments³⁵.

The extinction of species is not merely an environmental crisis emerging from climate change. Even before climate change found a legal basis, significant mechanisms were developed in regional and international law to protect endangered (mostly due to human-induced reasons) species. One such example is the Agreement on the Conservation of Polar Bears³⁶, signed on November 15, 1973. This agreement highlighted polar bears as a “vital resource” for the Arctic region, necessitating coordinated national measures for their protection. It included provisions like Article 1, which prohibited the hunting, killing, and capture of polar bears, and Article 2, where each contracting party committed to protecting the ecosystems where polar bears live.

²⁷ EKARDT, Felix/GÜNTHER, Philipp/HAGEMANN, Katharina/GARSKE, Beatrice/HEYL, Katharine/WEYLAND, Raphael: “Legally Binding and Ambitious Biodiversity Protection Under the CBD, the Global Biodiversity Framework, and Human Rights Law”, *Environmental Sciences Europe*, 35(1), 2023, p.80.

²⁸ CONNELL, Joseph: “Diversity in Tropical Rain Forest and Coral Reefs”, *New Series*, 199(4335), 1978, p.1302-1304.

²⁹ Chatham House: “Threats to Biodiversity”, <https://www.chathamhouse.org/2023/04/threats-biodiversityhatham>, (Access:04.09.2024).

³⁰ For further elaboration on threats towards biodiversity see BELLARD, Céline/MARINO, Clara/COURCHAMP, Franck: “Ranking Threats to Biodiversity and Why It Doesn’t Matter”, *Nature Communications*, 13(1), 2022, p.2616.

³¹ See for instance THOMSEN, Mads/MONDARDINI, Luca/THORAL, François/GERBER, Derek/MONTIE, Shinae/SOUTH, Paul M./TAIT, Leigh/ORCHARD, Shane/ALESTRA, Tommaso/SCHIEL, David: “Cascading Impacts of Earthquakes and Extreme Heatwaves Have Destroyed Populations of an Iconic Marine Foundation Species”, *Diversity and Distributions*, 27(12), 2021, p.2369-2375.

³² IPCC: “Climate Change Widespread, Rapid, and Intensifying”, <http://tiny.cc/i23hzz>. (Access: 10.08.2024).

³³ THOMAS, Chris/CAMERON, Alison/GREEN, Rhys/BAKKENES, Michel/BEAUMONT, Linda/COLLINGHAM, Yvonne/ERASMUS, Barend/FERRERIA DE SIQUEIRA, Martinez/GRAINGER, Alan/HANNAH, Lee/HUGHES, Lesley/HUNTLEY, Brian/VAN JAARSVELD, Albert/MIDGLEY, Guy/MILES, Lera/ORTEGA-HUERTA, Miguel/PETERSON, A. Townsend/PHILLIPS, Oliver/WILLIAMS, Stephen.: “Extinction Risk from Climate Change”, *Nature*, 427(6970), 2004, p.145-148.

³⁴ Environmental, Natural Resources, & Energy Law Blog: “The Endangered Species Act’s Next 50 Years: Updating the Nation’s Hallmark Species Protection Law for an Era of Climate Change”, <https://law.lclark.edu/live/blogs/239-the-endangered-species-acts-next-50-years-updating>, (Access:09.08.2024).

³⁵ SANDS, Philippe/PEEL, Jacqueline: “Principles of International Environmental Law”, 3rd Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p.384-388.

³⁶ Arctic Portal Library: “Agreement on the Conservation of Polar Bears”, <http://library.arcticportal.org/1867/1/Agreement-on-the-Conservation-of-Polar-Bears.pdf>, (Access: 09.08.2024).

Similarly, international law developed instruments for conserving the living resources in vulnerable regions such as Antarctic and aimed to ensure the protection of all living marine organisms³⁷.

In the European Union, comprehensive regulations have been implemented for species conservation. The Twin Directives, i.e. the Birds Directive³⁸ and Habitats Directive³⁹ are fundamental to the conservation regime in Europe, focusing on biodiversity protection. The EU LIFE Natura project, operating under this framework has an important role in combating wildlife crime in the EU⁴⁰. This project has implemented initiatives targeting the poisoning of protected species, raising awareness about illegal hunting, trapping, poaching, and illegal trafficking. Moreover, within the European environmental law regime the Bern Convention aims to protect habitats and, therefore, species⁴¹. It emphasises the importance of giving special attention to endangered species, and migratory species.

Amongst the tools developed with consideration of endangered species, the most important and functional international mechanism is the “Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora”, also known as the CITES or the Washington Convention. This convention plays a critical role as it stipulates very important provisions to protect endangered species from certain commercial activities, and it establishes a certain monitoring system⁴². CITES has a system with the consideration of the level of endangerment of certain species. Accordingly, Appendix I includes a list of species that are threatened with extinction and their international trade is strictly prohibited. Yet if the purpose is non-commercial, there might be some exceptional circumstances, such as a need for scientific research, where such trade may be allowed under the CITES regime. Whereas Appendix II species are not threatened, controlled trade serves to prevent their endangerment. Lastly, Appendix III species are the ones that are protected in at least one country. In case this country has called for international assistance to manage the trade of these species then such species benefit as well from the protection ensured by the CITES regime. The Conference of the Parties, which is the decision making body of CITES, periodically reviews and amends these Appendices using specific biological and trade criteria. Be that as it may, CITES is a convention that still focuses on the use of species from an anthropocentric point of view. One may conclude that it does not fully address to the eco-centric protection of species. Indeed, an aim to strengthen the protection of the elements of biodiversity may be found in this regime, but anthropocentrism hampers these efforts⁴³. Therefore, it is hardly unexpected that the existing international frameworks fall short of offering adequate safeguarding measures for species facing the threat of extinction. This gap underscores the pressing need for a more robust perception to protect biodiversity, particularly the earth's most vulnerable fauna and flora. Accordingly, the solution may be possible with an ecocide definition that positions humans not as a controller of the environment but as an inseparable and equal element of nature⁴⁴.

C. Ecocide Crimes: A More Robust Legal Tool for Endangered Species Protection in The Times of Climate Change

Both international and regional instruments have indeed recognised the concern regarding endangered species. Yet, as in many international instruments, enforcement constitutes a crucial problem. Moreover, all these instruments were concluded in a context where climate crisis was not a central concern. Therefore, they are not very considerate of the fact that climate crisis creates immediate threats that need to be considered particularly in terms of the endangered species. Therefore, the question is how international law can develop a more robust protection regime for endangered species in the context of the sixth mass extinction due to climate change. This study posits that recognising ecocide crimes as a peremptory norm within international law could significantly contribute to addressing the urgent challenges of the climate crisis. With its strong enforcement capabilities, such a legal instrument is uniquely positioned to exert pressure on actors, compelling them to protect species facing extinction, especially those further threatened by climate change. A robust legal framework that directly responds to the escalating environmental emergencies of our time may be possible by establishing ecocide as a peremptory international norm. Currently, the international legal framework lacks such normative infrastructure and there is an urgent need for the implementation of effective legal tools to dissuade natural and legal persons from imperilling the planet.

One may argue that at the national level, harms against the environment, causing industrial pollution, are already criminalized, and sanctions are provided for such acts. Yet it is obvious that these legal tools are not sufficient to provide effective legal protection for nature, especially given the climate crisis that we are facing today. This crisis determines the new rules of the game in social, political, and legal contexts. Increasing interest in climate litigation cases and the concern of international organisations, such as the

³⁷ See for instance CCAMLR: “CCAMLR Convention”, <https://www.ccamlr.org>, (Access: 09.08.2024).

³⁸ European Parliament and the Council: “Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds (Codified version)”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0147>, (Access: 09.08.2024).

³⁹ Council of the European Union: “Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora”, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1992/43/oj>, (Access: 09.08.2024).

⁴⁰ SILVA, João Pedro: LIFE & Wildlife Crime, European Commission, 2018, p.40.

⁴¹ The Council of Europe: “Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats”, (Access: 09.08.2024).

⁴² CITES: “Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora”, <https://cites.org>, (Access: 09.08.2024).

⁴³ GEORGIEVA MINKOVA Liana: “Ecocide, Sustainable Development and Critical Environmental Law Insights”, *Journal of International Criminal Justice*, 22(1), 2024, p.8.

⁴⁴ HAMILTON Rebecca J.: “Criminalizing Ecocide”, *Harvard Human Rights Journal*, 38(1) (Forthcoming), 2025, p.44.

United Nations, of the liabilities of the countries due to the consequences of their policies are explicit indicators of this situation⁴⁵. For this reason, not surprisingly, ecocide has already started finding a place in national laws. France, for instance, is the first country in the European Union to criminalized actions constituting ecocide. Accordingly, as of the second half of 2021, those causing “serious and lasting damage to health, flora, fauna or the quality of the air, soil or water” shall be punished with up to 10 years of imprisonment⁴⁶. Nevertheless, the scope of the article is limited to the actions in France and not international.

As elaborated above, currently, ecocide is a potential concept that is generally treated in the context of war crimes. The threshold sought to implement such a norm is very high. Therefore, it is not very likely to be instrumentalised in the effective protection of species and, in general, biodiversity. In this context, defining 'ecocide' and understanding how this definition is formulated is of great importance. Polly Higgins defined ecocide as

“the extensive damage, destruction to or loss of ecosystems of a given territory, whether by human agency or by other causes, to such an extent that peaceful enjoyment by the inhabitants of that territory has been severely diminished”⁴⁷.

Indeed, such definition which comprises a holistic approach towards nature may also serve for conservation purposes and may be instrumentalized for biodiversity crisis aggravated by climate change.

Recently, the European Law Institute (ELI) developed Model Rules for an EU Directive on Ecocide. In their proposal, the ELI defines ecocide as deliberate actions that could result in, or significantly contribute to, causing severe, long-term harm, or extensive, irreversible damage to an ecosystem or multiple ecosystems⁴⁸. Examples include excessive pollution, irresponsible farming, illegal waste dumping, and the release of radioactive materials. Yet the key term in the proposal is “intent”; therefore, the norm requires actors’ knowledge on their engagement in harmful actions to ecosystems. Evidently, the challenge lies in determining the threshold for ecosystem damage, especially in relation to climate change⁴⁹. Would a public or a private actor who is aware of their obligations under related climate frameworks be prosecuted and punished if they knowingly contribute to climate change? These questions remain unanswered, yet there is no doubt that recognition of ecocide as a peremptory norm would pierce the anthropocentric bias towards biodiversity protection, and by way of prioritising the intrinsic value of nature, ecocide would conceptually diverge from the other normative tools.

Given the rapid pace of change, there is a threat that species may not adapt and ultimately face extinction. In this regard, the failure of actors to fulfil their obligations in terms of mitigation and climate adaptation and an inability to enhance the adaptability of endangered species raises the question: Could the extinction of a species under these circumstances be considered ecocide?

In our opinion, the definition of ecocide as it stands does not necessarily imply extensive environmental harm to hundreds of species or a vast ecosystem. When an endangered species is involved, causing harm to these species should also be considered extensive environmental damage. Therefore, defining ecocide as a crime, especially an international crime, is crucial. Such a classification can create pre-emptive pressure on actors, compelling them to take necessary measures and having a deterrent effect. Similarly, criminalising such actions and assuming responsibility will significantly contribute to achieving environmental justice.

V. CONCLUSION

Overall, it is obvious that current international law falls short of safeguarding our planet and its ecosystems. Addressing this inadequacy through defining and establishing "Ecocide Crimes" is crucial. The progressive idea of granting legal personality to our planet, recognising its self-determination right, and proposing a "Universal Declaration of Planetary Rights." is also a prerequisite to functionalizing such a normative framework. The growing interest in ecocide, especially as a tool for climate crisis management, underscores the urgency of adopting a universally accepted definition and incorporating it into international law. Despite the absence of direct regulations on ecocide in existing international law, indirect regulations post-World War II, particularly those related to environmental protection during armed conflicts, lay a foundational precedent. This study highlights the growing relevance of this legal gap, particularly for biodiversity conservation in the climate crisis era.

Indeed, the state of biodiversity in the Anthropocene epoch requires urgent action. Current international biodiversity conservation instruments have laid a foundational framework for future survival of species. Yet, while significant, these measures are not sufficient given the aggravated situation with the climate crisis, especially considering the conditions for endangered species. The measures have an anthropocentric rationale. In this context, the criminalisation of ecocide is a potential legal tool to address the acts causing severe and irreversible harm to ecosystems. The integration of ecocide into international law could finally favour the intrinsic value of nature and enhance the legal mechanisms to safeguard biodiversity,

⁴⁵ Human Rights Watch: “UN General Assembly Seeks World Court Ruling on Climate Change”, <https://www.hrw.org>, (Access: 09.08.2024).

⁴⁶ Stop Ecocide International: “France Writes Ecocide into Law, in 2 Ways”, <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/france-writes-ecocide-into-law-in-two-ways>, (Access: 09.08.2024).

⁴⁷ HIGGINS, Polly/SHORT, Damien/SOUTH, Nigel: “Protecting the Planet: A Proposal for a Law of Ecocide Special Issue: Green Criminology”, *Crime Law and Social Change*, 59(3), 2013, p.257.

⁴⁸ European Law Institute: “ELI Report on Ecocide: Model Rules for an EU Directive and a Council Decision”, <https://www.europeanlawinstitute.eu>, (Access: 08.08.2024).

⁴⁹ Forbes: “Ecocide: Criminalizing Climate Change”, <https://www.forbes.com/sites/jonmcgowan/2023/04/26/ecocide-criminalizing-climate-change>, (Access: 08.08.2024).

particularly endangered species. This paradigm shift towards an eco-centric perspective may provide a more effective and deterrent biodiversity conservation regime against environmentally harmful acts. Undeniably, the environmental challenges of our time necessitate a strengthened legal framework, taking into account the urgency of existential climate change threat.

KAYNAKÇA

- BATUR YAMANER, Melike/ÖKTEM, Emre/KURTDARCAN, Bleda/UZUN, Mehmet: 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, International Committee of the Red Cross and Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Publishing, 2009.
- BELLARD, Céline/MARINO, Clara/COURCHAMP, Franck: "Ranking Threats to Biodiversity and Why It Doesn't Matter", *Nature Communications*, 13(1), 2022, p.2616-2620.
- BOZKURT, Kutluhan: "Uluslararası Hukuk ve Ekokırım Suçlar Ekseninde Ukrayna-Rusya Savaşına İlişkin Değerlendirmeler", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2023, p.209-228.
- BOZKURT, Kutluhan: "Uluslararası Hukuk Bağlamında İklim Aktivizmi", in Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan/Bozkurt, Kutluhan/Kulaç, Duygu (ed.), *İklim Krizi ve Hukuk*, Legal Yayınevi, İstanbul 2022, p.167-185.
- Chatham House: "Threats to Biodiversity", <https://www.chathamhouse.org/2023/04/threats-biodiversityhatham>, (Access: 04.09.2024).
- CONNELL, Joseph: "Diversity in Tropical Rain Forest and Coral Reefs", *New Series*, 199(4335), 1978, p.1302-1310.
- EKARDT, Felix/GÜNTHER, Philipp/HAGEMANN, Katharina/GARSKE, Beatrice/HEYL, Katharine/WEYLAND, Raphael: "Legally binding and Ambitious Biodiversity Protection Under the CBD, the Global Biodiversity Framework, and Human Rights Law", *Environmental Sciences Europe*, 35(1), 2023, p.80-106.
- Environmental, Natural Resources, & Energy Law Blog: "The Endangered Species Act's Next 50 Years: Updating the Nation's Hallmark Species Protection Law for an Era of Climate Change", <https://law.lclark.edu/live/blogs/239-the-endangered-species-acts-next-50-years-updating>, (Access: 09.08.2024).
- European Law Institute: "ELI Report on Ecocide: Model Rules for an EU Directive and a Council Decision", <https://www.europeanlawinstitute.eu>, (Access: 08.08.2024).
- Forbes: "Ecocide: Criminalizing Climate Change", <https://www.forbes.com/sites/jonmcgowan/2023/04/26/ecocide-criminalizing-climate-change>, (Access: 08.08.2024).
- GEORGIEVA MINKOVA, Liana: "Ecocide, Sustainable Development and Critical Environmental Law Insights", *Journal of International Criminal Justice*, 22(1), 2024, p.81-97.
- HAMILTON, Rebecca J.: "Criminalizing Ecocide", *Harvard Human Rights Journal*, 38(1) (Forthcoming), 2025, p.2-51.
- HIGGINS, Polly/SHORT, Damien/SOUTH, Nigel: "Protecting the Planet: A Proposal for a Law of Ecocide Special Issue: Green Criminology", *Crime Law and Social Change*, 59(3), 2013, p.251-266.
- Human Rights Watch: "UN General Assembly Seeks World Court Ruling on Climate Change", <https://www.hrw.org>, (Access: 09.08.2024).
- IPCC: "Climate Change Widespread, Rapid, and Intensifying", <http://tiny.cc/i23hzz>, (Access: 10.08.2024).
- KABOĞLU, İbrahim/YANCI ÖZALP, Nihan: *Çevre Hakkı*, 1. Bası, Tekin Yayınları, 2021.
- ÖZENBAŞ, Nazmiye: "Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirlenmesi Suçları", *International Conference on Eurasian Economies*, 2013, p.924-931.
- SANDS, Philippe/PEEL, Jacqueline: *Principles of International Environmental Law*, 3rd Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2012, p.384-388.
- SILVA, João Pedro: *LIFE & Wildlife Crime*, European Commission, 2018.
- Stop Ecocide International: "France Writes Ecocide into Law, in 2 Ways", <https://www.stopecocide.earth/press-releases-summary/france-writes-ecocide-into-law-in-two-ways>, (Access: 09.08.2024).
- THOMAS, Chris/CAMERON, Alison/GREEN, Rhys/BAKKENES, Michel/BEAUMONT, Linda/COLLINGHAM, Yvonne/ERASMUS, Barend/FERRERIA DE SIQUEIRA, Martinez/GRAINER, Alan/HANNAH, Lee/HUGHES, Lesley/HUNTLEY, Brian/VAN JAARSVELD, Albert/MIDGLEY, Guy/MILES, Lera/ORTEGA-HUERTA, Miguel/PETERSON, A. Townsend/PHILLIPS, Oliver/WILLIAMS, Stephen: "Extinction Risk from Climate Change", *Nature*, 427(6970), 2004, p.145-148.
- THOMSEN, Mads/MONDARDINI, Luca/THORAL, François/GERBER, Derek/MONTIE, Shinae/SOUTH, Paul M./TAIT, Leigh/ORCHARD, Shane/ALESTRA, Tommaso/SCHIEL, David: "Cascading Impacts of Earthquakes and Extreme Heatwaves Have Destroyed Populations of an Iconic Marine Foundation Species", *Diversity and Distributions*, 27(12), 2021, p.2369-2383.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Kutluhan BOZKURT ve Elif Naz NEMEC, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Kutluhan BOZKURT and Elif Naz NEMEC, who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**İDARENİN KOLLUK YETKİLERİ KAPSAMINDA TRAFİK İHLALLERİNİN
ELEKTRONİK DENETLEME SİSTEMLERİ İLE TESPİTİ****DETECTION OF TRAFFIC VIOLATIONS WITH ELECTRONIC SURVEILLANCE SYSTEMS AS
PART OF ADMINISTRATIVE LAW ENFORCEMENT POWERS**

Zehra KARAKUŞ IŞIK* & Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN**

Makale BilgiGönderi: 24/09/2024
Kabul : 05/12/2024**Anahtar Kelimeler***İdari Kolluk,
Trafik İdari Para
Cezası,
Elektronik Denetleme
Sistemleri,
Otomatikleştirilmiş
İdari İşlemler,
Hasılat Paylaşımı.***Article Info**Received: 24/09/2024
Accepted: 05/12/2024**Keywords***Administrative Law
Enforcement,
Traffic Administrative
Fine, Electronic
Surveillance Systems,
Automated
Administrative
Act,
Revenue Sharing.***Özet**

10.21492/inuhfd.1349678 doi

Elektronik denetleme sistemleri, kuruldukları yerlerde trafikteki araçları denetleyen ve kural ihlali yapan araçları tespit ederek araç bilgilerine erişebilen bütünlümlü bilişim teknolojileri içeren bir sistemdir. Sistem, ihlal halinde idari veri tabanlarına erişerek araç sahibi bilgilerine ulaşmakta ve bu bilgileri emniyet müdürlüklerine yollayarak, araç sahipleri hakkında trafik idari para cezaları tesis edilmesini sağlamaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda, elektronik denetleme sistemlerinin belediyeler veya sermayesinin tamamı belediyelere ait şirketler tarafından kurulabileceği veya belediyelerce hasılat paylaşımı yoluyla özel hukuk kişilerine kurdurulabileceği öngörülmüştür. Böylece özel hukuk kişilerine genel idari kolluk yetkileri devredilmiştir. Ayrıca Emniyet Genel Müdürlüğü, sistemler vasıtasıyla kesilen trafik cezalarından elde edilen geliri belediye ve özel hukuk kişileriyle paylaşmaktadır. Yapay zekâ sistemleriyle donatılan bu sistemler, kişisel verileri işlemekte ve ihlal tespitini otomatik olarak gerçekleştirmektedir. Çalışmada kişi hak ve özgürlükleriyle doğrudan ilgili olan elektronik denetleme sistemlerine ilişkin mevzuat ve emsal Anayasa Mahkemesi kararları incelenecek sonrasında otomatikleştirilmiş idari işlemler ve elektronik denetleme sistemlerinin amacına yönelik tartışmalara yer verilecektir.

Abstract

Electronic surveillance systems comprise integrated information technologies that inspect vehicles in traffic, enabling access to vehicle information by detecting violations. In the event of an infraction, the system accesses administrative databases to obtain vehicle owner information and forwards this data to security directorates to impose traffic fines on vehicle owners. Law No. 2918 on Road Traffic permits municipalities or municipalities' companies to install electronic surveillance systems, or to do so through revenue sharing with private law persons. Thus, general administrative law enforcement powers are delegated to private law persons. The General Directorate of Security shares the revenue generated from traffic fines issued through its systems with municipalities and private law persons. These systems are equipped with artificial intelligence that processes personal data and detects violations automatically. In this study, the legislation and precedent Constitutional Court decisions on electronic surveillance systems, which are directly related to the rights and freedoms of individuals, will be analysed, and then, discussions on the purpose of automated administrative act and electronic surveillance systems will be included.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğretim Üyesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

** Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: KARAKUŞ IŞIK, Zehra/ TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile, “İdarenin Kolluk Yetkileri Kapsamında Trafik İhlallerinin Elektronik Denetleme Sistemleri İle Tespiti”, İnÜHFD, 15(2), 2024, s.358-371. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The systems used to control motorways in order to ensure traffic order and to impose administrative sanctions for infringements are collectively referred to as electronic monitoring systems. These systems utilize cameras and sensors, in conjunction with sophisticated image processing technologies, to monitor the areas in which they are installed. They are capable of automatically recording any violations that they detect, accessing vehicle data and subsequently transmitting this information to the General Directorate of Security, where it is converted into administrative fines. Furthermore, Article 16 of the Highway Traffic Law No. 2918 authorizes municipalities to install, and expand these electronic monitoring systems, thereby providing a legal basis for municipalities to have these systems installed by private companies through revenue sharing. Consequently, a law enforcement activity that is typically conducted by the police force has been delegated to municipalities, municipal companies, or private individuals. This situation represents a partial transfer of administrative law enforcement powers to private individuals. However, in line with the jurisprudence of the Constitutional Court on similar issues, this transfer is not considered unconstitutional as long as the power to take executive decisions is not delegated. Yet, it is imperative that the procedures and principles governing this activity be established through legislative means. In this regard, the regulations set forth in Law No. 2918 are inadequate.

Even when the installation and operation of electronic surveillance systems is conducted by a private legal professional, there is minimal human involvement in the system's functionality and violation detection capabilities. These systems perform traffic surveillance and violation detection activities automatically, utilizing sophisticated technologies, including artificial intelligence. The violation detection reports generated by electronic surveillance systems are automatically converted into traffic fines, bypassing any inspection by the relevant police authority. It can thus be argued that traffic fines based on violations detected by the system should be regarded as semi-automated administrative act, representing a novel category of administrative act that has emerged as a consequence of the deployment of artificial intelligence in administrative decision-making processes. In such instances, it is imperative that citizens be furnished with specific legal safeguards. A legal framework should be established to regulate the utilization of these technologies, and that citizens be duly informed of the algorithms employed.

The intensively processed data, which is collected by electronic surveillance systems, contains personal data. These systems access the identity data of the vehicle owner from the license plate of the vehicle in question, and on occasion, take photographs or video recordings of the vehicle in such a way that the individuals present in the vehicle can be identified. It is therefore imperative that the issue be addressed in terms of personal rights and freedoms. While the processing of personal data for the purpose of preventive law enforcement activities is exempt from the provisions of the Law on the Protection of Personal Data (No. 6698), the limitation of a fundamental right necessitates the enactment of a specific legal framework regulating this subject matter. This framework may be incorporated into Law No. 2918 or established as a distinct legislation.

Furthermore, in accordance with Additional Article 16 of the Highway Traffic Law No. 2918, the prospect of a portion of the revenue generated from traffic fines detected by electronic monitoring systems being shared with municipalities and private legal persons gives rise to concerns that these systems are not operating in accordance with the public interest. Indeed, the legislation provides a comprehensive and transparent framework for the establishment and operation of electronic surveillance systems, which is a crucial safeguard against the potential misuse of these systems and the diversion of authority. Conversely, it is contrary to the fundamental principles of legal security and certainty to regulate the details of this subject with an unnamed regulatory act under the name of "procedures and principles", without first establishing the main framework for the functioning of the system within the law.

In conclusion, the most significant issue pertaining to electronic surveillance systems, which have the potential to infringe upon individual rights and freedoms and are permitted to be conducted by private individuals, is related to the principle of legality. The fundamental tenets and procedural guidelines pertaining to these systems must be enshrined in legislation, whereas the specific operational details are better addressed in administrative regulations. Furthermore, the dissemination of information regarding the technology and systems employed in electronic surveillance to the general public will facilitate a greater understanding of the system's functionality. This would mitigate the public's concerns that electronic monitoring systems may be exploited by administrations for financial gain through questionable practices.

I. GİRİŞ

Dijital çağda bilgi teknolojilerindeki yenilikler, hayatın her alanında olduğu gibi idarenin işleyişi üzerinde de önemli bir dönüşüme yol açmıştır. Bu dönüşüm idarenin politika üretme ve karar alma süreçlerinden kamu hizmetlerinin yerine getirilmesine ve kolluk faaliyetlerine kadar birçok alanda bilgi teknolojilerinden faydalanılması sonucunu doğurmuştur. Bilgi teknolojilerinin idare tarafından kullanımı, çağın gereklerine uygun, vatandaş odaklı, verimli ve etkin bir kamu hizmeti anlayışının ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Diğer yandan idare kullanacağı teknolojileri her zaman kendisi üretememekte, özel hukuk kişilerinden bu teknolojileri satın almak ya da belli hizmetlerin özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine izin vermek yoluna gitmektedir. Bu durum bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gerektiği kabul edilen bazı kamu hizmetleri ve kolluk faaliyetleri açısından çeşitli hukuki sorunları gündeme getirmektedir.

Karayollarında, trafik düzeninin sağlanması ve trafik ihlallerinin tespit edilmesi sırasında denetim ve idari yaptırım uygulama faaliyetlerinde kullanılan sistemlere bir bütün olarak elektronik denetleme sistemleri (EDS) denilmektedir¹. Bu sistemler kamera ve sensörler ile çeşitli görüntü işleme teknolojileri vasıtasıyla konuldukları bölgeleri gözetleyerek; tespit ettikleri kural ihlallerini otomatik olarak kaydetmekte, araç verilerine ulaşmakta ve bu bilgileri Emniyet Genel Müdürlüğüne (EGM) idari para cezasına dönüşmek üzere yollamaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 16. maddesi belediyelere söz konusu elektronik denetleme sistemlerini kurma ve yaygınlaştırma yetkisi vermiş ve belediyelerin bu sistemleri hasılat paylaşımı yoluyla özel şirketlere kurdurmasına da yasal dayanak sağlamıştır. Böylece bizzat emniyet teşkilatınca gerçekleştirilmesi gereken bir kolluk faaliyetinin, belediye, belediye şirketi ya da özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesine imkan tanınmıştır. Bu durum trafik güvenliğini sağlama ve trafik ihlallerinin tespitine ilişkin idari kolluk yetkilerinin kısmen de olsa özel hukuk kişilerine devri anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan genel idare esaslarına göre yürütülen kolluk faaliyetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gördürülmesine ilişkin hüküm karşısında, kanun koyucunun bu tercihinin Anayasa'ya uygunluk açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

EDS'lerin kurulumu ve işletilmesi, bir özel hukuk kişisine bırakılsa bile sistemin işleyişinde ve ihlal tespitlerinde insan müdahalesi çok azdır. Bu sistemler trafiği gözetim ve ihlal tespit faaliyetlerini yapay zekâ dahil gelişmiş teknolojiler kullanarak gerçekleştirmektedir. EDS'ler tarafından hazırlanan ihlal tespitine ilişkin raporlar, ilgili emniyet müdürlüğü tarafından herhangi bir denetime konu olmadan doğrudan trafik cezasına dönüşmektedir. Bu nedenle EDS tarafından tespit edilen ihlallere dayanarak tesis edilen trafik cezalarının, idari karar alma süreçlerinde yapay zekâ kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan ve yeni bir idari işlem kategorisi olan kısmen otomatikleştirilmiş idari işlem olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ayrıca EDS'lerde yoğun bir şekilde kişisel veri işlenmesi yapılmaktadır. Bu da konunun kişi hak ve özgürlükleri açısından ele alınmasını gerektiren diğer bir boyutudur.

Son olarak, 2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesi gereği EDS'lerin tespit ettiği trafik para cezalarından sağlanan gelirin bir kısmının belediyelerle ve özel hukuk kişileriyle paylaşılacak olması, bu sistemlerin kamu yararı amacıyla değil gelir elde etme amacıyla kullanılması riskini doğurmaktadır.

Bu çalışmada EDS'lerin kurulum ve işletme işinin özel hukuk kişilerine bırakılması, sistemlerin otomatik karar alma ve kişisel veri işleme özelliği ile sistemin idareye gelir getirme amacı taşıyıp taşımadığı hususlarının idare hukuku boyutuyla ele alınması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda öncelikle EDS'lerin kurulum ve işletimi yetkilerinin özel hukuk kişilerine devrinin genel idari kolluk yetkilerinin devri anlamına gelip gelmediği incelenecek; Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı benzer içtihatlardan yararlanılarak ortaya konulacaktır. Daha sonra EDS'ler otomatikleştirilmiş idari işlemler ve kişisel verilerin korunması açısından incelenecek ve son olarak sistemin işleyişi ve amaca aykırı çalışma ihtimaline ilişkin değerlendirmeler yapılacaktır.

II. EDS'LERİN AMACI VE MEVZUATTAKİ YERİ

EDS, “karayollarında trafik düzenini ve güvenliğini sağlamak ve trafik kural ihlallerini tespit etmek amacı ile kullanılan elektronik, dijital cihaz veya cihazlar bütününden oluşan, sabit veya taşınabilir denetim sistemleri” olarak tanımlanmaktadır². Bu sistemler, kent güvenlik yönetim sisteminin (KGYS)³ ya da toplumda bilinen adıyla MOBESE sistemlerinin alt bileşeni olarak sınıflandırılmaktadır. EDS'lerin kurulduğu yerlerde sensörler, kameralar, radar ve görüntü işleme teknolojileri vasıtasıyla tespit edilen kural ihlalleri merkezi sisteme iletilmektedir⁴. Bu sistemler aracılığıyla anlık hız tespiti, ortalama hız tespiti⁵, park ihlal tespiti, kırmızı ışık ihlal tespiti, ters yön ihlal tespiti⁶ yapılmakta ve kural ihlali yapan aracın otomatik

¹ Elektronik denetleme sistemleri, ulaştırma elektronik takip ve denetim sistemi (U-ETDS) veya egzoz elektronik denetleme sistemi (EGEDES) gibi teknolojik gelişmelere paralel olarak farklı alanlarda kullanılmaktadır. Ancak çalışmada konu trafik ihlalleri ile sınırlı olarak incelenmiştir.

² Emniyet Genel Müdürlüğü Trafik Uygulama ve Denetleme Dairesi Başkanlığı: “Trafik Denetimlerinde ve Trafik Kazalarında Alınacak Önlemlere İlişkin Yönerge, m.4/1/e”, https://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/03-Mevzuat/Trf_Kaza_Yonerge.pdf, (Erişim: 01.03.2024).

³ KGYS kısaca görüntüleme ve plaka tanıma sistemi olarak ifade edilebilir. Tanım için bkz. <https://www.egm.gov.tr/bilgiteknolojilerivehaberlesme/kgysvepts>, (Erişim: 01.03.2024).

⁴ İSBK, “Elektronik Denetleme Sistemleri”, <https://www.isbak.istanbul/akilli-ulasim-sistemleri/elektronik-denetleme-sistemleri/>, (Erişim: 01.03.2024).

⁵ Ortalama Hız Tespit Sistemi: “Yol üzerinde belirli noktalara kurulan Plaka Tanıma Sistemi kameraları ile iki nokta arasında aracın hız ve zaman bilgisi çekilen araç fotoğrafı ile birlikte gidilen mesafe, iki nokta arasında alınan zamana bölünerek ortalama hız tespit edilmektedir. OHTS emniyet şeritleri dahil tüm şeritlerde kontrol yapabilmekte, yolun herhangi bir yerinden geçiş yapan tüm araçları tespit edebilmektedir.” Bkz. <https://www.aselsan.com.tr/teknoloji/urun/3091/edselektronik-denetleme-sistemi>, (Erişim:12.05.2024).

⁶ Park ihlal tespit sistemi, kırmızı ışık ihlal tespit sistemi ve ters yön ihlal tespit sistemi hakkında açıklama için bkz. <https://www.aselsan.com.tr/teknoloji/urun/3091/edselektronik-denetleme-sistemi>, (Erişim:12.05.2024).

olarak araç plakası belirlenebilmekte ve plaka tanıma sistemi üzerinden araç ve araç sahibine ilişkin diğer bilgilere erişilebilmektedir. Bu sistemler içinde en sık kullanılan ise hız tespitine yönelik sistemlerdir. Bu sistemlerde araçların hızı, otomatik olarak tetiklenen bir ölçümle kaydedilir. Yalnızca ölçüm eşiği aşılsa, görüntü veya video kayıtları yapılır. Ortalama hız tespitinde ise belirlenen maksimum hızın aşılp aşılmadığına bakılmaksızın ölçüm noktalarını geçen her araç kaydedilir ve ortalama hızı tespit edilir⁷.

Elektronik denetleme sistemleri, önleyici kolluk tedbirleri kapsamında, sürücülerin trafik kurallarına uymalarını sağlamak ve kural ihlali yapanların cezalandırılmasıyla daha güvenli sürüş ve trafik ortamını oluşturmak amacıyla hizmet etmektedir⁸. Sistem, 2011 yılında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda⁹ Ek 16. maddede yapılan düzenleme ile hukuki olarak temellendirilmiştir¹⁰. Kanun'da sistemin kuruluş amacı "karayollarında can ve mal güvenliğini sağlamak, düzenli ve güvenli trafik akışını temin etmek" olarak vurgulanmıştır.

EDS'ler genel idari kolluk yetkilerinin kullanımına hizmet etse de bu sistemlerin kurulumu il ve ilçe belediyeleri veya sermayesinin tamamı belediyelere ait şirketler tarafından kendi bütçe kaynakları kullanılarak gerçekleştirilmektedir. 2918 sayılı Kanun'da Emniyet Genel Müdürlüğü'nün trafik ihlallerinin tespiti amacıyla bu sistemleri kullanması ve elde edilen trafik idari para cezaları kaynaklı hasılatın belediyelere sistem kullanım hizmet bedeli olarak ödenmesi öngörülmüştür (Ek m. 16/1, c. 1).

2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesine 2016 yılında getirilen ek hükümle trafik cezaları gelirin paylaşımının hangi esaslara göre yapılması gerektiğine açıklık getirilmiş ve aynı zamanda özel hukuk kişilerinin de EDS kurmasına imkân tanımıştır. Bu hükme göre, elektronik sistemlerin belediyeler tarafından hasılat paylaşımı yoluyla kurdurulması ve işletirilmesi hâlinde belediyelere ödenecek tutar, elektronik sistemlerin yatırım maliyetine ulaşınca kadar %30, sonrasında %15 olarak uygulanacaktır. Böylece maddenin ilk halinde belediyelerce veya sermayesinin tamamı belediyelere ait şirketlerce yapılan bu işin, özel hukuk kişileri aracılığıyla da yapılabilmesi yasal dayanağa kavuşturulmuştur. 2918 sayılı Kanuna göre, elektronik denetleme sistemlerinin taşınması gereken teknik özelliklerin, kurulması gereken yerlerin ve belediyelerle yapılacak protokollere ilişkin diğer şartlar ile maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığınca (Emniyet Genel Müdürlüğü) müştereken belirlenmesi gerekmektedir (Ek m. 16/2). Bu düzenlemeye istinaden 09.12.2015 tarihinde 2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar adında bir adsız düzenleyici işlem çıkarılmıştır¹¹. Usul ve Esaslarda Elektronik Denetleme Sistemleri (EDS) Teknik Gereklilikler Dokümanı 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 16. Maddesi Kapsamında Trafik Hizmetlerinde Kullanılacak Teknik Teçhizatlar İçin Genel Yeterlilik Esasları (EK 1) Karayolları Trafik Kanunu Ek Madde 16 Gereğince EDS ile Tespit Edilen Trafik Kural İhlallerine İlişkin Sistem Kullanımı Hizmet Bedeli Olarak Yapılacak Ödemeye Esas Liste (EK 2) ve EDS Yer Tespit Tablosu (EK 3) yer almaktadır.

Usul ve Esaslar'a göre, EDS; banket/emniyet şeridi, hız, koridor hız, kırmızı ışık, park ihlal tespit sistemleri vb. gibi trafik kural ihlali tespit sistemlerinden en az birini kapsayacaktır. Emniyet teşkilatı EDS hizmetinden trafik kural ihlallerinin tespiti amacıyla yararlanacaksa emniyet teşkilatı birimi ile belediye arasında bir protokol düzenlenmelidir (m. 4). Ancak öncesinde EDS'lerin kurulması gereken yerler Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde kurulan EGM EDS komisyonu tarafından belirlenecektir (m. 5/1)¹². Bu komisyon vasıtasıyla il ve ilçelerdeki kayıtlı sürücü ve araç sayıları, trafik kazaları ve sonuçları ile karayollarından geçen yıllık ortalama araç sayıları esas alınarak sistemlerin kurulacağı yerler belirlenmektedir (m. 5/2). Sonrasında EDS komisyonunun belirlediği yerlerde EDS'lerin kurulması için hazırlanan protokol, ilde il/ilçe emniyet müdürü ve belediye başkanınca imzalanmakta (m. 6) ve ardından belediye tarafından ihale süreci başlatılmaktadır (m. 7/4). Usul ve Esaslar'ın 11. maddesine göre, EDS Komisyonu kurulmuş veya kurulacak EDS'lerle ilgili bütün iş ve işlemleri belediyeler takip etmektedir. Özetle EDS kurulumu ve işletimi, emniyet müdürlüklerinin denetimi ve gözetimi altında belediyelere bırakılmış ancak özü itibarıyla genel idari kolluk yetkilerinin kullanımına ilişkin bir görevdir.

⁷ İlgili düzenlemeler için bkz. "Elektronik Denetleme Sistemleri (EDS) Teknik Gereklilikler Dokümanı 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 16. Maddesi Kapsamında Trafik Hizmetlerinde Kullanılacak Teknik Teçhizatlar İçin Genel Yeterlilik Esasları, (EK 1), 9.7, 9.8, 9.11, 10.6.3.", https://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/03-Mevzuat/Ek16_usul_esas_18.11.2016.pdf, (Erişim: 01.02.2024).

⁸ SEZGİN, Seyit Meriç: Türkiye'de Elektronik Denetleme Sistemleri ile Tespit Edilen Hız Aşım Oranlarının İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2022, s.65-66.

⁹ RG: 18.10.1983, 18195.

¹⁰ 2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesi şu şekildedir: "Belediyelerce veya sermayesinin tamamı belediyelere ait şirketler tarafından kendi bütçe kaynakları kullanılarak, karayollarında can ve mal güvenliğini sağlamak, düzenli ve güvenli trafik akışını temin etmek amaçlarına hizmet etmek üzere kurulmuş veya kurulacak elektronik sistemlerin Emniyet Genel Müdürlüğüne trafik ihlallerinin tespiti amacıyla kullanılması durumunda, aylık dönemler halinde yapılan tespitlere dayanılarak düzenlenen trafik idari yaptırım karar tutanaklarında yer alan trafik idari para cezasının % 30'u oranındaki tutar, izleyen ayın sonuna kadar Emniyet Genel Müdürlüğü bütçesinden ilgili belediyelere sistem kullanımı hizmet bedeli olarak ödenir. Elektronik sistemlerin belediyeler tarafından hasılat paylaşımı yoluyla kurdurulması ve işletirilmesi hâlinde belediyelere ödenecek tutar, elektronik sistemlerin yatırım maliyetine ulaşınca kadar %30, sonrasında %15 olarak uygulanır. Bu madde kapsamında hizmetinden yararlanılacak elektronik sistemlerin taşınması gereken teknik özellikler, kurulması gereken yerler ve belediyelerle yapılacak protokollere ilişkin diğer şartlar ile maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığınca (Emniyet Genel Müdürlüğü) müştereken belirlenir."

¹¹ Çalışmanın devamında bu düzenleyici işlem kısaca "Usul ve Esaslar" olarak belirtilecektir. Tam metin için bkz. https://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/03-Mevzuat/Ek16_usul_esas_18.11.2016.pdf, (Erişim: 01.02.2024).

¹² Usul ve Esasların 4. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: "EGM EDS Komisyonu Emniyet Genel Müdür Yardımcısının (Trafik Hizmetleri Başkanı) onayı ile Bilgi Teknolojileri Dairesi Başkanlığı, Haberleşme Dairesi Başkanlığı, Strateji Geliştirme Dairesi Başkanlığı, Trafik Dairesi Başkanlıkları ve Trafik Araştırma Merkezi Müdürlüğü tarafından görevlendirilecek personelden oluşur ve komisyonun sekretaryasını Trafik Planlama ve Destek Dairesi Başkanlığı yürütür."

III. EDS'LER İDARİ KOLLUK YETKİLERİNİN DEVRİ ANLAMINA GELİR Mİ?

2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesi, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün görev alanı içinde olan trafik denetim ve idari yaptırım uygulama faaliyetlerini gerçekleştirmek için belediyelerin bizzat veya özel şirketler aracılığıyla EDS'ler kurmasına izin vermektedir. Sistemin teknik şartları, kurulum, işletim ve denetimine ilişkin bütün usul ve esaslar Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından belirlense de biraz sonra açıklayacağımız üzere, hizmetin yerine getirilmesinde belediye veya özel hukuk kişisinin önemli bir rolü vardır. Özellikle de belediyelerin EDS kurulum ve işletim işlerini bir özel hukuk kişisine ihale yoluyla yaptırması halinde, bu durumun idarenin kolluk yetkilerinin kısmen ya da tamamen devri anlamına gelip gelmediği sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Kolluk faaliyetleri Danıştay tarafından kolluk kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmekte¹³ ve kolluğun kamu hizmetinin bir türü olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Anayasa Mahkemesi de kolluğun “zorunlu denetim hizmeti, idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler(in)” idarenin asli ve sürekli görevleri kapsamında, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri olduğu ve özel yönetim biçimleriyle yerine getirilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir¹⁵. Gerçekten de kamu gücü kullanma yetkisi en fazla genel idari kolluk hizmetlerinde kendisini göstermektedir¹⁶.

Buna karşılık, idari makamların yürütmekte yükümlü olduğu hizmetler için ihtiyacı olan araçları veya personeli her zaman kendi içinden karşılaması mümkün değildir¹⁷. Ayrıca, kamu hizmetlerinin uyarlanması ilkesi gereği, idarenin kamu hizmetlerini değişen ihtiyaçlar ve gelişen teknolojiye uygun şekilde dönüştürmesi gerekmektedir¹⁸. Özellikle içinde bulunduğumuz bilgi çağında, idarenin faaliyet ve denetim alanlarının fazlalığı karşısında idare, kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde bilgi teknolojilerinden yararlanabilmekte veya teknoloji şirketlerinden hizmet alımı yoluna gidebilmektedir. Kamu hizmetinin yerine getirilmesinde bilgi teknolojilerinin kullanımının karmaşık faaliyetlerin hızlı ve etkin bir şekilde görülmesi, verimlilik ve hizmet kalitesinin artırılması gibi birçok faydası vardır¹⁹. Bu bakımdan bütün dünyada gerek önleyici gerek bastırıcı kolluk faaliyetleri kapsamında video gözetimi, biyometrik veri işleme, yapay zekâ gibi çeşitli teknolojilerden yararlanılmaktadır²⁰. Bunların kanuni sınırlar çerçevesinde kullanımı, idarenin kamu yararı ve kamu düzeni amaçlarına daha etkili bir şekilde erişimini sağlamaktadır. Nitekim trafik güvenliğinin sağlanması konusunda da bilişim teknolojileri uzun süredir yaygın bir şekilde kullanılmaktadır.

Konumuz açısından sorunlu husus, merkezi idarenin il ve ilçelerde EDS'lerin kurulması için bizzat ihaleye çıkmak veya bizzat kendi istihdam ettiği bilişim teknolojilerinde uzman kamu görevlileriyle bu faaliyeti yerine getirmek yerine, faaliyete ilişkin teknik alt yapının kurulması, işletilmesi, denetimi, bakım ve onarımı işlerini belediyelere bırakmış olmasıdır. Uygulamada ise belediyelerin tek başına bu teknolojileri kurmak için yeterli teknik alt yapı ve mali gücü bulunmadığından, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 16. maddesi kapsamında belediyelerin bu işi belediye şirketlerine ve özel hukuk kişilerine yaptırmasına ve işletirmesine izin verilmiştir.

Usul ve Esaslar'da idarenin EDS'lerin ihale ve işletim süreçlerinde çeşitli denetim ve gözetim yetkileri olduğu görülmektedir. Hatta Genel Yeterlilik Esaslarında EDS merkezinde çalışan uzmanların sisteme erişimine ilişkin kuralların emniyet müdürlüğü tarafından belirleneceği; sisteme giriş şifrelerinin bile emniyet müdürlüğü tarafından verileceği öngörülmüştür (EK 1, 12.7). Buna karşılık, EDS kurulum ve işletim işinin bir özel hukuk şirketi vasıtasıyla yapılması durumunda, EDS merkezinde çalışacak kişilerin kamu görevlisi olmayacakları göz ardı edilmemelidir.

EDS'lerin kurulmasından, işletilmesinden ve eksikliklerinin giderilmesinden ise genel olarak belediyeler sorumludur. Usul ve Esaslara göre Belediyeler sistemin kesintisiz çalışmasını sağlayacak bakım, onarım ve kontrolü yapmalıdır (m. 11/2). Aynı zamanda ilgili belediye EDS'nin teknik yönden işletimini ve devamlılığını sağlamak ve arıza durumlarında müdahale edecek teknik ekibi hazır bulundurmakla yükümlüdür. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nu madde 14/a gereğince, trafik güvenliğinin sağlanmasına yönelik faaliyetler yapmak belediyenin görev alanı içinde yer aldığından, belediyelerin bu tarz trafik güvenlik sistemleri kurma yetkisinin olduğu²¹ ve merkezi idarenin, il ve ilçelerde, daha fazla operasyon kabiliyeti olan belediyelerle iş birliği yapabileceği kabul edilebilir. Kurulan sistemle hem trafik güvenliği sağlanmakta hem de ihlallerin tespiti suretiyle kamu düzeni temin edilmektedir. Ancak trafik gözetimi ve

¹³ Danıştay 10.D., 04.03.2016, E.2012/4786 K.2016/1098;AYM, 08.11.2012, E.2012/27, K.2012/173. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 01.03.2024).

¹⁴ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019, s.550;UZ, Abdullah: Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.184-185;AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022, s.589-590.

¹⁵ AYM, 08.11.2012, E.2012/27, K.2012/173;AYM, 26.12.2013, E.2013/43, K.2013/168. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 01.03.2024). Genel idari kolluk ile sınırlı olarak kabul gören bu yaklaşım, özel idari kolluğun idarenin denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişilerin de yerine getirilebileceği şeklinde esnemmiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. UZ, s.185-188.

¹⁶ ÖZAY, İl Han: “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, Anayasa Yargısı, 19(1), 2002, s.275.

¹⁷ KARAHAANOĞULLARI, Onur: Kamu Hizmeti, 3. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2015, s.318.

¹⁸ Bu ilkenin “kamu hizmetlerinin güncel teknolojik gelişmelere uygun yürütülmesi” ve “hizmetlerin yerine getirilme biçiminin günün şartlarına uyarlanması” şeklinde iki temel ayağı bulunmaktadır. SEYHAN, Serkan: Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s.137.

¹⁹ YAYLA, Ahmet: İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.28.

²⁰ AKBURAKCI, Necip Fazıl: Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ, Adalet Yayınevi, Ankara 2023, s.94;KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.494 vd.

²¹ Bir yargı kararında sistemin, belediyelerin can ve mal güvenliğinin sağlanmasına yönelik hedefi ve politikasını yansıtmadığı vurgulanmıştır. İstanbul BİM 8.İDD., 21.11.2017, E. 2017/967, K.2017/2059, Karşı Oy, <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 05.03.2024).

ihlal tespitine ilişkin sistemin hem kurulum hem de işletilmesi işinin belediye tarafından belediye şirketlerine veya belediyenin hasılat paylaşımı yoluyla ortaklık yapacağı özel hukuk kişilerine bırakılması halinde, sistemin ve dolayısıyla genel idari kolluk yetkilerinin kısmen özel hukuk kişileri tarafından gerçekleştirilmesi söz konusudur.

EDS'ler trafikteki araçların düzenli bir şekilde izlenmesinin ötesinde, trafik cezası işleminin hazırlık işlemi niteliğinde olan trafik ihlalinin tespiti ve bunun belgelendirilmesi işini gerçekleştirmektedir. Sistem, ihlali gerçekleştiren aracın plakasını otomatik olarak tanımakta ve idarenin veri tabanına bağlanarak araca ilişkin diğer bilgileri çekebilmektedir. Ayrıca sistem, ihlallere ilişkin otomatik fotoğraf çekimi ya da video kaydı gerçekleştirerek vatandaşların kişisel verilerini de işlemektedir. EDS merkezinde hazırlanan trafik ihlalleri tespit listesi, emniyet müdürlüklerine gönderilmekte ve bu listeler, teknik olarak bir denetimden geçmeksiz emniyet müdürlüğünce onaylanarak ilgili araç sahiplerine trafik cezası olarak tebliğ edilmektedir. Görüldüğü üzere, trafik para cezası kesilmesine ilişkin idari usulün aslı unsurları EDS'yi kuran ve işleten özel hukuk kişisine devredilmiştir. Bu durum kolluk faaliyetinin kısmen özel hukuk kişilerine devri ya da özel hukuk kişinin kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesine katılması olarak yorumlanması mümkündür.

Kolluk yetkilerinin bizzat özel hukuk kişilerince kullanıldığından söz edilebilmesi için hizmetin asli ve önemli bir bölümünün özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesi gerekirken, kolluk faaliyetinin bir parçasının özel hukuk kişilerince yerine getirilmesi durumunda kolluk faaliyetine katılma söz konusudur²². Doktrinde yaptırım uygulama yetkisi bulunmayan özel hukuk kişilerinin ihlallerin tespitine ilişkin denetimde yer almaları kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesine katılma olarak nitelendirilmiştir²³. İdarenin gerekli teknik bilgi ve uzmanlığa sahip personelinin bulunmaması veya yatırım maliyeti yüksek teknolojiler kullanması halinde özel hukuk kişilerinin kolluk hizmetinin yürütülmesine katılabileceği kabul edilmektedir²⁴.

Konuyu EDS açısından değerlendirdiğimizde, üst düzey teknik alt yapı gerektiren bu sistemlerin sadece kurulumu ile bakım ve onarım işlerinin özel hukuk kişilerine devri söz konusu olsaydı, faaliyeti kolaylıkla kolluk faaliyetine katılma olarak değerlendirebilirdik. Ancak EDS merkezleri teknik uzmanlığa sahip özel hukuk kişileri tarafından kurulmakta ve işletilmektedir. Trafik denetlenmesi ve ihlallerin tespiti işi özel hukuk kişilerine ve kullanılan teknolojiye bağlı olarak büyük ölçüde teknolojik cihazlara devredilmektedir. Burada işletilmekle kastettiğimiz bakım, onarım, denetim, teknik güncelleme gibi birçok hususta özel hukuk kişinin yetkili olmasıdır. EDS merkezinde çeşitli teknolojik cihazlar vasıtasıyla tespit edilen trafik ihlalleri, emniyet müdürlüğünce teknik olarak denetlenemediğinden, olduğu gibi onaylanmakta ve trafik para cezalarının sebep unsuru oluşturmaktadır. Sonuç olarak, EDS'lerin özel hukuk kişilerince kurulması ve işlettirilmesi, kolluk yetkilerinin kısmen de olsa özel hukuk kişilerine devredilmesi anlamı taşımaktadır. Bu durumun Anayasa'ya uygunluğunun özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak dikkat çekmek gerekir ki, kural ihlalinin tespiti, plakanın tanınması ve kimlik bilgilerinin PolNet veri tabanından çekilmesi işi çoğu zaman otomatik olarak gerçekleşmektedir yani bir özel hukuk kişinin sisteme müdahalesi söz konusu teknolojinin kurulması ve doğru bir şekilde işlediğinin takibinden ibaret olmaktadır. Gözetimi yapan ve ihlali tespiti eden bir makinedir. Bu durumun da idari işlem teorisi açısından ayrıca ele alınacaktır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ KOLLUK YETKİLERİNİN KISMEN DEVRİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Bir kamu hizmetinin en uygun şekilde nasıl yürütüleceğini belirleme konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır²⁵. Ancak genel idari kolluk yetkisinin kullanımına ilişkin bir yetki olan ve bu nedenle idare tarafından bizzat gerçekleştirilmesi gereken trafik ihlallerinin tespiti işinin özel hukuk kişileri tarafından işletilen EDS'lere devredilmesinin Anayasa'ya uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Zira Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi öngörülmüştür. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin idarenin kolluk yetkilerinin kısmen devrinin hukuka uygunluğu konusunda çok sayıda içtihadı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu içtihatlarında Anayasa'nın 128. maddesi ile 47. maddesinin üçüncü fıkrasına 1999 yılında eklenen hüküm²⁶ ışığında devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk kişilerince yürütülebileceğini değerlendirmektedir²⁷. Yüksek Mahkemenin 1999 yılından sonraki içtihatlarında genel idare esaslarına yürütülmesi gereken kamu hizmetlerini dar yorumlama eğiliminde olduğu gözlemlenmiştir²⁸.

²² YILDIRIM, Ezgi: İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s.33; Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde özel kesimden yararlanılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHANOGULLARI, s.285-288, s.316-324.

²³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.590-591; YILDIRIM, s.33.

²⁴ YILDIRIM, s.35.

²⁵ SEYHAN, s.139.

²⁶ Anayasa'nın m. 47/3 eklenen hüküm şöyledir: "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla belirlenir."

²⁷ SEVER, D. Çiğdem: "Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Çözüm ve Anayasa'nın 128. Maddesinin I. Fıkrası" (Kamu Hizmeti), Ankara Barosu Dergisi, (3), 2013, s.250. Dalkılıç, "... ister kolluk faaliyeti, ister kendine özgü yöntemlerle yerine getirilen bir tür kamu hizmeti olarak kabul edilsin idarenin denetim yetkisinin özel kişilere devrinin Anayasa'nın 47 inci madde hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi" gerektiği kanaatindedir. DALKILIÇ, Elvin Evrim: "İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", Ankara Barosu Dergisi, (2), 2013, s.122.

²⁸ SEVER, Kamu Hizmeti, s.266.

Doktrinde, kamu gücü kullanılmasını gerektiren hizmetlerin, özel hukuk kişilerine gördürülmesinin mümkün olmadığı²⁹ diğer yandan kolluğun kamu hizmetinin bir türü olduğundan hareketle kolluk hizmetinin yerine getirilmesinin idarenin denetimi altında özel hukuk kişilerine devredilebileceği ileri sürülmektedir³⁰. Anayasa Mahkemesinin içtihatları incelendiğinde, kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim ve idari para cezası verme gibi uygulamaların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetleri olarak nitelendirildiğini ve Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında idarenin asli ve sürekli görevleri arasında kabul ettiği görülmektedir³¹. Ancak Mahkemenin nihai kararında özel hukuk kişilerin yapıları denetim sonucunda ortaya çıkan işlemin ya da raporun nihai nitelikte olup olmadığına yönelik tespitleri belirleyici olmaktadır.

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu³² ile yapı denetim şirketlerine verilen yapı denetim yetkisine ilişkin itirazları inceleyen Anayasa Mahkemesi, ilgili hükümlerin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³³. Anılan mevzuatla 4708 sayılı Kanun kapsamına giren her türlü yapının denetimi, Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığından aldığı izin belgesi ile çalışan, münhasıran yapı denetimi görevi yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzelkişiliğe haiz yapı denetim kuruluşlarına bırakılmıştır³⁴. Anayasa Mahkemesi 2002 tarihli bu kararında, yapı denetim kuruluşlarına yerel yönetimlerin yerine geçme ve karar alma yetkisi bulunmadığını, bu kuruluşların sadece mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçların karşılanması için teknik destek sağladığını ve dava konusu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına idari işlem yapma yetkisi verilmediğini vurgulayarak iptal talebini reddetmiştir. Ayrıca yapı denetim kuruluşlarının kamu gücü kullanmadan teknik inceleme yaptığı ve bu kapsamda ilgili yerlere rapor, görüş ve bilgi vermekle görevlendirildiğinden; yapı denetim kuruluşlarının kanun kapsamındaki faaliyetleri, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında değerlendirilmemiştir³⁵.

Anayasa Mahkemesinin bu kararından yola çıkarak, EDS ile kamu gücü kullanılmadan teknik bir inceleme yapıldığı ve bu yüzden Anayasaya aykırılık bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak yapı ruhsatlarının, denetim şirketi tarafından hazırlanan yapının mevzuata uygun olduğuna ilişkin bir rapor üzerine verildiği ve idarenin genellikle raporun aksi yönünde bir işlem tesis etmediği³⁶ dikkate alındığında, yapı denetim şirketlerinin idareye teknik destek sağlamanın ötesinde bir rolü bulunduğu ve bu durumun Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmadığı görülmektedir.

Konumuza emsal bir diğer kararda Anayasa Mahkemesi, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması hususunda fahri trafik müfettişlerine yetki veren 2918 sayılı Kanunun Ek 6. maddesinin ikinci fıkrasının³⁷ Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁸. Mahkeme fahri trafik müfettişlerinin düzenlemiş olduğu tutanakları hazırlık işlemi olarak nitelendirmiştir. Bu tutanakların hukuki etkisini idari işlem kuramı çerçevesince değerlendiren Mahkeme, müfettiş tarafından hazırlanmış olan tutanağın denetlenen kişinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmadığını ve asıl icrai işlemin, denetim sonucunda yetkili makamlarca uygulanan idari yaptırımlar olduğunu ifade etmiştir³⁹. Anayasa Mahkemesi bu kapsamda düzenlenen tutanakların trafik kuruluşlarına gönderildiğini ve gerekli kontroller yapıldıktan sonra yaptırım uygulandığını belirtmiş olsa da Mahkemenin denetim yaptığı tarihte Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nde⁴⁰ idarenin tutanakları kontrol edeceğine ilişkin zorunluluk bulunmamaktaydı⁴¹. Bu bağlamda aslında fahri trafik müfettişinin hazırlamış olduğu tutanak idarenin uyguladığı idari para cezası tutanağından farklı değildir. Anayasa Mahkemesi özel hukuk kişilerine icrai işlem tesis etme yetkisi verilmediği ve icrai işlemin idari makamlarca tesis edildiği durumlarda Anayasa'ya aykırılık oluşmadığı yönündeki yaklaşımını bu kararında da sürdürmüştür. Bu açıklamalardan hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk kişinin işleminin nihai işlem olmadığı ve icrai işlemin idari makamlarca tesis edildiği durumlarda Anayasa'ya aykırılık kararı vermediği tespitinde bulunabiliriz.

Kamu hizmetlerinin kısmen özel hukuk kişilerine devrine ilişkin bir Anayasa Mahkemesi kararında

²⁹ YILDIRIM, Turan: "Kamuyla Bağlantılı Tüzelkişilik-Organize Sanayi Bölgeleri", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (21), 2022, s.8-9; ZEYBEK CEBECİ, Ebru: Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler (Kamu Hizmeti Anlayışındaki Değişim Ekseninde), Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.141-142. Ulusoy meşruiyetin sağlanması bakımından idari kolluk faaliyetinin, kamu adına hareket etme bilincinde olan kamu görevlisi statüsündeki personel eliyle yürütülmesi gerektiği kanaatindedir. ULUSOY, Ali: Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 499.

³⁰ GÖZLER, s.550.

³¹ AYM, 08.03.2012, E.2012/27 K.2012/173. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim:18.03.2024).

³² RG: 13.07.2001, 24461.

³³ AYM, 26.06.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 09.11.2002, 24931.

³⁴ İlgili düzenleme için bkz. 4708 sayılı Kanun madde 2.

³⁵ AYM, 26.06.2002, E.2001/377, K.2002/59, RG: 09.11.2002, 24931. Özel kişilerin yapmış olduğu denetim sonucunda düzenlenen raporların idari işlem kuramınca hazırlık işlemi niteliğinde olduğunun ve icrai nitelik taşımadığının ifade edildiği bir diğer kararda, raporların denetlenen kişilerin hukukunda bir değişiklik yaratmadığından başvuranın Anayasa'ya aykırılık itirazının reddine karar verilmiştir. AYM, 11.10.2012, E.2011/84 K.2012/151, RG: 26.07.2013, 28719.

³⁶ SEVER, Kamu Hizmeti, s.258.

³⁷ "Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğüne kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar".

³⁸ Söz konusu kararın eleştirisi için bkz. BOZ, Selman Sacit/GEZGİNCİ, Yunus Emre: "Fahri Trafik Müfettişliği: İdare Hukuku Boyutuyla Kısa Bir Eleştiri ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2023, s.939-942.

³⁹ AYM, 26.12.2013, E. 2013/43, K.2013/168. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim:18.05.2024).

⁴⁰ RG: 01.05.1997, 22976.

⁴¹ Fahri Trafik Müfettişliği Görev ve Çalışma Yönetmeliği'nin 13. maddesinin birinci fıkrasına 03.09.2020 tarih ve 31233 sayılı Resmi Gazete de yapılan değişiklik ile "9 uncu maddeye göre müfettişlerce fiziki ya da elektronik ortamda tanzim edilen tutanaklar, trafik kuruluşlarında gerekli kontrolleri yapıldıktan sonra 2918 sayılı Kanunun 116 ncı maddesi kapsamında trafik idari para cezası karar tutanağına dönüştürülür." hükmü eklenmiştir.

ise Anayasa'ya aykırılık kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi anılan kararında 5346 sayılı Kanun'a⁴² eklenen 6/C maddesinin son fıkrasında yer alan elektrik üretim ve dağıtım tesislerinin denetimi işinin bizzat idare tarafından veya özel hukuk kişilerince hizmet satın alınarak yaptırılabilmesinin mümkün olduğu ve konuya ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceğine ilişkin hükmü iptal etmiştir⁴³. Mahkeme söz konusu tesislerin incelenme ve denetlenme işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığını vurgulayarak; kanunda yeterli düzenleme yapılmadan, usul ve esasları belirleme işinin Yönetmeliğe bırakılmasını yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bulmuştur⁴⁴. Anayasa Mahkemesine göre, denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri; bu şirketlerce yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler öncelikle kanunda düzenlenmelidir⁴⁵.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla 2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesinin Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu bir inceleme mevcut değildir. Hatta, 2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar hakkında açılan iptal davaları da Danıştay tarafından usulü gerekçelerle incelenmemiştir⁴⁶.

Sonuç olarak, EDS'lerin kurulması ve işletilmesi işinin özel hukuk kişilerine bırakılması genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmetinin kısmen devri anlamına gelmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, özel hukuk kişilerine icrai karar alma yetkisi tanımadığı gerekçesiyle, önüne gelen başvurularda benzer yetki devirlerini hukuka uygun bulmuştur. Teknolojik gelişmeler ve idarenin bilgi teknolojilerinde kısıtlı uzmanlığı, özel hukuk kişilerine bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gereken yetkilerin kısmen devrini haklı kılsa bile, bu kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin esas sorumluluk idarede kalmaya devam etmektedir. İdarenin bu hizmetin yerine getirilmesindeki temel kuralları belirlemesi ve hizmetin düzgün bir şekilde sunulup sunulmadığını sürekli olarak denetlemesi gerekmektedir. Bu kapsamda ilgili kanunda özel hukuk kişisine yetki verilmesi yeterli olmayıp, EDS'lerin kurulum ve işletilmesine ilişkin temel hususların da düzenlenmesi gerekirdi. Zira burada bir kolluk yetkisi kullanımı söz konusu olduğundan ilgili denetim, kişilerin mülkiyet ve özel hayatın gizliliği ve korunması gibi temel hak ve hürriyetleriyle yakından ilişkilidir.

İhlal tespitine ilişkin işlem, trafik cezalarının sebep unsurunu oluşturmakta ve kişilerin mülkiyet hakkını doğrudan etkilemektedir. Bu sistem aynı zamanda vatandaşları fotoğraf ve video kayıtlarıyla sürekli gözetim altında tutmakta ve otomatik sistemler (algoritmalar ve yapay zeka) kullanarak kişisel verileri işlemektedir. Ayrıca PolNet gibi idareye ait veri tabanlarına erişim sağlayabilmektedir. Bu nedenle öncelikle elektronik denetleme sistemleri ile temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin yoğunluğu dikkate alındığında özel hukuk kişisine verilen yetkinin sınırlarının kanunla düzenlenmesi önem arz eder⁴⁷. Öncelikle elektronik denetleme sistemlerini işletecek şirketin yetkilerinin neler olduğunun, şirket yetkilerinin kim tarafından hangi sıklıkla denetleneceğinin ve bu şirketin idareye veya kişilere karşı yükümlülüklerinin, şirketin yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda uygulanacak yaptırımların ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin hususların ana hatlarıyla kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Konunun ayrıntıları ise bir adsız düzenleyici işlem yerine hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereği bir yönetmelik ile düzenlenmelidir. EDS'ye ilişkin usul ve esaslar kanunda yeterli ayrıntıda belirlenmeksizin, EDS'lere ilişkin tüm diğer ilke ve kuralların bir adsız düzenleyici işlem ile belirlenmesi Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kanunilik ilkesine; 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine; 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel

⁴² Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun, RG: 18.05.2005-25819.

⁴³ İlgili hüküm şöyledir: "veya gerektiğinde masrafları ilgililerine ait olmak üzere EPDK tarafından yetkilendirilecek denetim şirketlerinden hizmet satın alınarak EPDK tarafından yaptırılabilir. Denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" (6094 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG: 08.01.2011-27809).

⁴⁴ AYM, 05.07.2012, E.2011/27, K.2012/101, RG: 06.10.2012, 28433.

⁴⁵ "Hizmet satın alınarak yaptırılacak denetimde, denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının EPDK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı ve bu aşamada EPDK'nın denetim yetkisinin ayrıca devam edip etmediği, lisans kapsamında yapılan inceleme ve denetimlerde denetlenen şirket ile denetleyen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediklerini ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti halinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında dava konusu kuralda bir açıklık bulunmamakta, denetim şirketleri ile ilgili uygulamaya ilişkin usul ve esasların Bakanlık görüşü alınmak kaydıyla EPDK tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmektedir". AYM, 05.07.2012, E.2011/27, K.2012/101, RG: 06.10.2012, 28433.

⁴⁶ Bu davaların birinde Danıştay, 2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esasların düzenleyici işlem olduğundan bahisle dava açan kişinin iptalini istediği maddelerin hukuka aykırılık sebepleri ile açık, anlaşılır ve tereddütte yer vermeyecek şekilde dava dilekçesinde göstermediğinden dava dilekçesinin reddine karar vermiştir. Ayrıca kararda ilk derece mahkemesinin davacı hakkındaki bireysel işlemin mevcut olmadığı ve bu kapsamda bir uygulama işlemi tesis edilmediği varsayılrsa dahi düzenleyici işlemde ne şekilde haberdar olduğunun dava dilekçesinden anlaşılamadığı ifade edilerek aslında ilk derece mahkemesinin süre aşımı yönünden inceleme yapması gerektiğine işaret edilmiştir. (Danıştay 15.D., 07.09.2016, E.2016/6451, K.2016/4567. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 18.06.2024). Danıştay'ın daha yakın tarihli bir diğer kararında davacı, 2918 sayılı Kanun'un Ek 16. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esasların yetki ve şekil bakımından tamamının; sebep, konu ve amaç yönünden 1. ve 2. maddelerinin, 4. maddesinin 4. fıkrasının ve 10. maddesinin 5. fıkrasının iptalini ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 16. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep etmiştir. Danıştay uyuşmazlıkta bir uygulama işlemi bulunmadığı ve süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar vererek Anayasa Mahkemesi'ne aykırılık iddiasını değerlendirmemiştir. Danıştay 8.D., 15.03.2023, E.2019/2979 K.2023/1243. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 18.06.2024).

⁴⁷ Sever, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından geniş yetkileri olan kolluk güçlerinin yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini; ancak gerçek, öngörülemez ve ciddi acil durumlarda sınırlı olarak kolluk alanında çerçeve hükümlerin öngörülebilirliğini ifade etmektedir. SEVER, D. Çiğdem: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi (Kanuna Dayanma İlkesi), Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s.212-213. Bu konuda ayrıca bkz. SEVER, D. Çiğdem: "İdarenin Kanunda Yer Alan Ucu Açık Hukuki Kavramlarla Yetkilendirilmesi Sorunu", in Göztepe, Ece/ Ergül, Ozan/ Çağlar, Selda (ed.), Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.410 vd.

verilerin korunmasını isteme hakkına ve aynı zamanda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

V. EDS'LERDE OTOMATİK İDARİ İŞLEMLERİN İŞLEVİ

EDS tarafından ihlal tespit edildikten sonra trafik idari para cezalarına ilişkin karar tutanakları elektronik ortamda otomatik olarak oluşturulmaktadır⁴⁸. Trafik ihlalleri tespit listesi, idari para cezalarının sebep unsurunu oluşturmakta ve idareye delilleriyle birlikte gönderildikten sonra resmi bir tutanak niteliği kazanmaktadır⁴⁹. Burada yer alan ihlal bilgilerinin idare tarafından denetlemesi teknik olarak imkânsızdır⁵⁰. Bu yönüyle EDS'ler ihlal tespitinin yapılmasında sadece bir araç niteliğinde olduğundan esasen bir kişinin işlemi olarak ele alınamazlar⁵¹. Bu bakımdan konuyu dijital teknolojilerin gelişimiyle ortaya çıkan yeni bir idari işlem kategorisi olan otomatikleştirilmiş idari işlemler açısından ele almak gerekmektedir.

İdare hukuku doktrini, idari kararların insanlar tarafından alındığını varsayar. Ancak, dijitalleşme idarenin karar alma biçiminde de önemli değişimlere yol açmıştır. İdari kararların bir kısmı insan ve makineler (bilgisayar programları) tarafından birlikte üretilmektedir. Bir süredir algoritmaların ve yapay zekânın⁵², idari karar alma ve kamu hizmeti sunma süreçlerinde kullanıldığı bilinmekle beraber, idareler bunları hangi alanlarda ve nasıl kullandığına ilişkin tam bir açıklık sağlamamaktadır. Ancak gerek ülkemizde gerek de başka ülkelerde bazı idari karar alma süreçlerinin, makinelerle bırakıldığı ya da makinelerden destek alınarak yapıldığı görülmektedir⁵³. İdare hukuku alanında sadece eskiden beri uygulama alanı olan bir yapay zekâ türü olan deterministik algoritmaların kullanıldığı⁵⁴, makine öğrenmesi gibi ileri düzey yapay zekâ sistemlerinin⁵⁵ hukuk devleti ilkeleri açısından en azından şimdilik uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁵⁶. Ancak öngörücü kolluk faaliyetleri kapsamında makine öğrenmesi gibi daha gelişmiş yapay zekâ teknolojilerinden de yararlanıldığı bilinmektedir⁵⁷.

Genel olarak, algoritma tabanlı bir yazılım aracılığıyla bilgisayar programları tarafından üretilen idari kararlara tam otomatikleştirilmiş idari işlem denilmektedir⁵⁸. Bu halde, idari usulün bütün aşamaları otomatik olarak gerçekleşir ve bu karar insan müdahalesi olmaksızın bir idari işlem niteliği kazanır. Algoritma ya da yapay zekâ kullanılarak alınan karar, bir idari makam tarafından başka bir idari işlemin tesisinde hazırlık işlemi olarak kullanılırsa otomatik karar desteği söz konusudur ve nihai işleme de kısmen otomatikleştirilmiş idari işlem denir⁵⁹. Bu halde asıl kararı alma yetkisi gerçek bir kişi olan kamu görevlisine aittir; ancak kararın alınmasına etki eden hukuki olgu ve vakıaların tespiti veya hesaplama gibi işler bilgisayar tarafından yapılır.

EDS'ler de esas itibarıyla çeşitli sensörler, kameralar, makineler vs. araçlar ile yapay zekâ ve görüntü işleme teknolojileri aracılığıyla trafik ihlalleri tespit edilmektedir. Bunlar otomatik karar desteğidir. Usul ve Esaslara ekli teknik şartnamede bu sistemlerin kuruluşunda üst düzey standartlar arandığı görülmektedir. Ancak sistemde kullanılan teknoloji her ihalede çeşitli farklılıklar gösterdiğinden hangi tür yapay zekânın kullanıldığına ilişkin net bir tespit yapmak güçtür. Yine de sistemde çoğunlukla deterministik algoritmaların kullanımının söz konusu olduğu; daha ileri yapay zekâ sistemleriyle sistemin çalışmasının desteklendiği ileri

⁴⁸ Bu ifade Genel Yeterlilik Esasları (Ek 1) m. 2.1'de açıkça yer almaktadır.

⁴⁹ EDS tarafından tespit edilen ihlaller önce Trafik İhlalleri Tespit Listesine kaydedilmekte, daha sonra bu liste EDS Merkezinde çalışan görevlilerce onaylanarak EGM EDS Komisyon sekreteryasına gönderilmektedir (Usul ve Esaslar m. 12).

⁵⁰ Sever'in yapı denetim kuruluşlarının yetkileri bakımından yaptığı değerlendirmeleri EDS için de dikkate almak mümkündür. SEVER, Kamu Hizmeti, s.258.

⁵¹ Yayla'nın, yapay zekânın sadece yardımcı bir araç niteliğinde olması halinde özel kişinin işleminden bahsedilemeyeceğine ilişkin açıklamalarını EDS bakımından da değerlendirmek mümkündür. YAYLA, s.41.

⁵² Çok geniş bir teknolojiyi kapsadığı için ideal bir tanımı yapılamayan yapay zekâ, en basit tanımıyla, bilgisayarda insan zekasını taklit eden algoritmalarla çeşitli seviyelerde özerk kararlar alınmasını sağlayan bir programdır. Yapay zekânın idari karar alım süreçlerinde ne ölçüde kullanılabileceği tartışmalıdır. Kullanım teknik olarak mümkündür ancak tartışmalar hukuk devleti ile insan hak ve özgürlükleri üzerindeki etkileriyle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır.

⁵³ STELKENS, Ulrich: "Der vollständige automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG", in Hill, Hermann/Kugelman, Dieter/Martini, Mario (ed.), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, Nomos, 2018, s.103; ROEHL, Ulrik B. U. : "Understanding Automated Decision-Making in the Public Sector: A Classification of Automated, Administrative Decision-Making", in Juell-Skielse, Gustaf/Lindgren, Ida/Åkesson, Maria (ed.), Service Automation in the Public Sector, Springer, 2022, s.35.

⁵⁴ Bu sistemlere uzman sistemler de denilmektedir. Uzman sistemler mantıksal kurallar çerçevesinde işler. İdari işlemin sebep ve konu unsurları, sisteme en baştan tanıtılır. Sebebin gerçekleşmesi halinde öngörülen konu üretilecektir. Bu yapay zekâ türünde, sistemi programlayanlar sisteme tamamen hakimdir. YAYLA, s.19;BRITZ,Gabriele/EIFERT, Martin: "Digitale Transformation Der Verwaltung", in Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (ed.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Vol. 1, 3rd edn, CH Beck, 2022, s.1938.

⁵⁵ Makine öğrenmesinde sistemde sabit algoritmalar bulunmaz; hedefe ulaşabilmek veya istenmeyen sonuçları ortadan kaldırmak için süreç içerisinde kendi kurallarını geliştirir. Bunu gerçekleştirmek üzere sisteme bol miktarda veri yüklenir ve sistem bu verilerden öğrenerek kendisini geliştirir. BRITZ/EIFERT, s.1938. Bu yönüyle insan bilişinden kaçan kalıpların ve koleksiyonların tespiti mümkün hale gelir. FINCK, Michèle: "Automated Decision-Making and Administrative Law", in Cane, Peter/Hofmann, Herwig C. H./Ip, Eric C./Lindseth, Peter L. (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law, Oxford University Press, 2020, s.659.

⁵⁶ Ancak ileri düzey yapay zekâ sistemlerini çeşitli idari faaliyetlerde kullanan ülkeler vardır. Yapay zekâ ile tesis edilen hukuki işlemlere ilişkin örnekler ve tartışmalar için bkz. YAYLA, s.55 vd.

⁵⁷ Örneğin, öngörücü kolluk (predictive policing) kapsamında profillemeye yoluyla suç riskleri tespit edilmektedir. GUGGENBERGER, Leonid: "Einsatz Künstlicher Intelligenz in Der Verwaltung", NVwZ, 2019, s.844,848. Yapay zekâ teknolojilerinin idari kolluk faaliyetlerinde kullanımına ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. SEYHAN, s.184 vd. Yapay zekâ tekniklerinin trafik kontrollerinde nasıl kullanılabileceğine ilişkin bilgi için bkz. TEKTAŞ, Mehmet/AKBAŞ, Ahmet/TOPUZ, Vedat: "Yapay Zekâ Tekniklerinin Trafik Kontrolünde Kullanılması Üzerine Bir İnceleme", <https://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/Arsiv/SiteAssets/Yayinlar/Bildiriler/pdf/C4-7.pdf>, (Erişim: 01.09.2024).

⁵⁸ CELİK, Dursun: "Tam Otomatikleştirilmiş İdari İşlemler", AHBVÜ-HFD, 28(4), 2024, s.420; BINDER, Nadja Braun: "Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahren", NVwZ, 2016, s.960.

⁵⁹ BRITZ/EIFERT, s.1937.

sürülmektedir⁶⁰. EDS'lerin işleyişinde yoğun bir otomasyon söz konusudur. Sistem, ihlalleri otomatik tespit etmekte, ihlali gerçekleştiren aracın plakasını okuyup; emniyetin plaka sistemine bağlanarak araç bilgilerine sistemden otomatik çekebilmektedir. Sistem ihlali gerçekleştiren araç, araç sahibi bilgileri, ihlalin niteliği, ihlalin mevzuatın hangi maddesiyle ilgili olduğu ve ihlalle ilişkin deliller otomatik olarak birbiriyle ilişkilendirmektedir. Hatta idarenin talep etmesi halinde EDS'de tespit edilen ihlaller PolNet ceza veri tabanına otomatik olarak işlenebilmektedir (EK 1, 5.11).

Trafik cezasının sebep unsurunu oluşturan ihlal, makineler ve bilgisayar programları aracılığıyla tespit edilmekte ve raporlanmakta; ancak icrai karar yani trafik para cezası yetkili idari makamlar tarafından verilmektedir. Burada karar doğrudan makineler tarafından verilmediği ama makinenin verdiği bir karar dayanarak alındığı için trafik idari para cezası kısmen otomatikleştirilmiş bir idari işlemdir. Ancak kamu görevlisi sistem tarafından verilen trafik ihlal tespit raporunu onaylamakla yetindikinden, karar üzerinde gerçek anlamda bir insan denetiminin varlığı da ayrıca tartışılabilir⁶¹. Zira üst düzey teknolojiler kullanılarak üretilen trafik ihlal tespit raporundaki ihlal verilerinin denetimi mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar sistemin tuttuğu video kayıtları veya fotoğrafların incelenebileceği aklı gelse de burada ihlal sayısı çok sayıda olduğu için bu denetim idare açısından verimli bir yol değildir. Bu yola başvurmak söz konusu hizmetin yerine getirilmesinde bilişim teknolojilerinden yararlanılmasını anlamsız hale getirecektir.

Otomasyonun karar alma sürecinde önemli etkisinin olduğu hallerde kamu görevlisine bırakılmış bir yetkinin, dolaylı bir şekilde makineye devredilmesi anlamına gelen bu tarz uygulamaların kapsam ve sınırlarının kanunlarda düzenlenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶². Bu tarz teknolojilerin kullanılacağı faaliyetlerde konuya ilişkin standart ve ilkelerin kanunda açıkça öngörülmesi; hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri açısından kullanılan teknolojilere ilişkin bilgilerin kamuya açılması ve sistemin düzgün çalıştığı düzenli olarak denetlenmesi ve buna ilişkin belgelerin de kamuya düzenli olarak paylaşılması öncelikli gerekliliklerdir⁶³. İdari işleyişte otomasyondan faydalanılmasının getirdiği avantajları uğruna, kanunilik, temel hak ve hürriyetlerin korunması, mahremiyet ve iyi idare ilkeleri feda edilmemelidir.

VI. EDS'LERDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

EDS'lerin trafik güvenliğinin sağlanması ve kazaların önlenmesi gibi somut ve öngörülebilir amaç ve işlemlere sahip olması nedeniyle, bu sistemler MOBESE kameraları gibi kişi hak ve özgürlükleri açısından tartışılabilir konu olmamıştır⁶⁴. Ancak EDS kapsamında da kişiler bir dizi sofistike teknolojilerle bir nevi gözetim altında tutulmaktadır⁶⁵. Bu kapsamda kurulan kameralar ve kaydedilen fotoğraf ve videolar birer kişisel veridir. Trafik ihlal tespit tutanaklarının kişisel verilerin otomatik yöntemlerle işlenerek hazırlanması söz konusudur. Sistem PolNet sistemine bağlanarak plaka numarası üzerinden araç sahiplerinin kimlik bilgilerine erişebilmektedir. Usul ve Esaslar'da EDS'lerin emniyet birimlerinde farklı amaçlarla kullanılabilmesine ilişkin muhtelif hükümler de yer almaktadır. Örneğin EDS'lerden elde edilen veriler suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla veya adli bir soruşturma ve kovuşturma kapsamında yazılı talep üzerine adli makamlar ve emniyet teşkilatı ile paylaşılabilir. Diğer kurumların görüntü talepleri ise emniyet teşkilatı birimi tarafından değerlendirilerek karar verilecektir. Ayrıca trafiğin düzenlenmesi ve yönetilmesi gibi amaçlarla EDS veri ve görüntülerinin talep edilmesi de mümkündür. Ancak bu halde değerlendirme kriterleri Usul ve Esaslar'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (m. 13).

EDS'ler ihlal gerçekleştiren aracın plakasından araç sahibinin kimlik verilerine ulaşmakta, kimi zaman araçta bulunan kişiler de belli olacak şekilde aracın fotoğrafını çekmekte veya video kaydı almaktadır. Ancak EDS kapsamında yapılan veri işleme yetkisinin kamu düzeninin korunması amacıyla yerine getirilen bir idari kolluk faaliyeti olduğundan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28. maddesi gereğince işlenen veriler bu Kanunun uygulanmayacağı istisnalar arasında yer almaktadır⁶⁶. Yine de kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasa da açıkça düzenlenmiş bir temel hak olduğundan ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen hakkın özüne dokunma yasağı, kanunda öngörülme, ölçülülük ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarına uyulması gerektiği unutulmamalıdır (m.20/3). İdare kişisel verilerin işlenmesine ilişkin koşulları ilgili faaliyete özgü bir şekilde kanunla düzenlemelidir. İdarelerin 6698 sayılı Kanun'da yer alan yükümlülükleri karşılaması beklenmemekle birlikte, 4. maddede yer alan genel ilkelerin istisnalar kapsamında da gözetilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre ilgili Kanun'da verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma; doğru ve gerektiğinde güncel olma; yalnızca belirli, açık ve meşru amaçlara yönelmiş olma ve işlendikleri amaçla bağlantılı; sınırlı ve ölçülü olma ve kanunda

⁶⁰ Haber için bkz. <https://www.trafik.gov.tr/yapay-zek-destekli-mobil-hiz-tespit-sistemi-kullanilmaya-baslandi>, (Erişim: 22.07.2024).

⁶¹ Doktrinde kısmen otomatikleştirilmiş bir idari işlemden kararın verilmesindeki önemli etkinin kamu görevlisinde bulunması gerektiği de ileri sürülmektedir. BRITZ/EIFERT, s.1942.

⁶² YAYLA, s.89;SEYHAN, s.184.

⁶³ BOIX-PALOP, Andrés: "Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, When Used by the Public Administration for Decision-Making, as Legal Norms in Order to Guarantee the Proper Adoption of Administrative Decisions", European Review of Digital Administration & Law, 1(1-2), 2020, s.89.

⁶⁴ KÜZECİ, s.510.

⁶⁵ BARKANE, Irena/ADAMSONE-FISKOVICA, Anda/KILIS, Emils: "Creeping Road Traffic Surveillance in Latvia: Social and Legal Implications of Digital Policing Tools", Surveillance & Society, 21(4), 2023, s.433.

⁶⁶ EDS sistemini kuran ve işleten bir özel hukuk kişisiyse 6698 sayılı Kanun'a tabi olması gerektiği, istisnanın sadece kolluk yetkililerine ilişkin olduğu konusu ayrıca tartışmaya açıktır. 6698 sayılı Kanun'da, kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbarî faaliyetler kapsamında işlenmesi halinde 6698 sayılı Kanun'un uygulanmayacağı ifade edilmiştir. (m. 28/1, ç) Kolluk makamları için getirilen istisnalar hakkında değerlendirme için bkz. YÜZBAŞI TOBAZ, Firdevs: Avrupa ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Filiz Yayınevi, İstanbul 2023, s.195-196.

öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar saklanma gibi güvencelerle işlenmesi beklenmektedir⁶⁷. MOBESE veya EDS gibi kitlesel kamera izleme sistemlerinde görüntülerin kaydedilmesi ve üçüncü kişilerle paylaşılması söz konusuysa, bu müdahalenin ve koşullarının; verilerin farklı hangi amaçlarla kullanılabileceğinin kanunda özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir⁶⁸. Ayrıca şeffaflık ilkesi gereği bu veri işleme faaliyetleri konusunda kamuoyunun düzenli olarak çevrimiçi platformlarda bilgilendirilmesi, otomatik yöntemlerle gerçekleştirilen kişisel veri işlemesi sırasında kullanılan algoritmalar ve yapay zeka teknolojileri hakkında kişilerin aydınlatılması gerekmektedir⁶⁹. Ancak Türk hukukunda bu konuda henüz yeterli gelişim sağlanmamıştır. Türkiye’de de Fransa’da olduğu gibi idarelerin kullandıkları algoritmaları ve algoritmaların çalışma prensiplerini çevrimiçi ortamda ilan etmeleri veya talep edilmesi halinde bu bilgileri kişilerle paylaşmaları gerekmektedir⁷⁰.

VII. EDS’İN AMACINA YÖNELİK TARTIŞMALAR

2918 sayılı Kanun’un Ek 16. maddesi uyarınca EDS üzerinden tespit edilen trafik ihlalleri nedeniyle kesilen trafik para cezalarından elde edilen gelirin bir kısmı, hizmet bedeli olarak sistemin kurulumunu gerçekleştiren veya özel hukuk kişilerince gerçekleştirilmesini sağlayan belediyelere aktarılmaktadır⁷¹. Bu uygulamadan dolayı, kamuoyunda, belediyelerin ve sistemi kuran ve işleten özel hukuk kişilerinin daha fazla gelir elde etmek amacıyla EDS’lerin trafik güvenliğini sağlaması amacından ziyade daha fazla ihlal tespit ederek daha fazla trafik cezası yazılması amacıyla kullanıldığı eleştirileri yapılmaktadır⁷². Uygulamada EDS’lerin kurulma yeri, hız sınırı, uyarı levhalarının konulmaması, hız sınırına ilişkin öngörülen yüzde onluk⁷³ paya dikkat edilmemesi başta olmak üzere birçok hususta şikayetler olduğu görülmektedir⁷⁴. Kısaca EDS’lerin trafik güvenliğini sağlamanın ötesinde cezalandırma yönünün ön plana çıktığı eleştirisi yapılmaktadır.

Genel idari kolluk yetkileri sadece kamu düzenini tesis etmek ve korumak amacıyla gerçekleştirilir. İdarenin bu amaçların yanında hazineye gelir getirilmesi gibi bir amacının bulunması, idari işlemi amaç unsuru bakımından sakat hale getirir. Gerek belediye şirketlerinin gerekse özel hukuk kişilerinin faaliyetlerini öncelikle kâr elde etme amacıyla gerçekleştirmesi olağandır. Ancak bu halde de kamu hizmeti niteliği taşıyan bir faaliyeti yerine getiren özel hukuk kişilerinin üzerinde idarenin derin bir gözetim ve denetim yetkisinin olması ve bağlayıcı yasal düzenlemelerin varlığı böyle bir keyfiyete karşı en önemli güvencedir⁷⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, EDS’lerin kurulumu ve işletilmesine ilişkin kuralların “Usul ve Esaslar” adı altında bir adsız düzenleyici işleme düzenlenmesi kanunilik, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri açısından önemli bir eksikliktir. Yine de söz konusu Usul ve Esaslar’da EDS kurulumu ve işletilmesine dair birçok ayrıntının düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bu düzenlemede, EDS’lerin kurulması gereken yerler, taşınması gereken özellikler, belediyelerle yapılan protokoller, sistem kullanım hizmet bedeli, sistemin kurulacağı yerler, hız limitleri, sistemin teknik uygunluğu, ihale yapılacaksa teknik şartnamenin uygunluğu, EDS’nin ilk kurulumundan sonraki uygunluğu ve diğer hususlarda emniyet teşkilatı birimlerine destek vermek ve sürecin her aşamasını denetlemek üzere Emniyet Genel Müdürlüğü EDS komisyonları ile il ve ilçe EDS komisyonlarına çeşitli yetkiler verilmiştir (Usul ve Esaslar m. 4/4 ve devamı).

Usul ve Esaslar’da EDS’lerin trafik akışı ve güvenliğine aykırı yapıda kurulmayacağı özel olarak vurgulanmıştır (m. 4/3). EDS’lerin kurulmasında beldede kayıtlı sürücü araç kayıtları ve araç sayıları; trafik kazaları ve sonuçları ile karayollarından geçen yıllık ortalama araç sayısı esas alınacaktır (m. 5/1). Bu bakımdan kaza riski olmayan ve sürücülerin hız yapma olasılığının yüksek olduğu yerlere kurulum yapılmaması gerekir. Ayrıca 2918 sayılı Kanun’un 50. maddesinde, motorlu araçların cins ve kullanma amaçlarına göre sürülebileceği en çok ve en az hız sınırlarının, şehirlerarası çift yönlü karayollarında 90 km/s, bölünmüş yollarda 110 km/s, otoyollarda 120 km/s hızı geçmemek üzere yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiştir. Ancak bu hız sınırlarının UKOME kararlarıyla daha düşük tutulması mümkündür. Yine de EDS’lerin kurulduğu yerlerde azami hız sınırının makul kabul edilemeyecek ölçüde düşük tutulması veya azami sınırın bir anda düşürülmesi hem sürüş güvenliğini tehlikeye düşürmekte hem de uygulamanın amaç

⁶⁷ KÜZECİ, s.383; TANSUĞ, Çağla: İdari faaliyetlerde İşlenen Kişisel Verilerin İdare Tarafından Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 204; SEVER, Kanuna Dayanma İlkesi, s.237 vd.

⁶⁸ Örneğin, 2021 yılında Fransa Veri Koruma otoritesi (CNIL), “Fransa ulusal polis servisinin COVID-19 tedbirlerine uyumu kontrol etmek ve kitlesel gözetim yapmak amacıyla şehirlerin üzerinde kamera destekli İHA’lar uçurması uygulamasını yasal bir dayanağı olmadığı için hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.” SEYHAN, s.227.

⁶⁹ SEYHAN, s.350.

⁷⁰ SEYHAN, s.350.

⁷¹ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 17/3 maddesi uyarınca Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından verilen idari para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Ayrıca, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasına göre de “belediyelere diğer kanunlarda verilmesi öngörülen paylar vergi hükmündedir.” Bu bağlamda 2918 sayılı Kanun’un Ek 16. maddesi uyarınca belediyeye aktarılabilecek orandaki trafik idari para cezası tutarları vergi geliridir.

⁷² ARSLAN, Çetin/ÖZEL, Kadir Can: “Karayollarında Hız Sınırı Uygulamasının Düşündürdükleri (Bir “Makul Hız Sınırı” Savunusu)”, <https://blog.lexpera.com.tr/karayollarinda-hiz-siniri-uygulamasinin-dusundurdukleri-bir-makul-hiz-siniri-savunusu/>, (Erişim: 15.05.2024).

⁷³ 2918 sayılı Kanun’un “hız sınırlarına uyma” başlıklı 51. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yapılan tespit sonucu Yönetmelikte belirlenen hız sınırlarının yüzde ondan yüzde otuza (otuz dâhil) kadar aşan sürücüler hakkında idari para cezası öngörülmüştür. Bu düzenlemeden kanun koyucunun sürücülere belirlenen hız sınırının aşılmasında yüzde onluk bir tolerans tanıdığı ve mahkemelerinde bu payı dikkate alarak karar verdiği anlaşılmaktadır.

⁷⁴ Haber için bkz. <https://www.sikayetvar.com/emniyet-genel-mudurlugu/emniyet-genel-mudurlugu-hikayeden-ceza-yaziyorlar>, (Erişim: 13.07.2024).

⁷⁵ SEYHAN, s.184; YAYLA, s.42.

unsuru yönünden sorgulanmasına yol açmaktadır⁷⁶. Zira EDS'lerin öncelikli amacı trafik güvenliğinin sağlanması ve trafik kazalarının azaltılmasıdır. Bu kapsamda hız limitlerinin belirlenmesinde bireyleri “tuzağa düşürerek” idari para cezası uygulamak suretiyle gelir sağlama amacı bulunmamalıdır⁷⁷.

Yargıtay'ın da idarenin trafik işaret levhalarıyla “radarla hız denetiminin karayolunun hangi kesiminde ve hangi sürelerde yapılacağı” hususunda bilgilendirilmesi gerektiği yönünde kararları vardır. Yargıtay'a göre bilgilendirme yapılmadan trafik cezası kesilmesi, araç sürücülerine tuzak kurmak anlamına gelmektedir ve trafik kurallarının konuluş amacına uygun değildir⁷⁸. Bu bağlamda vatandaşların EDS'nin varlığı konusunda belli bir mesafe öncesinden uyarı levhaları ile bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu hususun Usul ve Esaslar'da belirtilmemesi önemli bir eksikliktir. Ancak Usul ve Esaslara Ek Genel Yeterlilik Esaslarında bilgilendirme levhalarına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre anlık hız ihlal tespit sistemleri kurulu bulunan yerden 500 metre öncesinde ve sonrasında farklı hız limitleri uygulanmayacaktır. İlk bilgilendirme levhası EDS kurulumu (anlık hız ve kırmızı ışık) yapılan noktaların en az 500 metre öncesinde görünür şekilde tesis edilecektir (Ek 1 5. 18). Ancak basına yansıyan şikayetlerden biri de hız limitlerinin bir anda düşürülmesidir. Zira bu durumda daha fazla trafik idari para cezası uygulanmaktadır. Bu halde 500 metre öncesinde yapılan bilgilendirme trafik sürücüsü için çok da kurtarıcı olmayacaktır. Öngörülen hız limiti ve yolun durumu gözetilerek 500 metre öncesinden de bilgilendirme yapılması gerekliliği her somut olay bakımından dikkate alınmalıdır.

Ayrıca il/ilçedeki EDS'lerin yerleri ve işlevleri hakkında yerel veya taşra idarelerinin internet sitelerinde vatandaşlara bilgi verilmesi açık bir idare açısından gereklidir. Böylece EDS'lerin amacının cezalandırmak değil; vatandaşları daha özenli ve dikkatli olmaya yönlendirmek olduğu anlaşılabacaktır.

Tamamen bilgi teknolojileri kullanılarak otomatik bir şekilde veri işleyen EDS'lerin hatalı çalışması ihtimali konuya ilişkin bir başka sorundur. EDS tarafından belli bir maddi olayın yanlış sınıflandırılması ya da hukuk kurallının bilgisayar programına yanlış kodlanması söz konusu olabilir. Zira sistemlerin işleyişinde bir muhakemeden ziyade istatistiksel bir çıkarım bulunmaktadır⁷⁹. Örneğin hız ölçümlerinde kullanılan radarların 2-3 kilometre/saat hata payı olabildiği ve bu sistemlerin çevresel faktörlerden etkilendiği belirtilmektedir⁸⁰. Hatta yargı organları da hız sınırlarının aşılmasında cihazların 1-2 km sapma yapabileceği gerekçesiyle trafik cezalarının iptali yönünde kararlar vermektedirler. Bu bakımdan sistemin tasarım ve işleyiş hataları asgari düzeye indirecek şekilde düzenlenmesi şarttır.

Usul ve Esaslar'da anlık hız ve ortalama hız ihlal tespit sistemlerinin doğru çalışıp çalışmadığının tespiti amacıyla denetim personeline ayda bir kez araç ile kontrol yapılarak en az üç personelin imzasıyla tutanak düzenlenmesi zorunlu tutulmuştur (m 11/8). Kanımızca sistemin güvenilirliği açısından sistemin özellikleri, denetimi ve kalibrasyonu gibi hususlardaki bilgi ve belgelerin düzenli olarak kamuoyuyla paylaşılması elzemdir. Usul ve Esaslar'ın 11. maddesinde ilgili belediyenin, EDS'nin teknik yönden işletimini ve devamlılığını sağlayacağı ve sistemin bakımı, onarımı ve kontrolünden sorumlu bulunduğu belirtilmiştir. Gerekli muayene veya doğrulama testleri ile her türlü bakım ve onarım da ilgili belediye tarafından yapılacak veya yaptırılacaktır (m. 11/5). Sistemin periyodik muayenesi ve kalibrasyonuna ilişkin belgeler, ilgili testlerin yapılış sıklığı, geçerlilik süresi gibi bilgileri içerecek şekilde hazırlanarak emniyet teşkilatı birimine gönderilecektir (m 11/5). Nitekim EDS denetimi sonucu tesis edilen trafik cezalarına yapılan itirazlarda, sistemin düzenli ve doğru işlediğinin bir göstergesi olarak bu belgeler idare tarafından mahkemelere ibraz edilmektedir⁸¹.

Sonuç itibarıyla, EDS'lerin kurulum ve işletilmesine ilişkin esasların kanuni bir dayanağının bulunmaması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Konuya ilişkin hazırlanan Usul ve Esaslar ile Teknik Gereklilikler Dokümanında istemin kamu düzenini korumaya yönelik olarak ve güvenli bir şekilde işlemesine yönelik birçok husus ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu hususlara uygunluk ise genel olarak her il ve ilçede ilgili belediye ve emniyet müdürlüğü denetimine bırakılmıştır. Bu bakımdan EDS'lere ilişkin münferit amaca aykırı uygulamalar olması muhtemel olmakla beraber, bunun ispatlanması oldukça güçtür. Bu bakımdan özellikle hız limitlerine ilişkin UKOME kararlarına itiraz edilmesi de gerekmektedir.

VII. SONUÇ

EDS'ler bilgi teknolojilerinin yoğun biçimde kullanıldığı sistemler olmaları itibarıyla, bu sistemlerin kurulumu ve işleyişine hâkim olan teknik özellikler ile sistemin işleyişine ilişkin idari denetim ve gözetim oldukça önemlidir. Uygulamada çoğunlukla bilgi teknolojileri konusunda uzman belediye şirketleri veya ihaleyi kazanan özel hukuk kişilerinin bu sistemleri kurup işlettiği görülmektedir. Özellikle de EDS kurulum ve işletme işinin özel hukuk kişilerin de yerine getirilebilmesi, genel idari kolluk yetkileri kapsamındaki trafiğin denetimi ve ihlal tespiti işinin bir özel hukuk kişisine devri anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesinin benzer konulardaki içtihatları ışığında, icrai nitelikte karar verme yetkisi devredilmediği

⁷⁶ ARSLAN, Çetin/ÖZEL, Kadir Can: “Karayollarında Hız Sınırı Uygulamasının Düşündürdükleri (Bir “Makul Hız Sınırı” Savunusu)”, <https://blog.lexpera.com.tr/karayollarinda-hiz-siniri-uygulamasinin-dusundurdukleri-bir-makul-hiz-siniri-savunusu/>, (Erişim:15.05.2024). Ayrıca bkz. “Trafik'te Hız İhlali Tartışması”, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/trafikte-hiz-ihlali-tartismasi-6324586>, (Erişim: 13.07.2024).

⁷⁷ ARSLAN, Çetin/ÖZEL, Kadir Can: “Karayollarında Hız Sınırı Uygulamasının Düşündürdükleri (Bir “Makul Hız Sınırı” Savunusu)”, <https://blog.lexpera.com.tr/karayollarinda-hiz-siniri-uygulamasinin-dusundurdukleri-bir-makul-hiz-siniri-savunusu/>, (Erişim:15.05.2024).

⁷⁸ Yargıtay 7.CD., 08.07.2014, E.2014/2954, K.2014/14281. <https://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 18.06.2024).

⁷⁹ YAYLA, s.128.

⁸⁰ Anadolu Ajansı, “Bir Kilometrelik Hız Aşımı Cezası ‘Hata Payı’ Gerekçesiyle Kaldırıldı”, <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/bir-kilometrelik-hiz-asimi-cezasi-hata-payi-gerekcesiyle-kaldirildi/2469123>, (Erişim:13.07.2024).

⁸¹ “İtiraz olması halinde, ilgili mahkemelerce değerlendirmeye esas teşkil etmek üzere ve gerekli olan tüm bilimsel kriterlere dayanarak, EDS'lerin doğru ve güvenilir ölçtüğüne gösterir evraklar vb. nin EDS'lerin hizmete alınması ve nihai protokolün imzalanması için hazırlanacak uygunluk raporu düzenlenmeden önce EGM'nin ilgili birimine teslim edilmesi esastır.” (Ek 1, 2.1).

sürece, bu durum anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak söz konusu faaliyete ilişkin usul ve esasların öncelikle kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan 2918 sayılı Kanun'daki düzenlemeler yetersizdir.

Diğer yandan EDS'ler kapsamında yapılan denetim ve ihlal tespit işi, özel hukuk kişilerinin kurmuş olduğu bilgi teknolojileri ve bilgisayar programları tarafından yapay zekâ destekli yazılımlar kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan ihlal tespiti, araç ve araç sahibine ulaşılması ve trafik ihlal raporunun oluşturulması süreci idari karar alma süreçlerinde yapay zekanın kullanımıyla ortaya çıkan ve yeni bir idari işlem türü olan kısmen otomatikleştirilmiş işlem olarak değerlendirilebilir. Söz konusu trafik ihlal tespit raporu, trafik para cezalarının tesisinde bir kontrole tabi olmaksızın kişiler üzerinde doğrudan etki doğurmaktadır. Bu halde, bu teknolojilerin kullanımına ilişkin kanuni bir düzenlemenin varlığı ile vatandaşların kullanılan algoritmalar ve hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca kullanılan teknolojilerin güvenliği ve düzgün çalıştığına ilişkin yapılan rutin denetim sonuçları sadece itiraz halinde değil; düzenli olarak vatandaşlarla paylaşılmalıdır. EDS'lerle ilgili ele alınması gereken bir diğer husus, bu sistemlerde yoğun ve kimi zaman otomatik bir şekilde kişisel verilerin işlenmesidir. Her ne kadar önleyici kolluk faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyeti 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulanmayacağı istisnalar arasında yer alsın da bir temel hakkın sınırlandırılması söz konusu olduğundan, 2918 sayılı Kanun'da veya özel bir kanunda bu konuda özel hukuki düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

Son olarak, EDS tarafından tespit edilen trafik ihlalleri nedeniyle kesilen trafik para cezalarından elde edilen gelirin belli bir oranının, Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından hizmet bedeli olarak belediye ve dolaylı olarak özel hukuk kişilerine aktarılması, sistemin amacının da sorgulanmasına yol açmaktadır. Esasen EDS'lerin kuruluş ve işleyişinin ayrıntılı ve açık bir şekilde kanunda öngörülmesi, sistemlerin kötüye kullanımı ve yetki saptırmasına karşı en önemli garantidir. Buna karşılık, kanunda EDS'lerin işleyişine ilişkin ana çerçeve dizilmeden, konuya ilişkin bütün ayrıntıların usul ve esaslar adı altında bir adsız düzenleyici işlemle düzenlenmesi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırıdır.

Kişî hak ve hürriyetleri üzerinde etkileri olan ve özel hukuk kişileri tarafından da yerine getirilmesine izin verilen EDS'lere ilişkin en önemli sorun kanunilik ilkesine ilişkindir. EDS'lere ilişkin temel ilke ve kuralların kanunla düzenlenmesi; ayrıntıların ise yönetmeliğe bırakılması gerekir. Ayrıca EDS'lerde kullanılan teknoloji ve sistemlerin de yeterli açıklıkta vatandaşlar ile paylaşılması, sistemin işleyişine ilişkin soru işaretlerini ortadan kaldıracaktır.

KAYNAKÇA

- AKBURAKCI, Necip Fazıl: Kamu Düzeni Açısından Yapay Zekâ, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 15. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2022.
- ARSLAN, Çetin/ÖZEL, Kadir Can: "Karayollarında Hız Sınırı Uygulamasının Düşündürdükleri (Bir 'Makul Hız Sınırı' Savunusu)", <https://blog.lexpera.com.tr/karayollarinda-hiz-siniri-uygulamasinin-dusundurdukleri-bir-makul-hiz-siniri-savunusu/>, (Erişim:15.05.2024).
- BARKANE, Irena/ADAMSONE-FISKOVICA, Anda/KILIS, Emils: "Creeping Road Traffic Surveillance in Latvia: Social and Legal Implications of Digital Policing Tools", *Surveillance & Society*, 21(4), 2023, s.432-446.
- BINDER, Nadja Braun: "Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahren", *NVwZ*, 2016, s.960-965.
- BOIX-PALOP, Andrés: "Algorithms as Regulations: Considering Algorithms, When Used by the Public Administration for Decision-Making, as Legal Norms in Order to Guarantee the Proper Adoption of Administrative Decisions", *European Review of Digital Administration & Law*, 1(1-2), 2020, s.75-99.
- BOZ, Selman Sacit/GEZGİNCİ, Emre, YUNUS: "Fahri Trafik Müfettişliği: İdare Hukuku Boyutuyla Kısa Bir Eleştiri ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), 2023, s.909-948.
- BRITZ, Gabriele/EIFERT, Martin: "Digitale Transformation Der Verwaltung", in Voßkuhle, Andreas/Eifert, Martin/Möllers, Christoph (ed.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts Vol 1*, 3rd edn, CH Beck, 2022, s.1888-1984.
- ÇELİK, Dursun: "Tam Otomatikleştirilmiş İdari İşlemler", *AHBVÜ-HFD*, 28(4), 2024, s.413-452.
- DALKILIÇ, Elvin Evrim: "İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", *Ankara Barosu Dergisi*, (2), 2013 s.105-123.
- FINCK, Michèle: "Automated Decision-Making and Administrative Law", in Cane, Peter/Hofmann, Herwig C. H./Ip, Eric C./Lindseth, Peter L. (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford University Press, 2020, s.656-676.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2019.
- GUGGENBERGER, Leonid: "Einsatz Künstlicher Intelligenz in Der Verwaltung", *NVwZ*, 2019, s.844-850.
- KARAHANOGULLARI, Onur: Kamu Hizmeti, 3. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2015.
- KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ÖZAY, İl Han: "Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri", *Anayasa Yargısı*, 19(1), 2002, s.275-286.
- ROEHL, Ulrik B. U.: "Understanding Automated Decision-Making in the Public Sector: A Classification of Automated, Administrative Decision-Making", in Juell-Skielse, Gustaf/Lindgren, Ida/Åkesson, Maria (ed.), *Service Automation in the Public Sector*, Springer, 2022, s.35-63.
- SEVER, D. Çiğdem: "Kamu Hizmetlerinde Biçimsel Çözüm ve Anayasa'nın 128. Maddesinin I. Fıkrası", *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2013, s.245-268.
- SEVER, D. Çiğdem: "İdarenin Kanunda Yer Alan Ucu Açık Hukuki Kavramlarla Yetkilendirilmesi Sorunu", in Göztepe, Ece/ Ergül, Ozan/ Çağlar, Selda (ed.), Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.401-431.
- SEVER, D. Çiğdem: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Kanuna Dayanma İlkesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- SEYHAN, Serkan: Yapay Zekâ Teknolojileri Kapsamında İdarenin Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- SEZGİN, Seyit Meriç: Türkiye'de Elektronik Denetleme Sistemleri ile Tespit Edilen Hız Aşım Oranlarının İncelenmesi,

- Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2022.
- STELKENS, Ulrich: “Der vollständig automatisierte Erlass eines Verwaltungsakts als Regelungsgegenstand des VwVfG”, in Hill, Hermann/Kugelmann, Dieter/Martini, Mario (ed.), Digitalisierung in Recht, Politik und Verwaltung, Nomos, 2018, s.81-122.
- TANSUÇ, Çağla: İdari faaliyetlerde İşlenen Kişisel Verilerin İdare Tarafından Korunması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- TEKTAŞ, Mehmet/AKBAŞ, Ahmet/TOPUZ, Vedat: “Yapay Zekâ Tekniklerinin Trafik Kontrolünde Kullanılması Üzerine Bir İnceleme”, <https://www.trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/Arsiv/SiteAssets/Yayinlar/Bildiriler/pdf/C4-7.pdf>, (Erişim: 01.09.2024).
- ULUSOY, Ali: Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- UZ, Abdullah: Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- YAYLA, Ahmet: İdare Hukuku Bakımından Yapay Zekâ, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- YILDIRIM, Ezgi, İdari Kolluk Faaliyetinin Özel Hukuk Kişilerince Görülmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013.
- YILDIRIM, Turan: “Kamuyla Bağlantılı Tüzelkişilik-Organize Sanayi Bölgeleri”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, (21), 2022, s.1-15.
- YÜZBAŞI TOBAZ, Firdevs: Avrupa ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Filiz Yayınevi, İstanbul 2023.
- ZEYBEK CEBECİ, Ebru: Kamu Hizmetlerinin Gördürülmesine İlişkin Sözleşmeler (Kamu Hizmeti Anlayışındaki Değişim Ekseninde), Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazarlar Zehra KARAKUŞ IŞIK ve Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Zehra KARAKUŞ IŞIK and Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN, who are the authors has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkısı | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadıklarını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declares that they complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that they does not make any falsification of the data collected. In addition, they declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**MESLEKİ YETERLİLİK KURUMU PERSONELİNİN ÜCRETİNE İLİŞKİN TOPLU
SÖZLEŞME HAKKI BÜTÇE DİSİPLİNİNİ SAĞLAMA AMACIYLA
SINIRLANDIRILABİLİR Mİ?****CAN THE RIGHT TO COLLECTIVE BARGAINING ON THE WAGE OF THE STAFF OF THE
VOCATIONAL QUALIFICATIONS AUTHORITY BE LIMITED IN ORDER TO ENSURE
BUDGETARY DISCIPLINE?**Yunus Anıl AY* **Makale Bilgi**Gönderi: 22/09/2024
Kabul : 07/12/2024**Anahtar Kelimeler**Mesleki Yeterlilik Kurumu,
Personel,
Tavan Ücret,
Bütçe Disiplini.**Article Info**Received: 22/09/2024
Accepted: 07/12/2024**Keywords**Vocational Qualifications
Authority,
Personnel,
Wage Ceiling,
Budget Discipline.**Özet**

Çalışmada öncelikle Mesleki Yeterlilik Kurumu personelinin tabi olduğu mevzuat dikkate alınarak hukuki niteliği, mali hakları ve toplu iş sözleşmesi hakkı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Dağınık ve sürekli değişikliğe uğrayarak karmaşık bir hale gelen Kurum mevzuatına rağmen ilgili personelin iş mevzuatına tabi çalışan olduğu, mali haklarının özel düzenlemelere ilaveten iş hukukuna göre belirlenebileceği ve dolayısıyla Anayasa’da güvence altına alınan toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip olduğuna kanaat getirilmiştir. Ardından, Kurum personeli için öngörülen tavan ücret düzenlemesi, özellikle Sayıştay uygulaması ve Mahkemenin tavan ücreti aşan ödemeler hakkında verdiği kamu zararına ilişkin kararlarına değinilmiş; Anayasa Mahkemesi’nde somut norm denetimine konu olan tavan ücret düzenlemesinin Anayasaya aykırılığına ilişkin Yüksek Mahkemece verilen ret kararı irdelenmiştir. Yine konuyla yakından ilgili olduğu için Yargıtay’ın ilave tediye ücretine ilişkin verdiği kararlarına da kısmen değinilmiştir. Özellikle Anayasa Mahkemesi’nin bütçe disiplini ve kamu yararı gerekçeleri dikkate alınarak tavan ücret sınırlamasının hukuka uygunluğu tartışılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda tavan ücret sınırlamasının yargı kararlarına rağmen hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri karşısında kamu işçisinin toplu sözleşme ile ücretini belirleme hakkına ilişkin sorunlu bir sınırlama oluşturduğuna kanaat getirilmiştir.

Abstract

In the study, first of all, the legal qualifications, financial rights and collective bargaining rights of the Vocational Qualifications Authority personnel are tried to be revealed by taking into account the legislation to which they are subject. It is concluded that the relevant personnel are employees subject to the labor legislation, their financial rights can be determined according to the labor law as well as special regulations, and therefore they have the right to make collective bargaining agreements guaranteed by the Constitution despite the complex and constantly changing legislation of the Agency. Subsequently, the ceiling wage regulation foreseen for the personnel of the Agency, especially the practice of the Court of Accounts regarding the payments in excess of the ceiling wage and the decisions of the Court of Accounts regarding public loss are mentioned; the rejection decision of the Supreme Court regarding the unconstitutionality of the ceiling wage regulation subjected to concrete norm review by the Constitutional Court is analyzed. The decisions of the Court of Cassation on additional payment are also partially mentioned since they are closely related to the subject. In particular, the Constitutional Court's justifications of budget discipline and public interest are taken into consideration to discuss the constitutionality of the salary ceiling. In this context, it is concluded that the salary cap practice constitutes a problematic constraint on the execution of public services.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr. Öğr. Üyesi, Çağ Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu, Mahkeme ve Büro Hizmetleri Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: AY, Yunus Anıl “Mesleki Yeterlilik Kurumu Personelinin Ücretine İlişkin Toplu Sözleşme Hakkı Bütçe Disiplinini Sağlama Amacıyla Sınırlandırılabilir Mi?”, InÜHFD, 15(2), 2024, s.372-385.**İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Introduction and Research Purpose: The payments to the personnel of the Vocational Qualifications Authority, which are stipulated in the collective bargaining agreement but exceed the ceiling wage, were subjected to a concrete norm review by the Constitutional Court through an appeal by the 3rd Chamber of the Court of Accounts due to the regulation in the additional article 11/1-c of the Decree Law No. 375. The Supreme Court ruled that the application was not unconstitutional as the regulation was in the public interest and had the function of ensuring budget discipline and rejected the application. With this decision, the Supreme Court has clearly created a situation in which the right to collective bargaining of public employees can be restricted. The aim of this study is to examine and reveal the drawbacks of the relevant regulation in terms of the principles of social state and rule of law - especially in terms of the preference of budget discipline over worker gains - based on the decision of the Constitutional Court.

Literature Review: Directly related to the subject is the study titled “May the Constitutional Court Limit Collective Labor Agreement Autonomy?” by BAYCIK/CAM in Istanbul Law Journal 80 (2) in 2022. The authors evaluated the autonomy of collective bargaining agreements based on the rejection decision of the Constitutional Court on the unconstitutionality of the regulation limiting the right to determine the wages of public employees working at the Vocational Qualifications Authority through collective bargaining agreements with a ceiling wage regulation. It is also seen that the Constitutional Court’s 1976 annulment decision (AYM, 09.12.1976, E.1976/34, K.1976/52) is referred to in the labor law literature regarding the wage cap regulation and its application. In addition, there are also studies on the additional payment practice, which is closely related to the subject. In this study, an evaluation is made on the basis of the Constitutional Court’s rejection decision (AYM, 12.7.2017, E.2017/27, K.2017/117), but in this evaluation, after the structure of the Vocational Qualifications Authority and the status of the personnel are put forward, it is examined whether the ceiling wage regulation introduced in order to ensure budget discipline, as in the Supreme Court’s reasoning for rejection, is a proportionate limitation in terms of limiting the right of public employees to make collective labor agreements.

Methodology and Findings: The study examines the legal status, financial rights and the ability to make collective bargaining agreements in terms of labor law, taking into account the legislation to which the Vocational Qualifications Authority personnel are subject. Then, the decisions of the Court of Accounts regarding the payments made to the personnel of the Agency more than the ceiling wage and the rejection decision of the Constitutional Court regarding the unconstitutionality of the ceiling wage regulation, which also concerns the personnel of the Agency, regarding the concrete norm review were evaluated. The study can be considered as qualitative research since it includes evaluations on judicial decisions, and as a mixed-quality study since it also presents critical findings on the relevant legislation.

Conclusions, Limitations, and Recommendation: Currently, the legitimacy of limiting the ability of public sector workers to bargain collectively on wages has been challenged by the Constitutional Court. Unfortunately, the Supreme Court’s decision on this issue is considered to have problems against both the rule of law and the principle of social state.

In terms of the rule of law, it has been concluded that the right of public employees to determine their wages through collective bargaining can be restricted on the basis of Articles 13 and 51/2 of the Constitution, although Article 53 of the Constitution does not foresee a reason for restriction. It is not clear in the Supreme Court’s reasoning which of the reasons under Article 51/2 of the Constitution the legitimacy of the restriction is based on, and the issue is justified by establishing a relationship between public interest and budget discipline. Although there is no explicit limitation reason in the Constitution regarding the right to collective bargaining, it is not justified to limit the right to determine the wage through collective bargaining, which is an important gain for the worker, on the basis of abstract limitation reasons defined for trade unions by analogy.

In terms of the social state, it ignores the achievements of collective labor law and excludes workers’ rights on the abstract and vague grounds of public interest and budget discipline. The guarantees provided to workers in the Constitution are regulated within the scope of social and economic rights and duties. One of the fundamental duties of the social state is to secure and protect the rights of the worker against the employer, mostly capital. In this context, there is no distinctive difference whether the worker works in the private or public sector. If the state is to employ personnel in the public sector, it must first respect the requirements of the provisions of the labor law - which it itself has established - and the capabilities and benefits provided to the worker. If it is foreseen that the cost of workers’ wages in public employment may be a burden on the budget, it is thought that this problem should be overcome by choosing a different employment model subject to the public employment regime or by solving the structural problems in the public employment regime, not by limiting the worker’s right to collective bargaining. In addition, the Vocational Qualifications Authority was established as a public legal entity, subject to the provisions of private law, with administrative and financial autonomy and a special budget. In the legislation of the institution, the revenues from its own activities are allocated to its expenses. It is exceptional for the Agency to receive financial support from the general budget. Therefore, the Agency has not been designed in a structure that may burden the treasury. As far as can be seen, the Agency has not had a deficit since its establishment except for four budget years.

In the end, despite the practices of the Constitutional Court, Court of Accounts and the Supreme Court, it has been concluded that limiting the collective bargaining right of public workers, which is provided within the scope of the requirements of the social state, on the grounds of ensuring budget discipline is not an appropriate regulation and practice.

I. GİRİŞ

Mesleki Yeterlilik Kurumu personeline toplu iş sözleşmesinde öngörülen fakat tavan ücreti aşan ödemeler, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ek m.11/1-c'deki düzenlemenin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Sayıştay 3. Dairesi tarafından itiraz yoluna başvurulmuş Anayasa Mahkemesi'nde somut norm denetimine konu edilmiştir. Yüksek Mahkeme, 2017 yılında verdiği kararında, düzenlemenin kamu yararı taşıdığı ve bütçe disiplini sağlama işlevi olduğu sebebiyle Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaat getirerek başvurunun reddine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, Mesleki Yeterlilik Kurumu personelinin mali haklarında tavan ücret düzenlemesine ilişkin 2017 yılında verdiği kararıyla açık bir şekilde kamu işçisinin toplu iş sözleşmesi hakkının -bütçe disiplini sağlama gerekçesiyle- sınırlandırılabilmesinin önünü açmıştır.

Çalışmanın amacı, Anayasa Mahkemesi'nin kararı esas alınarak ilgili düzenlemenin, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri yönünden taşıdığı sakıncaların -özellikle bütçe disiplini sağlama amacının işçi kazanımlarına tercihi yönünden- irdelenerek ortaya konulmasıdır. Ayrıca 2023 yılında, Yüksek Mahkeme'nin 375 sayılı KHK ek m.28 hükmünü iptal etmesi dolayısıyla konunun yeniden gündeme geldiği söylenebilir.

Çalışmada, Anayasa Mahkemesi ve Sayıştayın kararları ile Yargıtay'ın konuyla ilgili olabilecek değerlendirmeleri ve ayrıca Türk toplu iş hukuku yazınında toplu iş sözleşmesi özerkliğine ilişkin öne çıkan görüşler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır.

II. MESLEKİ YETERLİLİK KURUMU PERSONELİNİN HUKUKİ STATÜSÜ, MALİ HAKLARI VE TOPLU SÖZLEŞME HAKKI

A. Personelinin Hukuki Statüsü

Mesleki Yeterlilik Kurumu (MYK); mevcut işgücünün niteliğini ortaya koymak, işçi ve işveren arasındaki işin niteliğine dair sınıflandırma farklılığını ortadan kaldırmak, mesleki ve teknik işlere belli başlı standartlar getirerek işgücünü bu standartları karşılayacak şekilde geliştirmek, nihayetinde de bunu objektif bir şekilde ölçme ve değerlendirme ile belgelendirerek mesleki yeterliliğin ulusal ve uluslararası tanınırlığını sağlamak amacıyla¹ 2006 yılında 5544 sayılı Kanun² ile kurulmuştur.

Kurumun fonksiyonu, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne³ (CBK) göre ulusal meslek standartlarını oluşturarak temel yeterlilikleri taşıyan ve karşılayan mesleki kuruluşları belirlemektir (m.237, 240). Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz olarak teşkil edilmiş ve fakat -Kararnamede öngörülen hususlar dışında- özel hukuk hükümlerine tabi tutulmuştur (4 s. CBK m.239/1).

5544 sayılı Kanun (mülga) m.24/1'in, "Kurum hizmetleri iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilen uzman yardımcısı, uzman ve diğer personel eliyle yürütülür." şeklindeki düzenlemesine göre Kurum personelinin statüsü işçi olarak belirlenmişti. Hâlihazırda ise Mesleki Yeterlilik Kurumu personeli, 4 s. CBK m.256/1'in

"Kurum hizmetleri 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 23 üncü maddesine göre istihdam edilen Mesleki Yeterlilik Uzmanı ve Uzman Yardımcıları ile anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 28 inci maddesine göre iş mevzuatı çerçevesinde istihdam edilen diğer personel eliyle yürütülür."

şeklindeki düzenlemesinde yer almaktadır. Ayrıca Kurumun personel statüsüyle ilgili diğer mevzuatına bakıldığında, Mesleki Yeterlilik Uzmanlığı Yönetmeliği⁴ (MYUY) ve Mesleki Yeterlilik Kurumu Personel Yönetmeliği⁵ (MYKPY) olmak üzere iki yönetmeliğin olduğu görülmektedir. Gerek CBK gerekse de ilgili yönetmelikler dikkate alındığında, Kurumda çalışan personelin ikili bir ayırmada değerlendirilmesi gerekir. Kurumda çalışan uzman ve uzman yardımcısı niteliğinde personelin statüsü hâlihazırda Kurumun teşkilatını ve fonksiyonunu düzenleyen 4 sayılı CBK m.256/1'e göre uzman ve uzman yardımcısı istihdamında 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁶ (KHK) ek m.23'e atıf yapmaktadır. Ancak anılan hükmün birinci fıkrasının

"14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (A) bendi kapsamında personel istihdam edilmeyen kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla kurumun görev alanına giren konularda çalıştırılmak üzere 657 sayılı Kanun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlere bağlı olmaksızın idari hizmet sözleşmesiyle ya da iş mevzuatına tabi olarak uzman ve uzman yardımcısı istihdam edilebilir."

şeklindeki düzenlemesine bakıldığında da belirlemenin CBK ile idari hizmet sözleşmesi veya iş sözleşmesi şeklinde yapılabileceği öngörülmektedir. Anılan CBK, sözleşmenin niteliği konusunda açık bir belirleme yapmadığından Kurumun ilgili Yönetmeliklerine bakmak gerekir.

Uzman ve uzman yardımcısının hukuki niteliği yönünden, MYUY m.11/2'nin,

"Sözlü sınava tabi tutulan adayların değerlendirilmesi 29/6/2009 tarihli ve 2009/15188 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında

¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi: "Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu Tasarısı ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/1211), Genel Gerekeç", <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c129/tbmm22129127ss1193.pdf>, (Erişim: 10.08.2024).

² 5544 sayılı Mesleki Yeterlilik Kurumu Kanunu (RG: 07.10.2006, 26312), 703 sayılı KHK (RG: 09.07.2018, 30473 mükerrer) m.78/1-a ile 5544 sayılı Kanun'un adı "Mesleki Yeterlilik Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir.

³ RG: 15.07.2018, 30479.

⁴ RG: 11.12.2007, 26727.

⁵ RG: 02.04.2008, 26835.

⁶ RG: 30.06.1989, 20211 (mükerrer).

Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılır.” şeklindeki düzenlemesi ve yine anılan Yönetmelik m.12’nin “Giriş sınav sonuçlarının açıklanması ve sonuçlara itiraz Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılır.” şeklindeki düzenlemesi birlikte dikkate alınmalıdır. Yine MYUY m.30/A’nın “Bu Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde 2/4/2008 tarihli ve 26835 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Mesleki Yeterlilik Kurumu Personel Yönetmeliği hükümleri uygulanır.” şeklindeki düzenlemesinin gereği olarak hüküm bulunmayan hallerde MYKPY’ye bakılması gerektiği anlaşılmaktadır. MYKPY ise genel olarak personele iş hukuku mevzuatının uygulanmasını geçerli kabul eden bir şekilde düzenlenmiştir. MYUY genel olarak uzman ve uzman yardımcısı personelin işe alınmasını, sınava ilişkin koşulları, uzmanlığa geçişi, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemiş ve mali haklar konusunda açık bir düzenleme yapmamıştır. Bundan dolayı uzman ve uzman yardımcısı niteliğindeki personelin ücrete ilişkin hakları konusunda MYKPY’ye başvurmak gerekir. MYKPY’de personelin ekonomik, sosyal ve mali hakları m.19 ilâ 24 arasında ve yoğun bir şekilde iş hukuku mevzuatı esas alınarak düzenlenmiştir. Nihayetinde ise MYKPY m.30’un

“Personelin hizmet şartlarına, ödev, hak, yükümlülük ve sorumluluklarına, disiplin ve çalışma şartlarına, sosyal hakları ile diğer özlük işlerine dair Kanun ve Kararnamede yer verilmeyen ve bu Yönetmelikte düzenlenmeyen hususlarda uygulanacak hükümleri tespit ve tatbik etmeye 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri ve ilgili mevzuat çerçevesinde Yönetim Kurulu yetkilidir.”

şeklindeki düzenlemesi dikkate alındığında aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olarak kabul edileceği ve ücretin de iş hukukundan kaynaklanan ve işçiye tanınan haklarla birlikte yorumlanabileceği anlaşılmaktadır⁷.

Uzman ve uzman yardımcısı dışındaki diğer personel de 375 sayılı KHK ek m.28’e göre iş mevzuatı çerçevesinde istihdam edilmektedir (4 s. CBK m.256/1). Yine MYKPY m.15 de açıkça personel ile imzalanan iş akdinden bahsettiğinden diğer personel ile MYK arasında kurulan ilişkinin iş hukuku ilişkisi olduğu söylenebilir.

375 sayılı KHK ek m.31’in,

“Bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde; vekâlet veya istisna sözleşmesi ile yabancı danışman ve uzmanlar, istisna sözleşmesi ile de yerli danışman ve uzmanlar çalıştırılabilir.”

şeklindeki düzenlemesine dayanak 39 sayılı CBK⁸ m.3 ile 2019 yılında 4 sayılı CBK m.256/4 “Belli bir uzmanlık gerektiren nitelikteki iş ve hizmetler ... 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 31 inci maddesine göre ... istisna sözleşmesi çerçevesinde görürülebilir.” şeklinde ihdas edilmiş; fakat bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından konunun 375 sayılı KHK ek m.31 ile düzenlenmesi dolayısıyla ve Anayasa⁹ (AY) m.104/17’ye göre bir kanunca düzenlenen konunun CBK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırı görülerek iptal edilmiştir¹⁰. Böylece 4 sayılı CBK m.256/4 iptal edilmiş olsa bile geçici mahiyetteki işlerin istisna sözleşmesiyle görürülebileceğine dair Yönetmeliğin dayanaklarından biri 375 sayılı KHK ek m.31/1 olduğundan, anılan Yönetmelik uygulanabilir durumdadır. Ancak istisna sözleşmesiyle yapılan istihdam şeklinin Kurumun personel rejimine dâhil edilmesinin pek isabetli olmayacağı düşünülmektedir. Çünkü bu mahiyetteki çalışma geçicidir. Ayrıca istisna sözleşmesi, 6098 sayılı Kanun’un¹¹ ilgili hükümleri dikkate alındığında -yüklenicinin edimini ifa ederken iş sahibinin haklı menfaatlerini gözetmesi ve sadakat ve özenle hareket etmesini gerektirmekteyse de- bu sözleşme tipinde doğrudan işverenin emir ve talimatına bağlı olma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

B. Personelin Mali Hakları ve Ücretinde Tavan Sınırı

Öncelikle belirtmek gerekir ki Kurum personeli işçi olduğuna göre mali hakları da ücret kapsamında ele alınmalıdır. AY m.55/1, açık bir şekilde ücreti emeğin karşılığı olarak düzenlemiştir. 4857 sayılı Kanun¹² m.32/1’e göre de ücret, işçiye yaptığı işin karşılığı olarak işveren veya üçüncü kişi tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. 5544 sayılı Kanun mülga m.25, mali hakları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı genel müdürüne yapılan ödemeler esas alınarak belirlemekteydi. 4 sayılı CBK m.257 de bu mülga hükme koşut şekilde düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, mali haklarla ilgili bu hükmün kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin bir düzenleme olduğu ve böyle bir düzenlemenin de -AY m.104/17 dikkate alındığında- bir kanunla yapılabileceği gerekçesiyle hükmü iptal etmiştir¹³.

⁷ Kurumun meslekî yeterliliği belirlmesine ilişkin faaliyeti kamu hizmeti olarak değerlendirilirse ve mesleki yeterlilik uzmanlarının temel görev alanlarının bu faaliyete özgülendiği dikkate alınırsa yapılan işin kamu hizmetinin yürütülmesi olarak nitelenebileceği ve bundan dolayı mesleki yeterlilik uzman ve uzman yardımcılarının sözleşmelerinin idari hizmet sözleşmesi olarak belirlenmesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

⁸ 39 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG: 19.06.2019, 30806).

⁹ RG: 09.11.1982, 17863 (mükerrer).

¹⁰ “...Dava konusu CBK kuralının yukarıda belirtilen düzenlemeleri olmasa bile MYK’da 375 sayılı KHK’nın ek 31. maddesine göre çalıştırılacak personelin istihdamıyla ilgili bu hususlarda 375 sayılı KHK’nın ek 31. maddesi hükümlerinin uygulanabileceği açıktır. Bu itibarla kanunun açıkça düzenlediği, hüküm ifade ettiği bir konuya ilişkin düzenleme getirdiği anlaşılan kuralın Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır...” AYM, 22.03.2023, E.2019/90, K.2023/51. www.anayasa.gov.tr (Erişim: 10.08.2024).

¹¹ RG: 04.02.2011, 27836.

¹² RG: 10.06.2003, 25134.

¹³ “...166 Dava konusu kural uyarınca yapılacak ödemeler söz konusu kişilere ekonomik menfaat temin etmeyi içerdiğinden ‘mülkiyet hakkı’ kapsamındadır. Bu nedenle kural, Anayasa’nın İkinci Kısım İkinci Bölümü’nde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin

Personelin ücreti ve işin düzenlenmesine yönelik konularda 4857 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. MYKPY'nin ekonomik, mali ve sosyal haklar başlıklı m.18¹⁴ ilâ m.24 hükümlerini düzenleyen dördüncü bölümünde de ağırlıklı olarak 4857 sayılı Kanun'a atıf yapılmıştır. Buna ek olaraksa yolluklar, doğum ve ölüm yardımı ve yemek yardımı ayrıca düzenlenmiştir. Nihayetinde MYKPY m.30'a göre Yönetmelikte öngörülmemiş bir konuda -4857 sayılı Kanun hükümlerine ve ilgili mevzuata uygun olacak şekilde uygulamanın Kurum Yönetim Kurulu tarafından tayin edileceği öngörülmektedir.

Personelin mali haklarının ücret kapsamında değerlendirilebileceğini ifade ettikten sonra bu hakkın memurun maaşından farklılığına da işaret etmek gerekir. Çünkü memurun maaşı, onun çalışmasının karşılığında ziyade, tabi olduğu kadroya dayalı olarak ödenmektedir (657 s. K. m.147). Gerçekten de memuriyette maaşlar kişilere göre değil, görevlere göre tespit edilmektedir¹⁵. Bundan dolayı memur maaşı ile işçi ücreti arasında nitelik yönünden önemli bir fark bulunur. Bu farklılığa rağmen ikisi arasında tavan ücret düzenlemesi üzerinden ilişki kurulmaktadır. Kamu görevlileri arasında mali haklar yönünden denklik sağlanmaya çalışılmaktaysa¹⁶ da kamuda çalıştırılan işçilerin de bu denklige dâhil edilmeye çalışılması çok anlaşılabilecek bir durum değildir. Çünkü bu personel grubu kamu görevlisi kapsamında değerlendirilmemektedir.

Bu tavan ücret sınırlaması uzman ve uzman yardımcıları yönünden 375 sayılı KHK ek m.28/2'nin atfıyla ek m.11/1-c'de öngörülmektedir. Ek m.11/1-c'nin

“Türk Akreditasyon Kurumu Genel Sekreterliği, Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü Başkanlığı, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, Türk Standardları Enstitüsü Başkanlığı, kalkınma ajansları ve Mesleki Yeterlilik Kurumu kadro ve pozisyonlarına ilk defa veya yeniden atanan genel müdür, genel sekreter, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcısı unvanlı personel ile uzman unvanlı meslek personeline, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarı; genel müdür ve genel sekreterler için bakanlık genel müdürü, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcısı için bakanlık genel müdür yardımcısı, uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak mali haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemez.”

şeklindeki düzenlemesine bakıldığında, uzman unvanlı meslek personeline, ilgili mevzuatı uyarınca ne adla olursa olsun ayni ve nakdî yapılan ödemelerin toplam tutarı, Başbakanlık uzmanlarının mali ve sosyal hak ve yardımları kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçmeyeceği öngörülmektedir. Belirtmek gerekir ki 703 sayılı KHK¹⁷ m.218 ile 3056 sayılı Kanun¹⁸ ilga edilmiş ve Başbakanlık merkez teşkilatı kaldırılmıştır. Anılan hükme göre mevzuatta Başbakanlığa yapılan atıflar Cumhurbaşkanlığına veya görev ve faaliyet alanlarına göre ilgili bakanlıklara ve kuruluşlara yapılmış sayılır.

Başbakanlık merkez teşkilatı kaldırılınca, bu teşkilatın uzman ve uzman yardımcısı kadrolarında görev yapanlar, 703 sayılı KHK m.221/3'e göre Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile bakanlıkların merkez teşkilatında bulunan uygun bir uzman ve uzman yardımcılığı kadro ve pozisyonuna atanacakları düzenlenmiştir. Bu suretle bu pozisyonlara ilişkin mali hakların farklılaştığı durumda, 375 sayılı KHK ek m.11/1-c'de MYK uzman ve uzman yardımcılarının mali haklarının tavan sınırının tespitinde hangi uzman pozisyonunun esas alınacağı belirsizleşebilir. Ancak nihayetinde bu uzman personel pozisyonlarına yapılan ödemelerden hangisinin esas alınacağı hususunun Kurum Yönetim Kurulu kararıyla belirlendiğini de belirtmek gerekir.

Ücrette tavan sınır sadece uzman ve uzman yardımcısı niteliğindeki personel için değil, Kurumda çalışan diğer personel yönünden de geçerlidir. 375 sayılı KHK ek m.28/2'nin yollamasıyla ek m.11/1-C'nin

“(b) ve (c) bentlerinde yer alan idarelerde istihdam edilen personelden anılan bentlerde emsali belirlenmemiş olan personele, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarı, Cumhurbaşkanınca belirlenecek emsali Devlet memuruna ilgili mevzuatında kadrosuna bağlı olarak mali haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemez. Emsal alınacak memur unvanlarının tespitinde, kadro veya pozisyon unvanları ile ifa ettikleri görevler itibarıyla 657 sayılı Kanuna göre girebilecekleri sınıflardaki aynı veya benzer görevlerin aynı veya benzer kadro, unvan veya derecesi dikkate alınır.”

bir düzenleme içerdiğinden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca CBK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kalmaktadır...” AYM, 09.11.2022, E.2018/123, K.2022/138. www.lexpera.com.tr (Erişim: 10.08.2024).

¹⁴ MYKPY mülga m.18, ücreti düzenlemekte ücret artış dönemlerini devlet memurları için artış yapılan dönemlerin esas alınacağını belirtmekteydi. Her yılın altı aylık dönemlerinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı genel müdürlerine yapılan ödemelerin aylık ortalamasının net tutarını aşmayacak şekilde Yönetim Kurulu kararı ve Genel Kurul onayıyla yapılacağını öngörmekteydi.

¹⁵ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri (İdare), 24.B., Ekin Yayınevi, Bursa 2022, s.594; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s.769.

¹⁶ İlgisi yönünden GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku C.I, Genel Esaslar, 11.B., Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.844.

¹⁷ RG: 09.07.2018, 30473.

¹⁸ RG: 19.10.1984, 18550.

şeklindeki düzenlemesine göre diğer personelin ücreti yönünden de Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen emsali devlet memuruna yapılması öngörülen aylık toplam net tutar tavan ücret olarak belirlenebilecektir.

C. Kurum Personelinin Ücretini Toplu İş Sözleşmesiyle Belirleme Hakkı

Türkiye Cumhuriyeti devleti sosyal bir hukuk devletidir (AY m.2). Anayasa’da sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kısmında işçiyi koruyucu hükümler öngörülmektedir. Sosyal devlet ilkesi, devletin ekonomik ve sosyal hayata, zayıf olanın durumunu iyileştirmek, ona insan onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamak amacıyla müdahale etmesi anlamına gelir¹⁹. Devlet, bu müdahaleyi bir yandan aktif olarak sosyal kamu harcamalarıyla bir yandan da hukuki düzenlemelerde tanıdığı ve sağlamayı taahhüt ettiği güvencelerle yapmaktadır. Anayasa’da işçiler için öngörülen koruyucu hükümleri de bu bağlamda okumak gerekir²⁰. İşçinin örgütlenebilme ve toplu sözleşme yapma hakkı *de jure* öngörüldükten sonra buna *de facto* ekonomik hayatta yer alan unsurlar tarafından saygı gösterilmesi ve ayrıca yine bu hakkın etkili bir biçimde devlet organları tarafından korunması beklenir. Anayasa’da öngörülen sosyal ve ekonomik haklar içinde, m.51’deki sendika kurma hakkı, m.53’teki toplu iş sözleşmesi hakkı ve m.54’te düzenlenen grev hakkı, işçinin örgütlenme ve toplu pazarlık yapma hakkına ilişkin bir bütünün parçalarıdır²¹. Toplu sözleşme hakkı ise hem işçiler hem de kamu görevlileri için Anayasada öngörülen güvencelerdendir. AY m.53 hükmü, toplu sözleşmenin tarafları, içeriği, yürürlüğü vb. konuların kanunla düzenleneceğini belirtmiş; konu, işçiler yönünden 6356 sayılı Kanunla²², kamu görevlileri yönünden ise 4688 sayılı Kanunla²³ düzenlenmiştir.

Anayasa m.48/1’in sözleşme hürriyetini düzenledikten sonra toplu sözleşmeye ilişkin ayrı bir düzenleme olarak m.53’ü öngörmesi ve özellikle m.53/1’de toplu iş sözleşmesi bakımından işçiler ve işverenlere karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarına ve çalışma şartlarına ilişkin şartları -adeta kanun koyucu gibi- düzenleme serbestisini açıkça tanıması, işçi ve işveren arasındaki hukuki ilişki yönünden toplu iş sözleşmesinin normatif bir alan sağladığı şeklinde yorumlanmaktadır²⁴. Bu yönüyle toplu iş sözleşmesi, sözleşmenin taraflarını bağladığı gibi üçüncü kişileri ve devleti de bağlayacak objektif hukuki düzenlemeler ortaya koyma işlevine sahiptir²⁵. Böylece Anayasa, toplu iş sözleşmesi bakımından özerk bir alan ortaya koymuş olmaktadır²⁶. Anayasanın toplu iş sözleşmesine ilişkin böyle bir özerk alanı -özellikle ekonomik ve sosyal haklar içinde- tanımamasının temel sebebi ise işçiyi, işveren karşısında koruyarak, onun ekonomik yönden güçsüzlüğünü telafi etme imkânı vermektir. Böylece işçi, işveren ile karşılıklı oturduğu masada hem hukuki yönden hem de -gerçek anlamda- fiilen eşitler arası bir ilişkiye kavuşmuş olmaktadır²⁷. Ayrıca işçinin bu hakkını sendika eliyle kullanabilmesi (6356 s. K. 2/1-h), onun örgütlü faaliyet içinde hareket etmesini teşvik etmektedir. Diğer yandan bu özerk alan, taraflar yönünden devletin müdahalesine gerek kalmaksızın uzlaşmayla uyuşmazlığın çözülmesine ve çalışma barışının sağlanmasına hizmet etmektedir²⁸. Elbette toplu iş sözleşmesinin sağladığı özerk alan da birtakım sınırlamalara tabidir. Anayasa ilk elden bu sınırı, ekonomik ve sosyal durumlar ve çalışma şartlarına ilişkin olarak ortaya koymuştur²⁹. Diğer yandan Anayasal ilkeler, temel hak ve hürriyetler, ülkenin koşulları vb. de bu konuda bir sınırlama işlevi görebilir³⁰. Yine önemli bir sınırlama sebebi de kanunların emredici hükümleridir³¹.

Anayasa m.128/1’e göre kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Bu belirlemeye yakın bir şekilde kamuda personel istihdamı, 657 sayılı Kanun³² m.4’te memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel³³ ve işçiler olmak üzere dört türde belirlenmiştir. Anılan Kanun m.4/D ise açık bir biçimde 657 sayılı Kanun hükümlerinin işçilere uygulanmayacağını belirtmiştir. Yine kamuda çalışan işçi niteliğindeki personelin kamu görevlisi kapsamı içinde değerlendirilemeyeceği söylenebilir³⁴. Bu suretle kamu işçilerinin 4688 sayılı Kanun kapsamında da

¹⁹ İlgisi yönünden BULUT, Nihat: “Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı”, DEU Hukuk Fakültesi Dergisi (Turhan Tufan Yüce’ye Armağan), 2001, s.332-333.

²⁰ İlgisi yönünden TUNCAY, Can/SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Toplu İş Hukuku, 6.B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2017, s.178-179.

²¹ ŞAHLANAN, Fevzi: Toplu İş Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.306.

²² RG: 18.10.2012, 2846.

²³ RG: 12.07.2001, 24460.

²⁴ SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10.B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s.267-268; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nürşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Beta, 36.B., İstanbul 2023, s.973-977; AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku, 4.B., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.333-334; KILIÇOĞLU, Mustafa/TÜFEK, Ömer Faruk: Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, 3.B., Platon Plus Yayıncılık, İstanbul 2023, s.330-335; CENTEL, Tankut: “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları” SİCİL (17), 2010, s.212; KARABAĞ TÜREGÜN, Elif Tuba: “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği” Fasikül Hukuk Dergisi 12(122), 2020, s.7 ve 14; MÜLAYİM, Baki Oğuz: “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği” Terazi Hukuk Dergisi 13(146), 2018, s.37-38; ÖZVERİ, Murat: Ekonomik Kriz Koşullarında Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, Türk Harb-İş Sendikası Yayını, Ankara 1999, s.21-26.

²⁵ ÖZVERİ, s.21-22.

²⁶ ÖZVERİ, s.22.

²⁷ MÜLAYİM, s.25.

²⁸ ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.977; CENTEL, s.212.

²⁹ MÜLAYİM, s.37.

³⁰ AKYİĞİT, s.353; CENTEL, s.213-217.

³¹ AKYİĞİT, s.354; KARABAĞ TÜREGÜN, s.14.

³² RG: 23.07.1965, 12056.

³³ Geçici personel, 696 sayılı KHK (RG: 24.12.2017, 30280) m.17 ile ilga edilmiş; mülga, 7079 sayılı Kanun (RG: 8.3.2018, 30354 Mükerrer) m.17 ile aynen kabul edilmiştir.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.796; GÖZLER,İdare, s.666. Aksi yönde ÇINAR, Sinan: “Belediye İşçilerinin Hukuki Statüsüne Dair Sorunlar ve İstihdama Yansımaları”, Memleket Siyaset Yönetim, 17(38), 2022, s.394-397. “...Danıştay Başkanlar Kurulu kararları ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarında kamu işçileri geniş anlamda kamu görevlisi olarak nitelendirildiklerinden ve Danıştay Başkanlar Kurulunca benzer uyuşmazlıklarla ilgili olarak verilen görevli yargı yerinin belirlenmesi kararları ile de

değerlendirilmesi mümkün olmaz. Kaldı ki anılan Kanun m.2’de “...diğer kamu kurum veya kuruluşlarında işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileri hakkında uygulanır...” şeklinde ifade edilerek kamu işçileri kapsam dışına çıkarılmıştır. Kurum personeli de kamu işçisi olarak değerlendirilebildiğine göre onun toplu iş sözleşmesi hakkı bakımından sözleşmenin karşısında yer alan işverenle ücretine ilişkin toplu pazarlık yapma hakkı olduğu söylenebilir. Devletin dahi -kamu kuruluşları yönünden- işveren konumunda yer aldığı durumlarda -kanuni düzenleme yoluyla- işçinin toplu sözleşme hakkına müdahale etmemesi beklenir³⁵. Ancak 375 sayılı KHK ek m.11/1-c ve ek m.28/2 hükümleriyle Kurum personelinin bu hakkına müdahalede bulunulduğu görülmektedir³⁶.

III. BÜTÇE DİSİPLİNİNİ SAĞLAMAK AMACIYLA TOPLU SÖZLEŞME HAKKININ TAVANIN ÜCRET DÜZENLEMESİYLE SINIRLANDIRILMASI

A. Yargının Tavan Ücret Düzenlemesine Yaklaşımı

1. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

MYK personeline toplu sözleşmeye dayanan ve tavan ücret sınırını aşan ödemelerin kamu zararı teşkil edip etmediğine dair Sayıştay 3. Dairesi tarafından yapılan yargılamada uyuşmazlığa konu 375 sayılı KHK ek m.11/1-(c) hükmünün Anayasaya aykırılığı ciddi görülerek itiraz yoluna başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, somut norm denetiminde, esasa ilişkin yaptığı değerlendirmede, işçinin ücretine ilişkin Anayasal güvenceye, onun sendika kurma hakkı bağlamında örgütlenme ve toplu iş sözleşmesi ve toplu pazarlık haklarına değinmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, AY m.53’te toplu iş sözleşmesi hakkının sınırlandırılmasına ilişkin açık bir düzenleme olmamasına rağmen bu hakkı, sendika hakkının bir unsuru gibi görerek m.51/2’de yer alan sınırlama sebeplerinin m.53’e de uygulanabileceğine kanaat getirmiştir³⁷. Ayrıca Yüksek Mahkeme, sınırlamanın m.13’e aykırılık taşımaması gerektiğine işaret etmiş; bu yönden konuyu demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirmiştir. Tavan ücret sınırlaması ile kamusal kaynakların verimli kullanılarak bütçe disiplininin sağlanabileceğini, bunun da kamu yararı amacı taşıdığını belirterek sınırlamanın demokratik toplum gereklerine aykırılık taşımayacağını ifade etmiştir. Diğer yandan toplu sözleşme hakkının ücret dışında başka birtakım mali ve sosyal hakları kazanma veya grev hakkının kullanma kabiliyetlerinin devam ettiği gerekçesiyle sınırlamanın *ölçülülük ilkesine* de aykırılık taşımadığına kanaat getirmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, sınırlamanın aynı veya benzer kadrolarda görev yapanlar arasındaki ücret eşitsizliğini giderme fonksiyonu olduğunu ve çalışanların göreve başlamadan önce hak ve yükümlülüklerini bilerek görevi kabul ettiklerini belirtmiştir. Nihayetinde tüm bu gerekçelerle ve oy çokluğu³⁸ ile Anayasaya aykırılık itirazı reddedilmiştir³⁹.

Yüksek Mahkeme, tavan ücret sınırlamasıyla ilgili 1970 sayılı 1976 yılı Bütçe Kanunu’nda⁴⁰ yer verilen tavan ücret sınırlaması getiren m.12 hükmünü ise iptal etmişti⁴¹. Bu hükümde de kamu personelinin ücretlerinde azami miktar belirlendiği görülmektedir⁴². Ancak Anayasa Mahkemesi’nin, mezkûr düzenlemeyi toplu sözleşme hukuku yönünden incelemekten ziyade konuyu -özel kanun yapma yöntemi

uyuşmazlığın çözümünde kamu görevlileri mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözümlemekle görevli Dairemizin görevli olduğuna karar verildiğinden, belirtilen bu gelişmelerin zorunlu sonucu olarak işçi statüsündeki davacının nakil işleminden kaynaklanan uyuşmazlığın görüm ve çözüm görevinde Dairemizin görevli olduğuna...” Danıştay 5.D., 18.04.2013, E.2013/2290, K.2013/3220. www.lexpera.com.tr (Erişim: 04.05.2024).

³⁵ Türk toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi sisteminin başlangıcından -1963’ten itibaren- özerklik ve vesayet kısıncısı arasında kalmış olmasına dair değerlendirmelere ilişkin GÜZEL, Ali: “Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım” İstanbul Hukuk Mecmuası 74(Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan), 2016, s.889-890 ve 945.

³⁶ İlgisi yönünden CENTEL, s.217.

³⁷ Yüksek Mahkeme’nin AY m.51’deki sınırlandırma sebebiyle AY m.53’teki toplu sözleşme hakkının sınırlandırılabilmesine ilişkin başka kararları da bulunmaktadır: “...Anayasa’nın 53. maddesinin son fıkrasında, toplu sözleşme hakkının kapsamının, istisnalarının, toplu sözleşmeden yararlanacakların, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğünün kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Ancak toplu sözleşme hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, toplu sözleşme hakkının, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanarak kanunla sınırlanması mümkündür...” AYM, 14.05.2015, E.2014/177, K.2015/49 aynı yönde AYM, 27.12.2023, E.2018/96, K.2023/222. www.anayasa.gov.tr (Erişim: 09.06.2024).

³⁸ Yüksek Mahkeme’nin kararında, Engin Yıldırım ve Rıdvan Güleç karşıoy görüşlerinde özet olarak, sınırlamanın AY m.13’te öngörülen ölçütlere aykırı olamayacağı, sınırlama ile gerçekleştirileceği düşünülen bütçe disiplini ve kamu yararına ilişkin külfetin tek başına MYK personeli üzerine yüklenemeyeceği, sınırlamanın toplu iş sözleşmesi ve grev hakkını doğrudan ortadan kaldırmaya bile demokratik toplum düzeni gerekleri açısından zorunlu veya son çare niteliğinde bir sınırlama olmadığı, yine tavan ücret sınırlamasında AY m.51’de öngörülen sınırlandırma sebeplerine dayanılabileceği kabul edilmekle birlikte bu sebeplerden herhangi birine dayanılmadığı, Devletin toplu sözleşme alanına tek taraflı müdahalede bulunmasının toplu sözleşme özerkliğinin ruhuna uymadığı, sonuç olarak düzenlemenin AY m.13, 53 ve 54 hükümlerine aykırı olduğu; Hasan Tahsin Gökcan karşıoy gerekçesinde özet olarak, düzenlemenin toplu iş sözleşmesi ve ücrette adalet haklarına aykırılık oluşturacak şekilde ölçüsüz olduğu, Anayasada toplu iş sözleşmeleri için kabul edilen bir hukuk düzeni olduğu, ancak tavan ücret düzenlemesi ile bu düzenin işlevsiz bırakılarak Kurum personelinin haklarına ölçüsüz ve gerekli olmayacak şekilde müdahale edildiği, sonuç olarak düzenlemenin AY m.55’e aykırı olduğu ifade edilmiştir. AYM, 12.07.2017, E.2017/27, K.2017/27.

³⁹ AYM, 12.07.2017, E.2017/27, K.2017/27. Kararın ayrıntılı bir incelemesi için BAYCIK, Gaye/CAM, Erdem: “Anayasa Mahkemesi Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğini Sınırlandırabilir mi?”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 80(2), 2022, s.383-406.

⁴⁰ RG: 01.03.1976, 15515.

⁴¹ İlgisi yönünden ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.977-978.

⁴² 1970 sayılı Bütçe Kanunu m.12 – Kamu personeli ücretlerinin üst sınırı: “Mali yıl içinde; genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeli kuruluşlar, belediyeler, özel idareler, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde (Sermayesinin yarısından fazlası yukarıda sayılan kuruluşlara ait olanlar dahil) özel ve toplu sözleşmelerle istihdam olunan personele ödenecek ücretler ile sağlanan nakdi ve aynı menfaatlerin yıllık tutarının on-ikide birinin gayri safi miktarı yirmibeşbin lirayı geçemez...”

içeren- bütçe kanunu ile düzenlenmesi yönünden incelediği görülmektedir. Yüksek Mahkemenin, böyle bir düzenlemenin bir bütçe kanunuyla ve bütçe kanunu yapma usulüyle yapılamayacağı gerekçesiyle hükmü iptal ettiği anlaşılmaktadır⁴³.

Konuyla yakın ilgisi sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin 375 sayılı KHK'daki maddelere ilişkin güncelliğini koruyan birtakım iptal kararları da bulunmaktadır ki bu noktada öne çıkan ilgili KHK hükmü ek m.28'dir. 2.7.2018 tarihinde 703 sayılı KHK m.178 ile ihdas edilen

“14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel istihdam edilmeyen kamu kurum ve kuruluşlarından teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülenlere ait hizmetler iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilen personel eliyle yürütülür. Bunlara, mali ve sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün aynı ve nakdi ödemelerin bir aylık toplam net tutarı; 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 11 inci maddesi uyarınca belirlenen emsali personele mali ve sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçmemek üzere Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği makamca belirlenir...”

şeklindeki düzenleme, Yüksek Mahkemece, Anayasa'da yapılan değişikliklere uyum sağlama amacı olmadığı ve AY mülga m.91 uyarınca verilen KHK çıkarma yetki amacı ve kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle iptal edilmiştir⁴⁴. 375 sayılı KHK ek m.28'in iptal edilmesinin, kamuda iş mevzuatına tabi çalışan personelin ücretinin belirlenmesinde tavan ücret uygulaması yönünden önemli bir etkisinin olabileceği düşünülmektedir. Bunun sebebi ek m.11/1-c'nin ortaya koyduğu tavan ücret sınırlamasının, hükümde sayılan kurumlarda; genel müdür, genel sekreter, genel müdür yardımcısı ve genel sekreter yardımcısı ile uzman unvanlı personel dışında uygulanamayacak olmasıdır. Diğer bir deyişle 375 sayılı KHK ek m.28 iptal edildiğinden -bu konuda yeni bir düzenleme yapılmazsa iptal kararının yürürlük tarihinden sonra- ek m.11/1-c'de sayılan kurumlarda ve sayılan unvanlar dışında iş mevzuatına tabi çalışan personele tavan ücret sınırlaması kalkmış bulunduğu söylenebilir. MYK yönünden de bu durumun geçerli olduğu söylenebilir. Gerçekten de 4 sayılı CBK m.256/1'in “Kurum hizmetleri ... ile anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 28 inci maddesine göre iş mevzuatı çerçevesinde istihdam edilen diğer personel eliyle yürütülür.” şeklindeki düzenlemesinde bahsi geçen iş mevzuatına tabi istihdam edilecek diğer personelin ek m.28 kapsamında değerlendirileceği sonucu da çıkmaktadır. Diğer yandan iş mevzuatı kapsamında çalışan diğer personel tarafından hali hazırda tavan ücret ile ilgili iş mahkemesinde açılmış olan davalar ile örneğin uzman veya genel müdür niteliğinde personel tarafından açılan tavan ücretle ilgili davalarda -bu iptal hükmü dolayısıyla- farklı kararlar ortaya çıkabileceği ihtimalini belirtmek gerekir. Dolayısıyla -norm koyucu tarafından düzenleme yapılmazsa- aynı kurumda işçi statüsünde çalışan kişiler arasında tavan ücret uygulamasına ilişkin farklılıkların doğabileceği garip bir durumun ortaya çıkabileceği düşünülebilir.

2. Sayıştayın Yaklaşımı

Sayıştay yaptığı hesap yargılamalarında, Kurum personeli ücret ödemelerinde 375 sayılı KHK ek m.11/1-c'de öngörülen tavan sınırı dikkate almaktadır. Mahkeme birtakım kararlarında, Kurum personeline yapılan ödemelerde tavan sınırı aşan miktarın personele yapılan tüm ödemeler yönünden kamu zararı teşkil ettiğine karar vermektedir. Bu bağlamda Kurum personeline toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan ve 6772 sayılı Kanun⁴⁵ kapsamında olan ilave tediyeenin ödenmesi hakkında tavan sınırı ilişkin hükmün yürürlüğe girdiği tarihten sonra çalışmaya başlayan personele yapılan ödemenin tavan sınırı aşması durumunda kamu zararının ortaya çıkacağına hükmetmektedir⁴⁶. Mahkemenin kararlarında sadece ilave tediye ödemeleri yönünden değil, personelin fazla çalışması kapsamında yapılan aylık ödemeler ile işsizlik ve sosyal sigorta primlerine ilişkin ödemelerde tavan sınırı aşan miktarların da kamu zararı teşkil edeceği yaklaşımı

⁴³ “...Demek oluyor ki, kanun konusu olacak hükümlerin bütçe kanununda yer almasına veya bir kanun hükmünün bütçe kanunu ile değiştirilmesine veya kaldırılmasına veya bütçe kanununda bulunması gerekli bir hükme öteki kanunlarda yer verilmesine olanak bulunmadığından, bu kurallara uyulmadan çıkarılan yasa veya Bütçe Kanunu, Anayasa'nın 92., 93. ve 94. maddelerine aykırı olur. / 1976 yılı Bütçe Kanununun niteliği yukarıda açıklanan 12. maddesi, kanun ile düzenlenmesi gereken konulan ve değiştirilmesi gereken hükümleri bütçe kanunu ile düzenlemekte ve değiştirmekte olduğundan, Anayasa'nın 92., 93. ve 94. maddelerine aykırıdır, bu nedenle iptaline karar verilmelidir... 1976 yılı Bütçe Kanununun, niteliği yukarıda açıklanan 12. maddesinin 'bütçe ile ilgili hüküm' sayılmasına olanak bulunmadığından Anayasa'nın 126. maddesine aykırıdır, bu nedenle de iptaline karar verilmelidir...” AYM, 09.12.1976, E.1976/34, K.1976/52. www.anayasa.gov.tr (Erişim: 09.06.2024).

⁴⁴ “...Bu itibarla kural 7142 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen Anayasa'da yapılan değişikliklere uyum sağlamak amacı taşımadığından Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca verilen KHK çıkarma yetkisinin amaç ve kapsamı içinde değerlendirilmemektedir...” AYM, 07.12.2024, E.2018/117, K.2023/212. www.anayasa.gov.tr (Erişim: 09.06.2024). İptal kararının 04.06.2025 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmektedir.

⁴⁵ RG: 11.07.1956, 9355.

⁴⁶ “...Bu maddede unvan itibarı ile sayılan personele yapılacak tüm ödemelerin azami tutarı, emsalleri üzerinden açıkça belirlenmiştir. Maddenin devam eden fıkralarında ise, unvanları sayılmayan personele yapılacak ödemelerde emsalin Bakanlar Kurulu Kararı ile belirleneceği hükmüne yer verilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu sınırlamaya sadece ilk defa veya yeniden atanan kişilerin tabi olduğu; anılan KHK'nın yürürlüğe girdiği tarihte Kurum bünyesinde istihdam edilenleri kapsamadığıdır. Nitekim 666 sayılı KHK ile Maliye Bakanlığına verilen yetkiye dayanılarak çıkarılan ve 01.01.2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 161 seri no'lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğinin (E) bölümünde de bu hususa işaret edilmektedir. 666 sayılı KHK ile ... Kurumunun da dâhil olduğu yeni bir maaş sistemi getirilmişken; anılan KHK'nın yürürlük tarihinden sonra işe alınan personele, toplu iş sözleşmesi kapsamında ilave tediye ödemesi yapılması 6223 sayılı Kanunun amacına ve 666 sayılı KHK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle kamu zararı oluşturan ilave tediye ödemeleri toplamı ... TL'nin; ...” Sayıştay 4.D., 17.02.2015, K.96, İ.140. www.sayistay.gov.tr (Erişim: 06.05.2024).

görülebilmektedir⁴⁷.

Sayıştayın güncel sayılabilecek kararlarında görülebildiği kadarıyla tavan ücret sınırlamasının uygulanmasında, Kurum personelinin niteliği ve 375 sayılı KHK ek m.11/1-c'nin yürürlük zamanı yönünden uzman niteliğinde olan veya olmayan personel ya da tavan ücret düzenlemesinin yürürlüğe girmesinden önce atanan veya yürürlük tarihinden sonra atanan personel yönünden bir fark bulunmamaktadır⁴⁸.

Sayıştayın, Kurum personeline yapılan ödemelerde tavan sınırı aşan kısmının kamu zararı olduğuna ilişkin kararlarında, sadece mali mevzuata ilişkin bir değerlendirme yapmamakta, bunun yanında mahkemenin kararlarındaki gerekçelerde, Kurum personelinin iş hukuku kapsamındaki haklarına da değinildiği görülmektedir. Ancak kararlara yansıyan olaylardan görülebildiği kadarıyla Kurum işçisinin toplu iş sözleşmesinde -uyuşmazlık durumunda Yüksek Hakem Kurulu kararında- yer alan ilave tedavi ve ücrete ilişkin diğer hakları ayrı ayrı tanımlanmakla beraber tavan sınır da -ilgili düzenlemelere atıf yapılarak- tanımlanabilmektedir. Bu durumda da Sayıştay, toplu sözleşme ile ücretin kararlaştırılabileceğini ve fakat bunun yine sözleşmede atıf yapılan tavan sınırı aşamayacağını, bu durumun da işçinin toplu sözleşme hakkının ihlali anlamına gelmeyeceğini ifade etmektedir⁴⁹. Yine ilgili konuda Mahkeme, kamu zararı ortaya çıktığı yaklaşımını sergilerken sorumluları da ilgili fazla ödemeleri yapan kişiler olarak tespit etmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 2017'de somut norm denetimine konu olan tavan ücret düzenlemesine ilişkin verdiği ret kararından önceki tarihli bir Sayıştay Temyiz Kurulu kararında, ödemelerin sendika ve toplu sözleşme hakkı kapsamında yapıldığı gerekçesiyle kamu zararına ilişkin sorumluluğun olamayacağı görüşüyle bozma kararı vermiştir⁵⁰. Yine aynı yönde bir kararın, Anayasa Mahkemesi'nin ret kararının hemen sonrasında verildiği de görülebilmektedir⁵¹.

3. Yargıtayın Yaklaşımı

Yargıtayın konuyla ilgili verdiği kararların ilave tedavi etrafında şekillendiği görülmektedir. Yüksek Mahkeme, bu konuda verdiği kararlarında 6772 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerini genel kanun hükmü olarak, 5544 sayılı Kanun'un ilgili mülga hükmünü de özel kanun hükmü olarak kabul ettiği, dolayısıyla ilave tediyelerin ödenmesinde 5544 sayılı Kanun'da yer alan tavan ücret sınırının aşılması gerektiği yaklaşımını sergilediği görülmektedir⁵². Yüksek Mahkemenin değerlendirmesi, ilave tediyelerin ücretin bir

⁴⁷ "...Dolayısıyla, mali ve sosyal hakların aylık tutarları için mevzuatta öngörülen üst sınırları aşacak şekilde ilave tedavi ve fazla çalışma ücreti ödenmesi açıkça kamu zararı niteliğindedir. Diğer taraftan, gerçekleşen kamu zararı tutarı sadece net tutarlar arasındaki farkı değil söz konusu farktan kaynaklı olarak bütçeden yapılan toplam harcama tutarını diğer bir ifadeyle net ödeme farkından kaynaklı sosyal sigorta ve işsizlik sigortası primleri ile gelir ve damga vergisi tutarlarını da kapsamaktadır..." Sayıştay 3.D., 20.02.2018, K.311, İ.316. www.sayistay.gov.tr (Erişim: 06.05.2024).

⁴⁸ "...Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi Kararında, 375 sayılı KHK kuralı esastan sadece uzman unvanlı meslek personeli açısından değerlendirilmişse de, MYK personeline ücret, mali ve sosyal haklar yönünden üst sınırların belirlenmiş olmasının, Devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüne bir aykırılık oluşturmadığı gibi ülkenin ekonomik ve mali kaynakları, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak aynı ve nakdi ödemelere ilişkin yeni bir düzenleme yapılmasının da Devletin, çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüyle bağdaşmayan bir yönünün bulunmadığına karar verilmiştir. Mezkur kararın gerekçesi görüldüğü üzere, özü itibarıyla, tüm MYK personeli için geçerli olabilecek genel bir gerekçedir..." Sayıştay Temyiz Kurulu, 03.11.2021, Dn.44818, Tn.50372. www.sayistay.gov.tr (Erişim: 06.05.2024).

⁴⁹ "...Toplu İş Sözleşmesinin bu bağlamda incelenmesi sonucunda ise; 'Ücret Sistemi' başlıklı 24 üncü maddesinde; '... işçilere yapılacak her türlü mali ve sosyal hakların ödemesinde, 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesi 2. fıkrası (c) ve (ç) bentleri hükümleri dikkate alınır.' denilmiş olmakla Yüksek Hakem Kurulu tarafından da mali ve sosyal hakların aylık tutarları için mevzuatla öngörülen üst sınıra vurgu yapıldığı ve söz konusu madde her ne kadar ilave tedaviye ilişkin Toplu İş Sözleşmesi maddesinden ayrı düzenlenmiş olsa da anılan sınırlayıcı hükümde sadece maaş ödemelerinden değil aylık bazda yapılan tüm mali ve sosyal haklara ilişkin ödemelerden bahsedilmek suretiyle ilave tedavi ödemelerinin de bu sınıra tabi tutulmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. / Diğer taraftan, mevzuatın öngördüğü üst sınıra atıf yapan Toplu İş Sözleşmesi hükmünün, 'İlave Tedavi' başlıklı 25 inci maddede yer almadığı için anılan ödemelere uygulanamayacağı şeklinde dar bir yorum yapılması, 375 sayılı KHK'nın Anayasa Mahkemesi Kararı ile sabit emredici hükmü karşısında da mümkün bulunmamaktadır. Zira, toplu iş sözleşmesi hükmüyle emredici bir mevzuat hükmü arasında çelişki olduğunda mevzuat hükmünün her daim üstün kabul edilmesi gerekmektedir." Sayıştay 3.D., 20.02.2018, K.311, İ.316; "...2010/66 sayılı Karar ile de ilave tediyelerin ilgili aya ilişkin ücret tavan limitleri korunmak kaydıyla ödeneceği, öngörülmesine rağmen yapılan ilave tedavi ödemeleri ile söz konusu azami sınırın aşılması nedeniyle ... TL'ye verilen tazmin hükmünün 14.11.2018 tarih ve 45329 sayılı Temyiz Kurulu Kararının 9. Maddesi ile tasdikine karar verilmiştir...karar düzeltilmesine mahal olmadığına..." Sayıştay Temyiz Kurulu, 03.11.2021, D.44818, Tn.50372. www.sayistay.gov.tr (Erişim: 10.08.2024).

⁵⁰ "...İşçi statüsündeki kurum personeline ilgili mevzuat uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kar payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdi ödemelerin bir aylık toplam net tutarının üst sınırı 666 sayılı KHK ile belirlenmiş olmakla birlikte; ... Sendikası ile ... arasında 01.07.2012-30.06.2014 dönemini kapsayan TİS müzakerelerinin anlaşmazlıkla sonuçlanması sendikanın grev kararı alması ancak grev kararı çıkmadığı için ...'in 6356 sayılı Kanunun 51'inci maddesi uyarınca uyusmazlığı Yüksek Hakem Kuruluna intikal ettirmesi, / Yüksek Hakem Kurulunun 09.09.2013 gün E.2013/118 ve K: 2013/156 sayılı kararı ile TİS'i düzenlemesi ve buna bağlı olarak 6772 sayılı Kanun uyarınca personele ilave tedavi ödenmesi; / Anayasanın 54'üncü, 6356 sayılı Kanunun 51'inci maddeleri çerçevesinde Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olmasından dolayı 09.09.2013 gün E.2013/118 ve K: 2013/156 sayılı Yüksek Hakem Kurulu kararının yerine getirilmesi olarak nitelendirilecek ve ilgililere sorumluluk yüklenemeyecektir..." Sayıştay Temyiz Kurulu, 09.02.2016, Dn.40194, Tn.41453. www.sayistay.gov.tr (Erişim: 10.08.2024).

⁵¹ Sayıştay Temyiz Kurulu, 19.09.2018, D.43446, Tn.45036. www.sayistay.gov.tr (Erişim: 10.08.2024).

⁵² "...İlave tediyenin ödenmesi hususunda 6772 sayılı Kanun kapsamında bulunan tüm çalışanlarla ilgili genel bir Kanun olup, davalı Kurum Kanunu özel bir kanundur. Bu kapsamda Kurum Kanununda belirtilen ücrete ilişkin düzenlemede tüm haklar belirtilerek bir sınırlama getirildiği ve bu sınırlamanın ilave tedavi ödemelerinde de dikkate alınması gerektiği sabittir. Davalı Kurum 2013 yılından sonra Yüksek Hakem Kurulu kararına dayanarak ilave tedavi ödemelerini bir tavan sınırlandırmasına tabi tutmayarak ödemiş olup Yüksek Hakem Kurulu kararı incelendiğinde; ilave tedavi alacağına ilişkin maddede önceki toplu iş sözleşmesindeki düzenlemenin aynısının belirtildiği, davalı Kurumun kuruluş Kanunu olan 5544 sayılı Kanun'un 2010-2012 yılları arası tartışıldığı

parçası olup olmadığı noktasında toplanmakta olup bu ödemelerin, işçinin ücret alacağı kapsamında olmakla birlikte tavan ücreti aşan miktarların toplu sözleşmeyle olsa dahi açık tavan ücreti düzenlemesi dikkate alınarak işçinin hak edişinin belirlenmesi gerektiği sonucuna vardığı anlaşılmaktadır.

B. Bütçe Disiplinini Sağlama Amacıyla Toplu Sözleşme Hakkı Sınırlanabilir mi?

Öncelikle AY m.13'ün "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir..." şeklindeki düzenlemesi dikkate alındığında, AY m.53'te yer alan toplu sözleşme hakkının AY m.51'de öngörülen sendika hakkında yer alan bir sınırlandırma sebebine dayanılarak sınırlandırılmasının sorunlu olduğu söylenebilir⁵³. Çünkü asıl olan hürriyettir; sınırlandırmaya ilişkin düzenlemeler istisnaidir⁵⁴. Temel hak ve hürriyeti sınırlandıran bir düzenleme, tabi olduğu hükmü aşarak bir başka hükümde düzenlenen sınırlama sebepleri kıyasen uygulanırsa hürriyetler geniş istisnalar dar yorumlanır ilkesine aykırılık ortaya çıkar⁵⁵. Bir an için toplu sözleşme hakkı ile sendika hakkı arasındaki ilişki dolayısıyla aynı sınırlama sebebinin geçerliliği kabul edilebilseydi bile Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde, öngörülen düzenlemedeki hangi sınırlama sebebine dayanılarak meşru bir sınırlandırmanın yapılmış olduğunu açıklayabilmesi beklenirdi. Belirtmek gerekir, aslında AY m.51/2'nin "Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir." şeklindeki düzenlemesinde yer alan sınırlama sebeplerine ilişkin kavramlardan suç işlenmesinin önlenmesi dışında kalanların çok da somut kavramlar olmadığı söylenebilir. Şüphesiz bu kavramların çağrıştırdıkları anlamlar itibarıyla temel hak ve hürriyetlerin sınırlarına ilişkin birtakım hukuki gerekliliklere işaret edilmektedir. Ancak sınırlamanın meşruluğu açıklanırken bu gerekliliklerin açık bir şekilde hangi sebep kapsamında kaldığının da belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, konuya yaklaşımında, kanun hükmünün bütçe disipliniyi sağlama amacını ortaya koyarken bunu kamu yararı ile ilişkilendirmiştir. Oysaki kamu yararı sebebi, AY m.51/2'de sayılmamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu sebebi hem üst bir kavram hem de hükümde sayılan diğer sebeplere ikame bir sebep gibi mi kullanmıştır⁵⁶? Yoksa Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki yaklaşımı, AY m.13'ün 4709 sayılı Kanun⁵⁷ m.2 ile değiştirilmeden önceki halinden kalma, kamu yararının genel sınırlandırma sebebi olma alışkanlığının bir ürünü müdür⁵⁸? Diğer yandan bir kanuni işlemin unsurlarından olan amaç unsuru yönünden, kamu yararı amacına bir göndermede mi bulunulmuştur⁵⁹? Yüksek Mahkeme'nin bu yöndeki yaklaşımı, kamu işçisi olan Kurum personelinin ücretlerine ilişkin bir üst sınırlama getirilmezse bu yöndeki maliyetin, bütçe üzerinde bir yük oluşturabileceği şeklinde anlaşılmaktadır. Her kanuni düzenlemenin kamu yararı amacını zaten taşıması gerektiğine şüphe yoktur⁶⁰. Yüksek Mahkeme, kanuni düzenlemenin kamu yararı amacı taşıdığına kanaat getirdikten sonra hangi sınırlama sebebine -örneğin kamu düzeni veya milli güvenlik sebepleri gibi- dayanılarak sınırlamanın yapıldığına ise değinmemiştir. Diğer bir deyişle Yüksek Mahkeme, AY m.51/2'de sayılan sınırlama sebeplerine dayanılarak kamu işçisi olan Kurum personelinin toplu iş sözleşmesi hakkının sınırlanabileceğini ifade etmesine rağmen bu sebeplerden açıkça hangisine dayanıldığını açıkça belirtmemiş; böyle bir tespitte bulunma gereği görmemiş gibidir. Oysaki Anayasa, bu kavramları birbirine ikame bir şekilde kullanmamaktadır⁶¹. Diğer bir deyişle Anayasa, AY m.51/2'de sınırlama sebepleri arasında kamu yararını açıkça saymamaktadır.

Kamu yararı amacına sahip bir düzenleme, sebep ve konu unsurları yönünden hukuka aykırılıklar taşıyabileceği gibi AY m.13'e de aykırılık taşıyabilir. Yüksek Mahkeme, AY m.13 yönünden konuyu değerlendirirken demokratik toplum düzeni gereklerine ve ölçülülük ilkesine ilişkin bir değerlendirme yapmıştır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri, hakkın özüne dokunma yasağı olarak anlaşılmaktadır⁶². Yüksek Mahkeme, kamu işçisi olan Kurum personelinin tavan ücrete kadar olan miktarı belirlemede, toplu iş sözleşmesi hakkının devam ettiği gerekçesiyle hakkın özüne dokunulmadığını

görülmekte olup ilave tediye ödemesinin eksik ödendiği ileri sürülen 2009-2010 yıllarının nasıl değerlendirildiği eksiklik arz etmektedir. Bu sebeple ilave tediye ödemesinin eksik ödendiği ileri sürülen 2009-2010 yılları bakımından davalı Kurumun ücrete ilişkin taban ve tavan miktarları dikkate alınarak davacının ilave tediye alacağını belirlenmesi gereklidir..." Yargıtay 9.HD., 27.01.2021, E.2020/4779, K.2021/2518 aynı yönde Yargıtay 9.HD., 27.01.2021, E.2020/4780, K.2021/2519; Yargıtay 22. HD., 17.02.2020, E.2016/29516, K.2020/2615; Yargıtay 22.HD., 03.07.2019, E.2016/16514, K.2019/14922; Yargıtay 22.HD., 17.02.2016, E.2014/25040, K.2016/4285. www.lexpera.com.tr (Erişim: 09.06.2024).

⁵³ BAYCIK/CAM, s.394-395.

⁵⁴ GÖZLER, Kemal: "Yorum İlkeleri" in Ergül, Ozan (ed.), Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2013, s.51-57; YONGALIK, Aynur: "'İstisnalar Dar Yorumlanır' Kuralı ve Değerlendirmesi", AÜHFD, 60(1), 2011, s.10.

⁵⁵ YONGALIK, s.10.

⁵⁶ Bu konuda AKILLIOĞLU, Tekin: "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 9(1-3), 1988, s.16-17.

⁵⁷ RG: 17.10.2001, 24556 (mükerrer).

⁵⁸ İlgisi yönünden TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 16.B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s.542-543.

⁵⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.542-543.

⁶⁰ ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 17.B., Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.394-395.

⁶¹ Örneğin AY m.35/2, mülkiyet ve miras hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Yine Anayasa'nın üçüncü bölümünde, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlığı altındaki kamu yararı ayrı bir başlık altında düzenlenmiş; kıyılarından yararlanma (m.43/2), toprak mülkiyeti, tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması, kamulaştırma (m.46/1), devletleştirme ve özelleştirme (m.47/1) konularıyla ilişkisi kurulmuştur. Ancak m.51/2'de sendika hakkının sınırlandırılma sebepleri arasında kamu yararına yer verilmemiştir.

⁶² ÖZBUDUN, s.118.

belirtmektedir. Ancak burada da tavan ücret düzenlemesinin toplu iş sözleşmesinin sağladığı özerkliği ortadan kaldırdığı durumunu yeterince tartışmadığı düşünülmektedir. Oysaki toplu iş sözleşmesi, işveren ve işçi (sendikası) arasında işçinin ekonomik ve sosyal haklarına ilişkin belirlemeler yapabilme işlevi taşıyan ve kanun gibi hüküm ve sonuç doğuran bir niteliğe sahiptir⁶³. Tavan ücret düzenlemesi ise bu yöndeki serbesti alanını önemli ölçüde daraltarak bu alanda ortaya çıkabilecek hakları kullanılamaz hale getirmektedir⁶⁴.

Yüksek Mahkeme, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını bütçe disipliniyi sağlamanın kamu yararına uygun olduğu yönünden gerekçelendirmeye çalışmaktadır. Ancak kamu harcamalarının kısılması, çoğunlukla bütçe disiplini ile ilişkilendirilebilirse de bu durumun her zaman kamu yararını sağlaması mümkün olmayabilir. Örneğin sosyal harcamalardaki artışlar, bütçe disipliniyi bozma eğiliminde harcamalar olmasına rağmen bu nitelikteki harcamaların çoğunlukla kamu yararına aykırı olduklarını değerlendirmek zordur. Çünkü bunlar sosyal fayda sağlar. Yine bu harcamalar, sosyal devletin gerçekleştirmeyi üstlendiği birtakım sosyal politikaların ve bunların dayandığı hukuki düzenlemelerin bir gereği olarak da ortaya çıkar⁶⁵. Bu yönüyle tavan ücret sınırlamasının elverişli bir sınırlama olduğunu söylemek de kolay değildir⁶⁶. Çünkü Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımına göre bütçe disiplini sağlanmak istenilirken bütçenin sosyal fonksiyonunun göz ardı edilebileceği gibi bir sonuca da ulaşılabilir.

Yüksek Mahkeme, bütçe disiplini ve kamu harcamalarının verimliliğine göndermede bulunurken MYK'nın yapısını da yeterince dikkate almadığı düşünülmektedir. Gerek 5544 sayılı Kanun'un mülga hükümlerinde gerekse de 4 sayılı CBK'nin ilgili hükümlerinde MYK, özel hukuk hükümlerine tâbi, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve özel bütçeli bir kurum şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca gelir ve giderleri ile bütçesine ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Özellikle Kurumun bütçesine ilişkin 5544 sayılı Kanun mülga m.28/1 ile 4 sayılı CBK m.260 bütçeyi öngörürken kurumun gelirlerinin giderlerini karşılaması esasını öngörmektedir. Dolayısıyla Kurum aslında kendi kendine yetebilen ve mevzuatında öngörüldüğü şekilde, gelirleriyle giderlerini karşılayabilen bir yapıda kurgulanmıştır. Kurumun gelirleri, giderlerini karşılamadığında finansman desteği yoluyla -genel bütçeden transfer suretiyle- aradaki açık karşılanır⁶⁷. Kurumun özel hukuk hükümlerine tabi kılınması ve personeli ile iş hukuku ilişkisi kurulması sebebiyle, faaliyetlerinde kamu hukukuna ilişkin bütçe tedbirlerinin katı bir şekilde işletilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Kurumun özel bütçeli olarak öngörüldüğü ve bundan dolayı 5018 sayılı Kanun'da⁶⁸ merkezi yönetim kapsamındaki idarelerden II sayılı cetvelde yer alması da onun özel hukuk alanındaki faaliyetlerinin kısıtlanması, diğer bir deyişle idari ve mali özerkliğinin doğrudan kısıtlanabileceği anlamına gelmez. Kurumun 5018 sayılı Kanun'da II sayılı cetvele dâhil edilmesi, bütçesinin hazırlanması, uygulanması, izlenmesi ve denetimi yönünden birtakım kontrol mekanizmalarına dâhil olması anlamına gelir. Özel bütçeli sayılan ve özel hukuk hükümlerine tabi tutulan bir idarenin, harcamalarına ve gelirlerine yönelik bu yönde ortaya çıkan sınırlamalarda, kamu yararı ve bütçe disiplininin sağlanması gerekliliğinin aranması anlaşılabilir bir kaygı ise de ortaya çıkan sınırlamanın öncelikle hukuki yönden uygunluğunun yeterince tartışılması beklenir. Diğer yandan sınırlamanın meşruluğunu sadece bütçe disiplini kaygısıyla ortaya koymanın, Yüksek Mahkeme tarafından yapılan denetimin hukukilik denetimi yerine yerindelik denetimi sınırlarına kaydığını düşündürmektedir⁶⁹. Böyle bir denetime girildiğinde ise kamu işçisi olan Kurum personeline uygulanan tavan ücret uygulaması olmasaydı, bütçe disiplininin bozulacağına yönelik somut verilerin ortaya konulması beklenirdi. Bu yönüyle tavan ücret düzenlemesinin gerçekten zorunlu bir sınırlandırma olduğunu söyleyebilmek de zordur⁷⁰.

Aslında Anayasa Mahkemesi, kanuni düzenlemeyi sadece temel amaç unsuru yönünden ele alıp düzenlemenin kamu yararına uygun olduğu gerekçesiyle hareket etmesi, onun hukukilik denetimini geri plana atıp soyut veya genel sınırlama sebeplerine dayanarak yaptığı denetimin yerindelik denetimine kaydığını işaret etmektedir⁷¹. Yüksek Mahkeme'nin ret kararlarında dahi hukukilik denetimi yapması beklenir. Ancak Mahkeme, yerindelik denetimi sınırları içine girdiğinde, bu durumun aksayan yapısal hukuki sorunların önemini azaltmasına sebep olduğu düşünülmektedir. Böyle olunca da norm koyucu organ tarafından asıl yapısal sorunun görmezden gelinmesinin önü açılmış olmaktadır. Buradaki yapısal sorun ise bütçe hukuku yönünden kamu personeli istihdam rejimi karmaşasıdır⁷². Gerçekten de kamudaki personel istihdamında memur, sözleşmeli personel ve işçi kadro ve pozisyonları arasındaki amaçsal ve işlevsel

⁶³ TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s.192-193,214-215.

⁶⁴ Örneğin tavan ücret sınırlaması ayrıca kamu işçisinin fazla çalışmadan (4857 s. K. m.41) kaynaklanan ücretleri yönünden de bir sınırlandırma teşkil edebilir. İşçiye yapılacak olan fazla çalışma karşılığı olan ödemelerden tavan ücreti aşan miktarların ödenememesi söz konusu olabilir. Bu durum ise AY m.18/1'de öngörülen angarya yasağı yönünden bir sorun teşkil etmektedir.

⁶⁵ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.106.

⁶⁶ İlgisi yönünden BAYCIK/CAM, s.401.

⁶⁷ İlgisi yönünden MUTLUER, Kâmil/ÖNER, Erdoğan/KESİK, Ahmet: Bütçe Hukuku, 3.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s.163.

⁶⁸ RG: 24.12.2003, 25326.

⁶⁹ Yerindelik denetimi hakkında TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 12.B., Beta Yayıncılık, İstanbul 2007, s.186; ÖZBUDUN, s.395; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.541.

⁷⁰ BAYCIK/CAM, s.398.

⁷¹ İlgisi yönünden TEZİÇ, s.190-191; ÖZBUDUN, s.395.

⁷² Bu konuda GÜNEYİ, Ali: "Türk Kamu Personel Sisteminin Liyakatle İlgili Problem Sahaları Üzerine Değerlendirme (2): Kamuda İstihdam Şekilleri ve Liyakat", Ankara HBV Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 25(3), 2023, s.1216-1217; ALP, Mustafa: "Belediye Şirketleri İşçilerinin 6772 sayılı Kanun'a Göre İlave Tediye Hakkı", SİCİL İş Hukuku Dergisi, (44), 2020, s.161-162.

farklılık belirginliğini yitirmiş gibidir. Örneğin MYK’da neden memur veya sözleşmeli personel kadrosuyla değil de işçi kadrosuyla personel istihdam edildiğini açıklayabilmek pek mümkün görünmemektedir. Örneğin norm koyucu, MYK uzmanı olarak görevlendirilecek personeli neden 657 sayılı Kanun’a tabi memur veya sözleşmeli personel olarak değil de işçi olarak istihdam edilmesini gereğini duymaktadır⁷³? AY m.128/1’e göre süreklilik arz eden ve memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gereken hizmetlere ait pozisyonlarda neden memur veya kamu görevlisi değil de işçi niteliğinde personel çalıştırılmaktadır⁷⁴? Benzer şekilde, geçici işçi kadrolarında bir süre görev yapan personel daha sonradan hangi gerekçelerle sürekli kadrolara alınmaktadır⁷⁵? Bu sorular yeterli bir şekilde cevaplanmadığı sürece kamu personeli istihdam rejiminin bütçe yönünden uygunluğu zaten tartışmalı bir hale gelmektedir. Bu karmaşaya dayanılarak tadil edilen yeni düzenlemeler -ilk düğmenin yanlış iliklenmesi misali- bünyelerinde taşıdıkları çeşitli sorunlarla birlikte ortaya çıkmaktadırlar. Oysaki 5018 sayılı Kanun m.30/1’e göre Cumhurbaşkanı tarafından merkezi yönetim bütçesinin uygulanması bakımından tasarrufu sağlamak, tutarlı, dengeli ve etkili bir bütçe politikası yürütmek için gelir ve gidere ilişkin mevzuatla belirlenmiş konularda uygulamaları düzenlemek üzere yapılacaklar kapsamında, kamu istihdam politikasının belirlenmesi ve uygulanmasına yön verilmesi de bulunmaktadır. Dolayısıyla tutarlı, dengeli ve etkili bir bütçe politikası için öncelikle kamu istihdam rejimi kapsamında yer alan istihdam şekilleri arasındaki farkın ihtiyaçlara uygun bir şekilde ve belli başlı standart ve ilkelere kavuşturularak belirginleştirilmesi, kurgulanması, düzenlenmesi ve uygulanması gerektiği düşünülmektedir⁷⁶.

Kurumda çalışan personel iş mevzuatına tabi kılınmıştır. Kurumun özel hukuka tabi şekilde faaliyet göstereceği öngörüldüğünden dolayı bu durum anlaşılabilmektedir. Ancak kamu görevlisi niteliğinde olmayan Kurum personeli işçi olarak nitelendirildikten sonra onun ücretinin -böyle bir düzenlemenin diğer kamu görevlilerine dahi uygulanabilmesi, AY m.53/5’e karşı sorunlu olabileceken- tavan ücret ile sınırlandırılması anlaşılabilmektedir. Çünkü olağan şartlarda bir işçinin toplu iş sözleşmesi ile ücretine ilişkin pazarlık hakkı her zaman devam etmektedir. Kurumu hem özel hukuka tabi şekilde faaliyet gösterecek şekilde tanımlayıp hem de personelinin ücretine ilişkin haklarının kamu istihdam rejimine göre sınırlandırılması, bu bağlamda bir çelişki de taşımaktadır. Tavan ücret sınırlaması, özel sektörde faaliyet gösteren diğer oluşumlarda çalışan işçiler yönünden bulunmamaktadır⁷⁷. Diğer yandan Kurum personeli, kamu işçisi olarak hem 657 sayılı Kanun’un sağladığı güvencelerden yararlanamamakta hem de iş hukukunun sağladığı toplu pazarlık yaparak ücret belirleme hakkından yararlanamaz hale getirilmektedir. Anayasa Mahkemesi, tavan ücret sınırlamasını, aynı nitelikte çalışanlar arasında ortaya çıkabilecek ücret farklılığını önleyici nitelikte değerlendirmiştir. Ancak bu değerlendirmeyi yaparken kamu işçisi olan kurum personeli ile özel sektör işçisi arasında farklılık ortaya çıkmasının da önünü açarak işçiler yönünden AY m.10/4’te öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesini ortadan kaldırabilecek uygulamaların ortaya çıkabileceği bir zemin hazırlamıştır⁷⁸. Diğer yandan özel sektörde faaliyette bulunan bir idareye, bu şekilde işçi ücretlerinin belirlenmesinde tavan sınır olanağının sağlanması, piyasada yer alan diğer mal ve hizmet sunumu güçleştiren işverenler yönünden tam rekabeti engelleyen veya bozan bir potansiyele sahip olduğu da söylenebilir. Çünkü özel sektör işverenleri, toplu sözleşmenin gereklerini yerine getirmek zorunda kalmaları ve yüksek işçi ücreti maliyetlerine katlanmak zorunda kalmaları mümkün kılınmasına rağmen -özel hukuk hükümlerine tabi olan- idarelerin personel ücreti yönünden avantajlı bir duruma geçebilecekleri düşünülebilir. Belli bir alanda mal ve hizmet sunumu için idareler kurulacak ve bunlar özel hukuk hükümlerine tabi kılınacaksa bu kurumların özel piyasanın -özellikle rekabet- koşullarına uyumlu hareket edecekleri şekilde kurgulanmaları beklenir. Aksi takdirde özel hukuk hükümlerine tabi idarelerin kurulmasının nasıl bir anlamı olabilir?

Sayıştay uygulamalarında -özellikle Anayasa Mahkemesi’nin ret kararından sonra- Kurum personeline yapılan ödemelerde, tavan ücreti aşan kısım yönünden kamu zararı oluştuğuna

⁷³ İlgisi yönünden ÖZKAL SAYAN, İpek: “Türkiye’de Kamu Personel Sisteminde Sorun Alanları ve Çözüm Önerileri”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 71(3), 2016, s.680-87.

⁷⁴ İlgisi yönünden GÜNEYİ, s.1194-2018.

⁷⁵ Örneğin 5620 sayılı Kamuda Geçici İş Pozisyonlarında Çalışanların Sürekli İşçi Kadrolarına veya Sözleşmeli Personel Statüsüne Geçirilmeleri, Geçici İşçi Çalıştırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (RG: 21.04.2007, 26500).

⁷⁶ İlgisi yönünden BAYCIK/CAM, s.398.

⁷⁷ Bununla birlikte benzer bir düzenleme 1475 sayılı Kanun (RG: 1.9.1975, 13943) m.14’ün “Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez.” şeklindeki düzenlemesidir. Bu hükme göre kıdem tazminatında, tüm işçiler için tavan sınır belirlenmiştir. Bu konuda ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s.744-745.

⁷⁸ BAYCIK/CAM, s.401-402. Bu görüşü destekler nitelikte, Yüksek Mahkeme’nin ret kararından sonra 703 sayılı KHK m.178 ile 375 sayılı KHK ek m.28’in eklendiği görülmektedir. Bu hükme göre 657 sayılı Kanun kapsamında istihdam edilmeyen ve kamu kurum ve kuruluşlarından teşkilatlanmalarına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülenlere ait hizmetler, iş mevzuatı hükümlerine göre istihdam edilecek personel eliyle yürütülecek ve yine bu hükmün ikinci fıkrasının yollamasına göre bu personel de ek m.11 hükmündeki emsal personele uygulanan tavan ücret sınırına tabi olacaktır. Gerçi Yüksek Mahkeme bu hükmü -4.6.2025 tarihinde yürürlüğe girmek üzere- iptal etmiştir; ancak iptal sebebi, düzenlemenin verilen KHK çıkarma yetkisi kapsamında olmamasından kaynaklanmaktadır (AYM 7.12.2023, E:2018/117, K:2023/212). Bu itibarla merkezi idare örgütlenmesi içinde kamuda çalışan kamu işçileri yönünden tavan ücret sınırlamasının -genel olarak- geçerli olduğu söylenebilir. Ancak mahalli idarelerde -özellikle belediyelerde ve iştiraklerinde- çalışan kamu işçileri için bu yönde bir tavan ücret sınırlamasına rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte örneğin belediye işçilerinin toplu sözleşme haklarına ilişkin benzer kısmi sınırlamalardan -örneğin 6772 s. K. ek m.1, 5216 s. K. (RG: 23.7.2004, 25531) ek m.2/3- bahsedilebilir. İlave tediyede üst sınıra ilişkin olarak ALP, s.151.

hükmedilmektedir. Yine özellikle Anayasa Mahkemesi'nin ret kararından sonra Sayıştay'ın bu yöndeki uygulamasının tartışılacak bir tarafı kalmamıştır. Çünkü 5018 sayılı Kanun m.71/1'in, kamu zararının belirlenmesi yönünden ortaya koyduğu kıstaslardan biri mevzuata aykırılıktır. Sayıştayın, denetiminde, bu kıstastan hareket edeceği açık olduğundan ve yine harcama yetkilisi yönünden m.32/2'ye göre harcama talimatlarının kanun ve diğer mevzuata uygun olması gerekliliği ortaya çıktığından, 375 sayılı KHK ek m.11/1-c'nin varlığına rağmen toplu sözleşme hükümlerinin dikkate alınarak işçilere tavan ücreti aşan miktarların ödenmesinin kamu zararını doğuracağını kabul etmek gerekir. Bununla birlikte yukarıda bahsedildiği üzere Anayasa Mahkemesi, 375 sayılı KHK ek m.28'i iptal ettiğinden dolayı ek m.11/1-c'nin kapsamında kalmayan -genel müdür, genel sekreter, genel müdür yardımcısı, genel sekreter yardımcısı ile uzman unvanlı personel haricindeki- diğer personel yönünden, iptal kararı yürürlüğe girdikten sonrası için norm koyucu tarafından bir düzenleme yapılmazsa işçi niteliğindeki diğer personelin durumunun yeni oluşan duruma göre yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü bu durumda diğer personelin ücretine ilişkin tavan ücret sınırlaması ortadan kalkmaktadır.

Aslında MYK'da çalışan kamu işçisinin toplu sözleşme ve pazarlık yapma hakkına ilişkin hak arayışları, iş mahkemelerinde açabilecekleri davalarla ve Yargıtay uygulamalarıyla belirginleşmesi beklenebilirdi. Ancak Yargıtay'ın da güncel kararlarında, Anayasa Mahkemesi ve Sayıştay'ın yaklaşımına koşut bir yaklaşım sergilediği söylenebileceğinden artık tavan ücrete ilişkin iç hukuk yollarının ortaya koyabileceği bir çözüm kalmamış gibidir. Gerçi Yargıtay aksi bir yaklaşım sergileseydi, diğer bir deyişle Yargıtay, toplu sözleşmeyle sağlanan ve tavan ücreti aşan işçi alacaklarının talep edilebilir olduğuna ilişkin bir içtihat geliştirseydi, bu defa da Sayıştayın kamu zararı kararlarından dolayı idarenin -kamu zararı oluşacağı gerekçesiyle- bu ödemeleri yapamaması dolayısıyla çelişkili bir durumun ortaya çıkabileceği söylenebilirdi. Yine de işçinin toplu pazarlık hakkına ilişkin kapsamın belirlenmesinde, Yargıtayın ve Anayasa Mahkemesi'nin daha belirleyici ve uluslararası anlaşmalara daha uygun ve işçinin bu yöndeki kazanımlarını koruyucu bir yaklaşımda bulunması beklenebilirdi.

IV. SONUÇ

Mesleki Yeterlilik Kurumu'nda görev yapan personel, iş hukukuna tabi şekilde çalışmaktadır. Ancak mevzuatında, bu personele -toplu iş hukukunun sağladığı özerk alandan itilerek- toplu pazarlık yapma hakkını sınırlandıracak şekilde tavan ücret sınırlaması getirilmiştir. Personel ile idare arasında yapılan -çoğunlukla Yüksek Hakem Kurulu kararlarıyla bağtlandığı anlaşılan- toplu sözleşmelerde, işçi alacağı kapsamında kalmakla birlikte tavan ücreti aşan ödemeler -375 sayılı KHK ek m.11/1-c nedeniyle ve 2017 yılında bu hükmün somut norm denetiminde Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ret kararı sonrasında- yargı organları tarafından daha belirgin bir şekilde hukuka aykırı kabul edilmektedir. Sayıştayın güncel kararlarında, tavan sınırı aşan ödemelerin kamu zararı teşkil ettiğine ve ödemeyi yapan sorumlular hakkında zararın tazmin edilmesine yönelik kararlar verilirken Yargıtay da yine benzer sebeplerle -özellikle ilave tediye ödemelerine ilişkin olarak- işçilere yapılan ödemeler yönünden tavan ücret sınırının dikkate alınması gerekliliğine işaret etmektedir.

Hâlihazırda kamu işçisinin ücrete ilişkin toplu pazarlık hakkının sınırlandırılmasının meşruluğu, Anayasa Mahkemesi'nin ret kararı sonucunda ortaya çıkmaktadır. Ne yazık ki Yüksek Mahkeme'nin bu konuda verdiği kararın hem hukuk devleti hem de sosyal devlet ilkesine karşı sorunlar taşıdığı düşünülmektedir.

Hukuk devleti yönünden, kamu işçisinin toplu pazarlık ile ücretini belirleme hakkı, AY m.53'te bir sınırlama sebebi öngörülmesine rağmen AY m.13 ve 51/2'ye dayanılarak sınırlandırılabilirliği şeklinde bir sonuca ulaşılmıştır. Sınırlamanın meşruluğunun AY m.51/2'de yer alan sebeplerden açıkça hangisine dayandırıldığı da Yüksek Mahkeme'nin gerekçesinde anlaşılamamakta, konu, kamu yararı ile bütçe disiplini ilişkisi kurularak gerekçelendirilmektedir. Toplu sözleşme hakkına ilişkin Anayasa'da açık bir sınırlama sebebi olmamasına rağmen kıyas yoluyla sendika hakkında tanımlanan soyut sınırlama sebeplerine dayanarak işçi için önemli bir kazanım olan toplu sözleşme özerkliği kullanılamaz hale getirilerek toplu pazarlık ile ücreti belirleme hakkının sınırlandırılmasının meşru kabul edilmesi ise isabetli değildir.

Sosyal devlet yönünden konuya yaklaşıldığında, toplu iş hukuku kazanımlarının ve toplu sözleşme özerkliğinin yok sayılması, işçi haklarının soyut ve belirsiz bir kamu yararı ve bütçe disiplini gerekçesiyle sınırlandırılması kabul edilemez. Anayasa'da işçilere sağlanan güvenceler sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler kapsamında düzenlenmektedir. Sosyal devletin temel görevlerinden biri de işveren -çoğunlukla sermaye- karşısında işçinin -emeğin- haklarını güvence altına almak ve korumaktır. Bu bağlamda, işçinin özel kesim veya kamu kesiminde çalışmasının özellik gösteren bir farklılığı bulunmamaktadır. Devlet, kamuda işçi niteliğinde personel istihdam edecekse -kendi koyduğu- iş hukukunun gereklerine ve işçiye sağlanan hukuki kazanımlara öncelikle kendisi saygı duymalıdır. Kamu istihdamında, işçi ücretlerinin maliyetinin, bütçe yönünden yük oluşturabileceği öngörüsünde bulunuluyorsa da bu sorunu, toplu sözleşme özerkliğini ortadan kaldırarak ve işçinin toplu pazarlık hakkını sınırlayarak değil, kamu istihdam rejimine tabi farklı bir istihdam modeli seçerek veya kamu istihdam rejimi kurgusundaki yapısal sorunları çözerek aşması gerektiği düşünülmektedir. Ayrıca Mesleki Yeterlilik Kurumu bir kamu tüzel kişiliği olmakla birlikte özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış, idari ve mali yönden özerkliğe sahip ve özel bütçeli bir idare olarak kurulmuştur. Kurumun mevzuatında, kendi faaliyetlerinden elde ettiği gelirleri yine giderlerine hasredilmiştir. Kurumun genel bütçeden finansman desteği alması durumu ise istisnaidir. Dolayısıyla Kurum, bütçe üzerine yük getirebilecek bir yapıda kurgulanmamıştır. Görülebildiği kadarıyla da faaliyete başladığı tarihten beri dört bütçe yılı haricinde açık vermemiştir.

Nihayetinde Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile Sayıştay ve Yargıtayın uygulamalarına rağmen kamu işçisinin özellikle sosyal devletin gerekleri kapsamında sağlanan toplu sözleşme hakkının bütçe disiplini sağlama gibi bir gerekçeyle sınırlandırılmasının isabetli bir düzenleme ve uygulama olmadığı kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin: “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 9(1-3), 1988, s.11-22.
- AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ALP, Mustafa: “Belediye Şirketleri İşçilerinin 6772 sayılı Kanun’a Göre İlave Tediye Hakkı”, SİCİL İş Hukuku Dergisi, (44), 2020, s.146-163.
- BAYCIK, Gaye/CAM, Erdem: “Anayasa Mahkemesi Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğini Sınırlandırabilir mi?” İstanbul Hukuk Mecmuası, 80(2), 2022, s.383-406.
- BULUT, Nihat: “Sosyal Devletin Düşünsel Temelleri ve Çağdaş Sosyal Devlet Anlayışı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Turhan Tüfan Yüce’ye Armağan), 2001, s.321-335.
- CENTEL, Tankut: “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliğinin Hukuki Sınırları” SİCİL (17), 2010, s.211-220.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat/ÖZKARACA, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 36. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2023.
- ÇINAR, Sinan: “Belediye İşçilerinin Hukuki Statüsüne Dair Sorunlar ve İstihdama Yansımaları”, Memleket Siyaset Yönetim, 17(38), 2022, s.365-400.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 24. Bası, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2022.
- GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri” in Ergül, Ozan (ed.), Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2013, s.15-120.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt 2, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- GÜNEYİ, Ali: “Türk Kamu Personel Sisteminin Liyakatle İlgili Problem Sahaları Üzerine Değerlendirme (2): Kamuda İstihdam Şekilleri ve Liyakat”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 25(3), 2023, s.1191-1226.
- GÜZEL, Ali: “Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Sistemine Eleştirel Bir Yaklaşım” İstanbul Hukuk Mecmuası 74(Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan), 2016, s.891-949.
- KARABAĞ TÜREGÜN, Elif Tuba: “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği” Fasikül Hukuk Dergisi 12(122), 2020, s.6-15.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/TÜFEK, Ömer Faruk: Toplu İş Hukukundan Doğan Davalar ve Çözüm Yolları, 3. Bası, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul 2023.
- MUTLUER, Kâmil/ÖNER, Erdoğan/KESİK, Ahmet: Bütçe Hukuku, 3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz: “Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği” Terazi Hukuk Dergisi 13(146), 2018, s.24-39.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- ÖZKAL SAYAN, İpek: “Türkiye’de Kamu Personel Sisteminde Sorun Alanları ve Çözüm Önerileri”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 71(3), 2016, s.669-691.
- ÖZVERİ, Murat: Ekonomik Kriz Koşullarında Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği, Türk Harb-İş Sendikası Yayını, Ankara 1999.
- SUR, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2022.
- ŞAHLANAN, Fevzi: Toplu İş Hukuku, Onikilevha, İstanbul 2020.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta, İstanbul 2016.
- TEZİÇ, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2007.
- TUNCAY, Can/SAVAŞ KUTSAL, Burcu: Toplu İş Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul 2017.
- YONGALIK, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirmesi”, AÜHFD, 60(1), 2011, s.1-15.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Yunus Anıl AY bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Yunus Anıl AY, who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.1610457>**Çocukluğumun Geçtiği Yer**

Ben İhsan Erdoğan. İçel'in (Mersin) Erdemli ilçesinin Aslanlı köyünde doğdum. İçel dedim, çünkü Türk Tarihi açısından önemli bir anlam taşıyan İçel adı aynı zamanda bir bölgenin adı ve Mersin bu bölgede bir kent merkezinin adı. Hayatımda vatanım olarak bildiğim yer Köyüm Aslanlı, çünkü çocukluğum orada geçti. Bir insanın vatanı çocukluğunun geçtiği yerdir derler. Köyüm rüyalarım girer, üzerinde uçtuğum, bir sinema filminin uzaktan yavaşça yaklaşan görüntüsünü seyredir gibi rüyalarım. Son zamanlarda sosyal hayatımıza giren bir özel gün kutlaması, doğum günü kutlaması, genç nesil için ne kadar önemli. Benim hiç doğum günüm kutlanmadı, çünkü doğum günüm belli değil. Nüfus kaydında 1 Nisan 1954 yazıyor. Benim araştırmalarıma göre bunun 1952 olma ihtimali çok yüksek. Çünkü eski zamanlarda bizzat kendi ailemden, akrabalarımın yaşlılarıyla ilgili soruşturduğumda, 1952'ye sabitleniyor. Rahmetli anam da 1 Mart Salı günü doğdu demişti. 1952 yılının 1 Mart'ının Salı gününe denk gelip gelmediğini araştırmadım, kayıtlı olmayan bilgi de bu.



Köyümüzün arazisi tarım için elverişsiz; buğday tarımına dayalı, ticaretle hiç ilgisi olmayan, yıllık ekmeğe bağlı beslenmeyi ve geçimi sağlayacak bir üretim. Bir yıllık tüketimi karşılayacak buğday üretimi En fazla üretim de zaten bir yıllık tüketimi karşılayacak üretim. Ayrıca küçükbaş hayvancılık da geçim için gerekliydi. Bir de adeta hüdainabit cinsinden meyve ağaçları vardı. Mesela hala damağımın tadı olan nar, incir ağaçları, üzüm asması vardı. Sonradan adının keçi boynuzu olduğunu öğrendiğim harnup, ağacı yağ ihtiyacını karşılayabilecek üç beş zeytin ağaçları vardı. Ancak tüm bu ağaçlar bahçe düzeninde olmayan daha çok ekin için kullanılan tarlaların kenarlarında yetişen ağaçlardı. Bu gün anlayamayacağımız, eski hukukta varmış, bir ağaç mülkiyeti anlayışı vardı. Mesela bizim arazimizde amcamın mülkiyetinde olan incir ağacı, onun arazisinde de bizim nar vardı. Hep "vardı" diyerek geçmiş zaman kipini kullanıyorum, çünkü artık bu günlerde ne köyüm var, ne ağaçlar, var olan tükenen gri hatıralar... Modern sosyal düzen binlerce yıl tekrarlanan sefalet hayatını sona erdirdi, yerine her yıl değişen sefil bir hayat getirdi.

Köyümüzün kuruluşuyla ilgili olarak duyduklarımın yaptığı tahminlere göre atalarım muhtemelen 1600 lü yıllarda Karaman bölgesinden, bir kısmı Alanya bölgesinden gelip yerleşmişler. Daha ötesini bilmiyoruz, kaydı kuydu da yok. Çevreye baktığımızda, ilk çağlardan kalan, yerleşim yeri olduğuna dair kalıntılar var. Bunlardan birini ben kendim yeğenim vasıtasıyla tespit ettim. MÖ 6000 yıllarına tahmin edilen mağara resimlerine rastladım. Bu bahsettiğim yeri de Kültür Bakanlığına bildirerek 1. Derece sit alanı olarak tesciline vesile oldum. Tescil oldu da ne oldu, sadece Resmi Gazete'de ilan edildi, varlığı artık hazine arayıcılarının insafına kaldı. Eski kalıntılar vardı. Eski ama ne kadar eski, hakkında hiçbir bilgi olmayacak kadar eski, etrafta hayat diye adlandırılan üzeri çalılarla kaplanmış kısmen orman olmuş, ören yerleri, sadece blok taşlardan oluşan kapıların kaldığı, prizmatik kapakları olan yine sin olarak adlanan kayalara oyulmuş mezar kalıntıları, yaşayanların su ihtiyacını karşılayan sarnıçlar ve yorumlanmamış kalıntılardan ibaret yok olan bir medeniyet... Öyle ki üzerinde yaşayan bu günün insanların ulaşamadığı bir medeniyet yakın zamana kadar yağmur suyu biriktirerek kullandığımız sarnıçları iyi ki yapmışlar.

İlkokul ve Lise Yıllarım

İlkokulu beş sınıfın aynı anda bir derslikte öğretim gördüğü bir öğretmeni olan bir köy okulunda okudum. Okulumuz 1962 yılında okullar açıldıktan sonra Kasım ayı ortalarında açıldı. Bizler erkek öğrenciler olarak ilkokul bulunan civar köylerde okuyan okul açıldı. Okul binası köylünün vakit namazları için kullanıldığı, aralıklı olsa da cemaat oluşursa cuma namazlarını kıldığını, muntazaman da bayram namazlarının kıldığını, 1944 yılında kiremit çatılı olarak yapılan cami binası okul olarak kullanıldı. Camide okulun açılması tartışmalı başladı. Özellikle kızlarını okula göndermek istemeyen köylülerimden bazıları çekimser, bazıları da sert muhalefet ederken ferasetli bir ilköğretim müfettişinin ikna edici çabaları sonucu Camide okul açıldı. En kalabalık sınıf 20 kişiyle birinci sınıftı. Çünkü ilkokul çağına gelmiş fakat henüz okula başlayamamış erkek çocuklar ile ilkokul çağına çoktan gelmiş kız çocuklarının kaydı ile sınıf mevcudu diğer sınıflara göre çok idi. Diğer dört sınıfta hiç kız öğrenci yoktu. Okul aynı zamanda cami olarak da

kullanıldı, Cuma günleri ve bayram günleri köylü namazını da kılmaktaydı. Cuma günü sıralar mihrabın önünden biraz kaydırılır resimlerin üzeri de örtülerle kapatılarak öğle aralığında namaz kılınırdı.

Okulun açılmasında şunları da anlatmak istiyorum. Öğrencilerin oturacağı sıra yok, öğretmen oturacağı masa sandalye yok, karatahta yok. Bütün bunlar yaklaşık bir ay içinde caminin – okulun bahçesinde hemen bir tezgah kurularak yine köyümüzden marangozluk işinden anlayan alet, edevat ve hünar sahibi rahmetli İbrahim usta tarafında köylülerin temin ettiği kırık dökük tahtalarla yapıldı. Öğretmen birinci sınıf sıralarının önünde ders anlatır, ödev verir sonra ikinci sınıfların önüne geçer dersini anlatır, sonra üç, sonra dört, beş bu böyle gün içinde tekrarlanırdı. Karatahtanın nasıl yapıldığını da anlatayım. Tahta biçimlendikten sonra baca kurumu ve yumurta akının karışımı ile tahta boyanarak karatahta oluşturuldu. Bütün bunları da öğretmen yaptı.

Caminin okul haline gelmesinde küçücük ellerimizle çelimsiz vücut yapılarımızla biz de çalıştık, kazma kürek salladık. Hatta bahçenin etrafını çit ile çevirdik. Bu çit işi yapılırken arkadaşımız Mehmet Erdem bir çınar dalını kesip getirmiş ve çit direği olarak dikmişti. O çınar çit direği köklendi şimdi hala kocaman bir çınar ağacı olarak gölgesinde oturacak insanları bekliyor, şimdilik dalına konan kuşlarla yetiniyor.

Okulun ilk kurucu öğretmeni benim de üçüncü ve dördüncü sınıf öğretmenim Şahin TOPALOĞLU, bu yazının yayınlandığı dergiyi çıkaran Malatya İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kurulu bulunduğu, Malatya vilayetinin Yeşilyurt kazasından idi. Beşinci sınıfı ise Eskişehir Çifteler'den Ziyaeddin ŞEKER öğretmenim okuttu; 1965 yılında mezun oldum.

Ortaokulu Erdemli Ortaokulunda okudum. Erdemli'de lise yoktu. O zaman Mersin'de bir lise, ticaret lisesi ve parasız yatılı İlköğretmen Okulu vardı. Benim öğrenime devam edebilmemin tek imkânı parasız yatılı okula kaydolmamla mümkündü. Ortaokul son sınıfta parasız yatılı okul sınavlarına girmiştim. Bunlardan ilk olarak SSYB.'na bağlı Ankara'da Yenişehir Sağlık Koleji sınavını kazandım. Bu okul dört yıllık bir meslek lisesi idi, adı da kolej olmakla birlikte bildiğiniz kolejlerden değildi. Ancak diğer liselere göre yabancı dil dersi biraz fazla idi ve yabancı dil bilgisi olarak ortalamanın üzerinde idi. Okulda üç bölüm vardı, ben Çevre Sağlığı bölümüne kaydolmuştum. Bu bölüm mezunları il sağlık müdürlüklerinde Çevre Sağlığı Teknisyeni olarak görev yapıyordu.

Ankara'ya 1968 yılının Ağustos ayında ilk defa geldim. Gün olarak tam hatırlayamıyorum ama Ulus'ta, gazetelerin ikinci baskısı satılıyordu; üçüncü dünya savaşı çıktı, Sovyet tankları Prag'da diye gazete satan çocuklar bağırıyordu. Ankara'ya ikinci gelişim Eylül ayı ortaları idi, Yenişehir Sağlık Koleji sınavını kazanan Mersin'den üç kişi olarak okula kaydımızı yaptırarak. Dört yıl Ankara'da yatılı okulda okudum, bunun son bir yılında bölümümüz ayrılarak Keçiören Çevre Sağlığı Koleji adıyla açılan okulda okudum ve 1972 yılının Temmuz ayında mezun oldum. Mezuniyet sonrası daha Ankara'dan ayrılmadan mecburi hizmet ataması için çekilen kura sonucu tayinim Diyarbakır'a çıktı. Diyarbakır'da göreve başlamadan, Diyarbakır'da çalışmayı çok isteyen bir arkadaşım ile becayiş yaptırarak, 5 Eylül 1972 de Ankara'da SSYB. ye bağlı Hıfzıssıhha Okulunda Çevre Sağlığı Teknisyeni olarak Devlet memurluğu görevine başladım.

Hukuk Fakültesine Giriş

Benim üniversiteye girdiğim yıllarda merkezi olarak bir sınav yapılıyordu. Sınav soruları fen, sosyal ve yabancı dil alanlarındandı. Üniversitelere meslek lisesi mezunları giremiyor, bunun için lise bitirme fark dersleri sınavlarına girip başarılı olarak lise mezunu olması gerekiyordu. Ben çalışmaya başladıktan hemen sonra hem lise bitirme fark dersleri için hem de üniversite giriş sınavı için çalışmaya başladım. Fark derslerine Gülveren Lisesinde girdim. Üniversite giriş sınavına ilk girişimde kendimce başarılı bir sınav olmuştu. Sınavdan çıktıktan sonra gazeteler manşetten bir skandal haberi veriyordu. Sınav soruları çalınmıştı ve sınavlar iptal edildi, bir ay sonra yeniden sınav yapıldı, bu sebepten o yıl iki defa sınava girmiş oldum.

Fakülteler ön kayıt ile öğrenci alırlardı. Belirli puan aralıklarına sahip öğrencileri ön kayıt yaptırmaya davet ederler, ardından bunları kesin kayıt için çağırırlardı. Eğer kontenjan dolmaz ise puanları düşürerek yeniden ön kayıt ve kesin kayıt için ilan çıkarırlardı. Ön kayıt ve kesin kayıt ilanları her gece saat 23.00 haberlerinden sonra Ankara radyosundan duyurulurdu. Benim aldığım puanlar toplam puanla sosyal puanla ve yabancı dil puanıyla öğrenci alan bütün fakültelere kayıt için yeterliydi. Hemen Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ön kayıt yaptırdım. Fakat bütün sevinçli sonuçlara rağmen bir musibet de peşimi bırakmıyordu. Lise fark dersleri için girdiğim altı dersin beşinden başarılı, birinden, en çok sevdiğim, zevkle çalıştığım felsefe dersinden bütünlemeye kalmıştım. Buna rağmen kendimi başarısız görmüyordum nasıl olsa bütünlemde geçme umudum vardı. Başarılı bir bütünleme sınavı vermeme rağmen yine aynı sonuç... Bütün enerjimle mezuniyet için tek ders sınavına girdim, yine üç puan. Bu dersin sınavına hazırlanırken, o sıralar çalıştığım kurum da sosyal hizmet uzmanı Ünal Ergin ağabeyden destek gördüm, birlikte çalıştık. Tek ders sınav sonuçları da belli olduktan sonra Ünal ağabey “bu işte bir terslik var, dava açalım” dedi. Birlikte tanıdığı bir stajyer avukata gittik, o bana bir dilekçe yazıverdi. Tarifi üzere koşa koşa Danıştay'a gittim. Danıştay kısa sürede yürütmeyi durdurma kararı verdi. Kararı aldım sırayla Milli Eğitim Bakanlığı, Milli Eğitim Müdürlüğü ve Gülveren Lisesi Müdürlüğüne götürdüm. Hemen ardından Hukuk Fakültesi'ne gittim: “kayıt yapamayız, mezuniyet belgesi lazım, kısa sürede iptal kararı ile mezuniyet belgesi getirirsen belki” dendi. Çok geçmeden iptal kararı verildi, tekrara aynı yollardan geçerek lise müdürüne koştum: Müdür, mezuniyet belgesi veremem, 90 gün bekleme hakkım var dedi. Ben de, “siz 90 gün beklerseniz ben bu yıl fakülteye kaydolamam, gelecek yıl ne olur bilemem, kaybım çok büyük olur, siz ne kazanırsınız” dedim.

Müdür beni odasından “çık dışarıda bekle” diyerek kovdu, yarım saat sonra mezuniyet belgesini sekreteri aracılığıyla verdi. Böylece Hukuk Fakültesine 1973 yılını son haftasında kaydoldum.

Neden Hukuk Fakültesi

Neden hukuk fakültesini tercih ettim, tercihimin birinci nedeni fakirliğimdi. Çalışarak gelir sahibi olmam gerekiyordu, üstelik parasız yatılı okuduğum için Devlete beş yıl mecburi hizmet borcum vardı. Hukuk fakültesinde derslere devam mecburiyeti olmadığı için tercih ettim. Aileme yardım etmeliydim, kardeşimi okutmak üzere yanına aldım. Bu faslı anlatmam çok uzun sürer. Üstelik fakülte üçüncü sınıfta iken hayatımın en doğru, en güzel kararım ile evlendim. Omuzlarımda bir sorumluluk daha, ama hayatım düzene girdi. Hayallerim daha renkli olmaya başladı, çocuklarım olacaktı, fakülteyi bitirip hakim olacaktım...

Fakülte Anılarım

Hukuk Fakültesi hocaları Ağrı Dağı gibiydi, dert anlatmak soru sormak, kapısının önünden geçmek ne mümkündü. Hocalarla en iyi iletişim kitaplarını okumaktı. Şimdi Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde birlikte çalıştığımız Prof. Dr. Fikret Eren miras hukuku dersinde hocam oldu, ben Fikret Eren hocamı, miras hukuku dersinden önce Kurt Karaca kimliği ile tanımıştım. Medeni Hukuk – Aile Hukuk dersinde rahmetli Prof. Dr. Turgut Akıntürk olmuştu. Ondan “Yüce Yargıtayımız” sözünü işittiğimde, içim içime sığmıyor bir başka türlü heyecanlanıyordum. Anayasa hukuku dersine Prof. Dr. Bülent Nuri Esen, hukuk tarihi ve siyasi tarih derslerine Prof. Dr. Coşkun Uçok, eşya hukuku dersine Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy ve Prof. Dr. Erol Cansel, devletler umumi hukuku dersine Prof. Dr. Ömer İlhan Akipek, idare hukuku ve idari yargı hukuku dersine Doç. Dr. Mukbil Özyörük, benim idare hukuku hocam. Genel kamu hukuku dersine Prof. Dr. Münici Kapani, devletler özel hukuku dersine Prof. Dr. Erdoğan Göger, ceza hukuku hocamız Doç. Dr. Eralp Özgen ve Doç. Dr. Nevzat Toroslu, medeni usul ile İcra İflas hukuku derslerine Prof. Dr. Baki Kuru, ticaret hukuku kıymetli evrak hukuku deniz ticaret hukuku, sigorta hukuku derslerine Prof. Dr. Yaşar Karayalçın, Prof. Dr. Ali Bozer, Doç. Dr. Fırat Öztan girmişlerdi. O zaman medeni hukuk asistanları olan sonradan dostluklarını kazandığım şimdi birlikte çalıştığımız Prof. Dr. Mehmet Ünal ve rahmetli Prof. Dr. Fahrettin Aral ile de sonraları unutulmaz hatıralarım olmuştu.

Öğrenciliğimin ilk yılı 1973-1974 yılı sakin geçti, ama 1974-1975 yılı bütünüyle boykot ile geçti, Nisan ayının sonları idi bütün dersler için sınavda sorumluluk kapsamı kitaplar sayfa numaraları ile birlikte camlarda ilan edildi. Ben zaten ders kitaplarını satır satır dipnotlarına kadar okumaktaydım. Allahtan boykotçular sınavlara girmemizi engellemediler. Sonraki yıllar da benim uzak durduğum boykot, kavga, dövüş, hay huy ile geçti.

Fakülteden 1978 yılında beşinci sene tek ders tekrarı ile Haziran ayında mezun oldum. Geçici Mezuniyet belgemi almak için fakülte öğrenci işlerine gittiğimde hazırlanan belgeyi veren memur bana “geçmiş olsun” dedi, ben bu dileği, “sağ salim kurtuldun, mezun oldun” anlamında anlamıştım. Anlayın o zaman yaşanan can korkusunu. Dehşetli günler ortamında sevinç böyle bir şeydi.

Asistanlığa Geçiş ve Asistanlık Yıllarımın Başı

Benim hukuk mesleğiyle ilgili olarak tek umudum hâkimlik o sıralar. Hâkimlik çok değerli bir meslek. Hep öğrencilerime de tavsiye ediyorum. Umudum ve arzum hâkim olmaktı. Fakat malum, liseyi 4 senede bitirdik arkasından 1 sene fark dersleri, fakülteyi de 1 dönem uzattım. Hayat gecikmeli geliyor. Mezun olur olmaz da şöyle bir arzum var. Hemen avukatlık stajına başlayayım. Hâkimlik sınavını nasıl olsa kazanırım. O kadar da rahatım. Yazılı sözlü şeklindeydi sınav. Amacım avukatlık yapmak değil, zaten şartlar kaldırmaz. Avukatlık stajının adliye kısmı, hâkimlik stajına sayılıyordu o zaman. Bu hayal ile hevesleniyorum, fakat öbür taraftan çalışıyorum, işi bırakma imkânım yok, geçim yükü çok ağır. Sadece öğretmenler o yıllarda çalışırken avukatlık stajı yapabiliyordu. Ben de bir arayış içerisine girdim. Bir okula öğretmen olarak atanayım diye düşündüm. Sağlık Bakanlığına bağlı okullar vardı, ben de sağlık teşkilatında çalıştığım için biliyorum. Bir tanıdığım var idi, Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisinde asistandı o sıralar, çevresi de çok geniş idi. Sonra kendileri Türkiye’de çok değerli bir siyaset adamı oldular. Ona uğradım durumu anlatıp, bana yardımcı olabilir misin diye. Bana asistanlığı düşünmez misin dedi. Ben de bilmiş bilmiş asistanları hocalar alıyor, ben kimseyi tanımam bilmem dedim. Yabancı bilgi seviyemi sordu. İngilizce biliyorum, sözlük yardımıyla okuyabilecek kadar dedim. İlk memurluğa başladığım sene İngiliz Kültür Merkezinde akşamları İngilizce kurslarına devam etmişim. Sınava girsen nasıl olur dedi, nasıl olsa kazandırmazlar dedim, ne kaybedersin dedi, hiçbir şey dedim. Okulda sınav açıldı, müracaat et istersen dedi. Müracaatımı yaptım. Orada da şansım yaver gitti. Sınav için 6 kişi müracaat etmişti. Daha sınav başlar başlamaz 5 aday yazılı yabancı dil sınavını terk etti. İngilizce yazılmış bir kitaptan bir fotokopi sayfası vermişlerdi, Türkçeye çevrilmesi isteniyordu. Ben sonuna kadar azmettim, uğraştım; yeterli buldular. Sonra yazılı bilim sınavına çağırıldılar. Ona da girdim, o sınavda da başarılı bulundum, mülakata çağırıldılar. Sınav Jürisi Prof. Dr. Naci Kınacı oğlu, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu, Prof. Dr. Turgut Önen den oluşmuştu. Şimdi hepsi hatıralarda yaşıyor, Allah rahmet eylesin. Turgut Hoca neden bu mesleği tercih ediyorsun dedi. Ben ortaokuldan sonra yatılı ilk öğretmen okulunda okuyarak öğretmen olmak istediğimi, ama kader ki o yıl sınav sonuçları elektronik beyin arızası sebebiyle çok geç belli olduğunu bu sebeple arzum olan öğretmen olmanın da gerçekleşmediğini anlattım. Akademisyenlik de özünde öğretmenliği barındırır, oradan hareketle bu mesleği arzu ederim dedim. Sonuçta beni hocalarım asistanlığa kabul ettiler. Ben de çalıştığım kurumdan istifa ederek akademisyenliğe ilk adımı atmış oldum. Şöyle bir durum oldu orada, fedakârlığım oldu, memurken aldığım maaştan yarı yarıya daha az bir maaşla asistanlığa başladım.

Akademi Hayatıma Bir Bakış

Asistanlığa başlamakla birlikte ilk aldığım görev sınav gözcülüğü idi. Bu arada doktora öğrenciliğim de başladı. O zaman yüksek lisans - doktora ayrımı yoktu. Sadece Ege Üniversitesi ve AÜHF’de bir Master programı var ama bugünkü gibi değildi. İktisadi Ticari İlimler Akademisi, Yönetim Bilimleri Fakültesi Hukuk Bilimleri Alanında doktora programına kaydoldum. Doktora programında hocalarımız konu verirdi, bunlarla ilgili olarak seminer çalışmaları yapardık. Bu seminer çalışmaları çok değerliydi, o zaman yaptığım seminer çalışmalarımı sonra yayın haline dönüştürdüm. Şu anda da zaman zaman rastlıyorum, o dönem yayınlanan çalışmalarımı ilgileniyorlar, okuyorlar.

2547 sayılı Kanun çıkmış, ardından 41 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile üniversiteler yeniden kurulmuş, üniversite adını taşımayan akademiler yeni kurulan üniversitelerde fakültelere dönüştürülmüş, lisansüstü eğitim yapılmak üzere Enstitüler kurulmuştu. Aynı kanun hükmünde kararname ile asistanlık unvanı araştırma görevliliğine dönüştürülmüş ve öğretim üyeliği yeniden Yardımcı Doçentlik, Doçentlik ve Profesörlük olarak yeniden düzenlenmişti. Benim görev yaptığım Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi de yeni kurulan Gazi Üniversitesinin İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi’ne dönüştürülmüş idi. Fakültenin bölümleri de A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesine göre oluşturulmuş, orada olamayan bazı bölümler de eklenmişti. Akademide başlayan doktora çalışmaları da G.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsüne devredildi. G.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü’nden 2547 hükümleri çerçevesinde yeterlilik sınavına girip ardından doktora tezi hazırladım. 1 Temmuz 1985’te savunmamı yaparak doktor unvanını aldım. Doktora tezimde incelediğim ardiye sözleşmesi ve umumi mağazacılık konuları Türkiye’de hiç ilgilenilmemiş bir konuydu. Daha sonra bu çalışmamı “Ardiye Sözleşmesi” adıyla kitap olarak yayınladım.

Doktora eğitiminden sonra öğretim üyeliği mesleği ve statüsü olan Yardımcı Doçent olmak için üç yıl Dr. Araştırma Görevlisi olarak çalışmış olmak gerekliydi. Ancak bir başka üniversitede üç yıl aranmaksızın bu göreve atanmak ve unvan almak mümkündü. Ayrıca Doçentliğe atanmak ve Profesörlüğe atanmak da bir başka üniversiteye gitmekle mümkündü. Hayattan üç yıl kazanmak uğruna başka bir üniversiteye gitmeyi kafaya koymuştum. Ankara’ya en yakın yeni kurulmuş Hukuk Fakültesi Selçuk Üniversitesinde idi. Onların da ihtiyacı vardı 1986 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Medeni Hukuk Anabilim Dalında Yardımcı Doçentlik kadrosu bulunmadığı için İş Hukuk ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalında kadro olduğu için o kadroya atandım ve üç yıl hem iş hukuku hem de medeni hukuk derslerini yürüttüm. Yardımcı doçent olarak başladığım Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesine 1991 Ekim ayında girdiğim doçentlik sınavında başarılı olmam sonucu Medeni Hukuk Doçenti olarak atandım. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yardımcı doçent ve doçent olarak öğretim üyeliği yaptığım. Bu güzide Hukuk Fakültesinde görev yaptığım 1986 – 1994 yılları arasında çok sayıda lisans öğrencisinin ve lisansüstü yüksek lisans, doktora programında ders yürüttüm, tez danışmanlığı yaptım ve değerli hukukçuların eğitimlerine, mezuniyetlerine katkıda bulundum. Selçuk Üniversitesinin kuruluş yıllarında orada bulundum ve emeğim olduğunu, katkım olduğunu düşünüyorum. Lisans öğrencilerim, şimdi zaman zaman rastlıyorum, Yüksek Mahkemede üye olmuşlar, üniversitelerde profesörler var. Oradan doktora öğrencim olan iki meslektaşından biri İstanbul’da biri Kayseri’de profesör.

Hayatımız hep bir zorluklarla geçiyor. Çocuklar Ankara’da, ben hafta içerisinde Konya’ya gidiş geliş yapıyorum. Bu esnada evimi ve ailemi hiç Konya’ya taşımadım. Git gel yaptım. Başka fakültelerden arkadaşlar da vardı gidiş geliş yapan. Yol arkadaşlığı yapıyorduk onlarla. Bana Konya’yı soranlara diyorum ki Konya’da iki yer biliyorum, bir terminal ikincisi Muhacir Pazarındaki Hukuk Fakültesi. İki gece bazen üç gece orada kalıyorum, misafirhaneler vs. Nasıl dayanıyorum bilmiyorum, şimdi haftada 3-4 saat dersim olduğu halde çok yorgun hissediyorum kendimi. Orada lisans, yüksek lisans ve doktora dersi olmak üzere, en az haftalık 20 saate yakın dersim oluyordu ve bütün derslerime bizzat kendim girerek yürütüyordum.

Gazi Üniversitesi’nin Durumu ve Selçuk Üniversitesi’ndeki Çalışmalarım

Başlangıçta Gazi Üniversitesinde Hukuk Fakültesi yoktu. 1982’de üniversite kurulduğunda yoktu, bu fakülte 1992’de çıkan bir kanunla kuruldu. Fakat o zamanki rektör Prof. Dr. Enver Hasanoğlu, bu fakülte kanunla kuruldu ama alt yapısını oluşturalım diye bekletti, 1994 yılında öğrenci aldı. Şimdi, Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisinin kuruluşu hakkında da bilgi vermek isterim. AİTİA 1956’da kurulmuştu ama nakilci olarak o kuruluşa katılanlardan dinlediklerim çerçevesinde hikâye şuydu: Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisi kuruldu, yeri yok, kanun çıkmış ama kurulamıyor. Bu nasıl olacak işte, AÜHF’ye bu konuda görev veriliyor. Hatta ilk öğrenciler de burada okutuluyor. Herkes kendi bildiği üzere eylemde bulunur değil mi? Benim asistan olarak ilk girdiğim dönemde Ankara İktisadi Ticari İlimler Akademisi’nde, Medeni Hukuk, Anayasa Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Ceza Hukuku, İdare Hukuku, İdari Yargılama, Ticaret Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku, Devletler Umumi Hukuku, İş Hukuku, Deniz hukuku dâhil hukuk fakültelerinde okutulan bütün hukuk dersleri vardı. Yani aynı Hukuk Fakültesindeki program. Fark olarak, Hukukta Fakültesinde haftada 4 saati olan bir ders Akademide aynı ad ile 2-3 saat veriliyordu. İstisnasız, hukuk derslerine, mutlaka Hukuk Fakültesi mezunu olan ve Hukuk Doktorası yapan kişiler öğretim üyesi olabiliyordu ve kuruluşunda da Adalet Bakanlığı tarafından yahut diğer üniversiteler tarafından yurt dışına gönderilmiş ve orada doktora eğitimi almış çok değerli öğretim üyeleri vardı. Mesela İdare Hukuku alanında ki esas olarak Devletler Umum Hukuku alanında Fransa’da doktora yapan rahmetli Prof. Dr. Hamza Eroğlu, yine Anayasa Hukuku alanında Fransa’da doktorasını yapmış Prof. Dr. Kemal Dal, İdare Hukuku alanında doktorasını yapmış Prof. Dr. Nuri Tortop, İş Hukuku alanında İsviçre’de doktora yapmış Prof. Dr. Adil İzveren, Fikri Haklar alanında Almanya’da doktorasını yapan Prof. Dr. Naci

Kınacıoğlu ve daha birçok öğretim üyeleri çalışmaya devam ediyorlardı. Böyle bir özelliği vardı AİTİA'nın. Sadece saat farklılıkları olmakla iyi hukuk bilgisi veren, mezunları da aynı şekilde aranan kişilerdi. Nitekim aynı gelenek İİBF'ye dönüştüğünde de devam etti. Burada geleceğim nokta, mevcut İİBF, akademiden intikal eden, İİBF'de bulunan hukukçu öğretim üyeleri, Hukuk Fakültesine aktarıldı. Onlardan oluşturuldu. Ben de onlardan birisiydim. 1994'te Selçuk Üniversitesindeyken geldim. Hukuk Fakültesinin kuruluşuyla birlikte orada Doçent ve Profesör Öğretim Üyesi olarak görevde bulundum.

Siyaset malum, köy muhtarlığı seçiminden başlar ve milletvekilliğine kadar devam eder. Herkes siyaset yapar burada. Her dönem başlangıcında seçilenlerden çok seçenlerin sözü geçer siyasette, sonrası ise bir ah ile vah. 1996 Rektörlük seçiminde, önce üniversitede öğretim üyeleri tarafından 6 öğretim üyesi rektör adayı olarak seçiliyor sonra YÖK bu 6 dan 3 ünü belirliyor ve sonra da bu 3 rektör adayından birini Cumhurbaşkanı seçiyor ve atıyordu. O sıralar biz de gençler olarak heveslendik, bizden birisi olsun diye Prof. Dr. Rıza Ayhan beyi rektör yapalım diye ortaya çıktık, Mevcut rektör de güçlü adam. Ama çok iyi bir sonuç aldık, fakat kaybettik. Kaybeden de ben oldum. Üniversitede yapılan rektör adaylığı seçiminde Prof. Dr. Rıza Ayhan 2. oldu. Ben nasıl kaybettim, mevcut rektöre cephe alan gariban bir doçent. 1991 de doçent olmuştum ben, beş yıl eklenildiği zaman, 1996- 1996 de profesör olabildim. Ama bunlarla meşgul olduğumuz için gecikmeli biraz da geciktirilmeli olarak 2000 yılında da Medeni Hukuk alanında Profesör oldum.

2020 yılında emekliye ayrıldım oradan. Aynı yıl içerisinde zaten buradaki tanıdığım öğretim üyeleri bana olan sevgilerini, muhabbetlerini hep ifade ederler, davet ediyorlardı, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne geldim ve burada yaklaşık bir yıl sonra dekanlık görevim başladı.

İdari Görevlerim

İdari görevlerimden bahsedeyim. Selçuk Üniversitesi döneminde bölüm başkanlığında bulundum. Bölüm Başkanı döneminde hem özel hukuk hem kamu hukuku alanında doktora programı açılmasına katkı oldu. Aynı zamanda 1990'dan sonra 1994'e kadar Selçuk Üniversitesi Özel Hukuk Bölüm Başkanlığını yürüttüm. 1989-1991 arasında, dekan yardımcılığı da yaptım. Sonra Gazi Üniversitesi'ne geldikten sonra, 2001 yılında SBE müdürlüğü yaptım.

2001-2002 Eylül'e kadar SBE müdürlüğü yürüttükten sonra, o zaman mevcut dekanımız şimdi rahmetli oldu Prof. Dr. Kamil Beyin görev süresi sona erince, 2002-2005 yıllarında Hukuk Fakültesi Dekanlığı yaptım. Sadece benim değil, benim isteklerim, arzularım, fikir geliştirdiğim arkadaşlarımla birlikte esas olarak Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2002'den sonra atılım yaptı. Araştırma Görevlisi kadrolarını zenginleştirdik. Fakültenin kuruluşu anında Emek'te AŞTİ Otogarı'nın karşısında çok eskiden bir özel yüksekokul olarak yapılan daha sonra akademiye devredilen bir bina fakülteye tahsis edilmişti. Tamir, tadilat ek bina işleri ile biraz kullanılabilir hale getirdik. Ama gönlümüzdeki hukuk fakültesi binasını gerçekleştiremedik.

Öğrencilerimizin durumu da şu, hukuk eğitimi almak isteyen öğrencilerin, özellikle Ankara merkezli bakıldığında, 1.tercih AÜHF 2. tercih GÜHF 3. tercih duruma göre İstanbul, İzmir, Selçuk gibi Fakülteler oluyordu. Başlangıçta 45 öğrenciyken sonra 90'a çıktı. Benim dönemimde 120 olmuş idi. Mezun olan öğrencilerimizde yalnız şöyle bir ümitsizlik var idi. Biz hâkimlik sınavında başarı elde edemiyoruz şeklinde. Bunun sebebi, öğrencilerimizin kanaatleri, benim de edindiğim tecrübeler dolayısı ile seçicilerin biraz subjektif bakışı idi. Şuna rastlıyordum özellikle yargı camiasında, ya bizim zamanımızda iki tane Hukuk fakültesi vardı, Hukuk Fakültesi sayısı arttı, hukukun kalitesi düştü. Ben de muhabbıma şunu söylüyorum. Ben de şunu söylüyorum hâkim olarak, avukat olarak, mevcut sayı hakkında bir şey söyleyin bana. Mesela 100 kişi. 1975'de İzmir'de kurulan fakülte var, sonra 1982'de Selçuk Üniversitesi, İstanbul'da Marmara Üniversitesi, Dicle Üniversitesi ve Nihayet 1994'te öğrenci alan Gazi Üniversitesi hukuk fakülteleri var. Bu yeni kurulan fakültelerin hâkim, avukat olan toplam mezun sayısı, mevcut hukukçuların sayısının yüzde onu geçer mi, geçmez, çünkü 45 öğrenci almışız, zaten toplam mezunumuz 2002, 2003, 2004'te yüzü geçmiyor, nasıl bu kaliteyi düşürdü bu insanlar, bana bunu söyleyebilir misiniz? Yani ortada subjektif bir kanaat oluşmuş. O zamanlar Adalet Bakanlığı bürokrasisine giderek, bakın bizim öğrencilerimiz hakkında olumsuz bir kanaatiniz var, bu öğrenciler böyle değil, bu öğrenciler yazılı sınavda başarılı oluyor, oranladığımız zaman başarı çok yüksek, mesela 100 kişi olarak düşünün, bizden 100 kişi sınava girmişse yazılı sınavda 20'si başarılı. Böyle düşününce bizim fakültemiz mezunlarının %20 olan başarı oranı diğer fakültelerde %5-6 seviyelerinde. Dolayısıyla bu hususu vurguladım ve daha sonraki süreçlerde bunun da etkili olduğunu düşünüyorum. Ondan sonra da zaten Gazi Üniversitesi'nden çok sayıda öğrencimiz hâkim savcı sınavlarında ve diğer kurum sınavlarında başarılı oldular.

Benim 2005 yılında dekanlık görevim sona erdi. 2008 yılında ben tekrar dekan oldum. O aradaki yıllarda başka bir arkadaşımız dekan oldu. Onun da önemli katkıları oldu. Ama özellikle fakültenin durumunu koruyarak katkı verdi. Yani bir atılım, bir gelişme olmamakla birlikte kan kaybı olmadı. O anlamda iyi oldu. Anlattığım dönemde hukuk fakültesi binası hala aynı yerde, AŞTİ'nin karşısında. Bina ile ilgili olarak temel hedefimiz bağımsız, ayrı, üniversite kampüsü içerisinde bir hukuk fakültesi binasına ihtiyacımız var. Bir de şu var. Bizim arkadaşlarımızın, hukukçu öğretim üyelerinin ders yükleri sadece hukuk fakültesinde değil, özellikle İktisadi İdari Bilimler Fakültesinde hemen hemen herkesin beş saatten aşağı olmamak üzere dersi var.

2001 yılının Mayıs başlarında Enstitü Müdürü oldum. Enstitü müdürü olunca ilk yaptığım iş doktora programının açılması için teşebbüse geçmekti. O arada temmuz gibi idi. Yükseköğretim Kurulu

evraklarımızı hazırladık. Doktora programı açılma teklifimizi hazırladık. Ama şöyle bir şey var. Bürokrasi de yazışma ile işler yürür de, esas yazışma ile değil, görüşme ile yani yazışma altyapısı, onun üst yapısı da neticeye ulaşması da görüşmelerdir. O görüşmeyi de yürüttüm tabi arkamda rektör desteği var. Hem kamu hukuku hem özel hukuk alanında doktora iznini aldık. Fakat ne oldu? Bizim Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ndeki öğrenci alımıyla ilgili süreç geçti. Orada haziran ayında müracaatlar oluyor. Temmuz ayında da bu takvimler, süreç geçti. Bizim de asistan arkadaşlarımız var. Doktora yapmaları gerekiyor. Yüksek lisanslarını bitirmişler. Mamafih başka yerlere de gidebilirler ama kendi müessesesinde yapması en iyisi. Hayat bir tecrübe olarak hem kurumsal tecrübe hem de kişisel tecrübelerle ihtiyaç olduğu için açmamız gerekiyor ve eğitime başlamamız gerekiyor. O zaman yine Prof. Dr. Rıza Ayhan Bey ile görüşmemiz sonucunda izin aldığımız iki doktora programını hemen başlatmaya karar verdik. Ders dönemi başlamadan ek ilanla özel hukuk ve kamu hukuku alanında doktora ilanı çıkartarak öğrenci alıp doktora eğitimine de başladık. 2001'in güz döneminde hem kamu hukuku alanında hem özel hukuk alanında doktora programını başlattık. Prof. Dr. Abdülkerim Yıldırım ilk öğrencimiz idi. Doktoraya da dâhil oldu. Sadece Abdülkerim değil Prof. Dr. A. Dilşat Keskin hanım da benim yüksek lisans tez öğrencim olarak akademiyada yerini aldı. Bu enstitünün tabi bütün alanlarla ilgili ama ben özellikle hukuk alanıyla ilgili olarak söyleyeceğim; Türkiye'deki Anadolu'nun batısını demek biraz fazla iddialı olur ama Orta Anadolu buna Bolu çevresi de dâhil olmak üzere Türkiye'deki bütün hukuk fakültelerine öğretim üyesi yetiştirme programında görevli Üniversite, enstitü ve tabii ki fakülte oldu. O anlamda öğretim üyesi yetiştirme anlamında da çok değerli. Yani düşünün, örneğin Malatya'da İnönü Üniversitesi öğretim üyelerinin önemli bir kısmı Gazi Üniversitesi (sonradan AHBV olsa da Gazi adını kullanacağım yine) Tokat'ta aynı şekilde Trabzon'da, Erzincan'da daha sonra kurulan yeni şu andaki hukuk fakültelerinin tamamında öğretim üyesi doktorasını yaptırarak görev üstlendi ve halen de devam ediyor. Bunlar hep Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin fabrika gibi çalıştığını gösteriyor. Ben 2020'de tabii ayrıldım, oradaki arkadaşlarımızın hepsi alanlarında başarılı. Gittikleri yerde hem hizmet veriyorlar hem de kendi kişisel gayretleriyle akademik kariyerlerinde zenginleşiyor, gelişıyorlar. Bu da gurur verici bir durum.

Gazi Üniversitesi'nin Şimdiki Binası İçin Uğraşlarım

Gazi Üniversitesi hayatımın çok önemli bir kısmını, kırk yıldan fazlası orada geçtiği için benim için çok önemli. Bu fakültenin yedi seneye yakın dekanlığını yaptım. Dekanlık göreviyle ilgili olarak hukuk fakültesinin bütün işleriyle ilgileneceksin ama fakültenin fiziki şartlarıyla ilgili planımız programımız da tabi vardı. Mutlaka bir yer temin etmek, bir orijinal, kendine özgü bir bina oluşturma hedefimiz vardı. Temennim bu hedefin hiç kaybedilmemesi. Buna ilişkin olarak projeler geliştiriyoruz. Ama biz bir tercih galiba yanlışlığı yaptık. Şehir üniversitesi olalım dedik. Şehirde de genişleyecek yerimiz yok, alan yok. Kampüs üniversitesi olarak, hatta bir kampüs yeri de yine Rektör Prof. Dr. Enver Hasanoğlu zamanında şimdi Çankaya Üniversitesi ve onun arkasındaki yerler ayrılmıştı Gazi Üniversitesi'ne. Biz dedik ki şehrin dışına çıkmayalım, şehir üniversitesi olalım, şehir dışına çıkmayalım dedik, sanırım orada bir tercih yanlışlığı yaptık diye düşünüyorum.

Hukuk Fakültesi ile ilgili olarak nerede yerimiz olacak? Bir kere AŞTİ bölgesi uygun değil, genişleyemiyoruz. Bahçesi yok, araba park edecek yeri yok. Bir de neredeyse fakülte'deki ders yükü de daha fazla, İktisadi Bilimler Fakültesinde dersimiz var, onun çevresinde bir yer düşündük, o da olmadı. Başlangıçta 2008'li yılları kast ediyorum. 2008'den önce ek binalar yaptık, mevcut binayı sağlamlaştırdık, derslikleri iyileştirdik, bahçeyi genişlettik. Öğrencilerin oturup sohbet edebileceği bir kafeterya gibi yer oluşturduk. Bütün bu işlerde fikri ve hukuki katkımdı. Yetmedi bu da. Merkez kampüsünde bir yer tespit ettik Konya yolu üzerinde bir hukuk fakültesi binası yaptırılmalı diye yeri tespit ettik. Yine Rektör Prof. Dr. Rıza Ayhan beyin ikinci dönem rektörlüğü benim ikinci dönem dekanlık zamanında orayla ilgili bir mimar arkadaşımız işte proje hazırlıyor, bizim isteklerimizi dinliyor, ben de kırmızı kalemle o proje üzerinde çalışmaları yapıyorum. Mesela bir proje geldi. Şimdi fakülte'de tamam öğretim üyeleri var, öğretim elemanları var, memurlarımız var, temizlik elemanlarımız, güvenlik görevlilerimiz var değil mi? Hepsi hizmet veriyor. Bütün çalışanlar için ihtiyaç olan mekân düzenlemesini tek tek kendi tecrübelerime dayanarak mimara empoze ettim. Mimar mimari projeyi üç defa bizzat elden geçirip iyileştirdi.

Üniversiteler 150-200 kişi alıyor, bunlar için sınıf değil amfi gerekiyor düşüncesi hakim. Başlangıçta Ankara Hukuk Fakültesinin, İstanbul Hukuk Fakültesinin kuruluşunda hep bu düşünce hakim olmuş. Çünkü o zaman fakülte sayısı çok az. Zaten Türkiye'de üniversite sayısı az ve hukukçuya çok ihtiyaç var. Bunun için devasa amfiler yapılacak ve orada eğitim sürdürülmesi düşüncesi hakim. Ben amfilerden ziyade en fazla 100 kişilik derslik empoze ettim. Küçük dersliklere ek olarak amfi isteyenlerin hatırı kalmasın iki de amfi empoze ettim. Seminer salonları, çalışma odaları... Kendimce mükemmel bir hukuk fakültesi binası projelendirilmesine katkımdı.

İnşaat için mali kaynak bulundu, ihaleye çıkıldı. İhalenin gerçekleşmesine iki gün veya üç gün kala ise bir rektör değişimi yaşandı. Yeni dönemin ilk icraatlarından biri bizim o ihalemin iptali oldu. Ama ne olur ne olmaz düşüncesiyle önceki Rektör ile birlikte biz bu projenin yedeğini de hazırlamıştık. Şimdiki fakülte binası inşaat halindeydi, oraya bir yüksekokul için o inşaat düşünülüyor dedi Sayın Rektör. O zaman bana dedi ki biz bu inşaatla başlayacağız ama bizden sonra bu inşaatın devam edeceği ne olur, belli olmaz, şurayı hukuk fakültesine dönüştürelim, yapalım dedi. Aynen biraz önce bahsettiğim proje yapıldı, orada da gerçekleştirildi. Altta bir otopark parkının olması gayet güzeldi. Öğrencilerimize yetecek kadar derslikler var, oturacakları, yiyebilecekleri yerler de var, onu garantilemiş olduk.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Olma Süreci

Ne yazık ki sonra Hacı Bayram Veli'ye bağlandık. Bağlanmasını arzu etmiyorduk. O konuda gayret de bizzat sarf edenlerden birisiyim. Ben ve arkadaşlarım o zaman üst düzey bürokratlarla da görüştük bunun yanlış olduğunu izah etmek için çabaladık, ama sonuç ortada. Yeni bir üniversite elbette kurulabilir ama mevcut geleneğin bir yerden bir yere aktarılması mümkün değil diye çok söyledik. En basitinden örnek olarak dergi örneğini verdik. Bizim bir aranan, bilinen bir Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergimiz var. Şimdi bu dergi ne olacak? Birdenbire tanınırlığı düşecek. Nitekim Hacı Bayram Veli'ye bağlanmadan önce üst seviyeden, biraz önce bahsettiğim öğrencinin tercihleri dikkate alındığında ilk üç tercihten birisi iken, AHBVÜ'ye bağlanma sonrası birdenbire sekiz dokuza düştü, geriye düştü ve bu fakülte için olumsuz bir sonuçtu. Kurulacak olan Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesine hukuk fakültesinin bağlanmasının yanlışlığı konusunda anlatmaya çalıştık, Gazi Üniversitesi olarak devam etme arzumuzu her birime hem yükseköğretim birimine hem Cumhurbaşkanlığına iletmemize rağmen bir sonuç alamadık. Bugün dahi Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi aslı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesidir. Temennim şudur ki akli selim 3 maddelik bir kanun çıkarır. Tekrar Gazi Üniversitesi bünyesine dâhil olur. Hacı Bayram Veli dönemi de fetret dönemi olarak anılır. Hacı Bayram Veli Üniversitesine karşı değilim. Şu anda Hacı Bayram şöyledir, böyledir demiyorum, ama gereksizdi.

Medeni Hukuk Alanında Çalışma Motivasyonum

Medeni Hukuk alanında çalışmam tesadüf oldu, belki diğer alanlarda da tesadüf olsa orayı da severdim. Mesela Kamu Hukuku alanında özellikle İdare Hukuku, Anayasa Hukuku alanında da arkadaşlarımızla sohbet ederdik, fikir alışverişinde bulunduk ama medeni hukukla ilgili olarak tesadüf diyelim, sonrasında sevdim medeni hukuku. Tabii içerisine girdikçe daha çok seviyorsun. Çünkü medeni hukuk, insan, bir insan, başka hiçbir şey değil. Yani güzellikleri de insan, değişkenlikleri de insan, insanın bir günü diğerine uymaz. Medeni hukuk da böyle sürekli geliyor. Ama bu gelişmesi de dünde kalmış değil. Yani Roma hukukundan beri bütün hukuk dallarından hukuk disiplinlerinin sistemlerinden etkilenen, ona göre genişleyen, gelişen bir hukuk dalı. Bunu bir meslek yahut içerisindeki bilim dalı taassubu olarak söylemiyorum. Medeni hukuku çıkarırsak hukuk diye bir şey kalmaz. Tamamı medeni hukukun üzerinde gelişir. Çünkü hukukun süjesi kişidir. Kişiyi de anlatan, tanımlayan, belirleyen, haklarını, yükümlülüklerini, doğumdan ölüme kadar, hatta ölüm sonrası da tanımlayan belirleyen hukuk medeni hukuk kapsamıdır. Bütün bunlar medeni hukukla ilgili. Mesela ticaret hukuku ayrımı ne demek? Tacir de ölüyor. Ticari işletmesinin miras hukukundaki sözleşmesi vesaire hepsi medeni hukuk bilgileri üzerine oluşturulan, inşa edilen sistemler.

Bu açılardan sevdim ben medeni hukuku. Medeni hukukla ilgili olarak da zaman zaman şöyle bir şey var Medeni Hukukçular biraz kendilerini bu anlamda mahzun hissettiler galiba. Profesyonel çalışma, yani akademik çalışmanın aynı zamanda biraz da adli yargıya da katkısı ve tabii bu katkı çerçevesinde de ekonomik faydalanma arzusu inkâr edilemez, bu ayıp olmayan hukuka ve ahlaka uygun bir arzudur. Buna kısaca gelir getiren profesyonel hayat diyelim. Gelirin önemli kaynağı ticari faaliyetler olup bu alanda verilen hukuki hizmet ise daha çok ticaret hukukunda vardır düşüncesidir. Hâlbuki bilseler ki para sadece sevdiğine değil parayı sevene gider.

Medeni Hukukçuların Fakültedeki Durumları

Fakültelerde asıl iş yükü Medeni Hukuk alanında aslında. Mesela borçlar hukukunu ön plana çıkarıyorlar ticaret hukuku ile bağı sebebiyle. Ben borçlar hukukçusuyum diye bir şey olmaz. Medeni hukukçu tabii ki borçlar hukuku alanında çalışacak herkesin de çalışması gerekiyor ama aynı zamanda aile hukukçusu aynı zamanda miras hukukçusu. Dolayısıyla medeni hukuk tabirini ben daha çok benimsiyorum. Doğrusu da o. Yani birisinin kendisini borçlar hukukçusu diye nitelendirmesinin sebebi özellikle çalışmalarının büyük bir kısmı borçlar hukuku alanıyla ilgili olduğu içindir. Ama onun hepsi Türk Medeni Kanundan ayrılamaz. Bu anlamda medeni hukuk bilim dalı bilim adamı sıfatının daha geçerli, daha doğru olduğunu düşünüyorum. Hukuk fakültesinin yükünü Medeni Hukuk çekiyor demek yanlış değildir. Geçenlerde bu hukuk mesleklerine giriş sınavıyla ilgili olarak medeni hukuk sorularıyla ilgili galiba yüzde yirmi gibi bir oran ayrılmış. Arkadaşların bir sohbetine rastladım en fazla bizde filan dediler. Bu doğru ama eksik. Şu anlamda. Şimdi birinci sınıftaki medeni hukuk ders saati olarak düşünelim ki bu aynı zamanda onun çerçevesini de belirler, En az dört saattir. İkinci sınıfta borçlar genel en az dört saat. Üçüncü sınıfta eşya hukuku en az 3 saat 4 saat. Yine borçlar özel hukuku en az 3 saat 4 saat. Dördüncü sınıfta Miras hukuku en az, 3 saat 4 saat. Ayrıca bunun Seçimlik dersler olarak işte tüketici hukukundan tut da daha buna benzer fikri hukuk alanı da dâhil olmak üzere alan genişlemesi de var. Şimdi ders saatlerine baktığımız zaman ticaret tabi ki çok önemli ticari davalar. Fakültede üçüncü sınıfta ticari işletme ve şirketler hukuku dersi var. Dört saat, Dördüncü sınıfta da kıymetli evrak, deniz ticareti ve diğerleri. O da dört. Demek ki çok önemli bir alan olduğunu düşündüğümüz ticaret hukuku toplam 8 saat iken medeni hukuk sayısını sen hesapla. Evet, ceza hukuku için aynı şeyi söyleyebiliriz. İdare hukuku için aynı şeyi söyleyebiliriz. Yani aslında ders yükü olarak konu, yani hukuka bir bütün olarak baktığımızda nasıl ki yüzde 20'sini medeni hukuk demişler ya ama hukuk fakültesi eğitimindeki alanına bakarsak yüzde 40'a gelir.

Bir fakültede bir tane anayasa hukukçusu olabilir, ceza hukuku da benzer bir veya iki ceza hukuku hocasıyla iş görülebilir ama medeni hukuk için mümkün değil. Medeni hukuk hoca sayısının en az 3 olması lazım, 4 olması lazım. Hukuk eğitimi ve genel olarak ülke hukukunu temel alanlar olarak da, yani olmazsa olmaz alanlar, şunu düşünüyorum; 1. Medeni Hukuk. 2. Ceza Hukuku. 3. İdare Hukuku. Kişileri ilgilendiren,

doğrudan ilgilendiren alanlar bunlar. Bu alanların çok sağlam tutulması lazım. Diğerleri bu alanlara hizmet eden teorik ve pratik alt yapılarıdır.

Bir kişinin ilgi alanı olarak bir medeni hukukçu, iş hukukunu yürütebilir. Ben geçmişte bunu yaptım. Selçuk Üniversitesi döneminde iş hukuku derslerini bir süre yürüttüm. Şimdi ise bazıları sen ne anlarsın filan diyebilirler ama işte onların yarısı kadar anlıyoruzdur canım, o kadar da değil, yani yarısından da fazlaydı. Ama idare hukuku olmadan hukuktan bahsedemezsin. Bir de medeni hukuk zaten hepsinin temeli. Ceza hukuku yine aynı şekilde önemli. Yani bir insanın karşılaştığı hukuk, temel hukuk kuralları bu. O bakımdan hukuk fakülteleri bu üçüne çok önem vermeleri gerekir.

Misalen Anayasa hukuku. Hâlbuki Anayasa hiç önemsiz olur mu? Elbette önemli. Bunun önemsiz olduğunu söylemiyorum ben. Bunlar bu bahsettiğim 3 alana hizmet eder. Buna yardımcı olur. Doğrudan değil. Elbette doğrudan değildir ama doğrudan bir idari işlem vardır. Doğrudan bir özel hukuk ilişkisi olarak haksız fiili ilişkisi vardır, sözleşme ilişkisi vardır. Hukukçuların en çok karşılaştıkları sorular, suç ve ceza, evlenme, boşanma, mülkiyet ilişkisi, kira ilişkisi, miras ilişkisi değil mi?

Evlilik, Çocuklar ve Akademisyenlik

İnsan varlığın ve neslin devam ettirilmesi aile ile olur. Asıl olan odur. Asıl olan sensin. Asıl olan profesör olman değildir, doktor olman değildir. Biyolojik bir yaşam vardır, ama sadece biyolojik yaşam da değildir. Ömür vardır, bir yaş vardır. Bunun da evreleri vardır. 40 yaşındaki insanın çocuğu olur mu? Olur. Ama işte 60 yaşına geldikten sonra çocuk üniversiteyi bitirecek, evlendireceksin, bunlar biraz geride kalır. Genç yaşta evlenmek, hem kadınlar için hem erkekler için asıl olan budur. Tabi genç yaşta evlenme deyince 15 yaşında kastetmiyorum. 20 ile 30 yaş arasında çoğunlukla evlenmesi gerekir. 35'i de geçirmemek gerekir. Bir defasında Rıza Ayhan Bey bana yahu sen bu çocuklara hiç ilgilenmiyorsun ya nişanlanıyorlar ya evleniyorlar bunlar doktorayı bitirmeden önce evlenmemeleri gerekir dedi. Çocuklar araştırma görevlileri anlayın siz. Ben de tam tersine teşvik ediyorum dedim. Evlensinler hem de bir an önce evlensinler. Elbette zorlukları var. Elbette kariyer yapmada zorlukları var. Ama hangisini önce tutacaksın? Bak, eğer kariyer yapmayı birinci öncelikli alırsan evliliğin yürümez. Hâlbuki evliliğin yürütmesi gerekir. İki sene geç kariyer yapılır. Onun faydası da vardır. Benim bu gerek Konya serüvenim olsun, gerek ondan önceki doktora çalışmalarında olsun, daha sonraki, hala da en büyük desteğim, en büyük yardımcım eşimdir. Ben evli olmasaydım bugünkü hayatım bu şekilde olmazdı. Daha iyi olmazdı. Daha gerilerde olurdu. Bu düşünceler benim hayat tecrübelerimin ürünü.

Ben 2000'li yıllara kadar hep evde çalıştım. Fakültede derslerimi anlatırdım işte yapılması gereken işleri yapardım. Evde de akşam saat 9'dan sonra 12'ye kadar çalışır, işte 3 saat, 4 saat. Bazen bütün gecede geçer evde çalışırdım ama 2000'den sonra durdurdum bu yanlışlığı. Profesör olduktan sonra eve iş getirmeme şekline dönüştü. Fakültede de, biraz da şöyle bir şey oldu, benden mi kaynaklandı şartlar mı onu getirdi, hem fakültedeki arkadaşlarımızın sevgisi hem üniversite dışında çok değişik yerlerden insanlar hep ziyaretime geldi. En büyük kazancım oydu. Onlarla oturup sohbet ederdik. Bunlar boş laf gibi düşünülebilir ama öyle değil. Herkesin hayatına bir şekilde de galiba dokunmuş oldum. Aradan yıllar geçtikten sonra da ben ondan istifade ettim diyen hem öğrencim hem arkadaşım, eşim, dostum oldu. Mesleki olarak gelip tanışanlar da oldu çok. Özel hayatla ilgili olarak da tavsiyelerim olurdu. Kendi zannımca hep iyiliği tavsiye ettim. Gelin anlaştın, biraz fedakârlıkta bulunun diye. Bir vesile ile bahsettiğim konudur bu; haklar sonuna kadar kullanılırsa kargaşa olur. Herkes hakkını sonuna kadar kullanırsa orada barış olmaz, haklılar savaşı olur. Bunun bir de uzlaşma ayağı vardır. Bir adım geri çekilmektir. Yeter ki barış olsun. Barışı sağlayan fedakârlıktır. Tabi hakkın özünden vazgeçme, ama en azından ertelet.

Evliliğim, iki kızım var, gurur duyuyorum kendileriyle. İlk kızım İlkay hukukçu. O da Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinde okudu. Ben Selçuk Üniversitesinden ayrıldıktan sonra oraya girdi, mezun oldu. Şimdi Bilgi Teknolojileri Kurumunda Baş Hukuk müşaviri. Küçük kızım Canay, ben hukukçu olmayacağım, fenci olacağım dedi, Ankara Üniversitesi Fen Fakültesi İstatistik bölümünü bitirdi. Sonra Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsünde İstatistik yüksek lisans eğitimini tamamladı. İstatistik okuduktan sonra o alana devam etti. Bilgisayar programı, özellikle yönetimde, bilgisayar işlerinde kendisini geliştirdi. Kamu özel şirketinde yönetici olarak çalışıyor. Büyük kızım evlendi, ondan iki torunum var. Torunlarımın ve kızlarımın hepsiyle gurur duyuyorum. Hayatımın anlamı olarak görüyorum.

Gurur duyduğum konulardan birisi de hem kızlarımın hem torunlarımın adlarıdır. Kızlarımdan birinin adı İlkay, çok severek verdim. Küçük kızımın adı Canay. Hiç duymadığım bir isimdi. İçime doğdu. Meğer kullanılıyormuş, varmış. Torunlarımın adını da kızlarım seçtiler. Büyük torunun adı İlay, şimdi Lise onuncu (Lise ikinci sınıf oluyor) okuyor. Küçük torunumun adı da Umay. O da ortaokul beşinci sınıf. Çocuklarım benimle sohbet etmekten zevk alırlar. Anneler için “eğer annelerin dilekleri kabul olsaydı, bütün yeryüzü tanrılarla dolardı” derler. Anneler kadar olmasa da hem anne hem de babalar olarak evlatlarımızla gurur duyuyoruz, sevinç duyuyoruz. Böyle bir hayatım var benim.

Yurtdışı Çalışmaları

Selçuk Üniversitesi döneminde dokuz ay süreyle Viyana Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Avusturya hükümet bursunu alarak orada bir çalışmada bulundum, 1987'de gittim. Yalnız gittim. Yine ailem de büyük fedakârlıkta bulundu, çocuklar ilkokulda okuyorlardı. Eşim yalnız başına, bunların benim için çok büyük aile desteği bu anlamda. Ben onları yalnız bıraktım gittim. Onlar da katlanarak bana destek oldular. Katlanmayabilirdi de. Orada kalmayı hiç düşünmedim. Hatta rüyalarım girerdi, rüyalarım korku olarak girerdi. Viyana'dayım, Türkiye'ye dönmem lazım. Nasıl döneceğimi bilmiyorum. Param pulum yok ama

gideceğim yer dağın arkası gibi bir yer, yürüyerek gidebilirim ama o rüya halinde mesafe uzuyor, uzuyor, bir kâbusa dönüşüyor. Dolayısıyla oralarda kalmayı hiç düşünmedim.

Sevdiğim tarafları da oldu tabii. Bir düzen vardı mesela. O dönemler mutlaka ayakkabılarımızın Ankara'da en az haftada bir kere boyanması gerekirdi. Çünkü yürüyerek gidip geliyorduk işimize gücümüze. Vasıta kullanmamız söz konusu değildi. Orada da tabii yine yürüyerek gittik, toplu taşıma vasıtası kullandık ama bir şey dikkatimi çekti. Ayakkabı boyama duygusu hiç yaşamadım, çünkü ayakkabım kirlenmemiş. Bu önemliydi yani.

Onun haricinde bazı şeylerine bakıyordum, biz niye bunu atladık diye hayıflanıyorum. Mesela şehir mimarisi, 1900'lü yılların başlarında, daha öncesinde caddelerde tramvaylar ile ilgili resimler var. Binaların, büyük meydanların resimleri var. Caddeler sokaklar binalar, binaların yüksekliği hatta süslemeleri yüz sene önce ne ise aynı şekilde duruyor. Üç katlı dört katlı bir düzen içinde yapılan binalar yapıldığı gibi duruyor. Sonradan o binalar yıkılıp yerine 8, 10 katlı bina yapılma olayı yok, öyle kalmış. İşte böyle şeyleri görünce biz niye aksini yapıyoruz diye soruyor cevapsız soru kendi kendine insan. Bir zamanlar Ankara'da Bahçelievler diye bir semt oluşturulmuş, şimdi ara ki bahçeli ev bulasın. Mevcudu yıkıp yerine çok katlı binalar yaparak büyütülmüş şehir. Sonra hava almayan, ışık görmeyen sokaklarında yürünemeyen bir şehir.

Bir de ilk gittiğim sırada oradaki Avusturya hükümetinin yabancı öğrencilerle ilgili bir teşkilatı var. Avusturya'da Avusturya Öğrenci birimi diye bir birim var, onlar gezi tertipler, ona katıldım. Orada bir müzeyi endüstri müzesini ziyaret ettik. Daha müzenin girişinde, endüstri devriminin başlangıcı diye bir yazı var. Orada şunu gördüm, neredeyse masa kadar diyelim, biraz mübalağa olsun. Dev bir çekiç, uzun kalın gövdeli sapı olan çekiç var. Çekicinin tam vurma yerinde de bir büyük bir örs var. Çekicinin arka koyu renkli sapının uç kısmında da bir su değirmeni çarkı var. Şimdi çark döndükçe, kamı çekicinin sapına basınca çekiç kalkıyor. Sonra bütün ağırlığı ile örsün üzerine düşüyor, bu böyle devam ediyor. İşte endüstri devrimi böyle başladı demişler. Sembolik bir anlatım. Ama şu var sıcak kan enerjisi yerine tabiatın enerjisini kullanmak. Yani hala hayvanın çektiği araç kullanılsaydı, yük hayvanlarla taşınırdı veya bizzat örs kol gücüyle çekiçle vurulsa idi sanayi olur muydu? Olmazdı. İşte biz bunu nasıl atladık, biz bunu niye görmedik diye hayıflandım. Çünkü bu ülkede de su değirmeni de var, yel değirmeni de var. Neden su değirmeni ile sadece buğday öğüttük de çekiçle dövme işini yapmadık diye ona hayıflandım mesela.

Bilimsel olarak tabii çalışmaları daha zengindir. Mesela benim ilk gittiğim Viyana Hukuk Fakültesinin Kütüphanesi oldukça zengin açık kütüphane idi. O sıralar bizde açık kütüphane yoktu. Yani gidiyorsun kendi aradığın eser zaten belli eserler, hangi rafta olduğunu biliyorsun, alıyorsun, okuyorsun, çalışıyorsun. İlke şu; alıp çalışacaksın bulduğun kitap dergi neyse, aldığın yere değil, bulunduğun yere bırak. Kitabı götürüp rafa koyma. Çünkü yanlış koyabilirsiniz. Bu tür şeyler kitap numarasına göre. Görevliler daha sonra akşam toplayıp götürüp yerine yerleştiriyor.

Kitaplıkta şunu gördüm ben çok sayıda, o zamanlar işte fotokopçilik şimdiki gibi değil, şimdi biraz daha ileri safhada. Fotokopisi çekilerek raflara konulmuş kitapların olduğunu gördüm. Yani Almanca kitaplar, İngilizce kitaplar olduğunu gördüm. Bu konu önemliydi o kitaplar arasında hatta Almanya'da yapılan, bir Türk tarafından yapılan bir doktora tezini de gördüm. Doktora tezinin konusu Almanya'da Türklerin entegrasyonu idi. Konuyla ilgili bir Türk tarafından hazırlanmış doktora tezi bu. Şöyle içindekilere baktım, birkaç yeri de okudum. O kadar basit konuları işlenmiş ki bunu da tez olarak kabul etmişler. Mesela Türk halkının günlük yaşantısı ve bu günlük yaşantısında maddi ve manevi unsurlar nelerdir? Ama dikkat et, farklılaşmayı ortaya koyan şeyleri anlatıyor. Uzun uzun anlatmış. Boy abdesti ile namaz abdestini anlatıyor. Kimlerin boy abdesti aldığını, kimlerin almadığını, hangi inanç grubunun boy abdestini aldığını, hangisinin almadığını. Bir kaynak da yok. Tevatür, halk arasındaki konuşulan alelade bilgiler işte. Hani derler ya şunlar boy abdesti almaz gibi bilgiler. Peki, bunu niye yapıyorlar? İşte Türklerin acaba entegrasyonu mu yoksa parçalanması mı diye şüphe ettim.

Hobilerim, Gezme Alışkanlıklarım

İçimde heves, iki şekilde hep planları erteledim. Mesela okumalarda önce Türk romanlarını okuyayım, ondan sonra klasiklere, batı klasiklerine geçiyim dedim. Orada bir hata yaptım. Geziyle ilgili olarak işin gerçeği, dedim ya benim hayatımda hayatımın seyrini belirleyen fakirliğim. Çok içimden ilgili gezmek ama halen gezemiyorum, sınırlı. Mesela işte memlekete gidip geliyoruz ya işte bir yer. Yazlık edindik, oraya gidip geliyoruz. Hâlbuki Türkiye'nin çok güzel cennet gibi yerleri var, ama ben görmedim ki bu cennet vatanı. Benim gezilerim biraz da tesadüf, bir iş dolayısıyla gittiğimiz mesela yerler. Bartın tarafına gittim bir iş dolayısıyla hâlbuki iş ile gezme aynı değil. Yine Erzurum'a, Kars'a Ardahan'a Antakya'ya Diyarbakır'a Urfa'ya, gittim. Böyle kısa kısa süreli iş gezileri. Gezi bile denemez. O tür şeyler yok ama mesela işte Mardin, Urfa o çevreleri çok tarihin en eski çağlardan bu yana değerli bir görsel yapıya sahip olduğu, bilinmesinde fayda olacak kültürel değerler olduğu söyleniyor. Bunları sadece belgesellerde vesairede görüyoruz. Yani mesela İstanbul'a her gittiğimde bir müze gezmeyi hedefliyorum. İstanbul'a gidildiğinde eğer gezilmediyse bir arkeoloji müzesi mutlaka gezilmeli. En son gidişimde de Yerebatan Sarayı'nı gezdim. Bunları yapıyorum.

Yurt dışında, resmi geziler kapsamında İspanya'ya gittim, Cezayir'e gittim. Ondan sonra Paris'e gittim. Azerbaycan'a bilimsel bir çalışma dolayısıyla gittim Bakü'ye. Üniversitedeki görev sırasında rektör ile birlikte Balkan gezilerini yaptık, Arnavutluk'a gittik. Hatta o sırada bir arkadaşımız, birkaç arkadaş vardı. Biz Rıza Beyle birlikte paçaları sıvayıp Adriyatik'te denize yürüdük. Böyle hedef de Çin'de yürümekti onu gerçekleştiremedik fakat Kırgızistan'a gittim. Issık gölde aynı şeyi yaptım. Son ziyaretlerimde işte

Özbekistan, Taşkent, Buhara oraları özellikle Buhara, Semerkant tabi gezilecek görülecek yerleri bir rehber eşliğinde gördüm. Tataristan başkenti Kazan'a gittim. Ne yazık ki Kazan çok bilinmiyor, Tataristan bir medeniyet merkezi ve biz Türkler açısından da başta Cumhuriyetle birlikte Türkiye'de oluşan Türkçülük bilincinin merkezleridir. Oradan gelen bilim adamları. Mesela Sadri Maksudi, mesela Yusuf Akçura, Ağaoglu Ahmet, Hüseyinzade Ali bey. Bunlar hep o çevreden gelen insanlardır. Çok zevk aldım. Tataristan aslında Özbekistan gibi, Türkmenistan gibi bağımsız olabilmeye niteliğinde iken bunu kaybetti. Şimdi Sovyetler iyice Rus. Daha doğrusu şu andaki Rusya Federasyonu her ne kadar orada bir Tataristan Özerk Cumhuriyeti varsa da aynen Sovyetler Birliği döneminde gibi. Dönüştü maalesef böyle bir durum ortaya çıktı. Oralara gittim.

Balkan gezisi, iki defa Balkan gezisi yaptım. Bulgaristan'dan çıktık böyle bir tur atarak Yunanistan'dan Türkiye'ye girdik. Mesela o gittiğim dönemde Bulgaristan'ı vadilerinden geçtik. Tesadüf otobüsümüz yanlış bir güzergâha girdi. Bütün Bulgaristan'ı boydan boya geçtik. Bomboş araziler ve çok bitik yapılar. Şunu düşündüm ya bizim müteşebbisler buralara gelseler çiftlik kursalar. Kiralasalar satın alamazsın da. Ne kadar güzel olur diye düşündüm. Bir Suriye gezisi yaptım o da çok değerliydi, Şam, hele Halep müthiş, tabi savaştan önce ilişkilerin bozulmadığı dönemde gittim, Türkçe konuştuk. Çok enteresan bilgiler de edindim. Mesele Şam müzesini gezmemiz gerekiyor, bunu gezemedik. Orada Şam'da Hz. Hüseyin'in sandukası, sadece başı oluyor. Yezit getirtmiş oraya koymuş, bir gümüş sanduka, onu gördüm. Bir şey çok böyle duygulandırdı beni. Biz gezdik şöyle kenara çekilmişti. Muhtemelen İran Azerbaycan'ından bir grup geldi, Türk bunlar. Biri gelip sandukaya bir sarılıp ağlayışı var, bir ağladı bir ağladı, ben niye ağlamıyorum diye hicap duydum.

Halep Çarşısı İstanbul'daki kapalı çarşı gibi bir yer orayı gezdim. Türkçe konuşarak ve Türk parasıyla alışveriş ederek, bak nereden nereye geldik? Bu çok olumsuz bir şey biliyor musunuz? Antep'ten Halep'e gidiş gelişte karşılıklı Halep'ten de Antep'e mal götürüp getirilirdi. Eskiden bunlar yapıldı. Bu değil Antep'ten de mal geliyor. Halep'ten de mal gidiyor. Böyle bir şeyler varmış, ilişkiler çevresi varmış.

İspanya, Cezayir oraları gördüm. İspanya'da da tabi her tarafı maalesef göremedim. Kurtuba'yı falan göremedim. Madrid'de müthiş bir resim müzesi Goya Müzesi ama çok fazla gezemedik. Oradan Cezayir'e geçmiştik. Cezayir'in bir Oran şehri var. Bizdeki Ankara Oran semtinin adı bir kısaltma ama Cezayir'deki adı gerçekten Oran olan yeri görmüştük. O Oran bölgesinde Kartaca döneminden kalan, kalıntılar hele bir yer vardı, bize gösterdiler.

Şu anlatacaklarıma seyahat denir mi bilmem. Ben ve eşim 2015 yılında hac ibadeti için Mekke ve Medine'ye gittik, yüz sürdük hacı olduk. Bir de Türkistan hacılığı var, Moğolistan'da Ötüken'de Bilge Kağan ile Kül Tigin anıtına, Bilge Tonyukuk anıtına elimle, gözümle, kalbimle dokundum, Kırgızistan'da Issık gölde elimi yüzümü yıkadım, böylece Türkistan Hacısı da oldum.

Çok arzu ediyorum ama yaşım ilerledi. Artık zorlaştı benim için. Sibiryaya bölgesi Sibir Türklerini Tuva'yı ondan sonra Altayları. Oralar için bir program oluşturabilsem ya da oluşan bir program olsa da eklensem diye arzu ediyorum.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN / Ankara - 30.12.2024