

ISSN 1303-8818, E-ISSN: 2687-2897

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

İHİD

Journal of Administrative Law
and Administrative Sciences

JALAS

Cilt Volume 18 Sayı Number 1 Yıl Year 2019



İSTANBUL
UNIVERSITY
PRESS



**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
ORD. PROF. DR. SİDDİK SAMİ ONAR İDARE HUKUKU VE İLİMLERİ
ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİNCE YAYINLANIR**

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
Journal of Administrative Law and Administrative Sciences

Cilt/Volume: 18 • Sayı/Number: 1 • Haziran/June 2019
ISSN: 1303-8818, E-ISSN: 2687-2897 • DOI: 10.26650/ihid

Yayın Sahibi/Owner
İstanbul Üniversitesi/Istanbul University

Yayın Sahibi Temsilcisi /Owner's Representative
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN

Sorumlu Müdür/Responsible Director
Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami ONAR İdare Hukuku ve İlimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Müdürü
Prof. Dr. Aydın GÜLAN

YAYIN KURULU/EDITORIAL MANAGEMENT

Baş Editör/Editor-in-Chief
Prof. Dr. Aydın GÜLAN, İstanbul Üniversitesi (İstanbul, Türkiye)
aydingulan@istanbul.edu.tr

Yardımcı Editör/Co-Editor
Dr. Öğr. Üyesi Halit UYANIK, İstanbul Üniversitesi (İstanbul, Türkiye)
huyanik@istanbul.edu.tr

Yönetici Editörler/Managing Editors
Ezgi ŞİRİN, İstanbul Üniversitesi (İstanbul, Türkiye)
eyildirim@istanbul.edu.tr
Nurcan YILMAZ ÖZEL, İstanbul Üniversitesi (İstanbul, Türkiye)
nurcan.yilmaz@istanbul.edu.tr

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Adem SÖZÜER, İstanbul Üniversitesi (İstanbul, Türkiye)
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ, Başkent Üniversitesi (Ankara, Türkiye)
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi (Ankara, Türkiye)
Prof. Dr. Bernard PACTEAU, Université de Bordeaux (Bordeaux, Fransa)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN, Dokuz Eylül Üniversitesi, (İzmir, Türkiye)
Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ, University of Glasgow (İskoçya, Birleşik Krallık)
Prof. Dr. Gérard TIMSIT, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, (Paris, Fransa)
Prof. Dr. Halil KALABALIK, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
Prof. Dr. Murat SEZGİNER, Antalya Bilim Üniversitesi (Antalya, Türkiye)
Prof. Dr. Pascale GONOD, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, (Paris, Fransa)
Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU, Bilkent Üniversitesi (Ankara, Türkiye)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM, Marmara Üniversitesi, (İstanbul, Türkiye)
Prof. Dr. Turgut TAN, Bilkent Üniversitesi (Ankara, Türkiye)
Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY, Ankara Üniversitesi, (Ankara, Türkiye)

Yönetim Yeri/Head Office
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Türü/Type of Publication
Yerel Süreli Yayın/Local Periodical

Yayın Dili/Language
Türkçe, İngilizce/Turkish, English

Yayın Periyodu/Publishing Period
Altı ayda bir Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır/Biannual (June & December)

Baskı ve Cilt/Printing Office
İlbey Matbaa Kağıt Reklam Org. Müc. San. Tic. Ltd. Şti.
Adres: 2. Matbaacılar Sitesi 3NB 3 Topkapı / Zeytinburnu, İstanbul
Sertifika No: 17845
www.ilbeymatbaa.com.tr



İletişim/Correspondence

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34116 Beyazıt/İstanbul

"<http://www.istanbul.edu.tr/>" <http://hukuk.istanbul.edu.tr> <http://idarehukuku.hukuk.istanbul.edu.tr>

Tel: +90 (212) 440 01 05

Fax: +90 (212) 512 41 35

Web: <http://dergipark.gov.tr/iuihid>

Elektronik posta: ihid@istanbul.edu.tr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

Araştırma Makalesi / Research Article

Temel Hakların Durdurulması

Derogation to Fundamental Rights in Time of Emergency..... 1

Tekin Akılhoğlu

Araştırma Makalesi / Research Article

Mühendislik Bilimlerinin İş Akışı İyileştirmeleri İçin Kullandığı “Kısıtlar Teorisi” Yaklaşımıyla İdari Yargıda Zaman Yönetimine Bir Bakış

A Review of Time Management in Administrative Jurisdiction With The “Theory of Constraints”

Approach23

Aydın Gülan

Araştırma Makalesi / Research Article

Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme

A Study on Municipal Economic Enterprises31

Nida Malbeği

Araştırma Makalesi / Research Article

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları’nın “Kişisel Verilerin Korunması”na Katkısı

Contribution of European Court of Human Rights Judgements’ to “The Protection of Personal Data”.....61

Eren Solmaz

Çeviri / Translation

Something Old, Something New in Comparative Law

Karşılaştırmalı Hukukta Eski ve Yeni.....79

Esin Örcü (Çev: Nurcan Yılmaz Özel)

Çeviri / Translation

One Into Three: Spreading The Word Three Into One: Creating A Civil Law System

Birden Üç: Medeni Hukuk Sistemini Yayma Üçten Bire: Bir Medeni Hukuk Sistemi Oluşturma.....113

Esin Örcü (Çev: Seyit Rasim Doru)

Toplantı Notu / Conference Note

İdare Hukuku Konferansları-I Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı

Administrative Law Conferences-I “Private Lives of Public Agents”155

Turan Yıldırım - Nur Kaman



İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

Başvuru: 14.5.2018
Kabul: 20.05.2018

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Temel Hakların Durdurulması*

Derogation to Fundamental Rights in Time of Emergency

Tekin Akıllıoğlu¹

Öz

1. Sorun. 2. Olağanlaşan olağanüstü. 3. Niccolo Macchiavelli: iktidar her şeye rağmen sürdürülmelidir. 4. Carl Schmitt: Egemen, kural gibi istisnaiya da belirleyendir. 5. Günümüzde de geçerli yerleşik olağanüstü hal anlayışı. 6. Roma: olağanüstü hallerde anayasal diktatörlük uygulaması... 7. Uluslararası insan hakları ölçüleri. 8. Bazı uyumsuzluk noktaları. 9. Terörle Mücadele Kanunu. 10. Güler ve Uğur. 11. Amadou kararı. 12. OHAL KHK yargı bağışıklığı. 13. Olağanüstü durum kavramı (ordinary emergency). 14. Gidilebilir v. Gidilemez. 15. Ne yapmalı? 16. ANYM'nin OHAL değerlendirmesi. 17. Gerekçeye karşı eleştiriler. 18. Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi BB Kararı (7.6.2017). 19. AİHM'nin Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) başvurusunu ret kararı. 20. ANYM'nin hak ihlali kararına karşı yerel mahkeme direnci.

Anahtar Kelimeler

Olağanüstü Hukuk • Olağanüstü Yönetim Usulleri • Anayasal Diktatörlük • Olağanüstü Durum • OHAL KHK'larının Denetimi

Abstract

1. Problem. 2. Ordinary emergency. 3. Niccolo Macchiavelli: "Power must be maintained despite everything." 4. Carl Schmitt: Sovereign is who decides on the exception 5. Nowadays valid old conception of emergency. 6. Rome: Constitutional dictatorship in time of emergency. 7. International emergency law standards. 8. Some problems of incompatibility in Turkish emergency rules. 9. Anti-terrorism Legislation. 10. ECHR Case of Güler and Uğur vs. Turkey. 11. French Constitutional Council decision of Amadou. 12. Jurisdictional immunity of Emergency Decrees. 13. Emergency powers in normal time. 14. Could apply to ECHR or not? 15. Instead of conclusion, "what must be done"? 16. Constitutional Court's comment on emergency. 17. Criticism of Constitutional Court. 18. Nurullah Efe and Halkın Kurtuluş Partisi Individual Application Decision (7.6.2017). 19. ECHR's inadmissibility decision on Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) application. 20. Penal tribunals' Backlash against Constitutional Court's decisions.

Keywords

Emergency Law • Emergency Governance Modes • Constitutional Dictatorship • State of Emergency • Review of Decree-Laws

* Bu yazı, 25 Nisan 2017'de ANYM'nde yapılan konuşmanın düzeltilmiş şeklidir ve 1988'de aynı başlıkla yayımlanan yazının devamıdır. İlk yazıda konu idare hukuku bakımından incelenmişti. Bu defa uluslararası hukuk yaklaşımı da dikkate alınmıştır. Bkz. Tekin Akıllıoğlu, "Temel Hakların Durdurulması", Bahri Savcı'ya Armağan, Ankara Mülkiyeliler Birliği Vakfı yay. 1988, s.54-68. <http://mulkiye.org.tr/wp-content/uploads/2015/09/7.pdf> 14.4.2017.

Makale hakem incelemesinden geçirilmiştir.

¹ **Sorumlu Yazar:** Tekin Akıllıoğlu (Prof. Dr.), Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye. E-posta: tekina@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0002-2925-9599

Atf: Akıllıoğlu T, "Temel Hakların Durdurulması" (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 1. <https://doi.org/10.26650/ihid.2019.18.1.0001>

1. Sorun

Yerleşik hukuk anlayışı “kuralların olaylara hakim olduğu” şeklindedir (*norms prevail on facts*). Bu bağlamda kuralın öngörmediği bir şey yoktur (*norms predict all facts*). Olağan da olağanüstü de hukuk tarafından öngörülerek tedbir alınmaktadır. Ancak kurallara *istisna* yetkisi demek olan *olağanüstü hukuk*, konu ve süre ile sınırlı olarak kullanılabilir. Kurallara aykırılık ya da olayın kuralı inkar etmesi halinde bunun sonuçları, önleyici ve bastırıcı araçlarla silinir/giderilir.

Kuralların değiştirilmesini istemek, siyasi faaliyetler, muhalefet hakkı ve medeni itaatsizlik gibi vasıtalarla kullanılabilen demokratik bir haktır. Kurallara karşı yaygın bir direnç, uymama söz konusu ise uygulama imkânsızlığı ortaya çıkar. Uymama sebebi kurala dönüşür, onun yerini alır.

Sonuncu varsayım, geçici ya da süreli olduğunu varsaydığımız olağanüstünün sürekli hale gelmesidir. Bu durum yenidir. Ve yukarıdaki bütün varsayımları geçersiz kılmaktadır. Yeni hukuk söylemlerine yol açmaktadır. Konuşmamın konusu bu sorunlara yanıt getirmek değil, sadece bu duruma ilişkin akla gelebilecek soruları paylaşmaktır. Başkaları bu duruma “*postmodernism*” demektedir.

2. Olağanlaşan olağanüstü

Acaba olağanüstü hal sebepleri kısa sürede ortadan kaldırılamazsa, kendisi olağan hale gelirse, bu ne gibi sonuçlara yol açar? Bu durum sadece Türkiye'nin bir sorunu olmaktan öte, aynı zamanda küresel bir sorun olarak da görünüyor. 11 Eylül 2001 New York İkiz Kuleler terör saldırısı sonrasında “hiçbir şeyin bundan böyle aynı olmayacağı, tarihin değiştiği” söylenmiştir¹. Bu gizemli cümlenin içinde neler saklandığını söylemek mümkün değilse de uluslararası terörün ülkeleri zorladığı, bir çeşit “uluslararası olağanüstü hal” uygulandığı söylenebilir.

Bu düşünce “*insani hukuk ilkelerinin kuvvet kullanmayı haklı kılması*” (*just war*)² ve “*uluslararası teröre karşı önleyici ya da erken haklı savunma*”³ kavramlarıyla açıklanmaya çalışıldı. ABD'nin 1991 ve 2001'de Irak'a yaptığı müdahaleler, 1999'da Nato Genel Kurulu'na aldırılan bir kararla ABD'nin Belgrad'ı bombalanması, Kosovo'nun BM denetimine verilmesi, daha sonra El-Kaide ile mücadele adı altında Afganistan, Pakistan, Yemen, Somali gibi ülkelere yapılan askeri müdahale/

¹ Oren Gross&Fionnuala Ni Aolain, *Law in Time of Crisis, Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press 2006 (481 p), p 1 Introduction footnote 1, Anthony Lewis, “A Different World”, New York (NY) Times, Sept 12, 2001, p.A27; “President Bush’s Address on Terrorism Before a Joint Meeting of Congress”, NY Times, Sept 21 2001, p.B4: Michael Reisman, “Editorial Comments: *In Defense of World Public Order*” (2001) 95 American Journal of International Law at 833. Bu dipnot bilgisi ABD'nin *Dünya Kamu Düzeninin* korunmasında *kurallara aykırı her türlü tedbiri alma/uygulama iradesini* yansıtmaktadır. Deyim yerindeyse bu yeni bir “siyasi öğretiler”.

² Howard Tolley, “THRO, A Just War? (President Clinton Response to Kosovo)”, <http://homepages. uc.edu/thro/Kosovo/JWMain.html> (14.4.2017).

³ Monica Hakimi, “North Korea and the Law on Anticipatory Self-Defense”, <https://www.ejiltalk.org/category/pre-emptive-self-defence/> (14.4.2017).

kuvvet kullanımı ile örneklenebilir. Bunlar BM Andlaşması'nın ve uluslararası hukukun olağan uygulamasına istisna teşkil eden, sadece birkaç aykırı (derogatory/déroatoire) örnektir. Bu örneklerin geçici ve tekil olaylar olmaması, lüzum görüldükçe bu gibi uygulamalara sürekli başvurulması düşündürücüdür. Bu ay içinde (6.4.2017) ABD'nin Suriye'nin Humus yakınındaki bir askeri üssü "Esad İdaresinin kısa süre önce sivillerin ölümüne yol açan kimyasal silah saldırısına cevap olarak bombalaması" en yeni örnektir⁴.

1991 ve 2001'de ABD'nin Irak'a askeri müdahalesi ile başlayan ve günümüzde devam eden yeni Amerikan uluslararası siyaset öğretisi, Leo Strauss temelli *chaos kuramına* dayanmaktadır. Buna göre olayların önceden belirlenmiş genel davranış modellerine göre değerlendirilmesi biçimindeki *akılcı (rational)* yaklaşım, bunalıma yol açtığı veya bunalımdan çıkışı sağlamadığı için, işe yaramaz/işlevsizdir. Bunalımın yıkıcı etkileri ortaya gerçek kurallardan oluşan yeni bir düzen çıkaracaktır. Kısaca toplumsal olaylar ve onları şekillendiren kurallar aslında gücün görünümüdür. Gerçek *egemen güç (sovereign power)* hukuku belirler. Leo Strauss'un güç-hukuk denkleminde Carl Schmitt'e yakınlığı dikkat çekicidir⁵. Aynı şeyi biraz daha farklı söyleyen Jacques Derrida'nın görüşleri de kendi ülkesinden çok ABD'de ilgi çekmiştir⁶.

Başlangıcı Socrates/Platon'dan günümüze kadar uzanan "*hukukun kuvvete karşı korunmadan doğduğu fikri*", aynı zamanda "*hukukun kuvveti ehlileştirdiği*" (*toplum sözleşmesi*) görüşünü de içerir; buna göre hukuk, kuvvetin yabancı şiddetten ayrılmasını sağlar, insanı kargaşa/güvensizlik/belirsizlikten korur. Olağanüstü hal hukuku, büyük bir tehlike karşısında kuralların dışına çıkılmasını, *zaruret (necessity)* ile açıklayan, ancak zaruret sınırları içinde ve tehlike süresi boyunca mevcut olağan kurala aykırı davranışa müsaade eden, başka deyişle kurala aykırılığı geçici süre için ve belli ölçüde kabul eden *akılcı (rational)* bir anlayışa dayanır (Dicey)⁷. Özel hukukta eskiden bu yana mevcut *ıztırar hali* ve *haklı savunma* kamu hukukunun *olağanüstü hukuk* anlayışına temel olmuştur.

⁴ <https://www.theguardian.com/world/live/2017/apr/07/us-syria-response-donald-trump-assad-pentagon-live> 14.4.2017. ABD makamları bu uygulamanın 6 yıldır süren Suriye iç savaşında uyarılara rağmen Esad idaresinin insanlık dışı sivilleri öldürme fiillerine karşı misilleme olduğunu açıklamıştır: "The missiles were the first direct attack against President Bashar al-Assad over six years of Syria's civil war, after years warnings over humanitarian abuses, including bombing hospitals and the use of the sarin nerve agent and chlorine gas."

⁵ Heinrich Meier, *Carl Schmitt and Leo Strauss, The Hidden Dialog, Including Strauss's Notes on Schmitt's Concept of the Political & Three Letters from Strauss to Schmitt*, Translated by J.H. Lomax, Foreword by Joseph Cropsey, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1995 (136 p).

⁶ Cardozo Law Review, Volume 11, July/August 1990, Numbers 5-6. Jacques Derrida "Force of Law: Mystical Foundation of Authority" pp 919-1046. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo11&div=7&id=&page=14.4.2017>. En yeni yorumlardan bir örnek: Mark Greenberg, "Book Review: How To Explain Things With Force?", (*The Force of Law*. By Frederick Schauer. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 2015. pp. xiv, 239) Harvard Law Review, Volume 129 · May 2016 · Number 7, pp 1932-1979.

⁷ David Dyzenhaus, "Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?", Cardozo Law Review, Volume 27 March 2006 Number 5, pp. 2005-2040. <http://cardozolawreview.com/joomla1.5/content/27-5/dyzenhaus.website.pdf> (14.4.2017).

Buna karşılık *akıl kuvvete müdahale edebileceği, onu şekillendirip sınırlandırabileceği* yönündeki bu *akılcı* görüşe kuşku ile bakan, Macchiavelli'den, Nietzsche, Carl Schmitt ve Michel Foucault'ya kadar gelen *kuvvet/egemenlik/güç kavramının hukuku belirlediği* yönünde *gerçekçi* görüşler de bulunmaktadır. Başka deyimle 11 Eylül 2001 saldırıları ile ortaya çıkan yeni anlayışın aslında hukukun kuvvetten doğduğu şeklindeki eski anlayıştan ibaret olduğu da söylenebilir.

3. Niccolo Macchiavelli: İktidar her şeye rağmen sürdürülmelidir.

Macchiavelli, Prens'te iktidar gücünün siyasi amaçlara ulaşmak için her yola başvurabileceğini, bunun herhangi bir şekilde sınırlanmasının doğru ve gerçekçi olmayacağına ilişkin örnekler sunmaktadır: Perugia Kralı Baglioni kural tanımayan, iktidarını pekiştirmek amacıyla sürekli kötülük yapan bir kişiliktir. Bu nitelik onun daha da güçlenmesine yol açmıştır. Papa Julius II 1505'te Floransa ile anlaşarak Perugia'ya karşı ordu toplamış, fakat sabırsız huyu nedeniyle ordu Perugia'ya ulaşmadan kırk kardinalden oluşan küçük bir kafilenin başında Perugia kentinin kapısına gelmiştir. Kapıdaki nöbetçiler dini duygularına yenilerek kapıyı açıp Papa kafilesini iç avluya alırlar, avluda Perugia Kralı askerlerine talim yaptırmakta iken birden Papayı bütün görkemi ile karşısında görünce diz çöküp elini öper. Macchiavelli, Kralın Papayı kardinalleri ile kolayca ortadan kaldıracak iken birden iyilik doğrultusuna saptığını ve iktidarını başarı ile sürdürmek yerine hukuk/ahlâk/din düşüncesine teslim olduğunu, sonuçta iktidarını kaybettiğini kaydetmiştir.

Prens, krala nasihat kitabı olduğundan verdiği örneklerden Macchiavelli'nin iktidarın hukuka uyulduğu takdirde kaybedileceği düşüncesinde olduğu çıkarılabilir. Ancak aynı kitapta Roma Cumhuriyeti'nin hukuk kurallarına göre yönetilmesinin sağladığı yararları övdüğü de bir gerçektir. Nitekim Gross&Aolain de Macchiavelli'nin olağanüstü hallerle sınırlı Roma diktatörlüğünü, "büyük bir imparatorluğun büyüklük sebeplerinden biri olarak" selamladığını, belirtmektedirler⁸. Başka bir anlatımla Macchiavelli bir taraftan krala hukukla bağlandığı takdirde kaybedebileceği uyarısında bulunurken, diğer taraftan olağanüstü hallerde bile hukukla bağlanmanın büyük devlet olma niteliği olduğunu vurgulamaktadır. Bu durumu açıklayan Isaiah Berlin'e göre Macchiavelli'nin yazdıkları çelişmemektedir, kendisi hukuk devletini savunan bir İtalyan milliyetçisi sayılabilir, çelişiyor gibi gördüğümüz şey Macchiavelli'nin *satire* lisansı kullanmasından kaynaklanmaktadır. Kısacası hukuki/ahlâki kuralların kağıt üzerinde kaldığını gördüğü için üzüntüsünden gerçeği alaycı bir dille aktarmaktadır⁹.

⁸ Oren Gross&Fionnuala, p.17: "This institution (The Roman dictatorship) was hailed by Niccolò Macchiavelli as one that "deserves to be considered and numbered among those that were the cause of the greatness of so great empire" (Niccolò Macchiavelli, Discourses on Livy, Trans. Harvey C. Mansfield and Nathan Tarcov Chicago IL: University of Chicago Press 1996, p.74.)

⁹ Isaiah Berlin, "The Question of Machiavelli" in *The Prince* Translated and Edited By Robert M. Adams, A Norton Critical Edition, New York/London, (288 p.), 2nd ed.1992/1997, p. 207-208: "According to Alberico Gentili...the autor of The Prince wrote a satire...For Spinoza, Rousseau... it is a cautionary tale, for whatever else he was, Macchiavelli was a passionate patriot, democrat, a believer in liberty, and The Prince must have been intended (Spinoza is particularly clear on this) to warn men of what tyrants could be and do, the better to resist them".

Gerçek niyeti ne olursa olsun, Macchiavelli ilk defa verdiği örneklerle hukukun sanılan aksine *siyasi güç* tarafından belirlendiğini ortaya koymuştur.

4. Carl Schmitt: Egemen, kural gibi istisnayı da belirleyendir.

Gross&Aolain, olağanüstü yönetim usullerinin olağan-olağanüstü ayırımına dayandığını, ayrıık olarak bu ayırımın geçersiz/anlamsız olduğunu söyleyenlerin bulunduğuna dikkat çekiyor ve Carl Schmitt'en (CS) alıntılarla örnekliyor¹⁰:

i. CS liberal hukuk düzeninin (normative order) istisna kabul etmeyen, mükemmel kapsayıcı olduğu görüşünü tutarsız bulmaktadır. CS bunu açıklamak için Political Theology adlı kitabının ilk dört bölümünü istisna (the exception) ile egemenlik düşüncesi (idea of sovereignty) arasındaki bağı açıklamaya ayırmıştır. CS'in ilk cümlesi "hükümdar istisnanın ne olduğunu söyleyen kişidir" (*Sovereign is who decides on the exception*).

ii. Böylece daha ilk cümleden itibaren, olağanüstü usullerin olağan hukuk tarafından önceden belirlenmesi, konu ve süre ile sınırlanması koşulu (Roma Hukuku) modeli havaya uçmuş oluyor!

iii. Olağan hukukun ne olduğunu söyleyen, olağanüstüyü de söyler. Hukuk böyle bir ayırımı (olağan-olağanüstü) ayırımını kabul etmez. Her iki durum da aynıdır, fark buna göre değil "*dost-düşman*" ayırımına göre yapılır. Olağan hukuk denilen şey dostu uygulanan, olağanüstü de düşmana karşı uygulanandır. Bu her zaman ve her yerde böyledir ve siyasi güç/egemen duruma göre bunu söyleme gücünü elinde tutar.

iv. CS, "Roman dictatorship" deyimini "Sovereign dictatorship"e çeviriyor, yani olağanüstüyü olağanlaştırıyor:

¹⁰ Gross&Aolain, op.cit. pp 162-168: "Carl Schmitt: dark shadow".

<p>There exists no norm that is applicable to chaos. For a legal order to make sense, a normal situation must exist, and he is sovereign who definitely decides whether this normal situation actually exists.</p> <p>All law is “situational law.” The sovereign produces and guarantees the situation in its totality. He has the monopoly over this last decision. Therein resides the essence of the state’s sovereignty, which must be juristically defined correctly, not as the monopoly to coerce or to rule, but as the monopoly to decide. The exception reveals most clearly the essence of the state’s authority.</p> <p>The decision parts here from the legal norm, and (to formulate it paradoxically) authority proves that to produce law it need not be based on law.</p> <p>Carl Schmitt, Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty 13 (George Schwab trans., 1985) (1922). David Dyzenhaus, op.cit başlıktan alıntı.</p>	<p>Kargaşaya uygulanacak herhangi bir kural mevcut değildir. Bir hukuk düzeninin anlamı olması için olağan bir durum var olmalıdır, ve yalnızca hükümdar olağan bir durumun olduğunu kesin olarak betimleyebilir.</p> <p>Hukukun tamamı “durumdan kaynaklanır”. Bu durumun ne olduğunu her yönüyle hükümdar tayin eder ve güvenceye alır. Son sözü söyleme tekeline o sahiptir. Devletin egemenliği bu noktada yer alır, bu hukuki olarak doğru tanımlanmalıdır, bu sadece zorlama ve kural koyma tekeli değildir, aslında daha da önemli olarak son sözü söyleme tekeldir.</p> <p>Karar hukuk kuralından hareketle ortaya çıkar (ama çelişik olarak aynı zamanda karar kuralı biçimlendirir) ve karar makamı hukuku oluşturmak için hukuka dayanmak ihtiyacı duymaz.</p> <p>Carl Schmitt, Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty 13 (George Schwab trans., 1985) (1922). David Dyzenhaus, op.cit başlıktan alıntı.</p>
--	--

5. Günümüzde de geçerli yerleşik olağanüstü hal anlayışı.

İdare Hukuku kitaplarında mevzuatın betimlenmesi (tasviri) ile yetinildiğinden, Türkiye’de olağanüstü dönemlerin “hukuk anlayışını” belirlemek, nasıl düşünüldüğünü, buna ilişkin hukuk kültürünün ne olduğunu söylemek şimdilik mümkün görünmemektedir.

Batı anlayışı, Rousseau’ya bakılırsa, Roma Cumhuriyet dönemine (İÖ 509 ve sonrası) kadar uzanıyor. Bu anlayış, olağanüstü dönem yetkilerinin geçici ve sınırlı, ayrıca olağan dönemde, olağan yasa koyucu tarafından önceden belirlenmiş olması esasına dayanmaktadır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen askıya almaya karşı güvenceler (AİHS ve ANY m. 15), Roma döneminden bu yana Batıda kabul gören anlayıştır.

6. Roma: Olağanüstü hallerde *anayasal diktatörlük* uygulaması...

Gross&Aolain, Roma’da cumhuriyet fikriyle anayasa anlayışının başladığını, devleti idare eden kralın tek kişi olarak başarısızlığı dikkate alınarak cumhuriyette (Senatoda yapılan) seçimle birden çok (iki) kişinin (Consul unvanıyla) yürütmenin başına getirildiğini, bunların kanunları işbölümü yaparak uyguladığını, Senato’nun

bu uygulamayı Anayasa'ya uygunluk açısından denetlediğini, Consul'lerin yenilenmemek üzere sadece bir yıl süre için seçildiğini belirtmektedir¹¹. Ancak Roma'nın giderek artan istila tehditleri yaşaması, konsüllerin bu tehditleri savuşturamaması karşısında yalnızca tehdidi önleyecek/kaldıracak askeri usulleri maharetle uygulayacak bir kişiye (komutana) özel görev verilmesi düşünöldü. Bu kişiye *dictator* denildi, bu deyim kendisine karışılması/denetlenmesi mümkün olmayan keyfi ve mutlak (tyran) yönetici anlamı taşımamaktadır. Latince *dictator*, sadece *atanmış* anlamındadır. Zira dictator, Consul'lerin aksine seçimle değil, konsüller tarafından atanmaktadır ve kendisine bir görev alanı çizilmektedir:

-Bu alan istilacıyı yenmek/durdurmak/kovalamak için gerekli askeri faaliyetler ile sınırlıdır.

-Dictator bu yetkiyi sadece 12 gün için almaktadır¹². Tehdidin devam etmesi halinde *kısa sürelerle tekrar uzatılabilir*. En uzun süre ordunun seferde kalma süresi olan altı aydır.

-Yetki mevcut düzeni değiştirmek ya da Consul'lerin faaliyet alanına girmek için kullanılamamaktadır (olağanı askıya alabilir ama değiştiremez: “*He can do anything, except make laws*: Rousseau Social Contract p.294, Gross&Aolain p.23).

-Dictator sadece savaş alanında değil, Roma kenti dahilinde de idam cezası verebilir.

-Dictatorun olağanüstü yetkilerine Consuller de uymak zorunda ve Consullerin aksine Dictator Senato'ya hesap vermek zorunda değil.

Macchiavelli ile devam edersek bugün de geçerli iki can alıcı soruna işaret ediyor, gizlilik ve süre:

-Olağanüstü halde en önemli sorun gizliliğe önem verilmesidir. Dictator yetkilerini niçin ve nasıl kullandığını açıklarsa bu savaşı başarı ile yürütme olasılığını zayıflatır. Buna karşılık gizlilik içinde kimse onun amaç dışına çıktığını anlayamaz. Bu sorun olağanüstü halde gizlilik- açıklık sorunudur. Macchiavelli bu bağlamda iki örnek vermektedir. Her ikisinde de komutanlar *kahinlerin sefere çıkmak uygun değildir* uyarısını dinlememiş, Papirius, Samnitlere karşı savaşı kazanmıştır, Appius ise kahinlerin uyarısına aldıriş etmediğini açıklayarak Kartacalı'lara karşı savaşa gitmiş ve yenilmiştir. Sonuçta fikirlerini gizleyen Papirius ödüllendirilmiş, açıklayan Appius cezalandırılmıştır¹³.

¹¹ Aynı kitap, s. 17 vd.

¹² Fransa'da halen olağanüstü hal başlangıçta 12 gün için ilan edilmekte, daha sonra üçer aylık sürelerle sınırsız uzatılabilir. Fransız Danıştay'ı bunun sakıncasına dikkat çekmiştir. La loi n°55-385 du 3 avril 1955. Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Version consolidée au 27 avril 2017 <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000695350> Art. 2: “La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi”. Bizde en fazla altı ay için ilan ediliyor, sınırsız uzatılabilir.

¹³ Gross&Aolain p.145-146.

- Diğer konu süre meselesidir. Gross&Aolain, Macchiavelli'nin bu konuda ideal örnek olarak Cincinnatus'u verdiğini belirtmektedir. Cincinnatus, düşman ordusu tarafından sarılmış bir Consulü kurtarmak için Dictator atanmış ve on beş gün içinde görevini başarıyla tamamlayıp memleketine dönmüştür¹⁴. Ancak bütün örnekler bunu doğrulamıyor. Macchiavelli, Julius Caesar dahil diğerlerinin kısa süre atandıkları halde sonra olağanüstü hal gerekçesiyle rejimi değiştirip kendilerini süresiz yönetici (imparator/tanrı) yaptıklarını vurgulamaktadır¹⁵. Aynı görüşleri tekrar eden Rousseau “olağanüstü yetkilerin kullanılmasına yol açan bunalımlarda Devlet kısa sürede ya yıkıma uğrar ya da kurtulur, zaruret hali kalktıktan sonra diktatörlük ya lüzumsuzdur ya da *tyranlığı* dönüşür” demektedir¹⁶. Kısaca, tehlike geçtikten sonra kalmaya devam eden olağanüstü yönetim usulleri devleti tahrip eder.

7. Uluslararası insan hakları ölçüleri.

Uluslararası insan hakları düzenlemeleri akılcı yaklaşıma göre yapılmıştır. Buna göre olağanüstü hukuk, olağan hukukun bir parçasıdır, önceden onun tarafından düzenlenmiştir. Olağanüstü hukukun özü insan haklarının korunması fikridir, kısaca ahlakidir. Türkiye'nin taraf olduğu, dolayısıyla iç hukukumuzda Anayasa'yı tamamlayan nitelikte olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (KSHS) bu yaklaşımla okunduğu takdirde doğru anlaşılır. Daha genel olarak pek çok AB/AK ülkesinde “terörle mücadele mevzuatı” diyebileceğimiz hükümlerle “ilân edilmemiş” bir olağanüstü hal uygulanmaktadır. Bu uygulamanın olağanüstü halden farkı sürekli olması ve olağan hukuka göre sınırlamaların daha yoğun olmasıdır. Ortak noktaları ise yargı denetiminde, dava konusu eylem veya işlemin olağanüstü hal ilan sebepleri veya terörle mücadele amacı ile doğrudan doğruya ilişkisi kurulabilirse ve bu bir zarurete dayanıyorsa, bu durumda yargı denetimi amaç dışına çıkılıp çıkılmadığını denetlemekten ibarettir. Zarureti takdir yetkisinin ve yetkinin kullanılmasının denetimi söz konusu değildir.

8. Bazı uyumsuzluk noktaları

Uluslararası hukuktan kaynaklanan özellikler, Türkiye'nin bu konudaki temel anlaşmalara taraf olması nedeniyle aynı zamanda iç hukuk özellikleri sayılmak gerekirken, bize özgü nedenlerle Anayasa'nın Zorla Çalıştırma Yasağına ilişkin 18. maddesi ile Sıkıyönetim, Olağanüstü Hal Kanunları ile Terörle Mücadele Kanunu'nun bazı hükümleri uyumlu değildir.

¹⁴ Gross&Aolain p.25: Kral III: Georges'un George Washington'un içsavaşı kazandıktan sonra askerliği ve bütün yetkilerini bırakması nedeniyle onu Cincinnatus'a benzettiğini aktarmaktadır. (G. Washington The Society of Cincinnati'nin ilk başkanı, sonradan bu isim Ohio'da bilinen şehre verilmiş!).

¹⁵ Federico Chabod, “Macchiavelli's Method and Style”, The Prince, Norton Critical Edition, (Translated and Edited by Robert M. Adams, New York London, 2nd Edition, 1992/ 1997 (288 p), p.188: “(Macchiavelli) Note too how he ‘blames’ Caesar and the founders of tyrannies, and his ‘intense longing’ for ‘good’ times /Discorsi, I, x)”

¹⁶ J.J.Rousseau, (Présentation de Henri Guillemin Du contrat social, Union Générale D'Éditions, Paris 1973, (poche 439 p). S. 205: “”Dans les crises qui la font établir, l'Etat est bientôt détruit ou sauvé; et, passé le besoin pressant, la dictature devient tyrannique ou vaine”.

Anayasa'nın 18. maddesinde olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler zorla alıştırma sayılmaz denirken ayrıca (ölke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörölen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir alışmaları, zorla alıştırma sayılmaz) denilmiştir.

Bu sonuncu cümle GGASS'na ve ILO mevzuatına aykırıdır, adeta olağanlaşan olağanüstü örneğidir. Uyarılara rağmen yıllardır böyle kalmıştır. Örneğin AIHM'nin eski kararlarında sıkıyönetim komutanının veya olağanüstü hal valisinin sakıncalı bulduğu kamu görevlilerini bölge dışına çıkarma yetkisi izlenen amaçla ilişkili bulunmamıştır. Diğer durumlar uygulamada yapılan yetki aşımları ve verilen dolaylı zararların ödenmemesine ilişkindir. Bu bağlamda etkili soruştırma yapılmaması hâlâ önüne geçilemeyen en büyük sorunumuzdur.

9. Terörle Mücadele Kanunu (3713/1991)

Bu kanuna ilişkin olarak en çok karşılaşılan eleştiri terör suç tanımının belirsiz olması ve bundan kaynaklanan ihlallerdir. 2003'de tanımın yenilenmesine rağmen eleştiri devam etmektedir. Bir karşılaştırma:

<p><i>3713 Terörle Mücadele Kanunu Terör tanımı</i></p> <p>Madde 1– (Değişik birinci fıkra: 15/7/2003-4928/20 md.) <i>Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.</i></p>	<p>Code Pénal Français Article 421-1</p> <p>Modifié par LOI n°2011-266 du 14 mars 2011 - art. 18</p> <p>Korkutma ve terör yoluyla kamu düzenini ciddi olarak bozacak şekilde bireysel veya toplu olarak kasten aşağıda sayılan eylemler terör suı sayılır:</p> <p>1... İradi olarak hayata, vücut bütünlüğüne saldırılar, kaçırma ve alıkoyma ve uçak, gemi ve diğer taşıma vasıtalarının kaçırılması;</p> <p>2. Hırsızlık, gasp, tahrip etme, yıkıma ve değer kaybına yol açma, bu Kanunun 3. Kitabında sayılan bilgiileme suçları;</p> <p>3...savaş grupları ve dağıtılan hareketlerin yer aldığı suçlar ile 434-6 ve 441-2 ilâ 441-5 arasında tanımlanan suçlar;</p> <p>4. Silah, patlayıcı madde ya da nükleer silahlar konusunda (ilgili maddelerde tanımlanan) suçlar;</p> <p>5. Yukarıdaki suçlarda kullanılan maddeleri saklama suı;</p> <p>6. Bu Kanunda sayılan karapara aklama suçları;</p> <p>7. Para ve Maliye Kanununda sayılan suçlar.</p>
--	---

Aradaki farka gelince; bizde terörün amaçları uzun uzun sayılmış ama hangi eylemlerle bunun suç sayıldığı açıklanmamıştır. Fransız Kanununda ise terörün amaçları kısaca açıklanmış, fakat hangi eylemlerin bu bağlamda suç sayıldığı yedi maddede ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bizden istenen kısaca bunu yapmamızdır. Bu anlayış farkını yansıtan iki örnek verilebilir: Türkiye ile ilgili olarak Güler ve Uğur/TR (2.3.2015) ve Fransa ile ilgili olarak Anayasa Kurulu'nun Amadou (7.4.2017) kararı.

10. AİHM'nin Güler ve Uğur/Türkiye Kararı (2.12.2014)

Güvenlik güçleri ile çatışmada öldürülen PKK üyesi üç terörist için mevlit okutulması için yapılan toplantıya katılan davacılar, terör propagandası suçlaması ile mahkum edilmiştir. Davacılar olay sırasında (2006), daha sonra ANYM tarafından kapatılan, Demokratik Toplum Partisi üyesidir.

Mevlit okuma amaçlı toplantıda Kuran'dan kısa parçalar okunmuş, öldürülenlerin hayatına ilişkin video gösterimi yapılmış, davacılarından biri “Korkularımız endişelerimiz devam ediyor, ölümler devam ediyor, umarız bu Mevlit barış ve kardeşliğe vesile olur” biçiminde bir konuşma yapıyor. Mevlide katılanlardan biri daha sonra ihbarda bulunarak PKK şehitleri için tören yapıldığını, törenin videosuyla birlikte savcılığa göndermiştir. Ankara Ağır Ceza Mahkemesi 2008’de 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre iki davacıyı terör propagandası yapmaktan 10 ay hapisle cezalandırmıştır.

Mahkeme kararında özellikle törenin parti binasında yapılmasını, PKK bayraklarının kullanılmasını, örgüt mensuplarının fotoğraflarının duvarda asılı olmasını dikkate almıştır. Kararda AİHM, 3713 sayılı Kanunun mahkumiyete esas alınan 7. maddesinin ikinci fıkrasının olay sırasında “her kim terör örgütünün propagandasını yaparsa bir yıldan beş yıla kadar hapse mahkum olunur” biçiminde olduğunu, daha sonra 2013’te bu fıkranın açıklık getirme amacıyla “Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” biçiminde değiştirildiğine dikkat çekmiştir.

Ne var ki AİHM oybirliğiyle mahkumiyetin 2006 yazılımının müphem ifadesi nedeniyle verildiğini dikkate alarak, davacıların düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır (AİHS m. 9).

11. Fransa Anayasa Konseyi'nin Amadou kararı (7.4.2017)¹⁷

Yukarıdaki karşılaştırmada bizim Terörle Mücadele Kanunu terör suçları tanımının belirsizliğinden, buna karşılık Fransız Ceza Kanunu’ndaki terör suç tanımlarının

¹⁷ <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-625-qpc/decision-n-2017-625-qpc-du-7-avril-2017.148904.html> 14.4.2017.

çok belirgin olduğundan söz etmiştim. Amadou kararı ile bu kanımın pek de doğru olmadığı ortaya çıktı. Bir ceza davasında Fransız Ceza Kanunu'nun bilişim yoluyla işlenen terör suçu bağlamında yer alan "cihatçı web sayfalarına girmek" suçu nedeniyle anayasaya aykırılık itirazı yapan Amadou'nun itirazı, "eylemin suç olmasını gerekli kılan açık ve kesin bir sebep gösterilmediği" (Principe de nécessité de délits) gerekçesiyle kabul edilerek itiraz konusu hüküm Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Anayasa Kurulu'na göre; suçların gerekliliği ilkesi Fransız İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan bir ilkedir ve anılan yasa kuralı bu ilkeyi göz ardı etmektedir:

1789 UDHR Article 8	1789 İHEB Madde 8
<p>The law shall provide for such punishments only as are strictly and obviously necessary, and no one shall suffer punishment except it be legally inflicted in virtue of a law passed and promulgated before the commission of the offense.</p>	<p>Yasalar sadece kesin ve açık bir şekilde gerekliliği olan cezalar belirlemelidir ve hiç kimse suçun işlenmesinden önce ilan edilen ve gereği şekilde uygulanan yasalar dışında cezalandırılmaz..</p>

Olayda oturduğu yerden zorla tahliye edilen, işsiz ve sabıkalı bir Afrikalı söz konusudur. Bu kişinin internet üzerinden cihat çağrısı yapan örgüt sayfalarına girdiği tespit edilmiştir. Ayrıca kaldığı odada yapılan araştırmada bomba süsü verilmiş birbirine yapıştırıcı şeritle bağlı su şişeleri bulunmuştur.

Anayasa Kurulu'na göre denklemin kopuk yanı kısaca şudur: Amadou, terör örgütlerinin web sayfalarına girmiştir ama onlarla birlikte şiddet suçu girişimine hazırlandığını gösteren bir delil bulunamamıştır. Kurula göre sadece suç işleme niyeti taşıyan bir kimse, eyleme geçmemişe (uyuyan hücre mensubu) salt bu nedenle cezalandırılmaz.

Kurul bu bağlamda Ceza Kanunu'nun 421-2-6 maddesinde yer alan "başkaları için tehlike yaratmaya elverişli madde ve nesnelere araştırmak, bulundurmamak, imal etmek, sağlamak faaliyetleri yanında ayrıca hedefler hakkında bilgi toplamak, silah kullanma talimi yapmak, cihatçı sayfalara girmek, harekât alanında kalmak faaliyetlerini de terör suçu işleme niyetinin mevcudiyeti için elverişli saymamıřtır¹⁸.

12. Olağanüstü Hal Kararnemelerinin yargı bağışıklığı konusu

ANYM bazı OHAL-KHK'leri aleyhine açılan iptal davalarını "*Anayasa'nın denetlemeyi yasaklayan açık hükmüne karşın denetim yapılmasının hukuken imkansız*

¹⁸ L'article 421-2-6 du code pénal, créé par la loi du 13 novembre 2014, dispose en effet que l'intention terroriste individuelle est matérialisée par le fait de « détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ». Il faut, de plus : soit se renseigner sur des cibles, soit s'entraîner au combat ou à manier des armes, soit consulter des sites djihadistes, soit avoir séjourné « sur un théâtre d'opérations ». Dans sa décision du 7 avril, le Conseil constitutionnel formule une réserve d'interprétation : il considère que ces actes préparatoires ne sauraient suffire à prouver une intention terroriste, au risque de méconnaître le principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines.

olduğu” gerekçesiyle reddetmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte ANYM Başkanı, onaylanarak kanuna dönüşen bazı KHK’ler aleyhine açılan iptal davalarının esas incelemeğine başladıklarını açıklamıştır¹⁹.

Bu gerekçe, “pozitivist” yani kanunun “açık hükmünün yorum gerektirmeyeceği” üst dil kuralına uygun bir gerekçedir. Burada olağanüstü hal KHK’lerinin ANYM hükmü gereğince denetim dışı olması söz konusudur. Bu kararın yanlış veya hatalı olduğunu söylemiyorum. OSCE referandum gözlem raporunda “Geçmiş kararlarda, mahkeme, Anayasa olağanüstü hal kararlarının içerik bakımından denetimini yasaklasa da, Mahkemenin, kararlarının gerçekten olağanüstü hal kararnamesi olup olmadığını belirleme ve değillerse de bunları içerik denetimine tabi tutma yetkisi bulunduğuna karar vermiştir” demektedir²⁰.

Gerçekten ANYM’nin geçmişte OHAL KHK’lerini denetlediği kararları bulunmaktadır²¹. Buna Marbury v Madison (1803) içtihadı yöntemi de denebilir. ABD Yüksek Mahkemesi’nin yaklaşımı “iç hukuk sisteminde herhangi bir şekilde anayasa aykırılığını sürdürebilecek bir kanun olmaması gerektiği” biçiminde özetlenebilir. Benzer bir yaklaşımla ANYM, anayasa değişikliklerinin sadece biçim denetimi ile sınırlı olmasına karşın “cumhuriyet ilkesine” aykırı değişikliklerin biçim denetimi kapsamına girdiğini kabul ederek denetlemiştir²². ANYM bu defa Anayasa’nın açıkça yasakladığı denetimin yorum yoluyla yapılmasına karşı olduğunu açıklamıştır²³.

OSCE’nin önerisi OHAL KHK’lerinin anayasa yargısından bağışık olmalarının, bunların gerçekten bu nitelikte olduklarının incelenmesini engellemeyeceği biçimindedir. Bu genişletici yorumdur. Yargı yerinin, bu yola girdiği zaman da hukuka aykırı davranışları söylenemez.

Sorun şurada odaklanmaktadır. Kimi davalarda yargı yeri adım adım doğrusal bir çizgi izleyerek gerçeği tespit eder. Ceza davalarında deliller suçun işlendiğini ortaya koymuşsa, işlenmediği sonucuna varmak mümkün değildir ya da aksine, deliller suçun işlendiğini ortaya koymakta yetersiz kalmışsa, yine de suçun işlendiği biçiminde

¹⁹ ANYM Başkanı Zühtü Aslan 25 Nisan 2017 günü, 55. Kuruluş Günü Konuşması (Mahkemece basılan metin, web sayfasında görülebilir).

²⁰ OSCE Türkiye 16 Nisan 2017 Referandum Raporu, s. 5 dn 14. <http://www.osce.org/tr/odihr/elections/turkey/311736?download=true> 24.4.2017.

²¹ ANYM T.10.1.1991, E.1990/25, K.1991/1; T.3.7.1991, E.1991/6, K.1991/20; T.26.5.1992, E.1992/30, K.1992/36 ile T.22.5.2003, E.2003/28, K.2003/42.

²² ANYM T.5.6.2008, E.2008/16, K.2008/116. (Başörtü yükseköğretimden yararlanmaya engel olmamalı düşüncesiyle ANY m.10’a eklenen “ve her türlü kamu hizmetinden yararlanmada” cümlesiyle “Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.” cümlesinin laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali).

²³ ANYM, E. 2016/166, K.2016/159 T.12.10.2016, RG 4.11.2016, Sayı: 29878; §21. Anayasa Mahkemesi KHK’sının gerçekten Anayasa’nın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından inceleme yapmıştır... Bu yaklaşım, Anayasa’nın 148. maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hâle getirmektedir. Zira olağanüstü hâl KHK’lerinin yargısal denetimi mümkün olsaydı Anayasa Mahkemesi, aynı incelemeyi yapacak ve kuralı Anayasa’nın 125. maddesine aykırı bularak iptal edecekti. Bu tür bir yaklaşımla olağanüstü hâl KHK’si niteliğinde olan tüm kuralları bu kapsam dışına çıkarmak mümkündür”.

bir sonuca varmak mümkün değildir. Buna karşılık kimi davalarda da iki değer h k m  arasında tercih söz konusudur. ANYM'nin durumu budur. Genelde kural yargılaması böyledir. ANYM, KHK'ler konusunda pozitivist bir yaklaşımla ANY'nin açık kuralı karşısında yapılacak bir Şey olmadığına karar vermiştir.

Benzer Şekilde Fransız Anayasa Kurulu da 2003'te anayasa değişikliğini, kuruluş kanununda hüküm bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiřtir²⁴. Buna karşılık OSCE'nin önerdiği gibi ya da Marbury v. Madison yaklaşımına göre davranmış olsaydı yine denecek bir Şey olamazdı. İki tercihten her birinin kazandırdıkları ve kaybettirdikleri vardır.

Örneğin Avrupa Genel Mahkemesi AB'nin Türkiye ile yaptđı göçmenlerin iadesi anlaşmasını, AB andlaşması olmadığı, Türkiye ile AB taraf ülkeleri arasında varılan mutabakat açıklamasından ibaret olduğu gerekçesiyle reddetmiřtir²⁵. Andlaşma niteliğinde sayıp denetleseydi Türkiye'den gelebilecek göçmen akımının dengeleri bozacağı endişesi haklı çıkabilirdi.

Bugüne kadar çıkarılan yirmidört OHAL KHK metninde genel kurallar yanında, bireysel işlemler de yer almaktadır. Bireysel işlemler olarak; bazı kurumların varlığına son verilmesi, bazı yerel yöneticilerin görevden geçici olarak alınarak yerlerine kayyum atanması, bazı kurum personelinin görevlerine tamamen son verilmesi söz konusudur. OSCE raporuna göre 150.000'den fazla kamu görevlisinin işine son verilmiştir. Bu kitlesel temizlik sonucunda t k tilecek içhukuk yolu bulunmadığından mağdurlar AİHM yolunu tutmuş, zaten kilitlenmış olan AİHM, Adalet Bakanlığına bir içhukuk yolu ihdas edilmesini önermiş ve 685 sayılı KHK (2/1/2017) ile olağanüstü hal işlemleri inceleme komisyonu kurulması öngörülmüştür.

Böylece OHAL KHK denetim ret kararına yol açan pozitivist yaklaşımın sađladđı kesinlik ve hukuk güvenliğinin sađladđı yarar ile, denetim kabul edilseydi verilecek

²⁴ Fransız Anayasa Kurulu, Anayasa değişikliği getiren organik kanunu denetleme yetkisi bulunmadığını, mevcut düzenlemelerde kendisine böyle bir yetki tanınmamış olduğunu belirtmiştir: Décision n  2003-469 DC du 26 mars 2003 "Considérant que l'article 61 de la Constitution donne au Conseil constitutionnel mission d'apprécier la conformité à la Constitution des lois organiques et, lorsqu'elles lui sont déférées dans les conditions fixées par cet article, des lois ordinaires; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle; "http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dc-du-26mars-2003.857.html 14.4.2017.

²⁵ http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188481&pageIndex=0& doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=195339 ECLI:EU:T:2017:129 ORDER OF THE GENERAL COURT (First Chamber, Extended Composition) N.G. v. European Council 28 February 2017. Bireylerin AB Organlarının kararlarına karşı açtıkları iptal davalarına bakmakla görevli Avrupa Genel Mahkemesi (European General Court) iki Yunanistan vatandaşı tarafından açılan davalarda Türkiye ile Avrupa Birliği  lkeleri devlet ve h k met başkanları arasında yapılan yasa dışı göçmen ya da sđnmacıların karşılıklı olarak iadelerine ilişkin anlaşmanın AB tarafından yapılan bir uluslararası andlaşma niteliğinde olmadığını, ortak mutabakat metni diye Türke'e ye çevirilen belgenin (statement) bunu imzalayan temsilcilerin mensup oldukları hükümeti bađladđı sonucuna davayı, esasa girmeden görevden reddetmiştir. Bu belgede AB organları olan Kosey Başkanı (Tusk) ve Komisyon Başkanı (Junkers) imzalarına rağmen EGC davayı reddetmiştir. Kabul etseydi anlaşma insan haklarına açığa aykırı olduğundan iptal edilecekti. Ancak AB  ye devletleri ve organlarının insan haklarına aykırı siyasi mutabakat (siyasal anlaşma) bağtlatma yetkileri var mı? Aynı Şey Türk i hukuku bakımından da söz konusudur. Benzer görüş: Mauro Gatti The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 1 of 2) Published on April 18, 2016 . http://www. ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/

iptal kararı doğrultusunda denetim yolu açılacağından bunun sağlayacağı fayda arasında karşılaştırma imkânı doğmuştur. Ret kararının yarattığı mağduriyeti gidermek için, geri adım atarak inceleme kurulu adı altında bir içhukuk yolu kurmak zorunda kaldık (demek ki yapılabiliyormuş). AİHM bize doğru yolu göstermiştir; oysa iptal edilseydi doğru yolu ANYM göstermiş olacaktı....

13. Olağanüstü durum kavramı (ordinary emergency)

İl İdaresi Kanunu'na eklenen madde ile valilere verilen sokağa çıkma yasağı yetkisinin anayasal olağanüstü hal kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM'ne müracaat edilmiş, fakat bu mahkemece bireysel başvuru yolu tüketilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. ANYM'nin bu konuyu, Anayasa'ya aykırı bulma olasılığı vardır. Olağanüstü hal ilan edilmediği halde bu tür yetkilerin olayla sınırlı kullanılması idarenin karşılaştığı olağanüstü durumlarla baş edebilmesi için zorunlu/zımnî bir yetkidir. Ancak bu Fransız yaklaşımıdır. Bizde ne çıkacağı, daha önce mevcut bir örnek olmadığından belli değildir. Kanımızca konuda hak ihlâli tespiti anayasaya aykırılık noktasında değil, olağanüstü yetkilerin kullanım amacıyla orantılı olup olmadığı ve gereken süre içinde, bu süreyi aşmadan kullanılıp kullanılmadığı, buldukları yerden çıkamayan insanlara yardım yapılıp yapılmadığı ile ilgilidir.

14. Gidilebilir v. Gidilemez

Bir görüşe göre gidilemez: 16 Nisan 2017 Referandumuna ilişkin YSK itiraz ret kararlarına karşı (Referandum sandık itirazları ve mühürsüz oy pusulası vb ihlal sebepleriyle) Danıştay'a gidilemeyeceği gibi (zaten tüketilmesi gerekli değil) ANYM'ne Bireysel Başvuru da yapılamaz, AİHM'e gidilemez. Zira AİHM McLean/İngiltere vb ilk inceleme/ret kararlarında referandumun seçim olmadığını belirtmiştir. Bu durumda tartışmak boşunadır²⁶.

Karşı görüşe göre, gidilebilir: Gazete haberinde gördüğüm için ayrıntılarını, gerekçesini bilmediğim bu görüş sahibi kısaca “neden olmasın? referandum da bir seçim değil mi?” diyor²⁷. Öyle sanıyorum ki burada da görüş sahipleri görüşlerinin mutlak

²⁶ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Sitesi www.anayasa.gen.tr (21 Nisan 2017) YSK'nın mühürsüz oy kararının bağlayıcılığı üzerine YSK'nın Kararına Karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Anayasa Mahkemesi'ne veya Danıştay'a Başvurulabilir mi?

²⁷ Yüce Yöney Bıanet, <https://bianet.org/bianet/siyaset/185745-prof-kaboglu-aym-ye-de-aihm-e-de-gidilebilir> 20.4.2017: “Anayasa hukuku profesörü **İbrahim Kaboğlu** Adalet Bakanı **Bekir Bozdağ**'ın Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararları ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) gidilemeyeceği ve referandumların AİHM'in yetkisi dışında olduğuna dair sözlerini değerlendirdi. AYM'ye YSK'nın kararını götürmenin önünde bir engel olmadığını söyleyen Kaboğlu, Avrupa hukuku açısından AİHM'e de gidilebileceğini ifade etti. Kaboğlu, Adalet Bakanı'nun böyle bir açıklama yetkisi olmadığını da belirtti. “AYM'ye ve AİHM'e başvuru hakkı bir bireysel haktır. Kimin başvuracağı, başvuru yollarının nasıl kullanılacağı Adalet Bakanı'nin yetkisinde değil.” “AYM'ye YSK kararını götürmenin önünde bir engel yok. Tabii nasıl karar verir, başka bir şey... “Hem muhalefet partileri götürebilir, hem de seçmenler bizim oy hakkımız ihlal edildi diye, Anayasa'nın 67. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolü Madde 3 ihlal edildi diye götürebilir. “AİHM açısından bu konu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolü'nün 3. maddesinde düzenleniyor: Serbest seçimleri düzenleme hakkı. Referandum da zaten en büyük seçimdir. “Dolayısıyla yasama seçiminin yararlandığı bir alanda halk oylaması yararlanamıyor demek bir görüş ifade etmektir ama insan hakları Avrupa hukuku açısından geçerli bir görüş değildir. “Bu bağlamda AİHM'e de gidilir. AİHM'in geliştirdiği serbest seçimleri düzenleme hakkının Türkiye'ye

doğru olduğunu öne sürmekte, kural yargılamasında daima yarışan iki değer hükmü ya da üstdil kuralı arasında seçim yapıldığını ve üst dil kuralları arasında üstünlük sıralaması (hierarchy) olmadığını göz ardı etmektedir²⁸. Doğrusu McLean& Cole v. The UK (inadmissibility) 11 June 2013 tarihli kararı dikkatli okumak lazım diye düşünüyorum:

<p>27. The Court recalls that the word “legislature” in Article 3 of Protocol No. 1 does not necessarily mean the national parliament: the word has to be interpreted in the light of the constitutional structure of the State in question (see Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, 2 March 1987, § 53, Series A no. 113; and Matthews v. the United Kingdom [GC], no. 24833/94, § 40, ECHR 1999-I).</p>	<p>Mahkeme “yasama” sözcüğünün 1 Nolu Protokol Madde 3 bağlamında mutlaka “Millet Meclisi” anlamına gelmediğini: bu kelimenin ilgili Devletin anayasal yapısı (hükümleri) çerçevesinde yorumlanması gerektiğini hatırlatır.</p>
--	---

Bu anlatımdan şu çıkmaktadır: 1 Nolu Protokolün 3. maddesine göre kapsama sadece yasama organı seçimleri girmekle birlikte, yasama organı (legislature) deyi mi ulusal parlamento ile sınırlı anlaşılacak gerekir. Yerel ve bölgesel meclis seçimleri madde kapsamı dışında olduğu halde bazı ülkelerin anayasal kuralları yasama işlevinin bu meclislerle paylaşılmasını öngörüyorsa bunlar da yasama organı (legislature) kapsamında sayılır, bunlar için yapılan seçimler de Ek Protokol m. 3 kapsamına girer.

Bizim durumumuza uyarlıysak; 16 Nisan Referandumu ile Deus Ex Machina tepemize inen Anayasa değişikliği hükümleri dikkate alınırsa bunlar Cumhurbaşkanını denilen Başkana yasama yetkisi veriyor sayılır mı? Sayılırsa gidilebilir. Sayılmazsa gidilemez, demek en doğrusu görünüyor. Kanun olmadığı takdirde dahi kararname çıkarabileceğine göre, cumhurbaşkanı yasama yetkisini paylaşıyor. Eğer Anayasa Mahkemesi’ni hâlâ etkili yol sayıyorsa, AİHM böyle bir başvuruyu erken yapılmış sayıp “oraya gidip öyle gelin” deyip reddedecektir. Saymazsa (büyük bir olasılık görünüyor), YSK’nin kendi kararında kabul ettiği “mühürsüz olayını” sonucu etkiler ciddi bozukluk nitelendirip ihlal kararı verecektir. Bu durumda tavrımızın ne olacağını Cumhurbaşkanı zaten ortaya koydu: “Siyasi içerikli kararları ne görürüz, ne duyuruz, ne biliriz”²⁹.

yüklediği yükümlülükleri yerine getirdi mi, getirmede mi, onu denetleyecek... Kaboğlu AYM’nin de AİHM’in de başvuruyu çevirebileceğini, ihlal kararı vermeyebileceğini belirtti, ancak “Götürülemez” demenin yanlış bir bilgi vermek olduğunu söyledi. “Bu konularda az konuşmalar halk oylamasının sonuçlarının haksızlığını bu kadar teşhir etmemiş olurlar.”

²⁸ Tekin Akıllıoğlu, Hangi Hukuka Giriş, Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş, İkinci Baskı, Ankara İmaj Yayınevi, 2015 s.283-284: “Hukuk dili bağlamında ilk ayrım, konu dili-üst dil ayrımıdır. Konu dili aslında yürürlükteki kuralların dilidir... Üst dil konu dilinin kullanılış yöntemini kurala bağlar, yoruma kullanılan kurallardan oluşur”, s.286: “Üst dil kuralları, konu dilinin anlamını belirlediklerinden bunların üzerinde yer alır, mantık bakımından konu diline üstündür. Buna karşılık üst dil kuralları kendi aralarında üstünlük sıralamasına bağlı değildir. Bu durumda uygulayıcılar (yargıçlar) üstdil kuralları arasında serbestçe seçim yapabilir, seçimi belirleyecek bir ölçüt ya da üst dil kuralı bulunmamaktadır. Seçime sadece adaletli karar verme/yorum yapma ihtiyacı kumanda eder. Hukukçular arasında sonu gelmez tartışmaların ve kendi haklılığına mutlak inanç beslemelerin sebebi, farklı üst dil kurallarına göre sonuç çıkarmaları ve üst dil kuralları arasında üstünlük sıralaması olmadığını dikkate almamalarıdır”.

²⁹ <http://www.yenisafak.com/secim/cumhurbaskani-erdogandan-agite-tepki-ne-goruruz-ne-biliriz2645193> 17.4.2017.

15. Sonuç yerine, “ne yapmalı”?

Kestirme bir hesaplama ile 60.000 eski BB + 150.000 KHK mağdurları + 25.000 (AİHM’den iade) toplam 235.000 dosya. Sayının büyüklüğü buna ilişkin kavramı kolayca bulmamızı sağlıyor: yapısal bozukluk. Yapısal bozukluk kısaca kamu hizmetlerinin bu arada yargı yerlerinin talep yoğunluğu karşısında kilitlenmesi biçiminde örneklenebilir. Sebeplerin açıklanması çok disiplinli inceleme gerektirir.

AK Bakanlar Komitesi devletleri yapısal bozukluk karşısında tedbir almaya çağırdı, bu tavsiye kararından hareketle Mahkeme “pilot dava” (ben öncü dava/karar diyorum) usulü ihdas etti. Buna göre Mahkeme aynı olaydan/bozukluk veya ihlalden kaynaklanan dizi davalardan birini öncü/pilot olarak tespit ederek bunu karara bağlarken ilgili hükümeti çözüm bulmaya çağırıp, diğerlerini de bu şekilde karara bağlayacağını bildiriyor. Sanırım bu usulü duymayan/bilmeyen kalmadı. Ancak gözden kaçan şu, bizde ANY (m.125) ve İYUK (m.2) yargıcın idareye kararlarında yol göstermesi, işlem tarif etmesini, emir vermesini (YDK hariç) yasaklıyor. ANYM bu hukuki engeli aşabilir diye düşünüyorum.

16. ANYM’NİN OHAL değerlendirme: AYDIN YAVUZ VE DİĞERLERİ BB Kararı (20.6.2017)³⁰.

ANYM, 15 Temmuz 2016 darbe girişimi bağlamında yasadışı örgütle birlikte hareket ettikleri şüphesiyle tutuklanan Aydın Yavuz ve arkadaşlarının yapmış olduğu bireysel başvuru kararında (82 sayfa) yalnızca bireysel ihlal iddialarını değil aynı zamanda OHAL ilan sebepleri dahil, OHAL hukuki düzenlemelerinin tamamı hakkında bir değerlendirme yapmış bulunmaktadır. Buna göre OHAL ilan kararı ciddi sebeplere dayanmaktadır. Durumun ciddiyeti ile orantılı olarak başvuru sahiplerinin tutukluluk süresi (11 ay), tutukluluk nedenleri (bylock kullanımı vd) hukuka uygundur. Kararın ilgi çekici (tartışılabilir) özellikleri aşağıdaki gibi sıralanabilir:

i. ANYM bireysel başvuru incelemesinde AİHM’nin inceleme yöntemini izlediğinden önce OHAL ilan sebeplerini gözden geçirmiştir. Buna göre;

- Anayasa’da mevcut olağanüstü hal usullerinden birinin (OHAL) yetkili merci tarafından ilan edildiği,

- Başvuru konusu tedbirin (tutuklama) *olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış, aynı zamanda olağanüstü durumun ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesiyle de ilgili olduğu, görülmüştür*³¹.

³⁰ ANYM (Genel Kurul) Aydın Yavuz ve Diğerleri Başvurusu, Başvurusu No 2016/22169, Tarih 20.6.2017. RG 30.6.2017 Sayı: 30110.

³¹ Bilindiği gibi idare hukuku öğretisinde sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan kararlarının yargı denetimi dışı sayılması sürekli eleştirilmiştir. AİHM’nin yargı yetkisini kabulden itibaren olağanüstü yönetim usulleri ilan kararlarının ciddi sebeplere dayanmadığını denetim yetkisi, olağanüstü hal askıya alma bildirim usulüne uygun olarak AK Genel Sekreterliğine bildirimde bulunulmuş ise, AİHM tarafından kullanılmaktadır. Olağanüstü halin yetkili organ eliyle usulüne uygun ilan edilmesi ve ciddi

ii. ANYM daha sonra, tutuklamanın OHAL ilan sebepleri ile bağlantısını tespit ettikten sonra, sınırlandırmada ölçünün aşıllp aşılmadığını, olağan dönem sınırlama sebeplerini açıklayan ANY m.13'e göre değil, olağanüstü durumlarda askıya almayı düzenleyen ANY m.15'e göre değerlendireceğini belirtmiştir. Buna göre; 15. madde de güvenceye alınan çekirdek haklara dokunulmaması, milletlerarası andlaşmalara uygunluk ve durumun gerektirdiği ölçü dikkate alınacaktır. ANYM her olayda üç koşula da uyulduğunu saptamıştır.

iii. ANYM başvurucuların ihlâl iddialarını sırasıyla ele alarak, çok sayıda kişinin tutuklandığı dikkate alınırca 11 aylık tutuklu yargılama süresinin makul olduğu sonucuna varmıştır.

iv. Sanıkların yöntemsel haklarının ihlal iddiaları da, üzerlerine atılı suçun ciddiyeti karşısında inandırıcı bulunmamıştır. Buna göre, sanıkların tutukluluk durumlarının duruşmasız (dosya üzerinden) incelenmesi ANY m. 19/8 hükmüne aykırı olmakla birlikte, olay ANY m.15 kapsamına girdiğinden (ANY m.19/8 askıya alınmış sayıldığından) hukuka uygundur.

v. Öte yandan ANYM'ne göre tutuklama güvenceleri (güvenlik hakları) ANY m. 15'te sayılan çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır. Dosyadan bilgi alma hakkının engellenmiş olması durumun gerektirdiği ölçüye uygundur, dosyaya bakma hakkı tanınırca, ülke hayatına ciddi tehdit oluşturan bir duruma ilişkin bilgilerin sanıkların eline geçme tehlikesi/sakıncası bulunmamaktadır.

17. Gerekeçye karşı eleştiriler:

- ANYM'nin ANY m.19'da, aynı zamanda AİHS m.5/2 ve 3'te, düzenlenen güvenlik haklarının (yakalama/gözaltı/tutuklamada şüpheli/tutuklu/sanık haklarının) ANY m.15'te sayılan çekirdek haklardan olmadığı şeklindeki gerekeçesine karşılık olarak, güvenlik haklarının yöntemsel haklardan olduğu, yöntemsel hakların olağanüstü hal ilanını gerektiren sebeplerle ilişkili sayılmayacağı söylenebilir. AİHM'nin olağanüstü hal içtihadını açıklayan kitapçıkta sergilendiği gibi usuli hakların askıya alınması olağanüstü hal sebepleriyle dođrulanamaz³².

- Sanıkların tutukluluk hallerinin devamına duruşma yapmaksızın dosya üzerinden karar verilmesi, olağanüstü hal nedeniyle yapılan tutuklamalarının sayıca fazla olması, dolayısıyla yargının işyükünün ağır olması (kısaca; duruşma ile vakit kaybı

sebeplere (ulusun ve ülkenin varlığa yönelik tehditler) dayanması koşulları aranmaktadır. Bu defa bireysel başvuru usulünde tamamen AİHM modeli uygulayan ANYM bu kararda uzun uzadıya (resmi söylemi tekrar niteliğinde de olsa) OHAL ilan sebeplerinin ciddiyyetini açıklamıştır. Bu yaklaşım sebeplerin ciddi bulunmaması halinde askıya alınmanın AİHS m.15 ve ANY m.15'e aykırılığı sonucuna götürecektir. Başka deyişle OHAL ilanı yargı denetimi kapsamına alınmıştır. İkinci adım ANYM'nin bu yetkiyi bireysel başvuru dışında da, mesela iptal veya itiraz yolunda da, incelemesi olmalıdır. T.A.

³² http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights, Derogation in time of emergency, Updated on 30 April 2017. Bu yayına "Olağanüstü Hallerde Yüktümlülükleri Askıya Alma" başlığı altında (Adalet Bakanlığı çevirisi) erişilebilir: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf

olacağı) gerekçesi hukuki olmayıp, sadece uygulama güçlüğünü yansıtmaktadır. Bu itibarla ANYM'nin duruşmasız incelemeyi "durumun gerekleri" ölçüsüne uygun bulunması tutarlı (consistent) bir açıklama değildir. Zira duruşmalı inceleme yapılırsa terör olaylarında artış olmayacaktır.

- Sanıklara dosyaya erişim hakkının yasaklanması, soruşturmanın gizliliği ilkesi ile açıklanmaktadır. Bilindiği sadece sanığın savunmasına elverişli olabilecek kısmın gösterilmesi, diğer bilgilerin saklanması mümkündür. Kısaca sınırlı erişim hakkı tanınması, savunma hakları ile kamu düzeni arasında adil denge (fair balance) kurulması anlamına gelmektedir. Bu husus da AİHM'nin olağanüstü hal içtihadından kolayca çıkarılabilir³³.

18. Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi BB Kararı (7.6.2017)³⁴

ANYM, yukarıda tartışmaya son vererek referandumun seçimden farklı olduğu, her ne kadar seçim kavramının sadece yasama organı seçimleriyle sınırlı olmayıp yerel meclis seçimlerini de kapsadığı kabul edilse bile, referandumla herhangi bir yasama organının seçimi ve buna ilişkin güvencelerin korunmasının söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. Kısaca, ANYM'ne göre, AİHS'ne EK 1 Nolu Protokol m.3 (serbest demokratik seçim hakkı) referandumu kapsamaz. Kaldı ki Anayasa'ya göre yargı denetimine açık olmayan YSK kararları aleyhine bireysel başvuru yapılamaz.

Efe kararını değerlendirmek gerekirse; ANYM, bu kararında açıkladığına göre AİHS'ne Ek 1 Nolu Protokol'ün demokratik seçim hakkı kavramını yasama meclisinin oluşumu ile sınırlı tutmaktadır.

i. AİHM yasama organının yalnızca ulusal yasama organı değil yerel meclisleri de kapsadığını belirtmiştir. Yasama organı yasama yetkisini kullanan organ anlamında anlaşıldığında kuşku bulunmamaktadır. Bu durumda, yasama yetkisini paylaşan Cumhurbaşkanı da bu kapsamda anlaşılacak gerekmez mi?

ii. 16 Nisan 2017 Referandumu yasama yetkisine ilişkin çok önemli bir değişiklik getirmektedir, bu yetkiyi paylaşacak Cumhurbaşkanı'nın oluşumunu belirlemektedir. Başka deyişle AİHM, McLean kararı ile demokratik seçim hakkı kavramının önemini, yasama yetkisini kullanacak organın belirlenmesi nedeniyle vurgulamaktadır.

iii. Bu yetki yerel meclis tarafından kullanılacak ise, yerel seçimler demokratik seçim hakkı kural alanı dışında olduğu halde, yasama yetkisi devri nedeniyle alan içine

³³ "İlk önce Sözleşmeciler Devletlere düşen, ulusun hayatını koruma sorumluluğu altında, bu hayatın acil önlem almayı zorunlu kılan bir tehdit altında olduğunu, eğer böyleyse bu tehlikeyi aşmak için neler yapmak gerektiğini belirlemektir". (It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibility for 'the life of [its] nation', to determine whether that life is threatened by a 'public emergency' and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency). Bu anlatımdan da anlaşılacağı gibi tehlikeyi önlemek için zorunlu nitelik taşımayan ve tehlikeye hiç ilgisi olmayan önlemler almak söz konusu olamaz. Alıntı için bkz (Ireland v. the United Kingdom, § 207).

³⁴ R.G. Tarih ve Sayı: 7/7/2017-30117.

kabul edilmiştir. Aynı şekilde Cumhurbaşkanına yasama yetkisinin kısmen devri anlamına gelen referandumun da demokratik seçim hakkının kural alanı ya da kapsamı içinde sayılmak gerekir.

19. AİHM'nin Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) başvurusunu ret kararı³⁵.

i. Kararın dikkat çekici yanı, AİHM'nin, Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi BB Kararı'nda ANYM'nin dayandığı gerekçeye benzer biçimde CHP'nin, YSK 2017 Anayasa Referandumu itiraz/ret kararı aleyhine yaptığı başvuruyu ilk incelemeden (konu açısından yetkisizlik gerekçesiyle) reddetmiş olmasıdır. AİHM (2. Daire) de referandumun seçim olmadığını, açıkça AİHS'ne EK 1 Nolu Protokol m.3 kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir.

ii. Kararın dikkat çekici yanlarından biri de AİHM'in Venedik Komisyonu görüşüne gönderme yapmasıdır (§21). Venedik Komisyonu 13 Mart 2017 tarihli görüşünde ayrıntılı biçimde Türk usulü başkanlık sisteminin karşılıklı denetim-denge ilkesini göz ardı ederek başkana sınırsız yürütme yetkisi aktardığını vurgulamaktadır.

iii. Başka bir anlatımla AİHM, Venedik Komisyonu'nun demokratik toplum ilkesine aykırı otoriter rejim tehlikesine vurgu yapan görüşünü aktarmakla birlikte, EK 1 Nolu Protokol'ün genişletici yorumla referandumu kapsar biçimde uygulanmayacağı sonucuna varmıştır.

iv. Özetle AİHM, Venedik Komisyonu eleştirisini ciddi bulmakla birlikte, "textualist" (metne sadık) yorumu benimsemiştir. Mahkeme, McLean kararına yollama yaparak amaca göre (purposivist) yorum yapılmasının ancak yasama yetkisinin devredilmesi halinde mümkün olduğunu belirtmiştir. CHP başvuru metninde yasama yetkisinin devrine yer vermemiş, sadece başkana güçlü yürütme yetkileri aktarıldığından yakınmıştır. AİHM sebep ikamesi yaparak kendiliğinden yasama yetkisinin devredildiği sonucuna varabilir miydi?

v. AİHM, 2018 içinde verdiği Radomilja-Hırvatistan kararında dava konusunun olaylarla, buna bağlı sebeplerden oluştuğunu (ders verir gibi) açıklamış ve kendisinin sadece dilekçede belirtilen sebebi düzeltme (onunla bağlı olmama) yetkisine sahip olduğunu, ancak dilekçede öne sürülmemiş bir sebebi kendiliğinden ikame edemeyeceğini belirtmiştir³⁶.

³⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-179280%22%5D%7D>; Second Section Decision Application no. 48818/17 Cumhuriyet Halk Partisi Against Turkey, 21.11.2017.

³⁶ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-181591%22%5D%7D>; Case of Radomilja and Others v. Croatia, 20.03.2018: §96: "that the Court would depart from its case-law according to which a complaint is characterised by the facts alleged in it and not merely by the legal grounds or arguments relied on. **This would also mean that an erroneous legal argument by an applicant would be sufficient for the Court to disregard the facts of the case and the legal issues which they might raise.** If such a view were to be accepted, only applicants who advanced precisely the same legal arguments as those which the Court found relevant for finding a violation would be successful. The Court would then have abdicated its role in adjudicating cases by merely upholding or rejecting complaints depending on the legal arguments submitted by applicants.

20. ANYM'nin hak ihlali kararlarına karşı yerel mahkeme direnci.

i. Yargılama usulü kanunlarında ve ANYM mevzuatında bireysel başvuru sonucunda ANYM tarafından verilen hak ihlali kararlarının yerine getirilmemesi, bu kararlara karşı direnme yolu bulunmamaktadır. Bununla birlikte ANYM tarafından verilen Mehmet Altan ve Şahin Alpay kararları görevli yerel mahkemeler tarafından yerine getirilmemiştir. Yerel mahkemelerin bu tavrı Hükümet tarafından da desteklenmiştir³⁷.

ii. *Mehmet Altan kararı*³⁸. Kararda tutuklamayı haklı kılacak “suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiyi” doğrulayan bulguların ortaya konulamamış olması nedeniyle hak ihlali (ANY m.19, AİHS m.5/1/c) sonucuna varılmıştır. Azlık oylarında özetle kuvvetli suç şüphesi uyandıracak bulguların ve kaçma olasılığının birlikte bulunduğu belirtilerek hak ihlali bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak aynı kararda belirtildiği gibi tutuklama için yeterli sayılabilecek bulgu/veri/kanıtlar ile mahkumiyete esas alınacak delilleri aynı saymamak, farklı olduklarını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla ANYM'nin yerel mahkemenin yerine geçerek esasa girdiği veya delil değerlendirmesi yaptığı iddiası, bundan çok önce karar metninde çürütülmüş bulunmaktadır.

iii. *Şahin Alpay kararı*³⁹. Bu olayda terör örgütünü yazıları ile desteklemek suçu söz konusu olduğundan ANYM, AİHM içtihadını esas alarak, ifade hürriyeti bağlamında açılan bir ceza davasında tutuklamanın ölçülü bir tedbir olmadığına hükmetmiştir.

iv. Değerlendirme: ANYM, iddia edildiğinin aksine, esasa girmemiş, sadece ANY m. 19 ve AİHS m.5/c uygulamasında makul şüphe (reasonable suspicion) kavramına dayanarak karar vermiştir. Bu kararın esasla ilgisi ya da delil değerlendirme niteliği bulunmamaktadır. Bu ayrıma dikkat edilmediği takdirde yukarıdaki hazin olay gibi olaylarla karşılaşılması kaçınılmaz. Bu olayların yabancı basında “Türkiye’de yargının bağımsız olduğu inancının sonu geldi” türünden yorumlara yol açtığını belirtmek gerekir⁴⁰.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

KAYNAKÇA

ANYM Başkanı Zühtü Aslan 25 Nisan 2017 günü, 55. Kuruluş Günü Konuşması

Akıllıoğlu, Tekin, Hangi Hukuka Giriş, Hukuk Üstüldü İncelemesine Giriş, İkinci Baskı, Ankara İmaj Yayınevi, 2015.

³⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/bozdogdan-aymnin-kararina-iliskin-yeni-aciklama-40708896> Hürriyet 13.1.2018: “Başbakan Yardımcısı ve Hükümet Sözcüsü Bekir Bozdağ, Anayasa Mahkemesinin (AYM) Şahin Alpay ve Mehmet Altan hakkındaki kararına ilişkin, “Bu karar, bir beraat kararıdır. AYM'nin beraat kararı verme hak ve yetkisi yoktur” dedi”.

³⁸ Mehmet Hasan Altan Başvurusu, 11.1.2018. R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2018-30306.

³⁹ Şahin Alpay Başvurusu, 11.1.2018. R.G. Tarih ve Sayı: 19/1/2018-30306.

⁴⁰ http://www.lemonde.fr/international/article/2018/01/12/turquie-deux-journalistes-maintenus-en-detention-malgre-une-decision-de-la-cour-constitutionnelle_5240787_3210.html LE MONDE 12.01.2018 à 10h47 | Par Marie Jégo: “Une chose est sûre, le fait que les décisions émanant de la plus haute instance du pays soient ignorées par des juridictions subalternes confirme la perte de légitimité de l'institution judiciaire”.

- Akılloğlu**, Tekin, “Temel Hakların Durdurulması”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Ankara Mülkiyeliler Birliği Vakfı yay. 1988, s.54-68. (<http://mulkiye.org.tr/wp-content/uploads/2015/09/7.pdf>) 14.4.2017.
- Berlin**, Isaiah, “The Question of Machiavelli” in *The Prince* Translated and Edited By Robert M. Adams, A Norton Critical Edition, New York/London, (288 p.), 2nd ed.1992/1997
- Chabod**, Federico, “Macchiavelli’s Method and Style”, *The Prince*, Norton Critical Edition, (Translated and Edited by Robert M. Adams, New York London, 2nd Edition, 1992/1997.
- Greenberg**, Mark, “Book Review: How To Explain Things With Force?”, (*The Force of Law*. By Frederick Schauer. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 2015. pp. xiv, 239) **Harvard Law Review**, Volume 129 · May 2016 · Number 7, pp 1932-1979.
- Gross**, Oren, (Ni) **Aolain**, Fionnuala, *Law in Time of Crisis, Emergency Powers in Theory and Practice*, **Cambridge University Press** 2006.
- Meier**, Heinrich ,*Carl Schmitt and Leo Strauss, The Hidden Dialog, Including Strauss’s Notes on Schmitt’s Concept of the Political & Three Letters from Strauss to Schmitt*, Translated by J.H. Lomax, Foreword by Joseph Cropsey, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1995.
- Niccolò Macchiavelli**, **Discourses on Livy**, **Trans. Harwey C. Mansfield and Nathan Tarcov Chicago IL: University of Chicago Press 1996.**
- Rousseau**, J.J. (Présentation de Henri Guillemin Du contrat social, Union Générale D’Editions, Paris 1973, (poche 439 p).
- Reisman**, Michael, “Editorial Comments: *In Defense of World Public Order*” (2001) 95 **American Journal of International Law**.

Elektronik Kaynaklar

- Derrida**, Jacques, “Force of Law: Mystical Foundation of Authority” **Cardozo Law Review**, Volume 11, July/August 1990, Numbers 5-6. pp 919-1046. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cdozo11&div=7&id=&page=> (14.4.2017).
- Dyzenhaus**, David, “Schmitt v. Dicey: are states of emergency inside or outside the legal order?”, **Cardozo Law Review**, Volume 27 March 2006 Number 5, pp 2005-2040. <http://cardozolawreview.com/joomla1.5/content/27-5/dyzenhaus.website.pdf> (14.4.2017).
- Gözler**, Kemal, “YSK’nın mühürsüz oy kararının bağlayıcılığı üzerine YSK’nın Kararına Karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Anayasa Mahkemesi’ne veya Danıştay’a Başvurulabilir mi?” Türk Anayasa Hukuku Sitesi www.anayasa.gen.tr (21 Nisan 2017).
- Hakimi**, Monica, “North Korea and the Law on Anticipatory Self-Defense”, <https://www.ejiltalk.org/category/pre-emptive-self-defence/> (14.4.2017).
- Lewis**, Anthony, “A Different World”, New York (NY) Times, Sept 12, 2001, p.A27.
- Tolley**, Howard, “THRO, A Just War? (President Clinton Response to Kosovo)”, <http://homepages.uc.edu/thro/Kosovo/JWMain.html> (14.4.2017).
- Yöney**, Yüce, <https://bianet.org/bianet/siyaset/185745-prof-kaboglu-aym-ye-de-aihm-e-gedilebilir> (20.4.2017).
- <https://www.theguardian.com/world/live/2017/apr/07/us-syria-response-donald-trump-assad-pentagon-live> 14.4.2017.
- <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?%20cidTexte=JORFTEXT000000695350> 27 avril 2017.
- <https://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/accespar-date/decisions-depuis-1959/2017/2017-625-qpc/decision-n-2017-625-qpc-du-7-avril-2017.148904.html> 14.4.2017.

- OSCE Türkiye 16 Nisan 2017 Referandum Raporu <http://www.osce.org/tr/odihr/elections/turkey/311736?download=true> 24.4.2017.
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/lesdecisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2003/2003-469-dc/decision-n-2003-469-dcdu-26-mars-2003.857.html> 14.4.2017.
- <http://curia.europa.eu/juris/document/documentjsf?text=&docid=188481&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=195339ECLI:EU:T:2017:129> ORDER OF THE GENERAL COURT (First Chamber, Extended Composition) N.G. v. European Council 28 February 2017.
- Mauro Gatti The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy (Part 1 of 2) Published on April 18, 2016. <http://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/>.
- <http://www.yenisafak.com/secim/cumhurbaskani-erdogandan-agite-tepki-ne-goruruz-nebiliriz-2645193> (17.4.2017).
- http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights, Derogation in time of emergency, Updated on 30 April 2017.
- http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_TUR.pdf.
- <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-179280%22%5D%7D>} Second Section Decision Application no. 48818/17 Cumhuriyet Halk Partisi Against Turkey, 21.11.2017.
- <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-181591%22%5D%7D>} Case of Radomilja and Others v. Croatia, 20.03.2018.
- <http://www.hurriyet.com.tr/bozdogdan-aymnin-kararina-iliskin-yeni-aciklama-40708896> Hürriyet 13.1.2018.
- http://www.lemonde.fr/international/article/2018/01/12/turquie-deux-journalistes-maintenus-en-detention-malgre-une-decision-de-la-cour-constitutionnelle_5240787_3210.html LE MONDE 12.01.2018.
- “President Bush’s Address on Terrorism Before a Joint Meeting of Congress”, NY Times, Sept 21 2001.



Mühendislik Bilimlerinin İş Akış İyileştirmeleri için Kullandığı “Kısıtlar Teorisi” Yaklaşımıyla İdari Yargıda Zaman Yönetimine Bir Bakış*

A Review of Time Management in Administrative Jurisdiction with The “Theory of Constraints” Approach

Aydın Gülan¹

Öz

Kısıtlar teorisi 1984 yılında roman formatında yazılmış bir kitapla gündeme gelerek, özellikle endüstri mühendisliği yaklaşımının temel “varsayım”larından birisi haline gelmiştir. Bu teorinin idari yargıda zaman yönetimi bakımından uygulanabilirliği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin “makul süre” hususundaki anlayışı da dikkate alınarak değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

İdari Yargıda Zaman Yönetimi • Kısıtlar Teorisi • Makul Süre • Adil Yargılanma

Abstract

The theory of constraints has emerged in a novel written in 1984 and since became one of the fundamental hypothesis of industrial engineering approach. Applicability of the theory to administrative justice within scope of time management is assessed considering the European Court of Human Rights’ reasonable time approach.

Keywords

Time Management in Administrative Justice • Theory of Constraints • Reasonable Time • Fair Trial

* Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı tarafından 21 Mart 2016 tarihinde Erzurum’da gerçekleştirilen “Yargıda Zaman Yönetimi” sempozyumunda sunulan tebliğ metnidir.

¹ Sorumlu Yazar: Aydın Gülan (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye. E-posta: aydingulan@istanbul.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7239-7196

Atf: Gülan A, “Mühendislik Bilimlerinin İş Akış İyileştirmeleri için Kullandığı “Kısıtlar Teorisi” Yaklaşımıyla İdari Yargıda Zaman Yönetimine Bir Bakış” (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 23. <https://doi.org/10.26650/ihid.2019.18.1.0002>

Mecelle Madde 1810 “Hakim rüyeti davada, ‘elakdemü felakdem’ kaidesine riayet etmelidir. Fakat vürudu muahhar olan bir davanın tacili, icabı halu maslahatdan görüldüğü halde anın rüyetini takdim eyler.”

“Hâkim doğru yanlış iş çıkarmakla değil, isabetli ve adaletli hüküm vermekle yükümlüdür.”

Ali Himmet Berki, Sabık Temyiz Reislerinden, Büyük Türk Hükümdarı İstanbul Fatihî, Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayatı, Kutulmuş Basımevi, İstanbul, 1953, s. 46.

Bilim dalları, konu olarak ele aldıkları alanlarda gerçekleşen olayları açıklamak için sürekli varsayımlar üretiyor. Bu varsayımlar; olayları, vak’aları anlayabilmeye katkıda buldukları ölçüde, değerlendirme yapabilmeyi sağladığı oranda ve çözüm üretebilmeye zemin oluşturduğu takdirde rağbet görüyor ve geçerli oluyor. Elbette varsayımların geçerlilikleri tıkanıyor, istisnalarla yıkıldığı ana kadar sürer. Sonra yeni varsayımlar üretmek, çeşitli yan varsayımlarla mümkün olduğu kadar çok olayı anlamamızı, açıklamamızı, sorunları teşhis etmemizi, çözüm üretmemizi sağlamaya dönük çaba sürüp gidiyor.

Hukuk alanındaki sorunlara sadece hukuk alanı teorileri ile bir açıklama şeması geliştirmek kimi zaman bir mesleki körlüğe yol açıyor. Dolayısıyla başka bilim dallarındaki varsayımların, hukuk alanındaki sorunlar açısından başka tarafa bakmaya yarayıp yaramayacağını denemek istedim. İnşallah nezaket sınırlarını aşmış olmam.

Kısıtlar teorisinden bahsetmek istiyorum. Kısıtlar teorisi 1984 yılında roman formatında yazılmış bir kitapla gündeme gelerek, özellikle endüstri mühendisliği yaklaşımının temel “varsayım”larından birisi haline gelen teoriyi işlemiştir. Türkçeye de “Amaç” ismiyle çevrilen, Eliyahu M. Goldratt isimli yazara ait eserdeki esas yaklaşım, işletmelerde ortaya çıkan zaman problemini çözmek için nasıl yaklaşılması gerektiğini değerlendirmeye yönelik.

Bu teorinin bizim bakımımızdan da önem taşıyan birkaç temel varsayımı var. Bunlardan birisine göre; eğer kısmi iyileştirme yapılırsa, esasında bütünde bir iyileşmeye değil kötüleşmeye yol açar. Örnek olarak da şunu veriyor: Bir sürecin çeşitli aşamalarında üretimde kullanılan bazı makinelerin veriminin artması bütünde her zaman çıktıyı arttırmaz. Çünkü diğer aşamalarda mesela esas üretimin yapılacağı makine önünde birikmeye yol açar. Bu da aslında daha büyük bir sıkıntı ve gecikme demektir; dolayısıyla bir sorunu bir bütün olarak ele almayı parçaları iyileştirmeye gittiğinizde bu esasında bütüncül bakışla bir iyileştirme değildir. İkinci bir yaklaşımı

var; her süreç kendi içinde “darboğazlar” içerdiğinden, sorunlardaki darboğazı tespit etmek gerek. Tıpkı kum saati örneğinde olduğu gibi. Başka bir örnek olarak da İstanbul örneğini vermek istiyorum. İstanbul’da trafiği iyileştirmek için on şeritli bir sürü yollar yaparak, darboğazı olan köprüden geçmeyi sağlamaya çalışıyorlar; ama o on şerit bir anda üç şeride düştüğü zaman çok daha büyük bir trafik sıkışıklığına yol açıyor. Esasında yeni köprüler, darboğazı genişleten alternatifler olmadığı takdirde, kısmi iyileştirmenin amacın tam tersine bir sonuç verdiği birçok örnekte görülebiliyor. Darboğazdaki sorunların çözülememesi daha büyük bir probleme yol açacağından, bir bütün olarak ele almayı gerektiriyor. Bir diğer varsayımı şu: Bu iş akışı sağlanamadığı takdirde getirilemeyecek her müessese, o müessesenin alternatifi olmaktan çıkacak ve davranış bozuklukları, iş akış şemasındaki yanlışlıklar belirecek ve reformlar da daha hayata geçmeden etkisiz hale gelecek yaklaşımında bulunuyor.

Sonuçta şu noktaya geliyor: Esasında problem; bir şeyi zamana bağlamak, yeni müesseselerle düzeltmeye çalışmak değil; darboğazları tespit ettikten sonra onun mümkün olduğu kadar kendi içindeki iş akışını sağlamak. Mümkünse genişletmek, mümkünse darboğazları farklı yerlere çekmektir. Mesela istinaf konusundaki tartışmalar; istinaf da darboğaza geri dönülmemesi için getirilen unsurlardan birisi. Çünkü biliyoruz ki yeni gelen davalar dışında bozularak geri dönen birçok dava yeni iş yükü oluşturuyor. Dolayısıyla darboğazdan geçmiş bir davanın, tekrar aynı sürece baştan başlaması, zaten sıkışarak geçmekte zorlandığı ve süre kaybettiği iş akışında yeni problemler doğuracağı için, sezgiyle esasında varsayım kullanılmadan da istinafa duyulan ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Belki bu kamu denetçiliği gibi yargı öncesindeki hususlar da, bu varsayımda verilen doğruluyor; bu varsayım öncelik vermek yerine darboğazın önüne, kendi sırasında gelmesini, sağlamaya yöneliktir. Çünkü verdiği örnekler göre, öncelik verildiği takdirde mevcut işletmenin olağan akışının durması ve öncelikli olan davaya bakılması nedeniyle bütün dengelerin bozulması söz konusudur. Aksamalar ve geçişler nedeniyle süre kaybı olduğu için aslında amaç öncelikli davaların darboğaza gelişini sıraya koymak olmalıdır. Darboğazda tekrar sıraya girme özelliği oluşturmak, sonuç olarak akışkanlığı sağlamak.

Bunu çok basit bir örnekle açıklıyorlar. Bahsi geçen kitapta bu teori bir çocuk izci grubunun topluca yürüyüşünü düzenlemek dolayısıyla açıklanıyor. İzci grubu birlikte hedeflenen noktaya ulaşmayı hedeflediğine göre, aslında “en yavaş gideninin hızı kadar hızlı gidebilir”, diğerlerini hızlandırmak bir anlam ifade etmez, tam tersine grubun birbirinden kopmasına, kaybolmalara yol açabilir. Öyleyse en yavaş olanını en öne geçirmek, yükünü azaltarak onu hızlandırmak aslında sistemin bütünü ve bütüncül olarak hızlandırmak anlamına gelir. Yani izci grubunu beraber yürümesi, bir yerden bir yere gidebilmesi için koordine etmesi gereken kimse, eğer izci grubunun darboğazını yani en yavaş yürüyeni belirlemez ise izci grubu bir yerden bir yere düzgün bir şekilde gidemeyecek. Hızlı gidenler önde gidecek, yavaş gidenin arkasında

kalanlar geride kalacak, grup birbirinden kopacak ve amaç gerçekleşmeyecek. Öyleyse izci grubunun hızı darboğaz olan en yavaş yürüyenin hızı kadar, dolayısıyla onun yükünü azaltıp hızlandırarak bütüncül sonucu sağlayabiliriz, diye bakıyorum. Bana heyecan veren eksantrik bir yaklaşımdı.

Üstelik bu varsayımın her durumda bu derece basit sonuç vermeyeceğini dikkate alarak bir sürecin “amaç”ının belirlenmesi, bu “amaç” ile gerçekte amaç olmayıp araç olanların teşhisinin konulması, amaca doğru gidişin kısıtlarının, darboğazlarının tespiti yanında; birbiriyle birlikte ele alınması gereken “bağlı olaylar” ve çözülmesi gereken “istatistiksel dalgalanmalar”ın da ele alınması gerekir.

Bunun **idari yargıda zaman yönetimi** bakımından nasıl bağlantısı olur, değerlendirmenize sunmaya çalışacağım. İdari yargıda görünen ve görünmeyen darboğazlar var. Bu yüzden bu varsayımın idari yargıda işleyip işlemeyeceğine, nasıl sonuçlar vereceğine ilişkin bir bakış açısı enteresan olabilir. Bunun için öncelikle idari yargıda zaman yönetiminin amacını belirlemek lazım. Amaç, davaları daha hızlı sonuçlandırmak değil; adil yargılamayı gerçekleştirmek olduğuna göre esasında bu amacı gerçekleştirmek için her şeyin bir araç olduğunu kabul etmek lazım. O yüzden de hızı, mutlaka uyulması gereken bir nokta olarak ön plana çıkartmak değil; araç niteliği üzerinde durup o çerçevede işleyip adil yargılamaya katkısı yanında, sakıncalarını da dikkate alarak değerlendirmek gerekebilir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu konuda farklı bir yaklaşım daha ortaya koymuştur. Sözleşme'nin adil yargılama maddesinde makul yargılama süresine verdiği yer ve önem nedeniyle onu bir araç olmaktan çıkartıp amacın bir alt amacı haline getirmiştir. Verdiği kararlarla da buna yönelik değerlendirmesi ve alt amaç haline getirmesinin sakıncalarını gidermek adına ortaya çıkarttığı, zaman bakımından kabul edilebilir esnemeleri kendi bütünlüğü içinde ortaya koyan içtihatlarla da çok ilginç bir yaklaşımı bilgece sürdürmüştür denilebilir.

AİHM makul süreyi tespiti ilişkin değerlendirmeyi yaparken temel olarak üç kriteri ele almaktadır: 1) Davanın karmaşıklığı, 2) Yargılama sırasında başvuru tutumu ve 3) Yetkili makamların tutumu.

Mahkeme, bunları bir bütün olarak değerlendirmekte, tek başına kriter olarak kullanmamaktadır. AİHM'nin konuyu ilgilendiren önemli yaklaşımlarından biri de, davalara konusuna göre öncelik verilmesinin yeterli bir tedbir olarak görülmediği durumlardır. Yapısal kaynaklı gecikmeler varsa bütüncül bir düzenleme yaparak tedbir almak yerine, geçici bir tedbir olarak hakim sayısı arttırmak, sıralama sistemi kurmak yeterli bir tedbir olarak değerlendirilmemiştir².

¹ GOLDRATT, Eliyahu M., Amaç Sürekli İyileştirme Süreci, Optimist Yayınları, 2015, s. 115.

² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu husustaki yaklaşımı için bkz. Nurcan Yılmaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarıyla Ortaya Çıkan Adil Yargılama Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015. (Makul sürede yargılama hakkı bölümü 132-175. sayfalar) Not: Konuşmanın yayımı aşamasında “Adil Yargılama Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri” başlığıyla kitap olarak basılmıştır: Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Dolayısıyla AİHM içtihatları bu konuda acil, yapısal ve bütüncül çalışmalar yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Üzerinde düşünülmesini sağlayarak bir katkıda bulunmuş olmayı ümit ederek işaret etmek isterim ki, özellikle idari yargılama sürecinde görünen ve görünmeyen darboğazlar bulunmaktadır.

Kanımcı idari yargıda görünmeyen darboğazlardan birisi re'sen araştırma yetki ve görevidir. Yargının içinde değilim, dışardan bakan bir kimseyim o yüzden söylediklerimde isabetsizliğin peşinen çok olabileceğini kabul ediyorum. Bu çalışma grubunun da üyesi değildim, dolayısıyla yarınki konuşmalarda yargıçların bakış açısını göreceğim; ama burada esas büyük darboğazın davaların hızla tekemmülü ile ilgili olmadığı dışarıdan görülebilmektedir.

Bir diğer darboğaz, tekemmül etmiş ve bekleyen dosyaların oluşturduğu yığın sorunudur. Dosyaların tekemmül aşamasına hızla gelmesi yargıyı hızlandırmayacağı gibi, bu darboğaz genişletilemezse işte on şeritli karayolu ile hızla akan bir trafiğin üç şeritli bir köprüye girebilmek için birçok kazaya da yol açacak şekilde yığılması ve trafik oluşturması gibi bir yığılmaya yol açması demektir.

Bir yargı kararı verildikten sonra kararın yazılması süresinin mesela 60 gün olması, burada bir darboğaz, yani birikme olduğunu göstermektedir. İdari yargı kararlarının pek çok haklı gerekçesi olabilir; ama karar yazım darboğazının tekrar gözden geçirilmesine ihtiyaç var; çünkü yedi sayfalık kararda yedi sayfa boyunca mevzuat olup da, son sayfada bir paragraf olarak hüküm cümlesinin yer aldığı kararlara rastlanabildiğine göre, bunun 60 gün sürmesinin esasında gerçek bir karar yazımı değil, oradaki birikmeden kaynaklanan bir darboğaz olduğu anlaşılıyor. Bu darboğazın bir şekilde genişletilebilmesine ihtiyaç var. Üstelik bu karar yazım aşamasındaki darboğaz, daha sonra temyiz aşamasından dönmeye yol açan eksik inceleme ve gerekçe konusundaki çelişkiler, tutarsızlıklar ile de daha da görünmeyen bir darboğaz olarak karşımıza çıkıyor. Gerçek anlamıyla gerekli bir gerekçe içermeyen kararların bozulması ile tekrar ilk derece yargılamaya dönen davaların oluşturduğu sıklık azaltılmadan zaman yönetiminin mümkün ve gerçekçi yapılabileceği, istatistiksel dalgalanmaların hesap edilebileceği söylenemez. Dolayısıyla karar yazım biçiminin tekrar düşünülmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Dosyaların bilirkişiye gitme sıklığı ve bilirkişi raporları yaklaşımı da bir kısmı görünen, bir kısmı görünmeyen bir darboğaz oluşturmaktadır. Üniversitelerde, profesyonel bilirkişi öğretim üyeleri bulunmaktadır. Öğretim üyeliğinden daha çok bilirkişilik yapıyorlar. Özellikle imar davalarına ilişkin konularda bu duruma rastlanmaktadır. Bunların ay boyunca yaptıkları, 100 ile 300 arasında değiştiğini tahmin ettiğim bilirkişilik dosyaları inanılmaz bir darboğaz oluşturuyor ve bunların karara aynen

geçmesi nedeniyle oluşan problemler, yine temyizden dönmesini arttıran nedenler, kısıtlar teorisi kelimeleri ile kullanırsak dalgalanmalara, istatistiksel dalgalanmalara yol açıyor. Dolayısıyla bu tür bazı darboğazlara da bakmak gerekir.

Bu darboğazları azaltmak için mahkemede akışı düzenlemek, yavaşlatmak ve yığılmayı önleyecek bir hıza gelmek lazım. İdari işlemin yapım sürecindeki, usulüne ilişkin düzenleme ihtiyacı. Buna ilişkin usul kanunu çıkması mutlaka bu akışı daha mantıkileştirecek ve standartlaştıracaktır. Kararın gerekçelendirilmesini ve tesisini kolaylaştıracak bir husus olabilir. Mesela çok gözükmeyen, uzak bir darboğaz olarak çok da dikkate alınmayabilir; ama bir avukatın avukatlık mesleğinin sahip olması gereken idari yargı tecrübesine genel ve yaygın bir biçimde sahip olmaması da bu alanda çok büyük bir problemdir. Çünkü davalarda hem davalının avukatı (idarenin avukatı), hem de davacının avukatı bakımından yargılamanın vazgeçilmez aktörlerinin katkıları giderek azalmaktadır. Dolayısıyla avukatlık hizmetlerinden yararlanmak önemlidir. Özellikle idarenin avukatlık hizmetlerinin yerine getiriliş biçimi, kurum avukatlarının ilgili dairelere yazarak dava konusu hakkında sadece ilgili dairelerden, genel müdürlüklerden gelen cevapları bir savunma dilekçesi şeklinde, sadece bu bilgilerden müteşekkil bir cevap olarak sunma yaklaşımı, esasında yargının uyuşmazlıkları çözüm konusunda, davalıdan yeterli hukuki değerlendirme gelmemesi sebebiyle konuların aydınlanmamasının, dolayısıyla daha fazla emek gerektiren ve re'sen tahkik kapsamında kendisine yükletilmiş ağır bir yüke maruz bıraktığı ve ortaya çıkan durumun bir karmaşaya yol açtığı söylenebilir.

Bilimsel incelemelerin, ders kitapları dışında monografi yazımı ve karar incelemesi şeklindeki çalışmaların yetersizliği, yargıdaki zaman yönetimi ile “bağlı olaylar”dır. Ülkemizde yeteri kadar çok ve sık, yargı kararı inceleyen bilimsel dergi yayınlanmaması herkes için büyük bir eksiklik. Aylık, üç aylık, hatta yıllık olsun, idari yargı kararlarını düzenli olarak inceleyen dergilerin azlığından rahatsız olmak, çıkarılmasını teşvik etmek, desteklemek gerekir. Karar eleştirisi olmaması, kararlarda kullanılan kavramların sürekli değerlendirilmemesi elbette önemli bir eksiklik. Etkisinin ne derece olduğunu hesaplamak, anlamak çok zordur.

Ne kadar uzak meseleler olarak görülse dahi, oralardan başlamadan “zaman yönetimi”nde iyileştirmeler içerik olarak adil yargılamayı sağlayacak çabukluğu sağlayamaz. Hukuk gücü ve yaptırım tehdidiyle uyulması zorunlu sürelerle belli bir dönem uyulma sağlanarak belki yargıda zamanın yönetilebildiği düşünülebilirse de bunun kalıcı olmayacağı ve aslında kimin kimi ve neyi yönettiğinin tartışmalı olacağı hiç kuşkusuzdur.

Nitekim uygulamada yine yanlış mı bilmiyorum ama yürütmeyi durdurmaya itirazların, bölge idare mahkemesine geldikten sonra 7 gün içinde çözülecek olması, bir darboğaz oluşturduğu için bu uygulamada yine geciktirici sonuçlar çıkarıyor.

Dosyanın mahkemeden bölge idare mahkemesine gelmesi gecikiyor. Geldikten sonra 7 gün içerisinde karar çıkıyor ama ilk derece mahkemesinde karar verildikten sonra dosyanın hemen bölge idare mahkemesine gelmemesi nedeniyle 7 günlük süre bir şey ifade etmiyor, çıkması yine bir ayı bulabiliyor. Kağıt üzerinde 7 gün sağlanabiliyor. Dolayısıyla böyle kanunlarla süreler getirmenin esasında darboğazlarda farklı çözümler aramak gibi kalıcı çözümlere yol açmadığı uygulama ile ortaya çıkıyor.

Sonuç olarak diyebilirim ki;

1) Yargıda zaman yönetimine ilişkin ilgi ve çalışma kanımca çok önemli ve değerlidir. Zaten Avrupa Konseyi bunu bütün üye devletlere tavsiye etmektedir.

2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki davalarda "makul yargılama süresi" çok sayıda başvuruya konu olmakta, bizzat AIHM önündeki başvurularda makul yargılama süresini sağlamaya çalışmaktadır.

3) Zaman yönetiminin çok sayıda değişkene bağlı olduğu dikkate alındığında; asıl yığılmaların olduğu darboğazların ve birbirine bağlı olarak birindeki dalgalanmanın mutlaka diğerinde de gecikmeye yol açan aşamaların uygulamacıları tarafından objektif biçimde teşhis edilip, sebepleri ve çözümleri noktasında masanın farklı tarafındaki insanların da katkısıyla çözümünün araştırılması gerekir.

4) Asıl önemlisi yargılama sürecindeki zaman boyutunu önemli ölçüde etkileyen ve ne gibi tedbirler alınarak, düzenlemeler getirilse, gelişmeler sağlansa bile çözümü mümkün kılmayacak uzak bağlantılarını, hukukun diğer aktörleri, davaların taraflarına ilişkin hukuki iyileştirme süreçlerini gündeme almak sanıldığından daha önemli, etkili ve önceliklidir.

Başta belirttiğim Mecellenin kaidesine döneyim. Bu, ilk 100 maddesindeki 99 külli kaide arasında yer alan bir hüküm değil; 1810. maddesinde yer alıyormuş: "*Hakim rüyeti davada, 'elakdemü felakdem' kaidesine riayet etmelidir. Fakat vürudu muahhar olan bir davanın tacili, icabı halu maslahatdan görüldüğü halde anın rüyetini takdim eyler.*" Bir davanın, mutlaka önce gelen önce biter ilkesine göre çözülmesi gerekiyor. Bu elbette mutlak bir ilke olarak konmamış, niteliği gereği çabuk bitmesi gerekenlerin hızlandırılabilmesine de işaret edilmiş. Ali Himmet Berki de, sabık temyiz reislerinden, "Büyük Türk Hükümdarı, İstanbul Fatih Sultan Mehmet Han ve Adalet Hayatı" diye 1953'te basılmış bir kitabında hâkimin niteliklerini sayarken bence ilginç bir şey söylüyor: "*Hâkim doğru yanlış iş çıkarmakla değil, isabetli ve adaletli hüküm vermekle hükümlüdür.*" Bu iki alıntıyı birlikte okumak, birbirini tamamlayan nitelikleri sebebiyle kanımca bir anlam ifade etmektedir.

Teşekkür ederim.

KAYNAKÇA

Eliyahu M. GOLDRATT, **Amaç Sürekli İyileştirme Süreci**, Optimist Yayınları, 2015.

Nurcan YILMAZ ÖZEL, **Adil Yargılanma Hakkı Kriterlerinin Türk İdari Yargılama Hukuku Açısından Muhtemel ve Gerçekleşen Etkileri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.



Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme*

A Study on Municipal Economic Enterprises

Nida Malbeği¹

Öz

Ülkemizde belediyeler, artan görev ve sorumluluklarını yerine getirebilmek için yeni yöntem arayışına girmişlerdir. Bunun üzerine belediyeler yeni gelir kaynakları yaratabilmek, özel hukuk hükümlerine göre çalışabilmek, daha kalifiye eleman çalıştırabilmek, merkezi yönetimin denetiminden uzaklaşabilmek gibi birçok sebepten dolayı şirket kurma yoluna başvurmuşlardır. Bahse konu bu şirketlerin hukuki niteliği (tüzel kişiliği), gördükleri faaliyetin (sunulan hizmetin) niteliği, ihale ve denetim süreçleri hakkında tartışmalar mevcut olduğundan, bu çalışmada da esas itibarıyla bu konular ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Belediye İktisadi Teşebbüsleri • Tüzel kişilik • Kamu Hizmeti • İhale ve Denetim Süreci

Abstract

In our country the municipalities have been in need of new ways to perform their increased responsibilities and duties. Then they started to establish companies, so that they could create new sources of revenue, work in accordance with the private law provisions, employ more qualified employee, move away from the control of the central administration etc. This article will mainly deal with the debates about the legal character, provided service, bidding and audit process of the subject companies.

Keywords

Municipal Economic Enterprises • Economic Enterprises of Municipality • Legal Entity • Public Service • Bidding and Audit Process

* Bu makale çalışması 30.12.2017'de dergiye teslim edilmiştir. Makale hakem incelemesinden geçirilmiştir.

¹ **Sorumlu Yazar:** Nida Malbeği (Araştırma Görevlisi) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye.
E-posta: malbeği@tau.edu.tr ORCID: 0000-0002-1969-0246

Atf: Malbeği N, "Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme" (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 31.
<https://doi.org/10.26650/ihid.2019.18.1.0003>

GİRİŞ

Sosyal devlet anlayışı ve hızlı kentleşme, devletin ekonomik hayattaki rolünde önemli değişikliklere yol açmış ve bu doğrultuda yerel hizmetlere yönelik taleplerde artış gündeme gelmiştir. Yerel hizmetlerin yürütülmesinde belediyeler diğer yerel yönetimlere nazaran daha aktif olup, bu hizmetlerin ve ihtiyaçların çeşitlenmesi belediyelerin yükünü artırmıştır. Bu ihtiyaçları giderebilmek adına belediyelerin bulunduğu çarelerden biri de, bir (alt) teşkilatlanma biçimi olarak “Belediye İktisadi Teşebbüslerinin” (bundan sonra BİT kısaltılması kullanılacaktır) kurulmasıdır¹. Birçok ülkede bu tür yollara başvuru giderek artmaktadır².

Özellikle şirketlere ortak olarak ya da şirket kurarak hizmet görme usulü Osmanlı döneminde başlayıp, günümüze kadar devam etmiştir. Örneğin, yabancı ortakların hisselerinin de bulunduğu birçok şirket (İstanbul Havagazı ve Elektrik ve Teşebbüsat-ı Sınaiye TAŞ-1925, İzmir Cıvarı Telefon TAŞ-1926, Ankara Elektrik TAŞ-1928, Ankara Havagazı TAŞ-1928, Adana Elektrik TAŞ-1929, oldukça erken tarihlerde kurulmuştur³. *Reuter* ve *Ergin* tarafından kaleme alınan eserde “*Belediyelerin bu iktisadi faaliyeti bugün onların en mühim bir işi olarak tavsif edilirse mübalağa edilmiş olmaz.*” şeklindeki yorum o tarihte bile şirketleşmenin ne derece önem kazandığını vurgulamaktadır⁴. Belediye hizmetlerinin özelleştirilmesinde bir kesim tarafından, şirketleşmenin bir yöntem olarak görülmesiyle birlikte 1980’li yıllarda belediye şirketlerinin sayısının hızla arttığı görülmüştür⁵.

Çalışmamızda esas itibarıyla “Belediye İktisadi Teşebbüslerinin” kuruluş nedenleri, teşebbüslerin ve gördükleri hizmetin hukuki niteliği tartışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle Türk İdari Teşkilatı bakımından BİT’lerin konumu ve hukuki dayanakları ele alınacaktır. Ardından BİT’lere ilişkin mevzuatımızda yer alan hukuksal dayanaklar ve bu teşekküllerin nasıl kurulduklarına kısaca değinilecektir. Son olarak da BİT’lerin idarenin faaliyetleri bakımından, özellikle de kamu hizmeti görüp görmediği ve ihale rejimlerine ilişkin hususlar tartışılacaktır.

¹ BİT kurulmasının bir yöntem olduğu hakkında bkz. Recep Bozlağan, “Belediye İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Çalışmaları”, *Yerel Yönetimler Sempozyumu*, 1-2 Kasım 2000, TODAİE, Ankara, s. 439.

² FEDSEM (Federation Nationale Des Societes d’Economie Mixte), Tanıtım Broşürü, Paris, 2009’dan aktaran Hasan Özçelik, *Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Belediye Şirketleri: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Şirketleri Üzerine Bir İnceleme*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 51. “*Belediye şirketleri, yerel kamu hizmetlerinin modernizasyonu için araçlar ve kurumsal değerlerle (müşteri memnuniyeti, etkin yönetim, kar, esneklik) kamu hizmet değerlerinin (yerel idareler tarafından sunulan yönetim ve kontrol, kamu hizmetleri için çalışma, uzun vadeli vizyon, kalite ve güvenlik) birlikte yürütmesini sağlayarak özelleştirmeye dönük alternatif olarak görülmektedirler.*

• *Yapısal fonların uygulanması için araçlardır. Örneğin Fransa’da 300 belediye şirketi; kentsel dönüşüm planları, sınır ötesi işbirliği, bos arazi ve terk edilmiş endüstri bölgelerinin yeniden yapılandırılması, çevre projeleri konularında Avrupa fonlarından yararlanmaktadır.*

• *Belediye şirketleri, kamu-özel ortaklığı konusunda da örnek oluşturmaktadırlar. Zaman zaman üçüncü kişileri belediye hizmetlerine çekmek, özellikle de özel sermayeyi bu alana yönlendirmek isteği hatta gereği ortaya çıkmaktadır.”*

³ Tarihi gelişimle ilgili detaylı bilgi için bkz. Bilal Eryılmaz, “İktisadi ve İdari Yönden Yerel Yönetimlerin Tarihi Gelişimi”, *Yerel Yönetimler ve Eğitim Sempozyumu*, İstanbul, İBB, 1995, s.117.

⁴ Ernst Reuter, Necmeddin Ergin, *Belediye Maliyesi*, İstanbul, İçişleri Bakanlığı Yayınlarından Seri: I Sayı: 7, 1945, s. 115.

⁵ Bilal Eryılmaz, *a.g.m.*, s. 118. Burada şunu da belirtmek gerekir ki; kanaatimizce yazarın “özelleştirme” ile kast ettiği, özel hukuk kişisi tarafından o hizmetin görülmesidir.

TÜRK İDARİ TEŞKİLATI BAKIMINDAN BELEDİYE İKTİSADI TEŞEBBÜSLERİNİN KONUMU

Belediye tarafından kurulan ya da ortak olunan bu iktisadi teşebbüslerin idari teşkilatımızda yer alıp almamasıyla ilgili öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bu konuda bir belirleme yapılabilmesi adına çalışmamızda öncelikle bu kavrama yüklenen anlam ve teşebbüslerin hukuki nitelikleri, öğretilerdeki farklı görüşler de ele alınarak incelenecektir. Bu bağlamda BİT'lere neden ihtiyaç duyulduğu ve daha ziyade uygulamada hangi gerekçelerle kuruldukları da tartışılacaktır.

Kavram ve Hukuki Nitelik

Belediyelerin ekonomik girişimleri genel olarak “belediye bütçesi içinde ya da dışında yer alan işletmeler”, “tanzim satış fonları ve döner sermayeli kuruluşlar”, “belediyelerin kurdukları ve/veya iştirak ettikleri şirketler” ve “birlikler ve diğer alternatif teşebbüs yöntemleri” şeklinde kurulabilmektedir⁶.

Çalışmamızda yer verilen “Belediye İktisadi Teşebbüsü” kavramı belediyelerin ekonomik girişimlerinin tamamı için kullanılmış torba ya da çatı bir kavram değildir. “BİT” kavramı sadece belediyelerin kurdukları ve/veya iştirak ettikleri şirketler için kullanılmış ve BİT'lerin hukuki niteliklerine ilişkin açıklamalarımız da bu doğrultuda yapılmıştır⁷. Aksi takdirde her bir ekonomik girişimin hukuki niteliğini ayrı ayrı ele almak çalışmamızın kapsamında değildir⁸.

⁶ “Bu farklı kuruluş biçimleri, işletmelerin farklı yapısal özellikleri, farklı yönetim ve işleyiş biçimine sahip olmaları, bu işletmeleri düzenleyen genel bir yasanın bulunmamasındandır.” görüşü için bkz. Ruşen Keleş, Fehmi Yavuz, **Yerel Yönetimler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1989, s. 339.

⁷ “BİT” kavramının ülkemizde, “KİT” kavramından esinlenerek belediyelerin sermayesine ortak olduğu şirketler için kullanıldığı; oysa belediye şirketlerinin BİT'lerin bir alt kategorisi olduğu yönündeki görüş için bkz. Hasan Özçelik, a.g.e., s. 45. Burada “KİT” kavramından bahsetmiş olmamız sebebiyle, şunu da belirtmekte yarar görülmüştür: KİT ve BİT kavramları tamamen farklı kavramlar olup, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 58. maddesi gereğince belediyelerin, sermayelerinin yarısından fazlasına tek başına veya birlikte sahip oldukları iktisadi teşebbüsler, bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi değildir.

⁸ “Belediye bütçesi içinde ya da dışında yer alan işletmeler” kategorisinde özel yasalar ile kurulmuş, belediye tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliği haiz kuruluşlar olduğu gibi (örneğin İSKİ, İETT, EGO, ASKİ); 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 71. maddesi gereği yönetim ve işletme giderleri belediye bütçesi içinde gösterilen, doğrudan belediye tüzel kişiliği tarafından işletilen kuruluşlar da yer almaktadır. Çeşitli hizmetlerde hızlı karar vermek ve bunu uygulamak, bu hizmetlerin yerine getirilmesi için gerekli olan imkanları hazır bulundurmak, belli başlı yatırımların hızlı bir şekilde yapılmasını veya uzun vadeli yatırım hizmetlerinin devamlılığını sağlamak için tanzim satış fonu, ekme fırını tesis ve işletme fonu, gecekondular gibi belediyelerin uygulamada “döner sermaye” adını verdikleri, bazen bütçelerine koydukları ödenekten, bazen de tanzim satış yapılacak maddeye gereksinimi olacaklardan topladıkları paralardan gidermek üzere kurdukları kuruluşlar da mevcuttur. Bu kuruluşların yasal dayanakları, tanımları ve hukuki nitelikleri bakımından ayrık bir düşünceye incelenen eserlerde rastlanmamıştır. Bkz. Ahmet Karabilgin, “Yerel Yönetimlerin Ekonomik Girişimleri”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 1, S. 1, Ocak 1992, s. 21-22. Ahmet Berk, “Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri”, **Sayıştay Dergisi**, S. 49, Nisan-Haziran 2003, Ankara, s. 57-58. Farklı bir sınıflandırma biçimi için bkz. Fehmi Yavuz, **Türk Mahalli İdarelerinin Yeniden Düzenlenmesi Üzerinde Bir Araştırma**, Ankara, TODAİE, 1966, s. 98-99.

Şöyle ki; kural olarak kamu hukukuna tabi, belediye bütçesi içinde ve belediye personeli ile hizmet üretenlerin çoğunun belediyeden ayrı bir tüzel kişiliği yokken (katma bütçe, fon, işletme, vb.); kural olarak kamu hukukuna tabi olmakla birlikte ayrı bütçesi ve personeli olan, belediyeden bağımsız veya yarı bağımsız yönetim yapısına sahip olanların ise ayrı tüzel kişilikleri vardır. Bkz. Hasan Özçelik, a.g.e., s. 47., 104 vd.

Tanımı ve hukuki niteliği hususlarında tartışmalar olan “Belediye İktisadi Teşebbüsleri” kavramı yerine ilgili mevzuatta “bağlı kuruluş”, “işletme”, “şirket” kavramları kullanılmış⁹, ancak “BİT” kavramının tanımına yer verilmemiştir¹⁰.

Öğretide yapılan tanımlar ele alındığında “BİT”lerin, birçok yerel hizmetin yürütülmesi amacıyla, belediyeler tarafından kurulan ya da ortak olunan, bağımsız bütçeli, kural olarak özel hukuk hükümlerine tabi, özel hukuk tüzel kişileri olduğu belirtilmiştir¹¹.

Öğretide yapılan tanımlar incelendiğinde bu teşebbüslerin genel özelliklerini¹² şu şekilde belirtebiliriz:

- Belediye tarafından kurulur veya belediyece ortak olunurlar,
- Kural olarak özel hukuk hükümlerine tabidirler,
- Yönetimlerinde belediyenin ağırlığı söz konusudur,
- Belediye bütçesinden bağımsız bir bütçeye sahiptirler ve bütçeleri faaliyetleri sonucu elde ettikleri gelirlerden oluşur,
- Kural olarak belediyenin görev alanına giren bir konuda faaliyet gösterirler.

BİT’lerin hukuki niteliğiyle ilgili öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, BİT’lerin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan ve faaliyetlerinde de özel hukuk hükümlerine tabi olan ticaret şirketleri gibi yürütüldüklerinden ötürü bu teşebbüslerin özel hukuk tüzel kişisi olduğu yönündedir¹³. Bir diğer görüş ise, belediyelerin çok yüksek yüzdelerle bu şirketlerde paya sahip olmaları, yönetim kurulu üyelerinin ve genel müdürün belediye yönetimince belirlenmesi ve şirket politikaları üzerinde belediyenin etkileri nedeniyle, şirket görünümündeki bu teşebbüslerin özel hukuk tüzel kişisi olmadığı yönündedir¹⁴. *Gözler* bu tür şirketler ve işletmelerin 5302

⁹ Kurulan ya da ortak olunan şirketler için “yerel kamu şirketleri” ya da “belediye şirketleri” kavramının kullanılabilceği önerisi için bkz. Hasan Özçelik, a.g.e., s. 48.

¹⁰ Bu kavramların farklı kullanımları için bkz. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 23/j ve k bentleri, m. 24/c ve g bentleri; 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 70. ve 71. maddeleri.

¹¹ Benzer bir tanım için bkz. Ahmet Berk, a.g.m., s. 52. Akalın ise “BİT’leri, bir kuruluş statüsüne göre, belediyelerce kurulan, pazarlanabilen yani kişisel mal ve hizmet üreten, mülkiyetinin ve/veya denetiminin yeterince belediyelerin elinde olması nedeniyle, yönetim kurallarının belediyelerce tespit edildiği, cari faaliyetlerini finanse eden gelirlerinin çoğunu belediye gelirlerinden elde etmeyen teşebbüsler olup; ilke olarak yerel toplumun sosyal yararının maksimizasyonu amacıyla göre kaynak tahsis edilen firmalar” şeklinde ticari yarardan ziyade sosyal yararı ön plana çıkartan farklı bir tanım yapmıştır.” Bkz. Güneri Akalın, “Yerel Yönetimlerin İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 3, S. 6, Kasım, 1994, s. 17. Farklı açılardan yapılan tanımlamalar için bkz. Hasan Özçelik, a.g.e., s. 43, 47, 49, 110.

¹² Nuri Tortop, “Güçlü Mahalli İdare Anlayışının Gelişmesi”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 7, S. 1, Ocak 1998, s. 91.

¹³ Oğuz Sancakdar, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Ankara, Seçkin, 2008, s. 331. Bilal Eryılmaz; “Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 61, S. 382, Mart 1989, Ankara, s.53. Tunay Köksal, *Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Yöntemleri ve Uygulamaları*, DPT Yayınları, No: 2328, Ankara, 1993, s. 47-48.

İstanbul Büyükşehir Belediyesi’nin web sayfasında da şirketler hakkında şöyle bir ifadeye yer verilmiştir: “23.07.2004 tarih ve 24431 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 26. maddesine göre, Büyükşehir Belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilmektedir. Aynı bir tüzel kişiliğe ve bütçeye sahip, yarı ticari nitelikte, ancak yerel yönetime bağlı ve yerel yönetimin genel denetimi altında çalışan özel amaçlı bu kuruluşlar aracılığıyla bir çok hizmet yürütülmektedir.” Bkz. [http://www.ibb.istanbul/tr-TR/kurumsal/Sirketler/\(Çevrimiçi, 27.07.2016\)](http://www.ibb.istanbul/tr-TR/kurumsal/Sirketler/(Çevrimiçi, 27.07.2016)).

¹⁴ Enis Yeter; “Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 65, Eylül 1993, S. 400, s.80. Muhterem Dilbirliği, “Belediye Şirketleri”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, C. 4, S. 2, Mart 1995, s. 71. İpek Özkan Sayan, Murat Kışlalı,

sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu veya 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun verdiği özel yetkiye dayanarak ve bu kamu tüzel kişileri tarafından sermayesinin tamamına ya da çoğunluğuna sahip olarak kurulduğunu, kendilerini kuran mahalli idarenin vesayeti altında bulduklarını ve bu nedenle de birer kamu kurumu olduklarını belirtmektedir¹⁵. Hatta kendilerini kuran mahalli idarelerin üstlendikleri görevleri yerine getirmek üzere kuruldukları için "mahalli kamu kurumu" olduklarını ifade etmiştir¹⁶. Kanaatimizce bu görüşün açıklayamadığı hususlar vardır. Şöyle ki; yukarıda bahsi geçen hükümler sadece bu yerel yönetimlerin şirket kurmalarına ya da ortak olmalarına izin veren, imkan tanıyan genel hükümler olup, kurulan şirketlerin hukuksal niteliğini belirleyen hükümler değildir. Ayrıca İSKİ, İETT, EGO gibi kurumlar için ayrı kanunlar¹⁷ çıkartılarak, bahsi geçen bu kanunlarda bu kurumların niteliklerinin açıkça "kamu tüzel kişiliği" olduğunu belirtme ihtiyacı duyulmuştur. Daha da önemlisi, her ne kadar yerel yönetimlere ilişkin mevzuat kendi görev ve faaliyet alanları için şirket kurabileceklerini belirtmiş olsa da, aşağıda "Hukuksal Dayanaklar" başlığı altında da ele alacağımız üzere 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkındaki Kanun'un 26. maddesi belediyeler ve diğer mahalli idarelerin "ticari amaçla" faaliyette bulunmak üzere şirket kurabileceklerini ya da sermaye katılımında bulunabileceklerini düzenlemiştir. Nitekim uygulamada birçok BİT "mahalli müşterek" ihtiyaçların dışında da faaliyette bulunmaktadır¹⁸. Bu noktada özellikle ayırt edilmesi gereken husus, bu teşebbüslerin hukuki niteliği ile teşebbüslerin yönetiminin, denetiminin, ihale rejimlerinin, belediye veya üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin birbirlerinden ayrı meseleler olduğudur. Faaliyetleri, denetimleri vs. bakımından birçok özel hukuk tüzel kişisinden farklı oldukları belirtilebilirse de bu hususlar BİT'leri kamu tüzel kişisi haline getirmez. Nitekim kural olarak BİT'ler kamusal yetkilere sahip değildir¹⁹. BİT'ler, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında daha detaylı değinileceği üzere özel hukuk tüzel kişileri gibi kurulmakta ve özel hukuk hükümlerine göre faaliyetlerini yürütmektedir. BİT'lere verilen yetkiler, BİT'ler üzerindeki denetim ya da belediye ve üçüncü kişiler ile olan ilişkilerindeki farklılıklar ancak BİT'leri diğer özel hukuk tüzel kişilerinden farklılaştıran noktalarda gündeme getirilebilecek hususlardır²⁰. Kanaatimizce BİT'lerin kamu tüzel kişiliği anlamını içeren kamu kurumu sayılması başka bir şey, bunların kamu kesiminde yer aldığı kabulü ise başka bir şeydir. Nitekim 4.12.2008 tarihinde Nüfus ve

"Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı Var mı? Hurafeler ve Gerçekler", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 17, S. 1, Ocak 2008, s. 65-66. Ancak yazarlar BİT'lerin açıkça kamu tüzel kişisi olduklarını da belirtmemişlerdir.

¹⁵ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, Bursa, Ekin, 2009, s. 593.

¹⁶ Gözler, a.e., s. 593.

¹⁷ 3645 sayılı İstanbul Elektrik, Tramvay ve Tünel İdareleri Teşkilat ve Tesisatın İstanbul Belediyesine Devrine Dair Kanun, 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ve 4325 sayılı Ankara Elektrik ve Havagazı ve Adana Elektrik Müesseselerinin İdare ve İşletmeleri Hakkında Kanun.

¹⁸ Yusuf Karakılıç, *Yeni Yerel Bölgesel Gelişmeler Işığında Yerel Yönetimler*, Ankara, Seçkin, 2016, s. 235.

¹⁹ Hasan Özçelik, a.g.e., s. 48.

²⁰ "...işletmenin devredildiği şirketlerin "belediye şirketi" olmaları ve diğer özel şirketlerden farklı bir hukuki niteliğe sahip olmaları nedeniyle eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır." Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 14.02.2013 tarihli, 2011/63 E.-2013/28 K. Sayılı Kararı.

Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'ne belediye şirketlerinin kamu kurumu niteliği taşıyıp taşımadığı sorulmuş ve ilgili Genel Müdürlük de, belediyenin hisse oranı ne olursa olsun, bu şirketlerin özel hukuk tüzel kişisi olduklarını 12.3.2009 tarihli görüşünde belirtmiştir²¹.

Bu konuyla ilgili yargı içtihatları incelendiğinde de BİT'lerin diğer özel hukuk kişilerinden farklı olduğuna değinilmiş; ancak birer özel hukuk tüzel kişisi oldukları da açıkça belirtilmiştir²². Bu durum 6772 sayılı "Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlave Tediye Yapılması ve 6452 Sayılı Kanunla 6212 Sayılı Kanunun 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun" gereği BİT çalışanlarının bu ilave tediye hakkından yararlanıp yararlanamayacağı ile tekrar gündeme gelmiş ve Yargıtay eski tarihli kararlarında, belediyelerin ortak oldukları şirketlerin özel hukuk kişisi olmaları nedeniyle, diğer bir deyişle kanunun sadece kamu tüzel kişilerine bu hakkı tanıdığını belirterek bu şirketlerde çalışan işçilerin bu ilave tediye hakkından yararlanamayacağına karar vermekte ve BİT'lerin özel hukuk kişiliğini tekrar vurgulamaktaydı²³. Ancak 2014 tarihli bir kararında Bursa Büyükşehir Belediyesi'nin %96 oranda ortak olduğu Burulaş'ın işçisinin bu kanundan ve tediye hakkından yararlandırılması gerektiğine hükmetmiştir²⁴. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus Yargıtay'ın yeni tarihli

²¹ Mahalli İdareler Birliği'nin Görüşü için bkz. <http://www.migm.gov.tr/Gorusler/Belediye%20%C5%99Eirketlerinin%20T%C3%BCzel%20Ki%C5%99Fili%C4%9Fi.pdf>, (Çevrimiçi, 23.3.2015).

²² "Bir kuruluşun kamu kurum ve kuruluşu olması başka, sermayesinin kamu kurum ve kuruluşuna ait olması başkadır. Kamu kuruluşlarının ortaklıklarında pay sahibi olması hatta payın tamamına sahip olmaları, bunların hukuki niteliğini değiştirmez..." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 11.03.1989 tarih ve 1989/2323 E.-1989/2472 K. www.kazanci.com (Çevrimiçi, 20.3.2015).

"...İSTON A.S. İstanbul Büyükşehir Belediyesi ve diğer ilçe belediyelerinin iştiraki ile kurulmuş T.T.K. hükümlerine tabi bir Anonim Şirkettir. Bu niteliği itibari ile anılan şirket 1475 sayılı İş Kanununun 14/4 fıkrasında öngörülen "kamu kuruluşları" deyimini kapsamına girmez." Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.12.1997 tarih ve 1997/17743 E.-1997/21516 K. www.kazanci.com (Çevrimiçi, 20.3.2015).

"...Davacı şirketin sermaye kompozisyonu içinde yine Belediyenin kurduğu ya da iştiraki, bağlı ortaklığı bulunan kuruluş ve şirketlerin varlığı da is bu kuruluş ve şirketlerin Belediyeden ayrı hukuki varlıklarının (Tüzel kişiliklerinin) bulunması nedeni ile davacı şirkete kamu kuruluşu niteliği kazandırmayacağı..." Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 11.03.1989 tarih ve 1989/2323 E.-1989/2472 K. www.kazanci.com (Çevrimiçi, 20.3.2015).

"...Belediyelerce sermayesinin yarısından fazlasına katılmak suretiyle kurulan şirketlerin, özel hukuk hükümlerine göre oluşturulan ve 3659 ve 6245 sayılı yasalarda öngörülen teşekkül veya kurum (müessese) olarak nitelendirilmesi olanağı bulunmayan özel hukuk tüzel kişileri olduğu ve tüm faaliyetlerinin özel hukuk hükümleri kapsamında bulunduğu." Danıştay 1. Dairesi, 02.11.1998 tarih ve 1998/209 E.-1998/290 K. www.kazanci.com (Çevrimiçi, 20.3.2015).

"... Haklarında soruşturma izni verilen ...'nın Yönetim Kurulu Üyesi oldukları BELBİM A.Ş.'nin TTK hükümlerine göre kurulan bir şirket olması ve özel hukuk hükümlerine tabi bulunması nedeni ile, 4483 sayılı kanun kapsamında belirtilen memurlar ve diğer kamu görevlileri tanımına girmedikleri ve haklarında genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiği anlaşıldığından..." Danıştay 2. Dairesi, 27.09.2001 tarih ve 2001/1166 E.-2001/2122 K. Bkz. Hasan Özçelik, a.g.e., 48.

"...Anayasanın m.123/f.3 hükmüne göre Kamu Tüzel kişilikleri ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabilir. Ticaret şirketleri ise ticari faaliyette bulunmak üzere Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulan özel hukuk tüzel kişileridir. Belediyelerin kurdukları ticaret şirketlerini diğer ticaret şirketlerinden ayıran ve bunlara kamu tüzel kişiliği niteliğini kazandıran herhangi bir yasa hükmü bulunmamaktadır... .. şirket sermayesinin % 98,667'sinin İstanbul Büyükşehir Belediyesine ait olması özel hukuk hükümlerine göre kurulan bu şirkete kamu tüzel kişiliği niteliği kazandırmayacağı hususudur. Açıklanan nedenlerle İSFALT A.S. kamu kurumu veya kuruluşu niteliği taşımadığı .." Danıştay 1. Dairesi, 05.04.2002 tarih ve 2002/38 E.-2002/48 K., www.kazanci.com (Çevrimiçi, 20.3.2015).

"... davacının genel müdürlük yaptığı İSFALT San. Tic. Anonim Şirketinin özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesi, personelinin kadrosununun 190 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde ekli cetvellerde yer alması" Danıştay 11. Dairesi, 20.02.2008 tarih ve E. 2007/3962 E.- 2008/1651 K., www.kazanci.com (Çevrimiçi, 20.3.2015).

²³ Bkz. Yargıtay 9. HD'nin 20.1.1997 tarihli 1996/17813 E.-1997/695 K. sayılı ve 20.09.2007 tarihli 2007/1156 E., 2007/27576 K. sayılı içtihatları için bkz. www.kazanci.com. 21.01.2009 tarihli 2007/34591 E., 2009/604 K. sayılı karar için bkz. <http://suleymantopak.av.tr/grup/makaleler/belediye-iktisadi-tesebbüslerinde-calisan-iscilerin-ilave-tediye-ucret-hakki.html>.

Belediye şirketlerinin, personellerine bu ilave tediye ödemesinin kanuni mükellefi olmadığı ve bahsi geçen kanun kapsamında olmadığı hakkındaki görüş için bkz. Salim Demirel, Hilmi Bahadır Barçın, **6085 sayılı Sayıştay Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde Belediye Şirketleri ve İstisna Uygulamaları**, Ankara, Özel Ofset Basın Yay., 2016, s. 95.

²⁴ Bkz. Yargıtay 7 HD'nin 18.9.2014 tarihli 2014/9389 E.- 2014/17555 K. sayılı içtihadı. www.kazanci.com (Çevrimiçi, 14.7.2016).

kararında BİT'lerin hukuki niteliğini tartışmadığı, BİT'lerin özel hukuk kişisi olduğu yönündeki fikrinin değişmediği, sadece “Belediyenin” kendisinin kamu tüzel kişiliği haiz olmasını, bir nevi tüzel kişilik perdesini kaldırarak, belediye bağı kuruluşları bakımından da yeterli gördüğü anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, belediyenin bir kamu tüzel kişisi olması nedeniyle, belediye bağı kuruluşunda çalışan bir işçinin bu tediyeden yararlanma hakkı olması gerektiği kanaati hasıl olmuştur. Yoksa kanaatimizce BİT'lerin kamu tüzel kişisi olduğu yönünde bir içtihat değişikliği söz konusu değildir. Aynı konuda 2017 tarihli kararında da Yargıtay, “*Belediyeler tarafından kurulan veya ortak olunan şirketler ise, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi sermaye şirketleri olup, belediyelerin tüzel kişiliğinden ayrı ve bağımsız özel hukuk tüzel kişileridir. Belediyelerin kurdukları veya ortak oldukları ticaret şirketlerine, kamu tüzel kişiliği kazandıran herhangi bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, kamusal yetki ve ayrıcalıklar tanınmamıştır. Dolayısıyla, söz konusu şirketlerin “kamu tüzel kişisi” ya da “kamu kurum ve kuruluşu” oldukları kabul edilemeyeceğini*” belirtmiş ve aynı kararda ilave tedaviye alacağı ödemekle yükümlü tutulamayacağını şu gerekçelere dayandırmıştır²⁵:

“...6772 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki düzenleme uyarınca, “belediyeler ve bunlara bağı teşekküller” kanun kapsamındadır. *Belediyelerin hissedarı olduğu şirketler ise, Ticaret Kanunu hükümlerine tabi, belediyeden ayrı ve bağımsız özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olduğundan, bu şirketlerin belediyeye bağı teşekkül sayılması mümkün değildir. Anılan maddede, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait olan şirketlerin kanun kapsamında olduğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, madde metninde sermayesi belediyeye ait olan şirketlere yer verilmemesi kanun koyucunun tercihidir. Keza, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun, 15.07.1934 tarihinde yürürlüğe giren 2571 sayılı Kanun'la değişik 19. maddesi hükmünde, belediyelerin iştirak edecekleri şirketler ifadesine açıkça yer verilmiş olduğu halde, bu tarihten sonraki bir tarih olan 11.07.1956 tarihinde yürürlüğe giren 6772 sayılı Kanun'da, belediyelerin hissedarı olduğu şirketlerden bahsedilmemiş olması da bu durumun bir göstergesidir. Dolayısıyla, 6772 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki, belediyeye bağı teşekkül ifadesinden, kanun koyucunun, belediyelerin hissedarı olduğu şirketleri kastettiği söylenemez. Anılan sebeplerle, belediyelerin hissedarı olduğu şirketler 6772 sayılı Kanun kapsamında bulunmadıklarından, davalı şirket ilave tedaviye ödemekle yükümlü değildir.”*

Sonuç itibarıyla, birçok yönden diğer özel hukuk kişilerinden farklı nitelikler taşıyalar da BİT'ler birer özel hukuk tüzel kişileridir. İdari teşkilatımız bakımından konumları hususunda da BİT'lerin Türk İdari Teşkilatında yer almadığını, *Gölan'ın* deyişimiyle “BİT'lerin kamu kesiminde yer alan özel hukuk kişileri” olduklarını belirtebiliriz²⁶.

²⁵ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 13.6.2017 tarihli E. 2016/24028 K. 2017/14012 sayılı içtihadı. www.kazanci.com

²⁶ Aydın Gölan, “İdareler Arası Mal Devri-2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000, s. 358. Genel anlamıyla “Kamu kesiminde bulunan özel tüzel kişiler” kavramı için bkz. Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, Fakiülter Matbaası, 1982, s. 343.

Kuruluş Nedenleri

Konuyla ilgili birçok çalışmada²⁷ belirtilen, belediyeleri iktisadi teşebbüsler kurmaya iten sebepleri, şu şekilde genelleştirebiliriz²⁸:

- Kamusal denetimin ağır, yavaş ve farklı standartlara göre işleyen mekanizmasının dışında özel hukuka tabi şirketlerin denetimi alanına geçme isteği,
- Bürokrasiyi ve yasal sınırlamaları asgariye indirmek,
- Yeni gelir kaynağı yaratmak,
- Personel istihdamını serbestçe gerçekleştirebilmek,
- Halkın yerel temel ve ortak ihtiyaçlarını daha ucuz ve kaliteli bir şekilde üretmek,
- Beldenin ekonomik ve sosyal gelişimine katkıda bulunmak amacıyla öncülük etmek,
- Siyasi reklam yapmak.

Yukarıda belirttiğimiz bu sebeplerin biri ya da birden çoğu belediyeleri teşebbüs kurmaya itiyor olabilir. Ancak üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer husus da, incelediğimiz eserlerde yer almayan ve kanaatimizce belediyeleri teşebbüs kurmaya iten önemli faktörlerden bir diğeri de, belediyelere, çeşitlenen ve artan ihtiyaçları karşılamak için yeterli yetkinin (örneğin yeni ve atipik sözleşmeleri akdetme yetkisinin) ve bu anlamda yeterli kaynağın “açıkça” verilmemesi de olabilir. Açıkça verilmeme ile kastımız, kamu idarelerinin sırf “kamu idaresi” olmalarından ötürü, yerel ihtiyaçları en iyi şekilde tespit edebilecek ve onlara verilen mahalli müşterek ihtiyaçları giderme ”genel yetkisinin” her bir ihtiyaç için tek tek verilmesine gerek olmadığı yönünde bir düşüncenin varlığıdır²⁹. Ancak bu düşünce ile yeni ortaya çıkan ihtiyaçları gidebilecekleri inancıyla hareket ettiklerinde de haklarında yapılan denetimin olumsuz bir şekilde sonuçlanması önemli bir engel teşkil edebilecektir. Şöyle ki; 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 59. maddesi (h) bendinde her türlü girişim, iştirak ve faaliyetler karşılığı sağlanacak gelirlerin belediye gelirlerinden olduğuna hükmedilmiş ve uygulamada da belediyelerin kurdukları bu şirketlerden elde ettikleri kazançları belediye bünyesine aktardıkları ya da belediyelerin yerel hizmetlerinin karşılanması

²⁷ A. Yasin Karanfiloğlu, “Belediye Şirketlerinin Kurulmasına İlişkin Hukuki Düzenlemelere Alternatif Yaklaşımlar”, *Sayıştay Dergisi*, Y. 2000, S. 38, Ankara, s. 39. Enis Yeter, “Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri”, *Türk İdare Dergisi*, Y. 65, S. 400, Eylül 1993, s. 85. Hasan Özçelik, *a.g.e.*, s. 50 vd.

²⁸ Kuruluş nedenlerini, faaliyet alanlarıyla karşılaştırarak Hasan Özçelik’in *a.g.e.*, s. 104’te derlenen tablo çalışmamızın Sonuç kısmından sonra Tablo 1 şeklinde yer almaktadır.

²⁹ Farklı bir kuruluş nedeni olarak, belediye şirketlerinin özelleştirme uygulamalarını yaygınlaştırmak ve hızlandırmak için kurulduğu belirtilmiştir. Bkz. İpek Özkan Sayan, Murat Kışlalı, “Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı Var mı? Hurafeler ve Gerçekler”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 17, S. 1, Ocak 2008, s. 60.

²⁹ Duran, *Ders Notları*, s. 155-156. Ayrıca bkz. Duran, *Ders Notları*, s. 77, 144-145. Bu noktada şunu da belirtmekte fayda vardır: 5393 sayılı Kanunu’nun 14. maddesine bu yönde yapılmak istenen eklemeye Anayasa Mahkemesi tarafından şu gerekçelerle iptal edilmiştir: “...İptali istenen kurulla belediyelerin “kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri de” yapmakla görevlendirilmeleri, herhangi bir görev alanı tanımlaması yapılmaksızın, 5393 sayılı Yasa’nın 14. maddesinde belirlenmiş görev alanları dışında kalan her tür görevin yerine getirilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda idareye görev ve yetki veren kural, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir. Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN ve A. Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamıştır.” Anayasa Mahkemesi’nin 2005/95 E.-2007/5 K. sayılı içtihadı için bkz. www.kazanci.com.

konusunda yaptıkları ihalelere kendi iktisadi teşebbüslerinin de girmesini sağlayarak belediye bütçesinden çıkan giderlerin bir kısmının bu şekilde belediyeye dönmelerini sağladığı belirtilmektedir³⁰. Denetimlerin birçoğunda ise, yerel yönetim tarafından giderilmesine karar verilen ihtiyacın, gerçek bir ihtiyaç olmadığı ya da böyle bir ihtiyaç varsa da belirlenen yöntemle (örneğin belediye ve yetkin bir kişi arasında akdedilen sözleşmeyle) kaynak aktarılamayacağı kararıyla sorumlular hakkında yaptırımlar uygulandığından, belediyeler şirketleşmeyi bu anlamda bir çare olarak düşünüyor ve sık sık bu yöntemle başvurma ihtiyacı duyuyor olabilirler. Bunun yerine, belediyelere, her ihtiyaç için açık ve özel bir yasal düzenleme olmasa bile, doğan ihtiyaçları giderme imkanı verilse, denetimlerde sadece belirlenen kaynağı gerçekten o ihtiyaç için kullanıp kullanmadığının sorgulaması yapılsa ve o süreçte hizmeti yerine getirecek kişinin katlanacağı külfetler açık ve standart bir şekilde belirlense ne yerel yönetimler bu derece denetim ve yasal sınırlamalardan kurtulma eğiliminde olur, ne de kamu oyunda yerel yönetimlerin hizmetleri giderme yöntemi veya gördükleri kişiler üzerinde şüphe duyulur³¹.

Ayrıca öğretilen belirtilen diğer gerekçeler de değerlendirildiğinde, bu gerekçelerin tüm BİT'ler için ve her zaman için geçerli olabilecek gerekçeler olmadığı görülmektedir. Örneğin en çok zikredilen denetimden kurtulma isteği ele alındığında BİT'ler, normal bir özel hukuk tüzel kişisinin tabi olmadığı denetimlere tabi tutulmaktadır. Şöyle ki; 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun "Denetim Komisyonu" başlıklı 25. maddesinde³² belediye birimleri ve bağlı kuruluşlar bakımından yapılacak denetime yer verilmiştir³³.

³⁰ Yeter, "Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri", s. 85.

³¹ Prof. Dr. Aydın Gülan, "İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar" isimli yüksek lisans dersi, 19.03.2015. Fakat bu noktada şunu da belirtmekte yarar vardır. Anayasa Mahkemesi 28. dâpnotta da ele aldığımız 2005/95 E.-2007/5 K. Sayılı ihtihadında 5393 sayılı Yasanın 14. maddesine eklenen "Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır." hükmünü "Belediyeler belediye sınırları içinde, Anayasanın 127. maddesinin birinci fıkrasına göre "mahalli müşterek ihtiyaçları" karşılamakla görevlendirilirken, ikinci fıkrasına göre de bu görevlendirmenin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla yapılması zorunlu kılınmaktadır. Belediyeler mahalli müşterek gereksinimleri, yasalarla sınırları belirlenmiş alanlarda özerk biçimde belirleyebilir. İptali istenen kuralla belediyelerin "kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri de" yapmakla görevlendirilmeleri, herhangi bir görev alanı tanımlaması yapılmaksızın, 5393 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde belirlenmiş görev alanları dışında kalan her tür görevin yerine getirilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda idareye görev ve yetki veren kural, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır." gerekçesiyle iptal etmiştir. (Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Mehmet ERTEEN ve A. Necmi ÖZLER bu görüşte katılmamıştır.)

³² **Madd 25:** "...belediye meclisi, her ocak ayı toplantısında belediyenin bir önceki yıl gelir ve giderleri ile bunlara ilişkin hesap kayıt ve işlemlerinin denetimi için kendi üyeleri arasından gizli oyla ve üye sayısı üçten az beşten çok olmak üzere bir denetim komisyonu oluşturur..."; "Komisyon belediye birimleri ve bağlı kuruluşlarından her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir..."

³³ Aynı Kanunu'nun 56. maddesinde de Belediye Başkanı'nın hazırlayacağı faaliyet raporlarında, "bağlı kuruluş ve işletmeler ile belediye ortaklıklarına ilişkin" bilgi ve değerlendirmelere yer vereceği belirtilmiştir. Diğer yandan, 5393 sayılı Belediye Kanununun 68. Maddesine göre belediye şirketlerinin iç borçlanma için söz konusu Kanunla gerekli izinlere tabi kılınması ve 18. maddeye göre sermaye artışında meclis kararının gerekmesinin, uygulamada ön denetimi sağlamaya yönelik önemli bir kontrol mekanizması olduğu belirtilmiştir. (Hasan Özçelik ile yapılan 23.03.2015 tarihli görüşme.)

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun "Büyükşehir Belediye Başkanının Görev ve Yetkileri" başlıklı 18. maddesinin (d) bendinde "Bu Kanunla büyükşehir belediyesine verilen görev ve hizmetlerin etkin ve verimli bir şekilde uygulanabilmesi için gerekli önlemleri almak", (e) bendinde "Büyükşehir belediyesinin ve bağlı kuruluşları ile işletmelerinin etkin ve verimli yönetilmesini sağlamak, büyükşehir belediyesi ve bağlı kuruluşları ile işletmelerinin bütçe tasarımlarını, bütçe üzerindeki değişiklik önerilerini ve bütçe kesin hesap cetvellerini hazırlamak.", (i) bendinde ise "Belediye personelini atamak, belediye ve bağlı kuruluşlarını denetlemek." hükümleri ile yine belediye, bağlı kuruluş ve işletmeleri bakımından denetim düzenlenmiştir.

Ayrıca 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 15/a bendinde “*Bakanlığın merkez birimlerinin, bağlı kuruluşların, il ve ilçelerin ve mahalli idarelerle, bunlara bağlı ve bunların kurdukları veya özel kanunlarla kurulmuş birlik, işletme, müessese ve teşebbüslerin işlem ve hesaplarını teftiş etmek ve denetlemek, inceleme ve soruşturma yapmak,*” hükmü yer almaktadır. Ancak söz konusu hükümde de belediyelerin pay sahibi olduğu şirketler kapsama alınmamıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kanunu yürürlüğe girene kadar, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun’un 20. maddesiyle Başbakanlık müfettişlerine denetimde yetki verilmiş, ancak uygulamada bu yetkinin etkin bir şekilde kullanılmadığı belirtilmiştir³⁴.

Dolayısıyla 6085 sayılı Sayıştay Kanunu öncesinde, belediye şirketlerinin denetimi içte kendi organları tarafından³⁵, dışta ise diğer şirketlerde de olduğu gibi 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 274. maddesi gereğince Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın denetim elemanları tarafından gerçekleştirilmekteydi³⁶. 5018 sayılı Kanun ile kamu idarelerinin tamamına yakını Sayıştay denetimi kapsamına alınmış ve 6085 sayılı yeni Sayıştay Kanunu ile de Sayıştay’ın denetim alanı neredeyse tüm kamu idarelerini, kamu fonlarını, kamu kaynaklarını ve kamu faaliyetlerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Nitekim 6085 sayılı Kanun’un ilgili hükmü³⁷ incelendiğinde hükümde belirtilen şartları taşıyan belediye şirketlerinin de Sayıştay denetimine tabi olduğu anlaşılmaktadır³⁸. Hatta bahsi geçen kanun hükmündeki “kamu

³⁴ A.e., s. 159. Belediye şirketlerin yeterince denetlenmediği İçişleri Bakanlığı’nın 7.7.1994 tarih ve 612 sayılı Genelgesi’nde de belirtilmiştir. “... Şirket sayısının her geçen gün arttığı ve özel hukuk hükümlerine dahil bu şirketlerin yeterince denetlenememesi neticesinde kamuoyunda usulsüzlük iddialarının yoğunlaşmasına neden olduğu anlaşılmıştır.” Aktaran A. Yasin Karanfiloğlu, a.g.m., s. 44. Karanfiloğlu bu ve bu genelgeden sonra benzer ifadeler içeren 4.8.1994 tarih ve 716 sayılı Genelge, 29.11.1994 tarih ve 1405 sayılı Genelge ile yürürlükten kaldırdığını belirtmiştir. Karanfiloğlu, a.g.m., s. 45.

³⁵ Belediye Kanunu m. 55 vd.
Madde 55: “*Belediyelerde iç ve dış denetim yapılır. Denetim, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, mali ve performans denetimini kapsar.*
İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır.
Ayrıca, belediyenin mali işlemler dışında kalan diğer idari işlemleri, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından da denetlenir.
Belediyelere bağlı kuruluş ve işletmeler de yukarıdaki esaslara göre denetlenir.
Denetime ilişkin sonuçlar kamuoyuna açıklanır ve meclisin bilgisine sunulur”.

³⁶ Emre Okutan, a.g.m., s. 158-159.

³⁷ 6085 m. 4: “(1) Sayıştay;
(Değişik: 6495 - 12.7.2013 / m.73/cc) Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, (Değişik ibare: 6661 - 14.1.2016 / m.19) “sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak kamu payı olan” (...)(*) özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıkları, diğer kamu idarelerini (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hariç)
(Değişik: 6495 - 12.7.2013 / m.73/cc) (...) (*) (a) bendinde sayılan idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri, ... Denetler.”
Hükümün Anayasa Mahkemesi’nin 16.7.2015 tarih ve 29418 sayılı R.G.’de yayımlanan, 4.12.2014 T., 2013/114 E. ve 2014/184 K. sayılı Kararı’ndan önceki hali aşağıdaki gibidir:
a) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarını, mahallî idareleri, sermayesinde kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak %50’den fazla olan özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıkları, diğer kamu idarelerini (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hariç),
b) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) Kamu payı %50’den az olmamak kaydıyla (a) bendinde sayılan idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketleri, ... Denetler”.

³⁸ Aynı yönde bkz. Salim Demirel, Hilmi Bahadır Barçın, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

payının %50'den az olmama" şartı da Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2015 tarih ve 29418 sayılı R.G.'de yayımlanan, 4.12.2014 T., 2013/114 E. ve 2014/184 K. sayılı kararı³⁹ ile iptal edilmiş olduğundan hükmün kapsamının tüm şirketler bakımından genişlediği anlaşılmaktadır.

Çerçevesinde Belediye Şirketleri ve İstisna Uygulamaları, s. 67., 69, 81. Kapsam bakımından detaylı bilgi için bkz. Mehmet Seven, "6085 Sayılı Sayıştay Kanunu'na Göre Kamu İşletmelerinin Denetimi", **Dış Denetim Dergisi**, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneği, S. 3, Ocak-Mart 2011, s. 139-141. Makale için bkz. <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-6085-sayili-sayistay-kanununa-gore-kamu-isletmelerinin-denetimi-11-17.pdf>, (Çevrimiçi, 22.3.2015). Denetim bakımından detaylı bilgi için bkz. Mustafa Yavuz, "Kamu Kaynağı Kullanan Şirketlerin Sayıştay Tarafından Denetimi", **Dış Denetim Dergisi**, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneği, S. 3, Ocak-Mart 2011, s. 147 vd. Makale için bkz. <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-kamu-kaynagi-kullanan-sirketlerin-sayistay-terafinden-denetimi-11-18.pdf>, (Çevrimiçi, 22.3.2015) ve Engin Duymaz, Fatih Çavdar, "Mahalli İdarelerin Denetim Raporları", **Dış Denetim Dergisi**, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneği, S. 4, Nisan-Haziran 2011, s. 171 vd. Makale için bkz. <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-mahalli-idarelerin-denetim-raporlari-12-19.pdf>, (Çevrimiçi, 22.3.2015).

³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.7.2015 tarih ve 29418 sayılı R.G.'de yayımlanan, 4.12.2014 T., 2013/114 E. ve 2014/184 K. sayılı Kararı'nda "...dava konusu ibarelerle anılan bu kuruluşların Sayıştay tarafından denetlenilmesi için bunların sermayesindeki kamu payının % 50'den fazla olması kuralına yer verilmektedir. Bu durum, Sayıştay'ın anılan kamu kaynaklarının kullanımına ilişkin denetim yetkisini ortadan kaldırmakta, dolayısıyla yasama organının yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerini kanunlara uygun bir şekilde yürütüp yürütmediğini denetleme imkânını sınırlayarak demokratik devlet ilkesine zarar vermektedir." gerekçesine yer verilmiştir.

Ancak kararın Muammer Topal ve Hicabi Dursun'a ait olan karşı oyunda "...Sayıştayın anılan idare ve kurumların denetlenmesi, hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması dışındaki görevleri yönünden ise Anayasa'da bir düzenleme yapılmamış ve 160. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "...ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir." denilmek suretiyle bu görevleri belirleme yetkisi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bu çerçevede kanun koyucunun kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması dışında kalan görevlerini belirleme dolayısıyla anılan idare ve kuruluşlar dışında kalanların denetlenmesi görevini Sayıştaya verip vermeme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu açıktır.... Kanun koyucunun anılan nitelikteki ve sermayesinde belli bir miktarda kamu payı bulunan anonim ortaklıkları ile her çeşit kuruluşu Sayıştay denetimine tabi kılp kılmama konusunda takdir yetkisi bulunmakta olup bu çerçevede Anayasa'nın 160. maddesinde belirtilenler dışında kalan idare ve kuruluşlardan özel kanunla kurulan anonim ortaklıkları ile merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idarelerine, sosyal güvenlik kurumlarına ve mahalli idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit kuruluşun kamu payı %50'den fazla olanları denetleme yetkisini Sayıştaya vermesinde veya kamu payı %50'den az olanları ortaklık hakları yönüyle de olsa Sayıştayın denetimine tabi kılmamasında Anayasa'nın 160. maddesinde aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır. Öte yandan Anayasa'nın 160. maddesinde belirtilen idare ve kuruluşlar dışında kalan idare ve kuruluşlara ilişkin kamu kaynaklarının kamu yararına yönelik olarak hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi de Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin bir gereği olmakla birlikte Anayasa'da bu denetimin hangi kurum aracılığıyla ve hangi usullerle yapılacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu denetimin ille de Sayıştay aracılığıyla yapılması zorunlu olmayıp bu denetim yetkisinin hangi kurum aracılığıyla ve hangi usulle yapılacağı hususu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır." gerekçesiyle karara katılmadığı belirtilmiştir.

M. Emin Kuz'a ait karşı oyda ise "...Kuşkusuz, bütün kamu gelirlerinin, giderlerinin, mallarının, işlemlerinin ve hesaplarının şeffaflık ve hesap verebilirlik ilkelerine uygun olarak denetlenmesi gerekmektedir. Ancak, bu denetimin anayasal dayanağını oluşturan 160. ve 165. maddelerde, kamu payı % 50'nin altında olan kuruluş ve ortaklıkların Sayıştayca denetlenmesini öngören bir hüküm bulunmadığını belirtmek gerekir. Yukarıda da açıklandığı üzere, 160. maddede belirtilen idareler dışında hangi idare, kurum, kuruluş ve ortaklıkların TBMM adına Sayıştayca denetleneceğini ve denetimin kapsamını belirleme yetkisi kanunlara bırakılmış; 165. maddede ise sermayesinin yansından fazlası Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının TBMM tarafından denetlenmesi esaslarının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.... İptal edilen ibarelerdeki "kamu payı"nın Anayasanın 160. maddesinde belirtilen idare ve kurumların "malları" kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla kamu payının % 50'den az olması hâlinde de Anayasanın 160. maddesine göre Sayıştayca denetlenmesinde zorunluluk bulunduğu düşünülebilirse de, Anayasanın bu hükmü kamu payının bulunduğu kuruluş ve ortaklıkların değil, sadece kamu payının denetimine imkân verdiğinden, kamu payının % 50'den az olduğu kuruluş ve ortaklıkların Sayıştayın denetimi kapsamına dahil edilip edilmeyeceği hususunda, 160. madde gereğince yasama organı takdir yetkisine sahiptir... Mezkûr ibarelerin iptali 6085 sayılı Kanunun "Denetim alanı" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin kapsamını, dolayısıyla da Sayıştayın denetim alanını yasama organının öngörmediği ölçüde genişletmektedir. Anayasanın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Buna göre, kanun koyucunun isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesinin takdir yetkisi içinde olduğu ve kuralın uygulama alanını genişletecek şekilde bir iptal kararı verilemeyeceği açıktır. 6085 sayılı Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki mezkûr ibarelerin iptali ile anılan hükümlerin kapsamı, kanun koyucunun öngörmediği şekilde genişletilmiştir." gerekçesine yer verilmiştir.

BİT'lerin kuruluş nedenleri bakımından bir diğer husus belediyelerin özellikle de uzman yönetim kadrolarını sıkı mevzuat hükümleri karşısında kolaylıkla oluşturmamaları ve bunun şirket ve iştiraklerde daha kolay usuller ve daha esnek ücret politikasıyla gerçekleştirilebileceği kanaatinde olmalarıdır. Ayrıca belediyeler üst düzey yöneticilerini bu şirketlerin yönetim veya denetim kurullarına üye yaparak onlara maaşları yanında “huzur hakkı” adı altında ek ödeme yapabilmektedir⁴⁰. Bu yolla belediyeler uzman personel açığını zaman zaman giderebilmektedir.

BELEDİYE İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN HUKUKSAL DAYANAKLARI VE KURULUŞ PROSEDÜRLERİ

Hukuksal Dayanakları

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 70. maddesi⁴¹ ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 26. maddesinde⁴² belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabilecekleri açıkça düzenlenmiştir⁴³. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, belediyelerin bu tip girişimlerde bulunabilmesi için öncelikle zorunlu görevlerini yerine getirmiş olmaları gerekmektedir⁴⁴.

⁴⁰ Süleyman Toprak, “Belediye İktisadi Teşebbüslerinde Çalışan İşçilerin İlave Tediye Ücret Hakkı”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2015, S. 45. Bkz. <http://suleymantopak.av.tr/grup/makaleler/belediye-iktisadi-tesebbüslerinde-calisan-iscilerin-ilave-tediye-ucret-hakki.html>

⁴¹ Madde 70: *Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir*” Bu hükümlerle ilgili Anayasa Mahkemesi 2005/95 E.-2007/5 K. sayılı içtihadında “...İptali istenilen kural, belediyelerin kendilerince yürütülen veya yürütülmesi öngörülen hizmetlerden hangilerini özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceklerini veya devredebileceklerini değil, kendi görev ve hizmet alanlarında, belediye meclislerince alınan kararlarla ve bazı idari koşulları yerine getirerek, “özel hukuk tüzel kişisi” biçiminde, etkinlikleri tamamen özel hukuk kurallarına göre gerçekleştirilen ve yönetilen sermaye şirketi kurabileceklerini öngörmektedir... Buna göre, iptali istenilen kuralda belediyelerce kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının, belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki (piyasa şartlarının gözetileceği) görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle Belediyelerin Anayasanın 127. maddesinde belirtilen mahalli müşterek ihtiyaçlardan Anayasanın 128. maddesi kapsamında dışında kalanları sermaye şirketleri aracılığıyla yürütebileceği sonucuna varılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, 70. madde hükmü Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.” iptal talebini reddetmiştir.

⁴² Madde 26: *Yüksekşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50'sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir. (Ek cümle: 12/11/2012-6360/10 md.) Ancak, bu yerlerin belediye şirketlerince üçüncü kişilere devri 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabidir”.*

⁴³ Bu hükümlerle ilaveten 5393 sayılı kanunun 18. maddesinin (i) bendinde de meclisin görevleri arasında “Bütçe içi işletme ile Türk Ticaret Kanununa tabi ortaklıklar kurulmasına veya bu ortaklıklardan ayrılmasına...” karar vermesi sayılmıştır. Bu bağlamda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 16. Maddesiyle belediyeler tarafından kurulan kurum ve kuruluşların da tacir sayılacağı belirtilmiştir. Yine aynı kanunun 334. Maddesinde ise esas sözleşme öngörülecek bir hükümlerle belediyelere, pay sahibi olmasalar bile, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurma hakkı verilebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca çalışma konumuz Belediye İktisadi teşebbüsleri üzerine olduğundan “Hukuksal Dayanaklar” başlığı altında yer verilmemiş de olsa 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 52. Maddesinde de “İl özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir.” düzenlemesine yapılmıştır. Ancak uygulamada daha ziyade belediyelerin ya da büyükşehir belediyelerinin teşebbüsleri mevcuttur.

⁴⁴ Madde 19: “(1) Belediyelerin hakları, salahiyetleri ve imtiyazları şunlardır: 1) Belediye idareleri kanunun kendilerine tahmil ettiği vazife ve hizmetleri ifa ettikten sonra belde sakinlerinin müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tesviye edecek her türlü teşebbüsünü icra ederler. ... (2) (Değişik: 3612 - 7.2.1990) Bunların, belediyelerin de iştirak edecekleri şirketler vasıtasıyla yapılması ve işletilmesi

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 26. maddesi⁴⁵ ile belediyeler tarafından ticari amaçla faaliyette bulunmak üzere ticari kuruluşlar kurulması, mevcut veya kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunulması Bakanlar Kurulu'nun iznine tabi tutulmuştur. 4046 sayılı yasanın 26. maddesi BİT'ler bakımından oldukça önemlidir. Özellikle iki hususa değinirsek; bu hükmün yürürlüğünden önce belediyeler sadece meclis kararı ile şirket kurabilmekteyken, bu hüküm sonrası Bakanlar Kurulu'nun izni de gerekli kılınmıştır. Ayrıca, yukarıda bahsettiğimiz diğer mevzuat hükümleri incelendiğinde ya şirket kurmak ya da temsilci bulundurmamak hususları düzenlenmiş, diğer bir deyişle, kurulu olan bir şirkete katılmayı ilk defa 4046 sayılı Kanun düzenlemiş bulunmaktadır⁴⁶. Ancak Belediye Kanunu ve İl Özel İdareleri Kanunu'nun 4046 sayılı kanundan sonra yürürlüğe girmesi ve bu yasaların şirket kurulumu için Bakanlar Kurulu iznini şart koşmadığından mahalli idarelerin görevleriyle ilgili alanlarda şirket kurarken Bakanlar Kurulu'ndan izin alınmasının gerekli olmadığı da belirtilmektedir⁴⁷. Danıştay ise 5.3.2010 tarihli 2008/4976 E.-2010/1108 K. sayılı içtihadında 4046 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca, merkezi idareye tanınan izin yetkisinin, şirket kurulması ve kurulmuş ya da kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunması hallerinde söz konusu olacağını hüküm altına almıştır⁴⁸. Bu noktada belki ikili bir ayırım yapmak faydalı olabilir. Şöyle ki; belediyelere kendi mevzuatları ile verilen görevler çerçevesinde kurulan şirketler ile 4046 sayılı Kanuna göre ticari faaliyet görmek amacıyla kurulan şirketler⁴⁹. Ancak uygulamada, belediye şirketlerinin kendilerine verilen görevler çerçevesinde kurdukları şirketler bakımından bu sınırlamaya uygun davranmadığı eleştirileri getirilmektedir⁵⁰. Nitekim bu durumu fark eden İçişleri Bakanlığı yayımladığı birçok genelgede bu hususu dile getirmiş ve bunun önüne geçmeye çalışmıştır⁵¹. En son 2008/31 sayılı genelgede de bu hususa değinilmiş ve yerel yönetimlerin kendi hizmet ve görev alanıyla ilgili olmayan ithalat, ihracat, market, pazarlama, muhtelif malzeme üretimi ve benzeri ticari konularda faaliyette bulunmak amacıyla şirket kurmalarına imkan bulunmadığı belirtilmiştir.

veya icara verilmesi veyahut imtiyazın devri İçişleri Bakanlığının kararına bağlıdır. Belediyeler dilerse inhisarı tazammun etmemek şartıyla bunların işletilmesine ruhsat dahi verebilir".

⁴⁵ Madde 26/4: "Belediyeler ve diğer mahalli idareler ile bunların kurdukları birlikler tarafından ticari amaçla faaliyette bulunmak üzere ticari kuruluşlar kurulması, mevcut veya kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunması, Bakanlar Kurulu'nun iznine tabidir".

⁴⁶ "5216 sayılı Kanununun 28. maddesindeki "Belediye Kanunu ve diğer ilgili Kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri ilgisine göre büyükşehir, büyükşehir ilçe ve ilk kademe belediyeleri hakkında da uygulanır." hükmü açısından kontuya bakıldığında ise; belediyenin kurulmuş bir şirkete ortak olmasını yasaklayan acık bir hüküm 5393 ve 5216 sayılı Kanunlarda yer almadığına göre, 4046 sayılı Kanununun 26. maddesinin son fıkraya hükmününün 5216 sayılı Kanun hükmüne aykırı olduğu da düşünülemez.". Bkz. Hasan Özçelik, a.g.e., s. 124.

⁴⁷ Melikşah Yasin, *Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi*, İstanbul, Beta, 2007, s. 211.

⁴⁸ Karar için bkz. www.kazanci.com

⁴⁹ Ticari amaçlı kuruluşların özelleştirilmesi ile, kamu hizmeti ifa eden kuruluşların özelleştirilmesi hakkında bkz. Yasin, a.g.e., s. 210. 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde İçişleri Bakanlığı'nın yaptırdığı bir araştırmada belediyelerin görev alanlarıyla sınırlı olmak kaydıyla şirket kurabilecekleri ve kurulu şirketlere katılabilecekleri belirtilmiştir. Bkz. M. Salih Bor, Halil Ulusoy, "Belediyelerin Şirket Kurup Kuramayacakları", *İnceleme-Araştırma Raporları*, 1998-1989, İçişleri Bakanlığı, APK, 1990, s. 260'tan aktaran A. Yasin Karanfiloğlu, a.g.m., s. 41.

⁵⁰ Emre Okutan, a.g.m., s. 162. Recep Bozlağan, a.g.m., s. 266.

⁵¹ A. Yasin Karanfiloğlu, a.g.m., s. 44-45. Hasan Özçelik, a.g.e., s. 119-121.

Buraya kadar bahsetmiş olduğumuz mevzuat hükümleri incelendiğinde, dikkat çeken bir diğer husus da belediyelerin ortak oldukları şirketlerin başka bir şirket sahibi olmasıyla ilgili herhangi bir düzenlemenin yer almadığıdır. İncelediğimiz mevzuat hükümleriyle kendilerine sınırlamalar getirilen belediyeler bu boşluğu kullanarak ortak oldukları şirketlerin şirket sahibi olmasını sağlamışlardır. Bu yönelişin artması üzerine İçişleri Bakanlığı bir alt başlıkta değineceğimiz 2008/31 sayılı Genelgeyi yayımlama ihtiyacı duymuş ve bu tip şirketleşmelerde de Bakanlar Kurulu'ndan izin alınması gerektiğini vurgulamıştır⁵².

Kuruluş Prosedürleri

İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü 21.04.2008 tarihli ve 2008/31 sayılı Mahalli İdare Şirketleri Hakkında Genelgesi⁵³ ile gerekli olan evrakları ve usulü belirlemiştir. Dolayısıyla bir BİT kuruluşu ya da ortaklığı için Belediye meclisinin kararına genelgede belirtilen belgelerin eklenerek İçişleri Bakanlığı'na sunulması ve bakanlığın olumlu görüşü alındıktan sonra, 4046 sayılı Kanun'un 26. maddesi gereğince Bakanlar Kurulu'nun izninin alınması gerekmektedir⁵⁴.

Ancak aynı Genelge belediye şirketlerinin yeni kuracakları şirketlerin de Bakanlar Kurulu iznine tabi olduğunu düzenlediğinden Danıştay 8. Dairesi tarafından “*serbest piyasa koşullarında ve Ticaret Yasası hükümlerine göre faaliyet gösterecek olan bu şirketlerin, sermayeye iştirak etmek, ortak olmak veya bedelsiz şirket edinmek gibi hallerde İçişleri Bakanlığı kanalıyla Bakanlar Kurulundan izin almaları gibi bir gereklilik anılan yasa maddesinde öngörülmemiştir*” gerekçesiyle iptal edilmiştir⁵⁵. Bu Genelgeyi müteakip başka bir düzenleme yapılmamış olmasına rağmen uygulamada bakanlığın, bir belediyenin şirket kurabilmesine ya da ortak olmasına ilişkin evrak ve usuller için hala 2008/31 sayılı Genelge içeriğini işlettiği belirtilmiştir⁵⁶. İptal edilen bir Genelgenin uygulanması yerine, bu konuda açık bir kanuni düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

⁵² Özçelik, BEL-KA A.Ş. ve UGETAM A.Ş.'yi bu yöntemle ve Bakanlar Kurulu'ndan izin alınmadan kurulmaları nedeniyle örnek göstermiştir. Bkz. Hasan Özçelik, a.e., 124 ve 125.

⁵³ Bkz. <http://www.migm.gov.tr/2008YiliGenelge.aspx>, (Çevrimiçi, 22.3.2015).

⁵⁴ 1988 Yılı Program Kararnamesi gereğince Devlet Planlama Teşkilatı'nın izni de alınması gerekli görülmüşken; 1992 yılı Program Kararnamesi'nde yer verilmeyerek bu izin yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Tunay Köksal, “Belediye Şirketlerinin Hukuki Rejimi ve Şirketleşme Uygulamaları”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C. 2, S. 6, Kasım 1993, s. 56.

⁵⁵ 24.05.2010 tarihli E. 2008/4976-K. 2010/1108 sayılı karar.

⁵⁶ İBB İştirakler Daire Başkanlığı Hukuk Müşaviri Av. Ayşe Akgündoğdu ile 23.03.2015 tarihli görüşmede ve kendisinin göndermiş olduğu bilgi notunda belirtilmiştir. Ayrıca bu konuda tarafımızca yapılan bilgi edinme başvurusunda da yeni bir genelge yayımlanmadığı ve hala bahsi geçen bu genelgedeki usuller uygulandığı yazılı olarak tarafımıza iletilmiştir. Genelgede şu belgelerin talep edileceği belirtilmiştir:

- Şirketin kurulması, devir alınması veya sermaye katılım miktarının belirlenmesine dair belediye meclisi kararı,
- Kurulacak Teşekkül-Şirket'e ait gerekçeli rapor.
- Kurulan şirketin amacı ve faaliyet alanı,
- Kurulan teşekküle ortaklık söz konusuysa güncel bilanço,
- Kurulacak, devir alınacak veya sermaye katılımında bulunacak şirketin ana sözleşmesi veya taslağı,
- Kurulacak şirkete ait fizibilite çalışmaları ve talepte bulunan yönetimin başvuru tarihi itibarıyla genel mizanı,
- Bedelsiz devir söz konusu ise ilgili şirketin bilançosu,
- 4646 sayılı Kanun uyarınca yapılacak müraعاتlarda ilgili firmanın EPDK'dan aldığı dağıtım lisansı örneği.

4046 sayılı Kanunun aynı hükmü gereşince belediyeler yeni bir şirket kurarak ya da kurulacak şirkete sermaye katılımında bulunarak ya da mevcut bir şirkete ortak olarak şirketleşebilecekken; uygulamada belediyeye hibe edilen ya da ettirilen şirketler aracılığıyla ya da iştirak halinde olunan şirketlerde sermaye artırımında bulunularak şirketleşildiğı ve bu tip şirketleşmelerde sadece belediye meclis kararının yeterli görüldüğü, diğer bir deyişle alınması gerekli izinlerin alınmadan, kanunlar dolanılarak şirketleşilmesi nedeniyle BİT'ler eleştirilmektedir⁵⁷. Nitekim uygulamada örneğin İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin Ağaç A.Ş., Beltur A.Ş. ve Sağlık A.Ş.'ye ortak olma şekilleri hibe yöntemiyle gerçekleştirilmiştir⁵⁸. Bunun üzerine İçişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliğinin vermiş olduğı mütalaasında şirkete katılım payının hibe yoluyla gerçekleştirilip, gerçekleştirilmemesinin bir fark yaratmadığı ve hibe yöntemi için de Bakanlar Kurulu izninin alınması gerektiğini belirtmiştir⁵⁹.

BELEDİYE İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN GÖRMÜŞ OLDUĞU HİZMETİN HUKUKİ NİTELİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

İdarenin faaliyetleri başta kamu hizmeti olmak üzere, kolluk, regülasyon ve özen-dirme destekleme faaliyetleri olarak sınıflandırılabilir. Çalışma konumuz bu faaliyetlerin açıklanmasını kapsamadığından, BİT'ler bakımından sadece kamu hizmeti faaliyeti üzerine tartışılacaktır. Bu anlamda öncelikle belirtilmesi gereken husus "BİT'ler kamu hizmeti görür" ya da "BİT'ler kamu hizmeti görmez" gibi kesin kanaatler belirtmenin doğru olmadığıdır. Aşağıda yapacağımız tartışmalar üzerine bir kısım BİT'in sırf o kamu hizmetini görmek için kurulduğunu, bir kısım BİT sırf o amaç için kurulmuş olmasa da idarenin o hizmeti BİT'e gördürdüğünü ve bir kısım BİT'in de tamamen ticari hayatın aktörü olarak ticari faaliyet gördüğünü, dolayısıyla kamu hizmeti görmediğini söyleyebiliriz. Ticari faaliyet için kurulan BİT'ler bir kenara bıraktığımızda, BİT'lerin faaliyetinin kamu hizmeti kapsamında olup olmadığını değerlendirmemiz gerekmektedir.

Şöyle ki; *Gözler*'in BİT'lerin mahalli kamu idaresi olduğu düşüncesi ele alındığında, hizmetin görev olarak verildiğı BİT'lerin ya da o hizmet için kurulmuş BİT'lerin emanet usulüyle, hatta *Gözler*'in deyişimiyle "*Kamu kurumu usulüyle*"⁶⁰ kamu hizmetini gördükleri belirtilebilir⁶¹.

⁵⁷ Emre Okutan, "Belediye Şirketlerinin Denetiminde 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu Sonrası Dönem", *Dış Denetim Dergisi*, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneğı, S. 3, Ocak-Mart 2011, s. 163. Makale için bkz. <http://www.sayder.org.tr/e-dergi-makaleler-ocak-mart-2011-11.htm>, (Çevrimiçi, 22.3.2015). A. Yasin Karanfiloğlu, *a.g.m.*, s. 39.

⁵⁸ Hasan Özçelik, *a.g.e.*, s. 120.

⁵⁹ Aktaran Hasan Özçelik, *a.g.e.*, s. 120.

⁶⁰ *Gözler*, *İdare Hukuku*, Cilt II, s. 390 vd.

⁶¹ Bu noktada hizmetin görülüş usulü bakımından Danıştay 1. Dairesi'nin 2006/203 E.- 2006/719 K. sayılı mallara ve personele atfla hüküm kurduğı İZDENİZ A.Ş. kararı örnek alınabilecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi BİT'lerin özel hukuk kişileri olduğu kanaatinde olduğumuzdan bu şirketlerin mallarının "kamu malı" olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Nitekim bu husus öğretilde öncelikle KİT'ler bakımından tartışılmış ve mevzuatta yapılan açık düzenleme ile devlet malı statüsü kabul edilmiştir. Ancak yukarıda da bahsettiğimiz üzere BİT'ler ne bu 233 sayılı KHK'ye tabi, ne de BİT'lerin mallarıyla ilgili ayrı bir düzenleme mevcuttur. Ayrıca bkz. Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma*

Ancak BİT'lerin özel hukuk kişisi olduğu kanaatinde olduğumuzdan, BİT'lerin emanet usulü ile kamu hizmetini gördüğünü en azından klasik anlamıyla bu şekilde sayılmasını savunmamız mümkün değildir. Eğer BİT'lerin özel hukuk tüzel kişisi olmalarına rağmen, “emanet benzeri bir yöntemle” hizmeti gördükleri kabul edilmek istenirse, bunun sebebinin kuruluş aşamalarındaki ve çalışmamızda bahsettiğimiz diğer özel hukuk kişilerinden ayrılmalarını sağlayan bir çok farklılıkları bulunması ile mali kaynakları ve organlarını meydana getirenler bakımından kamusal imkanlardan faydalandıkları gerekçe gösterilebilecektir⁶². Diğer yandan, her ne kadar farklılıkları söz konusu olsa da bu şirketler özel hukuk tüzel kişileridir, bu nedenle de emanet benzeri yöntemlerle hizmeti görmelerinin mümkün olmadığı da gündeme getirilebilecektir. Ancak bu durumda İdare hukuku öğretisi ve uygulamasında belirtilen kamu hizmetinin özel kişilere gördürülmesinin klasik yöntemleri, BİT'ler bakımından söz konusu değildir. Nitekim uygulamada Belediyeler, bu şirketleri bir hizmeti görmek için meclis kararı ile bizzat görevlendirmektedir. İmtiyaz ya da diğer usuller için BİT ile Belediye arasında bir sözleşmenin akdi mevzubahis değildir. Bu sebeplerle BİT'lerin belediyelere verilen hizmetleri görmek için kurulduğu ya da görevlendirildiği durumlarda yeni bir görülüş usulüne ihtiyaç duyulduğu belirtilebilir. Bu yöntem “şirketleşme yoluyla gördürme” ya da “şirket kurma yoluyla gördürme” gibi ya da benzer kavramlarla üzerinde tartışılması gereken hususlardan biridir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus ise idarenin faaliyetin tamamını BİT'e gördürme zorunluluğunun olmadığıdır. Bazen idare bir hizmetin bir kısmını kendi bünyesinde görürken, bir kısmını da BİT'e gördürmeyi tercih edebilir. Örneğin İstanbul Büyükşehir Belediyesi Şehir Tiyatroları Müdürlüğü, İstanbul Devlet Tiyatrosu yanında halka tiyatro kültür sanat hizmetini de sunmaktadır. Aynı zamanda İBB'nin Kültür A.Ş.'ye de gördürdüğü kültürel hizmetler söz konusudur⁶³. Yine belediyelere ait nikah salonlarında evlendirme hizmeti sunulurken, Büyük İstanbul Eğitim Turizm ve Sağlık Yatırımları İşletme ve Tic. A.Ş (BELTUR) bünyesindeki köşklere de nikah ve düğün yapmak mümkün olup, burada sunulan düğün hizmetinin tamamen ticari bir faaliyet olduğu söylenebilir.

Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul, Alfa, 1999, s. 20-21.

Personeli bakımından da yukarıda yer verdiğimiz içtihatlar doğrultusunda BİT personelinin kamu personeli olmadığı kanaatindeyiz.

⁶² *Gülan* bu düşüncesini şu cümlelerle ifade etmektedir: “*Kamu hizmeti görecektir olan bu vakıflar özel hukuka tabi de olsalar gerek kuruluş aşamalarında gerekse mali kaynaklar ve organlarını meydana getirenler bakımından tamamen kamusal imkanlardan yararlanmaktadır. Bu sebeplerle emanet usulü ile kamu hizmeti gördükleri söylenebilir. İki ayrı alt başlık olarak incelenmekle birlikte, kamu kesiminde yer alan tüzel kişiler tarafından görülme usullerinin emanetten ibaret olduğu görüşündeyim, ancak faaliyetin işleyişine hakim olan hukuku da ifade edebilecek bir alt ayırım yapılması düşünülebilir.*” Bkz. Aydın Gülan, **Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987, s. 54.

⁶³ “*Kültür A.Ş., Ekim 1989 tarihinde, İstanbul Büyükşehir Belediyesi bünyesinde, kültür, sanat ve turizm hizmetleri sunmak üzere kurulmuş ticari amaçlı bir anonim şirkettir.*” Bkz. <http://kultur.istanbul/hakkimizda/tarih%C3%A7e.aspx> (Çevrimiçi, 02.08.2016).

“*Vizyonumuz Kültür, sanat, turizm ve açık hava reklamcılığı alanlarında ulusal ve uluslararası düzeyde kabul görecektir seviyede ürün ve hizmetler sunarak Türk kültür ve sanatının tanıtılması ve yaşatılmasına, İstanbul'un tarihi, coğrafi, kültürel güzelliklerinin yurt içinde ve yurt dışında tanıtımına katkıda bulunan bir kuruluş olmak.*” Bkz. <http://kultur.istanbul/hakkimizda/tarih%C3%A7e.aspx> (Çevrimiçi, 02.08.2016).

Son olarak tartışılması gerektiğini düşündüğümüz hususlardan biri de idareye görev olarak verilmemiş; ancak tam olarak ticari faaliyet kapsamına da sokulamayan bazı şirket kurulumlarının ya da ortaklıklarının faaliyetlerinin nasıl nitelendirilmesi gerektiği hususudur. Örneğin İstanbul Halk Ekmek A.Ş. veya Ankara Halk Ekmek ve Un. Fab. A.Ş. belediye sınırları içerisinde daha ucuz ve daha kaliteli ekmek üretmek ve satmak için kurulmuş şirketlerdir. Ancak bilindiği üzere mevzuatımızda belediyelere ekmek üretmek gibi bir görev verilmemiştir. İdarelerin ekmek üretkenler üzerindeki denetimi daha ziyade idarenin idari kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer yandan kendisini “kamu kurumu” olarak nitelendiren Hamidiye A.Ş. her ne kadar sosyal sorumluluk projeleri yürütse ve temel bir ihtiyaç olan suyu kaliteli üretilip ucuza satsa ve belki kuruluş amacı başlangıçta ticari değilse de, kanaatimizce, şu an ticaret hukuku kurallarına göre faaliyet gösteren, mahalli sınırları da aşmış kırk iki ülkeye su ihraç eden bir tacirdir⁶⁴. Dolayısıyla burada belirtmek istediğimiz asıl husus, BİT’lerin ürettiği malların toplum bakımından önemi ya da diğer şirketlerden daha ucuz ve kaliteli hizmet görmeleri, gördükleri hizmeti kamu hizmeti haline getirmeyecektir. Önemli olan o toplumsal gereksinimin görülmesi görevinin, kanunla ya da kanunun verdiği izinle, idareye verilmiş olmasıdır. İdareye görev olarak verilmemiş bir hizmet sırf temel, ortak ihtiyaç ya da ekmek veya su üretimi gibi kamu yararına yönelik bir ihtiyaç diye kamu hizmeti olarak kabul edilemeyecektir.

BELEDİYE İKTİSADİ TEŞEBBÜSLERİNİN İHALE REJİMLERİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

BİT’lerin en çok eleştirildiği alanlardan biri de ihale hukuku alanıdır. Bu anlamda BİT’lerin ihalesiz ya da ihaleye girerek aldıkları işler bakımından kendileri lehine avantajlar sağlayıp, haksız rekabete yol açtıkları yönünde görüşler dile getirilmiştir. Bu başlık altında da BİT’lerin tüm ihale rejimleri değil, eleştirilen tartışılan kısımları üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekirse BİT’lerle ilgili hem 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, hem de 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekecektir. Çünkü 4734 sayılı Kanun kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri için; 2886 sayılı Kanun ise genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin satın, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri için uygulanacaktır.

⁶⁴ “Bir kamu kurumu olarak Hamidiye, su kalitesi bakımından lider olmakla birlikte insanlarımızı bilinçlendirmek ve bilgilendirmek suretiyle sektörde sosyal sorumluluk liderliğini de yerine getirmenin mutluluğunu yaşamaktadır.” Bkz. <http://www.hamidiye.istanbul/index.php/urunlerimiz/sosyal-sorumluluk> (Çevrimiçi, 02.08.2016).
“Bir asır önce şehre akıtılan Hamidiye Suyu, bugün insanlığın malı olmuş ve gerek ürünlerinin kalitesiyle gerekse tarihi imajıyla ülkemiz sınırlarını aşarak 42 ülkeye su ihraç eder konuma gelmiştir.” Bkz. <http://www.hamidiye.istanbul/index.php/kurumsal/tarihçe> (Çevrimiçi, 02.08.2016).

2886 sayılı Kanun'un 6. maddesinde ihaleye katılmayacak olanlar düzenlenmiştir. Bu hükmün b bendinde *"İhale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların"* ihalelere katılması yasaklanmıştır. Ancak belediyelerin, kendi kurdukları veya yönetiminden belediye başkanı ve diğer belediye personelinin sorumlu olduğu şirketler ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine aykırı şekilde alım-satım ilişkilerine girdikleri ve ihalelerini bu şirketlere verdiklerini belirten Sayıştay Başkanlığı'nın 26.10.2000 tarih ve 614 sayılı yazısını müteakip İçişleri Bakanlığı 12.12.2000 tarih ve 47539 sayılı Genelgeyi yayımlamıştır. (İptali istenilen) Genelgede Belediyelerin ihale konusu iş ve işlemlerinde 2886 sayılı Yasaya tabi oldukları belirtilerek kanunda belirtilen kural ve ilkelere aykırı her türlü işlemin ilgili görevliler açısından hukuki ve mali sorumluluk doğuracağı açıklanmış ve 2886 sayılı Yasanın 2. ve 6. maddeleri doğrultusunda nasıl hareket edilmesi gerektiği belirlendikten sonra ihalelerde açıklık ve rekabetin sağlanarak en uygun bedelle ihalenin gerçekleştirilmesi ve sonuçlarının denetlenmesi bakımından il özel idareleri, belediye personelinin yönetim ve denetiminde yer aldığı şirketlerin, bu idareler tarafından açılan ihalelere katılmayacakları düzenlenmiştir⁶⁵. Bu Genelge üzerine belediye şirketi hem Genelgeye karşı, hem de açılan ihaleye alınmama işlemine karşı dava açmıştır. Danıştay ihalenin açıklık ve tarafsızlık ilkelerini, eşit rekabet koşullarını ortadan kaldıracak gerekçeleriyle davayı reddetmiştir⁶⁶. Bu anlamda ihale yetkilisinin, ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek ve denetlemekle sorumlu olan personelin yönetim kurulu başkan ve üyesi ya da denetim kurulu başkan ve üyesi olduğu belediye şirketleri, belediyenin açmış olduğu ihalelere katılmayacaktır⁶⁷.

Uygulamada 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 71. maddesi⁶⁸ hükmüne istina-

⁶⁵ Bahse konu Genelgeye bilgi edinme yoluyla da erişilemediğinden bkz. 65. dipnotta ele alınan Danıştay 10. Daire'nin 16.12.2003 tarihli 2001/4312 E.-2003/5197 K. sayılı karar.

⁶⁶ *"...Bu durumda, ita amiri sıfatıyla ihaleleri onaylama veya iptal etme yetkisine sahip bulunan belediye başkanlarının ya da belediye ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların, bunların eşlerinin ve (ikinci derece dahil) kan ve sıhri kısımlarının ve bu şahısların ortaklarının (bu şahısların yönetim kurullarında görevli olmadıkları anonim ortaklıklar hariç) yönetim ve denetim kurullarında buldukları belediye şirketlerinin, aynı belediyelerin açtıkları ihalelere girmeleri 2886 sayılı Yasanın 2. maddesinde belirlenen ilkelere bağdaşmadığı gibi 6. madde hükmüne de uygun bulunmamaktadır.... Her ne kadar belediyelere ait şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alan belediye personeli, belediye ihalelerine kendi adlarına katılmamakta iseler de, bu kişilerin görevli oldukları şirketlerin ihalelere katılmaları 2886 sayılı Yasanın 6. maddesi hükmünün ihlali sonucunu doğurmaktadır... İhale işlemlerinde yetkili belediye görevlilerinin yönetim ve denetim kurulunda buldukları bir şirketin, belediyece açılan ihaleye katılması ise, görev ilişkisinin de ötesinde ihaleyi yapan ile ihaleye katılanın aynı olması anlamına gelmektedir. Böyle bir durum, ihalenin açıklık ve tarafsızlık ilkelerine uygun olarak gerçekleştirileceği konusunda kuşkuyla yol açabileceği gibi, eşit rekabet koşullarını da ortadan kaldıracak niteliktedir.... dava konusu Genelgede kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.*

Diğer yandan, ... Büyükşehir Belediyesinde yapılan konser organizasyonu işine ilişkin ihalede davacı şirketin anılan Genelge hükümleri gereğince, teklif mektubunun açılmayarak ihale dışı bırakılmasına ilişkin uygulama işleminde de yukarıda yapılan açıklamalar ve ilkelere doğrultusunda hukuka aykırı yön görülmemektedir." Bkz. Danıştay 10. Daire'nin 16.12.2003 tarihli 2001/4312 E.-2003/5197 K. sayılı kararı, www.kazanci.com, (çevrimiçi, 24.03.2015).

⁶⁷ Aynı yönde bkz. Salim Demirel, Hilmi Bahadır Barçın, a.g.e, s. 183.

⁶⁸ Madde 71: *Aşağıda belirtilen durumlarda ihale işleri Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak kıymet takdiri suretiyle yapılır.*
1. Bu Kanun kapsamına giren idarelerin kendi aralarında yaptıkları ihale işleri.
2. (1) numaralı fıkrada belirtilen idarelerin her türlü ihtiyaçlarının;
a) Bu idarelere bağlı sabit veya döner sermayeli müesseseler ve özel bütçeli idarelerin kurdukları birliklerden,
b) Kamu iktisadi teşebbüsleri ile sermayesinin yarısından fazlası tek başına veya birlikte Devlete, kamu iktisadi teşebbüslerine veya mahalli idarelere ait kuruluşlardan,

den, kıymet takdiri yapılarak, protokolle (kamu alım usullerine tabi olmadan) mal ve hizmet alımını temin etmek amacı ile şirketlerin kurulduğu ve belediyelerin, yerel hizmetlerin hızlı ve etkin şekilde ifa edilmesi konusunda bu şirketlerden faydalandığı belirtilmiştir⁶⁹. Bunun üzerine, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 19.12.2000 tarih ve B050MAH0740001 sayılı Genelgede “2886 sayılı Devlet ihale Kanununun 71. maddesinde öngörülen kamu kurumlarının ihtiyaçlarının birbirlerinden ihaleye tabi olmaksızın karşılayabilme imkanı, belediye şirketleri için geçerli değildir. Çünkü belediye şirketleri kamu kurumu olmayıp, Ticaret Kanununa tabi özel hukuk tüzel kişileridir. Buna göre ihtiyaçların ihale yapılmaksızın belediye şirketlerinden karşılanması yasalarımıza aykırıdır.”⁷⁰ hükmüne yer verilerek belediye şirketleri bakımından protokolle mal ve hizmet alımı engellenmek istenmiştir. Genelgede bu düzenlemeye gerekçe olarak kamu kurumlarının alımlarında 2886 sayılı Kanun’un temel ilkelerine uygun olarak rekabet ortamının gerçekleşmesi gerektiği, rekabet ortamının tekelleşmeyi önleyeceği, kamu kuruluşlarının sermayedar olduğu şirketlerin de özel sektörle eşit şartlarda kamu ihalelerine iştirakinin rekabeti ve kamu kaynaklarının etkin kullanımını sağlayacağı, bahsedilen sebeplerle 71. madde uygulamasının, giderek tekelleşmeye götüren yaygın bir uygulama haline dönüşmesinin engellenmesi gereğinden bahsedilmiştir⁷¹. Ancak 2004 yılında kabul edilen 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 26 maddesinde belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50’sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50’sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın, belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebileceği yönünde düzenlemeye yer vermiştir. 2012 yılında da bahsi geçen hükme ekleme yapılarak, hükmün sadece bahsi geçen şirketler için söz konusu olduğu, yoksa üçüncü kişilere yapılacak devirler bakımından 2886 sayılı Kanuna tabi olunacağı açıkça düzenlenmiştir.

c) Türk Silahlı Kuvvetlerini güçlendirmek amacıyla kurulmuş olan vakıflar ile sermayesinin yarısından fazlası bu vakıflara ait olan kuruluş, şirket ve müesseselerden,

d) Özel kanun ile kurulan tüzelkişiliğe sahip ve ortaklarının veya kanunların öngördüğü durumlarda ortak olmayanların ürünlerini alan, işleyen, değerlendiren, iyileştiren, satan, üretim ihtiyaçlarına yarayan araç ve gereçleri sağlayan ortaklıklar ve bunlara ait birliklerden,

e) Özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzelkişiliğe sahip kuruluşlardan, Temini ile ilgili ihale işleri,

2 numaralı fıkranın uygulanmasında, ihale konusu mal ve hizmetlerle taşıma işlerinin bizzat o kuruluşlar tarafından üretilmesi ve yapılması zorunludur. Ancak, bu fıkra yazılı olup kuruluş amaçları temel gıda ve günlük tüketim maddelerini alıp satmak olan kuruluşlar bakımından, sözü edilen günlük gıda ve tüketim maddeleri, sanayi kuruluşları bakımından da imal edilecek mamullerin bünyesine giren hammadde, yarı mamul, devre elemanları, aksesuar, yardımcı özel teçhizat ve bir bütün halinde kurulacak tesislerde kullanılan ve kuruluşun imalat sahasına girmeyen makina, teçhizat için bizzat üretim ve yapım şartı aranmaz.

Bu usulle yapılan mal ve hizmet alımları ile yapım ve taşıma işlerinin kıymet takdirleri, satış fiyatları Devletçe veya görevli mercilerce tespit olunanlar için bu fiyatlar esas alınmak suretiyle, fiyatları bu şekilde tespit olunmayanlar için ise 9 uncu maddedeki usule göre alıcı kuruluşlarca yapılır.

Satış fiyatları Devletçe veya görevli mercilerce tespit olunan mallar, dağıtım yapan kuruluşlarda bulunmadığı belgelenmek şartıyla bu fiyatlarla en yakın piyasadan da satın alınabilir.

İdarelere zorunluluk yükleyen özel hükümler saklıdır.

⁶⁹ Hasan Özçelik, a.g.e., s. 155.

⁷⁰ Hasan Özçelik, a.e., s. 155.

⁷¹ Hasan Özçelik, a.e., s. 155-156.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi ihalelerde ise, m. 2/d hükmü gereğince belediye şirketleri, mal ve hizmet alımlarını, bu kanun hükümlerine göre gerçekleştirmektedir. Bu noktada şirket sermayesinin yarısından fazlasının belediyeye ya da büyükşehir belediyesine ait olması bu kanun kapsamında olmak bakımından yeterlidir.

Aynı Kanun'un 11. maddesi⁷² incelendiğinde ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler; ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar; (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinilenleri; (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketler (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin %10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç) bu idarelerin ihalelerine katılamazlar. Bu hükmün aksine davranılması sadece 11. madde hükmünü değil, aynı kanunun 5. maddesinde belirtilen rekabet, saydamlık gibi temel ilkeleri de ihlal edecektir⁷³.

Yine 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinde sayılmayan ancak ihaleyi açan belediyenin görevlilerinin yönetim ve denetim kurulunda buldukları bir belediye şirketine işi ihale etmeleri halinde bir anlamda ihaleyi yapan ve üstlenenin aynı olması demek olup, ihalenin açıklığı ve tarafsızlığı ilkeleri bakımından şüphe doğurabilecektir. Nitekim öğretide eleştirilen⁷⁴ hususlardan biri de bu olmasına rağmen; ilgili Kanundaki sınırlama sadece 11. maddede belirtilen kişiler bakımından geçerlidir⁷⁵.

⁷² Madde 11 (İhaleye katılmayacak olanlar): "Aşağıda sayılanlar doğrudan veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamazlar: ...

c) İhaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler.

d) İhaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanlar.

e) (c) ve (d) bentlerinde belirtilen şahısların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinilenleri.

f) (c), (d) ve (e) bentlerinde belirtilenlerin ortakları ile şirketleri (bu kişilerin yönetim kurullarında görevli bulunmadıkları veya sermayesinin % 10'undan fazlasına sahip olmadıkları anonim şirketler hariç). ...

(Değişik üçüncü fıkra: 30/7/2003-4964/8 md.) İhaleyi yapan idare bünyesinde bulunan veya idare ile ilgili her ne amaçla kurulmuş olursa olsun vakıf, dernek, birlik, sandık gibi kuruluşlar ile bu kuruluşların ortak oldukları şirketler bu idarelerin ihalelerine katılamazlar.

Bu yasaklara rağmen ihaleye katılan istekliler ihale dışı bırakılarak geçici teminatları gelir kaydedilir. Ayrıca, bu durumun tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında tespit edilememesi nedeniyle bunlardan biri üzerine ihale yapılmışsa, teminatı gelir kaydedilerek ihale iptal edilir".

⁷³ Benzer görüş için bkz. Tunay Köksal, **a.g.m.**, s. 61-62.

⁷⁴ İpek Özkan Sayan, Murat Kışlalı, "Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı Var mı? Hurafeler ve Gerçekler", **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 17, S. 1, Ocak 2008, s. 67. Örnek kararlar için bkz. Salim Demirel, Hilmi Bahadır Barçın, **a.g.e.**, s. 172 vd.

⁷⁵ Bu hükümler incelendiğinde BİT'lerin 4734 sayılı Kanunun kapsamına girmesinin olumlu sonuçları olduğu gibi BİT'lerin bazı avantajları yitirmeleri bakımından olumsuz sonuçları ya da uygulamada sorun teşkil edebilecek hususlar da gündeme gelmiştir. Şöyle ki:

- Özel hukuk hükümlerine tabi ve/veya özel hukuk tüzel kişileri olduğu belirtilen BİT'ler Kamu İhale Kanunu kapsamına alınarak diğer birçok özel hukuk kişisine nazaran sınırlamalara tabi tutulmuştur.

- Söz konusu şirketlerin mal ve hizmet alımları (kanunda belirtilen istisnalar hariç) ile yapım işi alımları kanunun belirlediği süreçlere tabi tutulmuştur.

- Şirketlerin hizmet ifa aşamasında, tedarik süreçleri uzamıştır.

- Kamu alım usullerine tabi olunması sebebiyle şirket görevlileri, kamu hukukundaki yetki/sorumluluk hükümleri kapsamına girmiş bulunmaktadır. Bu durum, şirket görevlilerinin insiyatif alma, etkin yönetim gösterme vb. hususlarda çekince göstermelerine sebebiyet vermektedir.

BİT'lerin 4734 sayılı Kanun kapsamına alınmış olması bu kuruluşların tedarik süreçlerine, Avrupa Birleşi ve uluslararası ihale uygulamalarına paralel usullerin uygulanmasını sağlamıştır. Ayrıca nitelik itibarı ile kamu kaynağı kullanan şirketlerin ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, kamuoyu denetiminin ve kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması yolunda önemli bir gelişmedir. Bu şekilde meydana gelebilecek ihmal ve kötüye kullanımların da daha etkin bir şekilde takibi ve cezalandırılması imkanı getirilmiştir. Ancak tam da bu noktada tartışılması gereken asıl husus kamusal usullerden kurtulmak amacıyla BİT kurulması yerine, neler yapılabileceğidir. Örneğin ihale yasaklarının bütün BİT'ler için söz konusu olması doğru değildir. Öyle ki, sırf o hizmet için kurulmuş bir BİT'e de çeşitli ihale yasakları getirmek o BİT'in kuruluş amacını yerine getirmesine engel olacaktır. Bunların denetimi bakımından baştan o hizmet için ayrılan belli bir bütçenin olması ve bu bütçenin doğru bir şekilde harcanıp harcanmadığının tespiti, kontrolü düşünülebilir bir çözüm olabilir. Bazen de bazı faaliyetlerin kamusal usullerle görülmemesi gerektiği savunulabilir. Örneğin sosyal yardım işlerini kamusal usullerle görmemek, kanun koyucu tarafından belirlenecek başka usullerle görmek daha uygun bir yöntem olabilir⁷⁶. Kanaatimizce tamamen yasaklamalar getirmek yerine, ancak bu şekilde getirilebilecek çözümler ile BİT'ler kanunu dolanmaya gitmeyecek ve şeffaflık sağlanabilecektir.

Bu başlık altında tartışılacak bir diğer husus ise BİT'lerin o piyasada rekabeti ihlal edip etmediğidir. Somutlaştırmak gerekirse şikayete konu olan bir olayda Rekabet Kurulu şöyle karar vermiştir: ORSA Deniz Hizmetleri ve Taşımacılık Ticaret A.Ş., İstanbul Deniz Otobüsleri A.Ş. 'nin Yenikapı-Bandırma ve Yenikapı-Yalova arası hızlı feribot seferleri hatlarında uygulanan yolcu ve araç bilet ücretlerini maliyetlerin altında belirleyerek rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırdığını ve İDO'nun ORSA'ya Yenikapı-Bandırma seferleri yapması için Yenikapı iskelesini kullanmasına izin vermediğini iddia etmiştir. Rekabet Kurulu 618 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi gereğince ilgili yerlerdeki liman veya iskele işletmeleri ile sözleşme yapmanın yeterli olduğunu, bu anlamda Yenikapı iskelesinin belediyeye ait olup, İDO'nun bu iskeleyi sadece belediye ile aralarındaki sözleşmeye göre kiracı olarak kullandığını, dolayısıyla Yenikapı iskelesini kullanarak tarifeli sefer düzenlemek isteyenlerin de yine belediye ile kira sözleşmesi yapması gerektiğini; ancak ORSA yetkililerinin belediye nezdinde bir girişimi olmadığını belirtmiştir. Fiyatlarla ilgili de kanunla bir Ulaşım Koordinasyon Merkezi'ne bırakılmış olan ücret tarifelerini tespit etme yetkisinin Belediye ile İDO arasında yapılan sözleşmede de belirtildiğini, bu nedenle İDO'nun fiyatları maliyetin altında tutarak rakip teşebbüsleri pazarın dışına itmesinin söz konusu olamayacağına hükmetmiştir⁷⁷.

- Tedarik usullerinin ve süreçlerin kamu alım usullerine tabi kılınması şirketlerin serbest piyasada faaliyet gösteren rakiplerine karşı rekabet güçlerini zayıflatmaktadır.

⁷⁶ 25.03.2015 tarihinde İstanbul Üniversitesi Siddık Sami Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi'nde gerçekleştirilen toplantıda Prof. Dr. Aydın Gülan tarafından "sosyal yardım hizmetleri" örnek olması adına dile getirilmiştir.

⁷⁷ Rekabet Kurulu'nun 28.04.1999 tarihli D4/İÖ.1.-99/1 dosya nolu, 99-21/169-88 Karar nolu kararı için bkz.http://www.

Bir başka kararda ise Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. hakkında Ankara ilinde kömür ithalatı ve satışı hakkının sadece bu şirkete verildiği ve diğer kömür ithalatçısı teşebbüslerin kömür satışının yasaklandığı, dolayısıyla bu ilin kömür pazarında tekelleşmeye yol açıldığı, Belko'nun da pazarda tekel olmasından yararlanarak perakende kömür satışında aşırı fiyat uyguladığı şikayeti gelmiş ve Rekabet Kurulu önüne bu olayda şu şekilde karar vermiştir⁷⁸:

“Belko Ankara il merkezi ve mücavir alanında kömür satmaya yetkili tek kuruluştur. Bu tekel hakkı, Belko'ya Ankara İl Hıfzıssıhha Kurulu tarafından Ankara şehir merkezinde yüksek oranda hava kirliliğine yol açan kalitesiz kömürlerin satımının ve kullanımının engellenmesi amacıyla her yıl alınan kararlarla sağlanmaktadır....Genel anlamda; Belko belli dönemlerde kömür alımı için ihaleler düzenlemekte, bu ihalelerde kazanan teşebbüslerin fiyatlarına kendi maliyetlerini ekleyerek satış fiyatlarını belirlemektedir....Belko, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi olmayıp, ihaleyi kısmen ya da tamamen yapıp yapmamakta veya istediğine vermekte serbesttir. Ancak Belko'nun, gerek bir Belediye İktisadi Teşebbüsü olması ve gerekse ilgili piyasada tekel konumunda bulunması itibarıyla, sağlamakta olduğu hizmette kamu yararını azami ölçüde gözetmesi gerekmektedir. Bu itibarla, Belko tarafından kömür alımlarında maliyetlerin olabildiğince düşürülmesi için gerekli tüm önlemlerin alınması beklenmektedir. Bu durumun ise ancak, piyasanın çok iyi analiz edilmesi, alımların çok geniş çaplı ihaleler düzenlenerek mümkün olan en çok sayıda sağlayıcıya paylaştırılması, opsiyon haklarının yerinde, ileri görüşlülük içerisinde ve Belko lehine kullanılması gibi çok çeşitli metodlarla sağlanabileceği açıktır... Belko Ltd. Şti. tüzel kişiliği altında Park Restaurant ve Belko Havacılık adlı işletmeler faaliyet göstermekte ve kazanç-kayıp pozisyonları Belko tarafından karşılanıp finansal tablolarına yansıtılmaktadır. Bu faaliyetlerin Belko'nun ana işgal konusuyla doğrudan herhangi bir ilgisi bulunmamakta olup, son dönem itibarıyla söz konusu faaliyetler kapsamında, havacılık hizmetlerinde 19 ve restoran işinde 23 kişi olmak üzere toplam 42 personel istihdam edilmektedir. Öte yandan bu faaliyetlerin, şirkete kar sağlayıcı özelliklerinin olmaması bir tarafa, işletme zararlarının Belko tarafından karşılanıyor olması itibarıyla kömür maliyetlerini yükseltici etkisi bulunmaktadır...Belko olayında Rekabet Hukuku bakımından önemle vurgulanması ve üzerinde durulması gereken bazı noktalar bulunmaktadır. Öncelikle ifade edilmesi gereken, ilgili teşebbüsün yasal olarak sağlanmış bir tekel hakkının olduğu ve pazarın yeni girişlere mutlak anlamda kapalı olduğu hususlarıdır. Bununla birlikte, bu tür oluşumlarda başta fiyatlama konusunda olmak üzere çeşitli vasıtalarla gerçekleştirilmesi olası suistimallerin önüne geçilmesi için gerekli yasal düzenlemeler yapılmamış, şirketin fiyatlama stratejisi tamamen kendi inisiyatifine bırakılmıştır. Bu durumun

rekabet.gov.tr/ File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkar16.pdf (Çevrimiçi, 05.08.2016).

⁷⁸ Rekabet Kurulu'nun 06.04.2001 tarihli D1/1/H.U.-99/1 (Soruşturma, Nihai Karar) dosya nolu, 01-17/150-39 karar nolu kararı için bkz. <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2f1%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar281.pdf> (Çevrimiçi, 05.08.2016). İstanbul Halk Ekmek A.Ş'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla ilgili karar ve Karşı Oyu için ayrıca bkz. Rekabet Kurulu'nun 04/08/1999 tarihli D3/1/H.S.-99/1 dosya nolu- 99-37/376-241 karar nolu karar. Aynı yönde bkz. 1.10.2009 tarihli 2009-3-130 dosya nolu, 09-43/1100-280 karar nolu karar.

sonuçları ise, alımlarda şirket çıkarlarına azami düzeyde özen gösterilmemesi, aşırı istihdam yaratılması, etkin olmayan bir yönetim tarzı sonucu olması gerekenden yüksek gerçekleşmiş maliyetler ve nihai olarak da yüksek fiyatlar şeklinde görülmektedir. Öte yandan, ilgili ürün olan ısınma amaçlı ithal parça kömür; kullanım özellikleri, tüketici tercihleri, yasal düzenlemeler, vs. gibi hususlar bağlamında yakın ikamesi bulunmayan temel tüketim maddesidir. Bir başka ifadeyle söz konusu ürünün talep esnekliği oldukça düşüktür. Bu itibarla, ancak fiyatın belli seviyelerin üzerinde belirlenmesiyle kaçak kömüre yönelmesi ve belki de kömür tüketiminden vazgeçilerek ısınmanın başka metodlarla (elektrik sobası, vs.) sağlanması olası bir hale gelmektedir. Ayrıca Belko'nun ticari bir işletme olmakla birlikte belediye sermayeli olması şirketi, maliyet minimizasyonu ve kar maksimizasyonu gibi normal ticari davranışların ötesinde bazı uygulamalara yöneltebilmektedir. Belko açısından, birim (ton) başına hesaplamalarda ne kadarlık bir maliyetin olması gereken değer olduğunu kesin olarak söylemek mümkün görünmemektedir. Öte yandan incelemesi yapılan 1994 yılı ihalesi sonrası dönem için birim maliyeti oluşturan, gerek kömür alımı ve nakliye fiyatlarının ve gerekse şirketin bu süreç sonrasında maruz kaldığı ifade edilen kur farkı, finansman ve personel harcamaları gibi giderlerinin bir kısmının, olması gerekenden yüksek gerçekleştiği tespit edilmiştir. Şirketin maliyetlerinin yüksekliği büyük ölçüde kömür alımlarında gerekli özenin gösterilmemesi ve şirketin kömür dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanmıştır. Ayrıca, Belko'nun satış fiyatlarının aynı ya da eş değer niteliklere sahip kömürlerin rekabete açık diğer coğrafi pazarlarda oluşan fiyatlarına göre, 1996 yılından bu yana ortalamada % 50 - 60 oranında yüksek seviyelerde belirlendiği tespit edilmiştir. ...Belko Ankara Kömür ve Asfalt İşletmeleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin, "Ankara İli şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarı"nda başka teşebbüslerin satış yapmasını engelleyecek şekilde kendisine sağlanan tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığına ve böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine..."

Bir diğer husus da bazı işletmelerde ya da kurumlarda sadece BİT'lerin ürünlerinin satılması, bu yönde bir zorunluluk ve tekel oluşturulmaya çalışıldığı iddialarıdır. Örneğin Hamidiye marka su ile ilgili bu yönde iddialar gündeme gelmiş ve Rekabet Kurulu şu yönde karar vermiştir⁷⁹:

"Şikayet dilekçesinde özetle; İstanbul Büyükşehir Belediyesi (İBB) kontrolündeki Kültür A.Ş. tarafından kiralanan tüm büfelerde sadece Hamidiye marka su satılabileceği hususunda ilgili büfelerin uyarıldığı, bildirim uymayan büfeler hakkında kira sözleşmeleri gereğince yasal işlem yapılacağı belirtilmiştir... Konuya ilişkin olarak yapılan ilk tespit, Hamidiye Kaynak Suları Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Hamidiye A.Ş.) ve diğer faaliyetlerinin yanı sıra İBB'ye ait büfelerin kiralınması işini yürüten İstanbul Kültür ve Sanat Ürünleri Ticaret A.Ş.'nin (Kültür A.Ş.) İBB tarafından kontrol edilen birer iktisadi

⁷⁹ Rekabet Kurulu'nun 20.5.2008 tarihli, 2008-3-50 Dosya nolu, 08-34/451-158 karar nolu kararı.

teşebbüs olduklarıdır. Somut olayda büfelerde sadece belli bir marka ürünün satılmasının dikey kısıtlama niteliğinde bir münhasırlık uygulaması olduğu, bu ürünün satılmaması halinde kira sözleşmesinin sona erdirilmesine yönelik uygulamanın ise büfe kiralınması hizmetinin belli bir marka ürünün satılması şartına bağlanması nedeniyle bir bağlama (tying) uygulaması olarak nitelenebilecektir. Kültür A.Ş ile Hamidiye A.Ş. ekonomik bütünlük içerisinde yer aldıklarından dolayı her ikisinin işlem ve eylemleri bir bütünlük içerisinde değerlendirilmelidir....Ambalajlı su pazarı, yoğunlaşma oranlarının düşük olduğu bir pazardır. 2006 yılındaki Erikli devralmasından sonra Nestle'nin %(...) civarında bir pay ile pazar lideri haline geldiği pazarda Hamidiye A.Ş.'nin, gerek toplam ambalajlı pazarda gerekse de alt pazarlarda %(...) 'nin üzerinde bir paya sahip olmadığı ve 2002/2 sayılı Tebliğ'de öngörülen pazar payı eşliğini aşmadığı anlaşıldığından 2002/2 sayılı Tebliğ'in tanıdığı grup muafiyetinden yararlanması mümkündür. Ancak, inceleme konusu olay bakımından işaret edilmesi gereken en önemli husus münhasırlık uygulamasının perakende satış seviyesindeki satış noktalarında gerçekleştirilmesidir...Şişelenmiş su alt pazarı bakımından, sağlayıcı teşebbüslerce perakende satış noktalarına ürünlerin daha iyi şartlarda tüketiciye ulaştırılması amacıyla verilen soğutucu dolaplar en fazla göze çarpan yatırımdır. Sağlayıcı teşebbüsler tarafından tanıtıcı broşür ve promosyon malzemesi gibi reklam araçlarıyla da satış desteği verilebilmektedir. Ambalajlı su pazarının rekabetçi bir yapıda olması nedeniyle ticari hayatın gerekleri çerçevesinde sağlayıcı teşebbüsler, perakende satış noktalarını tek marka münhasırlığına ikna edebilmek için bazı yatırımlar ve iyileştirmeler sunmak zorunda olmalıdırlar. Somut olayda ise sağlayıcı konumundaki İBB şirketleri serbest piyasa şartlarında bir anlaşma yoluna gitmediği, idari yetkiden kaynaklanan güçle hareket ettiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede ilgili şirketlerin satış noktalarına bazı avantajlar sağlamak için herhangi bir motivasyonunun olmadığı anlaşılmıştır. Dosya konusu olayda 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (a) bendinde belirtilen türde iyileşme ve gelişmenin sağlanmadığı, buna ek olarak, münhasırlık uygulamasının tüketicinin tercih imkanını ortadan kaldırarak tüketici aleyhine sonuç doğururken büyük ölçüde homojen ve hızlı tüketilen bir ürün olduğundan sofistike bir pazarlama ya da sunum gerektirmediğinden tüketicinin anılan kısıtlamadan elde edeceği herhangi bir faydanın da bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Buna ek olarak, İBB'ye ait büfelerin genellikle yıllık bazda yapılan ihalelerle üçüncü kişilere kullanıldığı dikkate alındığında, tek marka uygulamasının süresiz olarak devam etmesi, ilgili büfelerde markalar arası rekabetin süresiz ve nedensiz olarak ortadan kaldırılmasından başka bir amaca hizmet etmeyecektir. Bu çerçevede, her ne kadar söz konusu münhasırlığın tüm pazar ölçeğindeki etkisi sınırlı olacaksa da, markalar arası rekabetin herhangi bir haklı gerekçe olmadan ve süresiz olarak kısıtlanması 4054 sayılı Kanun'un ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddelerinde öngörülen esaslarla bağdaşmadığından uygulamanın sona erdirilmesinin gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır...5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanun'un "Şirket Kurulması" başlıklı 26. Maddesinden Büyükşehir belediyeleri kendilerine ait büfeleri işletebilecekleri gibi, bu büfelerin işletilmesini kanunda sayılan koşullarla iştiraklerine devredebilecekleri anlaşılmaktadır. Söz konusu olayda olduğu gibi bu iştirakler de büfeleri üçüncü kişilere kiralayabilirler...Bu çerçevede,

İBB büfelerinin kiralanması başlı başına bir pazar olarak görülmedikçe mevcut olay koşullarında ilgili ürün pazarı nasıl tanımlanırsa tanımlansın, İstanbul il merkezinde büfe ve/veya büfeyle rekabet edebilecek nitelikte işyeri sayısının son derece yüksek olduğu ve yukarıda yer verilen mevzuat çerçevesinde ruhsat temin edilmesi mümkün olduğu sürece İBB'nin büfe olarak kullanılabilir gayrimenkullerin kiralanmasına ilişkin olarak tanımlanabilecek bir pazarda, herhangi bir pazar gücüne sahip olamayacaktır...Dosya konusu olayda, bağlama uygulamasını iktisadi mantığa uygun şekilde gerçekleştirerek bir pazardaki gücünü başka bir pazardaki konumunu yükseltmek için kullanan bir şirket değil, idari tasarrufunda bulunan işyerlerini, bu işyerlerinin iktisadi gücünün seviyesini dikkate almaksızın, kendi ürettiği ürünlerin münhasıran pazarlanmasında kullanmak isteyen bir kamu otoritesinin iradesi bulunmaktadır."

gerekçeleriyle Kültür A.Ş. tarafından gönderilen yazının münhasırlık uygulaması olduğuna, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki muafiyet şartlarını da taşımadığına ve bu münhasırlık uygulamasının kaldırılması yönünde görüş bildirmiştir.

SONUÇ

Günümüzde belediyelerin kurduğu şirketlerin sayısının 700'ü bulunduğu ve bu şirketlerin büyük çaplı işlerin altına imza attıkları düşünüldüğünde bu teşebbüsler üzerinde önemle durulması gerektiği aşikârdır. Konu birçok çalışmada ele alınmış olmasına rağmen, genelde tek boyutlu bir bakış açısıyla eksiklikler, ihmaller, kötüye kullanımlar, eleştiriler dile getirilmiş; öneri olarak da toplu bir mevzuatın hazırlanması gerektiği üzerinde durulmuştur. O nedenle burada gündeme getireceğimiz önerileri, meselelere mümkün oldukça BİT'lerin gözüyle de bakarak sunmaya çalışacağız.

1-Kanaatimizce her şeyden önce tartışılması gereken husus BİT'lere ne için ihtiyaç duyulduğu, bu anlamda gerçekten ihtiyaç olup olmadığı ya da BİT'ler kurulmadan da gördükleri hizmetin görülüp görülemeyeceğidir⁸⁰. Yapılan bir çalışmada belediye başkanlarına ve denetim elemanlarına sorulan sorulardan biri de bu yönde olmuştur. Bunun üzerine belediye başkanlarının % 20'si ve denetim elemanlarının % 17'si BİT'lerin kurulması suretiyle görülen hizmetlerin aslında belediye bünyesinde de görülebileceği yönünde cevap vermiştir⁸¹. Çalışma içerisinde de değindiğimiz gibi birçok hizmet bakımından, yapılacak yeni düzenlemelerle belediyelerin, hatta diğer yerel yönetimlerin de bu anlamdaki yetkilerinin değiştirilerek ve/veya genişletilerek bu ihtiyaçların giderilmesi mümkün olabilir⁸². Ancak BİT'lerin gördüğü her türlü faaliyet için bunu mümkün görmek kanaatimizce doğru bir yaklaşım olmaz. Çünkü bazı BİT'lerin gördükleri hizmet kurumsal bir yapı ve profesyonel bir yönetim gerektirebilir. Örneğin, glütensiz ürünler piyasada henüz bulunmuyor ya da yurt dışından ithal

⁸⁰ Benzer bir görüş için bkz. Gürbüz Özdemir, a.g.m., s. 480.

⁸¹ Nihat Yıldız, "Belediye Birlik, İşletme ve Şirketlerinin Kuruluş ve Denetimi Üzerine Bir Araştırma", **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 7, S. 4, Ekim 1998, s. 58 ve 61.

⁸² Hasan Özçelik ile yapılan görüşmeler sırasında Türkiye Belediyeler Birliği'nin, bu tip sorunların çözümü için yerel yönetimlerin yapılarına ilişkin çalışmalar yaptığı, yakın zamanda bu çalışmalarını gündeme getirecekleri bilgisi edinilmiştir.

edildiği süreçte tüketicinin bu ürünlere yüksek meblağlar ödemesi gerekiyorken, İstanbul Halk Ekmek (İHE) A.Ş.'nin İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Metabolizma Hastalıkları Anabilim Dalı ile yürüttüğü proje sonucunda çölyak ve fenilketonuri hastalarının beslenme sorunu büyük oranda daha ucuza ve kaliteli bir şekilde çözüldüğü düşünülebilir. Yine bir başka örnek de çöp sızıntı suyu arıtma tesislerinde atıkların depolamasının yapıldığı alanlarda son teknoloji kullanılarak atıklar ile toprak tabakası arasında yalıtım işlemi yapmak ve çöp sularının toprağa karışmasını önlenmek amacıyla İstanbul Çevre Koruma ve Atık Maddeleri Değerlendirme Sanayi ve Ticaret A.Ş. (İSTAÇ) kurulmuş ve çöp sızıntı suyu arıtma tesisleri faaliyete geçirilmiştir. Bu tesis birçok ülke yetkilisi tarafından incelenip, teknoloji seviyesi görüldükten sonra, bu tip tesislere ihtiyaç duyan ülkelerde ortak çalışmalar yapmak için yabancı ülke yetkililerinin İSTAÇ'a teklifte bulunduğu belirtilmiştir⁸³. Dolayısıyla bazı hizmetlerin merkezi idare ya da merkezi idarenin idari vesayetine tabi yerel yönetimler yerine; bir "şirket" ya da benzeri bir modelle görülmesinin daha etkin ve verimli olabileceği kanaatindeyiz.

2-Belediyelerde şirketleşmenin gerekli ya da yararlı olup olmadığı hususuna başka bir gözle bakan diğer bir araştırmada⁸⁴ ise farklı veriler üzerinden bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. Bu araştırmada belediye hizmetlerinin kamu yararı anlayışıyla verilmesinin verimliliği düşürüp düşürmediği, fiyatları arttırıp arttırmadığı gibi hususlar sorgulanmıştır. Araştırmada yer verilen Çizelge 1'e göre belediyelerin, şirketleşmenin arttığı 1990 sonrası dönemde, 1980'li yıllara göre daha çok zarar ettiği; Çizelge 2'de şirketleşmenin sanıldığı aksine pahalı bir yöntem olduğu; Çizelge 3'te maliyetlerin ve fiyatların arttığı belirtilmiş ve şirketleşmenin belediye giderlerini artırdığı, son 13 yılda belediyelerin yalnızca merkezi yönetime maliyetinin 23.2 katrilyon TL olduğu ve son 25 yılda 8.6 katrilyon zarar ettikleri, bunun da belediyeleri daha kötü bir duruma getirdiği belirtilmiştir⁸⁵. Yaptığımız görüşmeler sırasında belediyelerin zarar etmelerinin diğer nedenlerinin de belediyelerin faaliyet alanları dışında şirket kurmaları, özellikle küçük şehirlerdeki şirketlerin iş kapasitelerinin olmaması, örneğin personel bakımından daha maliyetli bir yapıya sahip olması, ihalede öngörülmemiş işlerin şirket bütçesinden giderilmek istenmesi, kamunun iş görme teamüllerinin etkisi, ama daha da önemlisi şirketlerin kötü yönetimi olduğu belirtilmiştir⁸⁶. Tüm bu yapılan araştırmalar ve uygulamacılardan aldığımız kanaatler değerlendirildiğinde, elbette birçok şirket zarar etmiş ya da ediyor olabilir; ancak kanaatimizce bunun önüne geçmek için üretilecek çarelerden biri BİT'lerin tümüyle ortadan kaldırılmasını savunmak değildir.

⁸³ Hasan Özçelik ile yapılan görüşmeler sırasında kendisi o dönemde İBB İştirakler Daire Başkanı olması nedeniyle bu teklifi bizzat aldıklarını; ancak mevzuattaki engeller nedeniyle gerçekleştiremediklerini belirtmiştir. Ancak TBB'ye yapmış olduğumuz Bilgi Edinme başvurusuna cevap verilmemiştir.

⁸⁴ İpek Özkan Sayan, Murat Kışlalı, **a.g.m.**, s. 59-74.

⁸⁵ İpek Özkan Sayan, Murat Kışlalı, **a.e.**, s. 69-74.

⁸⁶ Hasan Özçelik ve Av. Ayşe Akgündoğdu ile yapılan görüşmeler.

3-Şirketlerin hem zarar etmesini önlemek, hem de bir ön denetime tabi olmaları amacıyla profesyonel bir yönetim usulünün uygulanması çözümlerden biri olarak düşünülebilir. Şöyle ki; yaptığımız görüşmeler sırasında İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kaynak Geliştirme ve İştirakler Daire Başkanlığı'nın uygulamada bir holding misali, iştiraklerin ekonomik ve verimlilik esaslarına göre idaresi, planlaması, programlanması ve işlenmesini sağlamak için aylık raporlamalar ve bu raporlar neticesinde somut müdahaleler ile İstanbul'daki şirketleri bir anlamda "yönettiği", bu nedenle de İstanbul şirketlerinin örnek gösterilen ve büyük çaplı işleri gerçekleştirmekte çok zorlanmadıkları belirtilmiştir⁸⁷. Bu yöntem; sadece İstanbul bazında değil, her şehir ve hatta tüm ülkedeki şirketlerin koordinasyonunu sağlamak için, bu sektörde yıllarca çalışmış ve eğitilmiş profesyonellerden oluşan bir koordine usulü haline getirilerek, hukuki bir alt yapı da sağlanarak uygulanabilir.

4-Denetimler bakımından da yaptığımız görüşmelerde şirketlerin özellikle Sayıştay denetiminden oldukça çekindikleri; çünkü hata bulmaya ve sonuç odaklı (kamu zararının olup olmaması noktasında) bir denetim yapıldığı, gerçekten o ihtiyacın giderilip giderilmediğiyle ilgilenilmediği, bu yüzden de bazı şirketlerin hukuku dolanma yoluna gittikleri belirtilmiştir⁸⁸. Kanaatimizce bunun değiştirilmesi sadece mevzuat düzenlemeleri ile mümkün değildir. Hem şirket kurucusu ve çalışanlarının, hem de denetleyicilerin sistemin olumsuzluklarını da görmelerini sağlayacakları eğitimler yapılmalıdır. Bu eğitimlerin de yardımıyla bahsi geçen kişiler, şirketlere çeşitli tedbirler önerebilmeli ya da şirketleri zorunlu kılabilenlidir. Buna yönelik mevzuat çalışmaları da yapılmalıdır.

5-Belediyenin ekonomik girişimlerine ya da sadece BİT'lere uygulanabilecek çerçeve bir kanun çalışması elbette yapılabilir. Ancak kanaatimizce, sadece bugüne kadar aksayan yönleri toparlayan bir kanun metni bu anlamda yararlı olmayacaktır. Öncelikle sistemin temelindeki aksaklıklar tespit edilmeli, ardından hem BİT'lerin, hem de eleştirenlerin bu sisteme bakışını değiştirecek çalışmaların yapılması gerekmektedir. Bu noktada iyi işleyen BİT'ler örnek alınarak hazırlanacak çalışmalar yararlı olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akalın, Güneri: **"Yerel Yönetimlerin İktisadi Teşebbüslerinin Özelleştirilmesi"**, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 3, S. 6, Kasım,1994.
- Berk, Ahmet: **"Yerel Hizmet Sunumu ve Belediye İktisadi Teşebbüsleri"**, Sayıştay Dergisi, S. 49, Nisan-Haziran 2003, Ankara.
- Bor, M. Salih; Ulusoy, Halil: **"Belediyelerin Şirket Kurup Kuramayacakları"**, İnceleme-Araştırma Raporları, 1998-1989, İçişleri Bakanlığı, APK, 1990.
- Bozlağan, Recep: **"Belediye İktisadi Teşebbüsleri ve Özelleştirme Çalışmaları"**, Yerel Yönetimler Sempozyumu, 1-2 Kasım 2000, TODAİE, Ankara.

⁸⁷ Hasan Özçelik ile yapılan 23.03.2015 tarihli görüşme.

⁸⁸ Hasan Özçelik ve Av. Ayşe Akgündoğu ile yapılan görüşmeler.

- Demirel, Salim; Barçın, Hilmi Bahadır: **6085 sayılı Sayıştay Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu Çerçevesinde Belediye Şirketleri ve İstisna Uygulamaları**, Ankara, Özel Ofset Basın Yay., 2016.
- Dilbirliği, Muhterem: **“Belediye Şirketleri”**, Çağdaş Yerel Yönetimler, C. 4, S. 2, Mart, 1995.
- Duran, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duymaz, Engin; Çavdar, Fatih: **“Mahalli İdarelerin Denetim Raporları”**, **Dış Denetim Dergisi**, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneği, S. 4, Nisan-Haziran 2011, Çevrimiçi, (<http://www.sayder.org.tr/e-dergi-mahalli-idarelerin-denetim-raporlari-12-19.pdf>), Erişim Tarihi: 22.3.2015.
- Eryılmaz, Bilal: **“Belediye Hizmetlerinin Yürütülmesinde Alternatif Kurumsal Yöntemler”**, Türk İdare Dergisi, Y. 61, S. 382, Mart 1989, Ankara.
- Eryılmaz, Bilal: **“İktisadi ve İdari Yönden Yerel Yönetimlerin Tarihi Gelişimi”**, Yerel Yönetimler ve Eğitim Sempozyumu, İstanbul, İBB, 1995.
- Gözler, Kemal: **İdare Hukuku Cilt 1**, Bursa, Ekin, 2009.
- Gülân, Aydın: **Kamu mallarından yararlanma usullerinin tabi olduğu hukuki rejim**, İstanbul, Alfa, 1999.
- Gülân, Aydın: **“İdareler Arası Mal Devri-2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler”**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, Beta, 2000, s. 358. 353–364.
- Karabilgin, Ahmet: **“Yerel Yönetimlerin Ekonomik Girişimleri”**, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 1, S. 1, Ocak 1992.
- Karakılıçık, Yusuf: **Yeni Yerel Bölgesel Gelişmeler Işığında Yerel Yönetimler**, Ankara, Seçkin, 2016.
- Karanfiloğlu, A. Yasin: **“Belediye Şirketlerinin Kurulmasına İlişkin Hukuki Düzenlemelere Alternatif Yaklaşımlar”**, Sayıştay Dergisi, Y. 2000, S. 38, Ankara.
- Keleş, Ruşen/ Yavuz, Fehmi: **Yerel Yönetimler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1989.
- Köksal, Tunay: **“Belediye Şirketlerinin Hukuki Rejimi ve Şirketleşme Uygulamaları”**, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 2, S. 6, Kasım, 1993.
- Köksal, Tunay: **Belediye Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Yöntemleri ve Uygulamaları**, Ankara, DPT Yayınları, No: 2328, 1993.
- Okutan, Emre: **“Belediye Şirketlerinin Denetiminde 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu Sonrası Dönem”**, Dış Denetim Dergisi, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneği, S. 3, Ocak-Mart 2011.
- Özçelik, Hasan: **Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Belediye Şirketleri: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Şirketleri Üzerine Bir İnceleme**, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Özdemir, Gürbüz: **“Belediye İktisadi Teşebbüsleri’nin Kuruluş Amacı, Hukuki Dayanakları Ve Güncel Durum”**, **Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, 2011, S. 11, s. 473-497.
- Reuter, Ernst; Ergin, Necmeddin: **Belediye Maliyesi**, İstanbul, İçişleri Bakanlığı Yayınlarından Seri: I Sayı: 7, 1945.
- Sancakdar, Oğuz: **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Ankara, Seçkin, 2008.
- Sayan Ö. İpek; Kışlalı, Murat: **“Belediyelerde Şirketleşmenin Yararı Var mı? Hurafeler ve Gerçekler”**, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 17, S. 1, Ocak 2008.
- Seven, Mehmet: **“6085 Sayılı Sayıştay Kanunu’na Göre Kamu İşletmelerinin Denetimi”**, Dış Denetim Dergisi, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneği, S. 3, Ocak-Mart, 2011.

- Toprak, Süleyman: “Belediye İktisadi Teşebbüslerinde Çalışan İşçilerin İlave Tediye Ücret Hakkı”, **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Y. 2015, S. 45. <http://suleymantopak.av.tr/grup/makaleler/belediye-iktisadi-tesebbuslerinde-calisan-iscilerin-ilave-tediye-ucret-hakki.html>
- Tortop, Nuri: “**Güçlü Mahalli İdare Anlayışının Gelişmesi**”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 7, S. 1, Ocak, 1998.
- Türkmen, Sıddık: **Türkiye’de Belediyeler (Tarihi Gelişim ve Bugünkü Durum)**, İçişleri Bakanlığı Yayınlarından Seri: III, S: 3, İstanbul, 1946.
- Yasin, Melikşah: **Uygulama ve Yargı Kararları Işığında Özelleştirmenin Hukuki Rejimi**, İstanbul, Beta, 2007.
- Yavuz, Fehmi: **Türk Mahalli İdarelerinin Yeniden Düzenlenmesi Üzerinde Bir Araştırma**, Ankara, TODAİE, 1966.
- Yavuz, Mustafa: “**Kamu Kaynağı Kullanan Şirketlerin Sayıştay Tarafından Denetimi**”, Dış Denetim Dergisi, Ankara, Sayıştay Denetçileri Derneğı, S. 3, Ocak-Mart 2011.
- Yeter, Enis: “**Belediyelerin İktisadi ve Ticari Teşebbüsleri**”, Türk İdare Dergisi, Y. 65, S. 400, Eylül,1993.
- Yıldız, Nihat: “Belediye Birlik, İşletme ve Şirketlerinin Kuruluş ve Denetimi Üzerine Bir Araştırma”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, C. 7, S. 4, Ekim 1998.

Diğer Kaynaklar:

- Hasan Özçelik ile yapılan 23.03.2015 tarihli Görüşme.
- İBB İştirakler Daire Başkanlığı Hukuk Müşaviri Av. Ayşe Akgündoğdu ile 23.03.2015 tarihli Görüşmede ve kendisinin göndermiş olduğu Bilgi Notu.
- Prof. Dr. Aydın Gülan, “İdari Sözleşmelerden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar” isimli yüksek lisans dersleri, 2015.
- www.kazanci.com.tr
- <http://www.muhasebet.com>
- <http://www.rekabet.gov.tr>
- <http://www.sakincymm.com>
- www.anayasa.gov.tr
- <http://migm.gov.tr>
- www.mevzuat.gov.tr
- <http://www.sayder.org.tr>

Tablo-1

BİT'lerin Kuruluş Nedenleri	BİT'lerin Faaliyet Alanları
Yerel doğal tekeller	Su, gaz ve toplu ulaşım,
Temel ihtiyaç maddelerinin uygun fiyatlarla yerel halka sağlamak	Ekmek, un, et, şeker, kömür gibi ihtiyaçların temini
Yerel kalkınma girişimlerine öncülük etmek	Halı dokuma, konfeksiyon, kaplıca, tatil köyü gibi kalkınma projeleri, yöresel iş kollarının desteklenmesi
Ek gelir sağlanmak	Otoparklar, iş hanları, oteller, soğuk hava depoları, kaplıcalar, gazinolar, turistik işletmeler, gıda sanayi, beton direk, mıcır, çakıl, asfalt tesisleri, akaryakıt istasyonları, içme ve maden suyu tesisleri yapıp işletmek
Sosyal ve kültürel amaçla faaliyette bulunmak	Hastaneler, sağlık ocakları, kreşler, spor tesisleri, sanat galerileri, aşevleri, düğün salonu işletmeleri, tiyatrolar.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın “Kişisel Verilerin Korunması”na Katkısı*

Contribution of European Court of Human Rights Judgements' to “The Protection of Personal Data”

Eren Solmaz¹

Öz

Bu çalışma, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının kişisel verilerin korunması hakkına sağladığı katkıları aktarmak amacıyla hazırlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin doğrudan bir hüküm olmamasına rağmen AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yaptığı değerlendirmeler sonucunda kişisel verilerin korunmasına bir hukuki değer atfetmiştir.

Nitekim AİHM kararları, kişisel verilerin korunmasının hukuken korunan bir “hak” olarak tanımlanması bakımından Avrupa Birliği Hukukuna ve üye ülkelerin iç hukukundaki yasal düzenlemelere önemli katkılar sunmuştur.

Anahtar Kelimeler

Kişisel Verilerin Korunması • Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi • Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Abstract

This study was prepared in order to convey the contribution of the European Court of Human Rights judgements' to the protection of personal data.

Although there is no direct provision in the European Convention on Human Rights for the protection of personal data, the ECHR has cited a legal value for the protection of personal data as a result of its assessments under Article 8 of the Convention.

As a matter of fact, the ECHR judgments have made significant contributions to the European Union Law and to the legal regulations in the internal law of the member states in order to define the protection of personal data as a legally protected “right”.

Keywords

Protection of Personal Data • European Court of Human Rights • Right to Respect for Private and Family Life

* Makale hakem incelemesinden geçirilmiştir.

¹ **Sorumlu Yazar:** Eren Solmaz (Öğretim Görevlisi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksek Okulu, İstanbul, Türkiye. E-posta: eren.solmaz@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-1956-3482

Atf: Solmaz E, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın “Kişisel Verilerin Korunması”na Katkısı” (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 61. <https://doi.org/10.26650/ihid.2019.18.1.0004>

GİRİŞ

“Kişisel verilerin korunması” (*protection of personal data*) bir hak olarak, hukuk dünyasında önemli bir yere ve gündeme sahiptir. Ancak kanunlaşması ve kurumlaşması ülkeden ülkeye değişerek, aşamalı bir şekilde gerçekleşmektedir. Ülkelerin iç hukukunda, kişisel verilerin korunmasının, bir hak olarak kanunlaşma süreci her ne kadar birbirinden ayrı ve Türkiye gibi bazı ülkelerde yeni sayılsa da, hakkın varlığı uluslararası hukuk metinlerinde temellendirilmiştir. OECD’nin 1980 tarihli Rehber İlkeleri¹, Avrupa Konseyi 108 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi² ve BM Evrensel Bildirgesi’nde Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler³, öncül düzenlemeler olarak kabul edilmektedir⁴.

Kişisel verilerin korunması hususu günümüzde, çeşitli nedenlerle daha hassas bir konuma kavuşmuştur. Ekonominin küreselleşmesi, bilim ve teknolojinin gelişmesi⁵, ülkelerin birbiriyle entegre olması, terörizmin artış göstermesi⁶ vb. sebeplerle kişisel verilere daha çok ihtiyaç duyulması aynı zamanda onun korunmasını gerekli kılmıştır. Bu nedenle, kişisel verilerin korunması devlete bir sorumluluk yüklemiştir⁷. Kişisel verilerin işlenmesine⁸ (processing) ilişkin düzenlemelerin kanun koyucu tarafından güvence altına alınması, beraberinde bu görevlerin yerine getirilmesini sağlayacak bir teşkilatı da gerekli kılmaktadır⁹.

Avrupa Birliği’nin 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi¹⁰ ile kişisel verilerin korunması Avrupa Birliği ülkeleri bakımından yasal bir temele kavuşmuştur. Yakın zamanda ihdas edilen 2016/679 sayılı Regülasyon¹¹ ile de kişisel verilerin korunmasına ilişkin ortaya çıkan ihtiyaçları karşılamak üzere daha kapsamlı düzenleme yapılmıştır.

Diğer taraftan, AİHS’te kişisel verilerin korunmasına dair doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, AİHM kararlarında konu AİHS’in 8. maddesi kapsamında ele alınmaktadır. AİHM kararları, kişisel verilerin korunması hakkının hukuki alt yapısına

¹ OECD Recommendation Concerning and Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, O.E.C.D. Document C(80) 58(Final), October 1, 1980.

² Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data Strasbourg, 28.1.1981.

³ United Nations, Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files Adopted by General Assembly Resolution 45/95 of 14 December 1990.

⁴ Lee A. Bygrave, **Data Privacy Law**, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 31 vd.

⁵ Bygrave, **Data Privacy Law**, s. 9.

⁶ Cemil Kaya, “Avrupa Toplulukları Adalet Divanının PNR Kararının Tahlihi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 2027-2039, s. 2033.

⁷ Nitekim ülkemizde 2016 yılında, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kabul edilmiştir.

⁸ 6698 sayılı Kanun’un 3(e) Maddesi, Bkz. “**Kişisel verilerin işlenmesi**: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi, ... ifade eder.”

⁹ Nitekim ülkemizde ve Avrupa ülkelerinde bu amaçla “Kişisel Verileri Koruma Otoriteleri” kurulmuştur.

¹⁰ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995.

¹¹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016, Official Journal of the European Union, 04.05.2016, L 119/1-88.

önemli katkı sağlamaktadır. AİHM'in, ilk başlardan itibaren, kişisel verilerin korunmasına ilişkin konularda, geliştirdiği içtihatlar ulusal ve uluslararası hukuki metinlerinin yorumlanmasında dikkate alınmakla birlikte birkaç açıdan önem arz etmektedir¹². Sırf bu açıdan bile kişisel verilere ilişkin AİHM kararlarının önemi ortadadır.

İşte bu çalışma ile AİHM kararlarının kişisel verilerin korunmasına etkisi incelenecektir. Bu amaçla önce AİHM'in kişisel verilerin korunması hususunda geçmişten günümüze önüne gelen davalarda hangi ölçütleri esas alarak karar verdiği ele alınacaktır. Ardından AİHM kararlarının kişisel verilerin korunmasının bir "hak" olarak hukuk âleminde yer edinmesi ve AB üyesi ülkelerin mevzuatına girmesi değerlendirilecektir. Son olarak, AİHM'in esas aldığı ölçütlerin yeterliliği ve isabetli olup olmadığı tartışılarak bu doğrultuda önerilerde bulunulacaktır.

AİHM'İN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KONUSUNDAKİ KARARLARI BAKIMINDAN AİHS MADDE 8'İN ÖNEMİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" başlıklı 8. maddesi şu şekildedir: "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*"

AİHS'in 8. Maddesi, özel hayatın ve aile hayatının korunmasını çeşitli yönleri ile ele almakla birlikte kişisel verilerin korunması konusunu da kapsayacak hukuki etkiye sahiptir. Avrupa Birliği'nin 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin diğer AB mevzuatına bakıldığında (2016/679 sayılı Regülasyon) AİHS'in 8. maddesini ve AİHM'in yaklaşımını takip ettiği söylenebilir¹³. Her ne kadar Sözleşme'nin kabul edildiği 1950 yılında kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir tartışma ortaya çıkmamış ve buna ilişkin bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamışsa da, bu konu hukuki bir sorun haline geldikten sonra, AİHS'in 8. maddesi AİHM'in "özel alan"a ilişkin değerlendirmeleri¹⁴ kapsamında kişisel verilerin ihlali uyumsuzluklarını da kapsayan bir hüküm olarak ele alınmıştır.

AİHS'in 8. maddesi ile devlete, kişisel verilerin korunması açısından iki tür yükümlülük yüklenmektedir¹⁵: Birincisi, devletin negatif yükümlülüğüdür. Yani dev-

¹² Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 137.

¹³ María Verónica Pérez Asinari, Legal Constraints for The Protection of Privacy and Personal Data in Electronic Evidence Handling, **International Review of Law, Computers & Technology**, 18:2, 2004, s. 231-250, s. 241, <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1360086042000223526>.

¹⁴ Küzeci, s. 138.

¹⁵ Feyyaz Gölcüklü / A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 9.b., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 330 vd.

letin, kişilerin kişisel verilerinin korunması amacıyla belirli eylemleri yapmaktan kaçınması, AİHS'e aykırı olarak kişisel verilerin işlenmesine müdahale etmekten kaçınmasıdır. İkincisi ise devletin pozitif yükümlülüğüdür. Kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edilmemesi için gerekli ve yeterli önlemlerin alınması, kişisel verilerin gizliliğinin korunması için ilke ve kurallar koyulması, tedbirler alınması ve gerekli güvencelerin sağlanmasıdır.

AİHS'in 8. maddesinin ilk fıkrası özel hayata ilişkin temel hakkı düzenlemektedir. Ancak maddede korunan hakların tanımı yapılmamaktadır. Keza kişisel verilerin korunması AİHS'te bağımsız bir temel hak ve özgürlük olarak yer almamaktadır¹⁶. Ancak AİHM özellikle 1980'li yılların ortalarından beri ve gittikçe artan bir yoğunlukta, kişisel verilerin korunmasını, AİHS'in sağladığı güvenceler kapsamında değerlendirmiştir¹⁷. Nitekim AİHM kişisel verilerin korunmasını AİHS'in 8. maddesi kapsamında görmüştür¹⁸. Aynı zamanda AİHM, bu madde sayesinde, kişisel verilerin ihlali iddiasıyla önüne gelen somut uyuşmazlıklarda nasıl bir metod izleyeceğini ve hangi ölçütleri esas alacağını belirlemiştir. Fakat aşağıda görüleceği üzere, dikkate değer husus ise, gerek Avrupa Birliği'nin 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifinin yürürlüğe girmesinden sonra gerekse 2016/679 sayılı Regülasyon'un düzenlenmesinden sonra dahi AİHM'in, kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin davalarda AİHS'in 8. maddesi kapsamında yargılama yaparak karar verdiğidir.

AİHM, AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin uyuşmazlıkları iki açıdan değerlendirmektedir. Birincisi, 8. maddenin ilk fıkrasından yola çıkarak ortaya koyduğu “özel alan” yaklaşımıdır. Bu kapsamda başvuru konusu olayı “özel yaşam”, “aile yaşamı”, “konut” veya “haberleşme” alanlarına yapılan müdahaleler doğrultusunda değerlendirmektedir¹⁹. İkincisi ise, 8. maddenin ikinci fıkrası kapsamında birinci fıkrada belirlenen alana yapılan müdahaledir. Başka bir ifadeyle ikinci fıkra birinci fıkrada düzenlenen özel yaşama saygı hakkının sınırlarını belirlemektedir²⁰. AİHM de buradan yola çıkarak, öncelikle yapılan müdahalenin meşruluk kazanıp kazanmadığına bakmaktadır²¹.

Bu bağlamda, yapılan müdahale maddede belirtilen “ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın

¹⁶ Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul, Beta Basım, 2008, s. 37; Saadet Yüksel, *Özel Yaşamın Bir parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale*, İstanbul, Beta Basım, 2012, s. 101.

¹⁷ Lee A. Bygrave, Where have all the judges gone? Reflections on judicial involvement in developing data protection law”, *Privacy Law and Policy Reporter*, Y. 2000, C. 7, s. 4, http://folk.uio.no/lee/oldpage/articles/Judges_role.pdf.

¹⁸ *Klass ve diğerleri v. Almanya Davası*, 5029/71, T. 06.09.1978 AİHM'in kişisel verilerin korunması konusunda vermiş olduğu ilk önemli karardır. Bu kararda her ne kadar Almanya devletinin davranışlarının AİHS'in 8. maddesini ihlal etmediğine ve iç hukukun yeterli güvenceyi sağladığına karar verilmiş olsa da, konunun AİHM'in inceleme alanına alınması önem arz etmektedir.

¹⁹ Kütüceci, s. 139.

²⁰ Kütüceci, s. 142.

²¹ B. No: 9063/80 T. 24.11.1986, *Gillow v. Birleşik Krallık*, para. 53, 54.

veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" amaçlarına yönelik olması, "gerekli olan ölçüde" ve "yasayla öngörülmüş" olması halinde meşru kabul edilmektedir. Nihayetinde AİHM, AİHS'in 8. maddesinin içeriğinden hareketle bir ölçüt oluşturmak suretiyle kişisel verilerin korunması hakkına yapılan müdahalelerde hukuka aykırılık olup olmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla çalışmanın devamında, buradan hareketle, bu ölçütler kapsamında bir inceleme yapılmaya çalışılacaktır.

AİHS 8/1 MADDESİ ÇERÇEVESİNDE "ÖZEL ALAN" ÖLÇÜTÜNÜN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA KATKISI

AİHM öncelikle önüne gelen somut olayda ihlal edildiği öne sürülen hakkın AİHS'in 8. maddesinde sayılan hususlardan birine girip girmediğini tespit etmektedir. Bu hususlar yukarıda da ifade edildiği gibi özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşmedir. Nitekim AİHM bireysel özerkliği (personal autonomy) ve bilgilerin akıbetini belirleme hakkını 8. madde ile getirilen güvencelerin yorumlanmasında önemli bir temel ilke olarak görmüştür²². AİHM bu alanlara yapılan müdahalelere ilişkin birçok inceleme yapmış ve içtihat geliştirmiştir.

AİHM'e göre, özel hayat kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün ne de gerekli olduğu düşünülmektedir. Ancak bu kavramı bireyin kendi özel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alan ile kısıtlamak ve bu alandan söz konusu alanın içinde olmayan dış dünyayı olduğu gibi hariç tutmak aşırı kısıtlayıcı sayılmaktadır²³. Nitekim AİHM, özel yaşamı kişinin mahrem alanı ile sınırlı görmemekte ve bu bağlamda kişinin ev telefonunun yanında iş telefonunun dinlenmesini de 8. maddenin güvencesi kapsamında kabul etmektedir²⁴. AİHM, kişilerin iş hayatlarını özel hayat kapsamında gördüğünü açıkça ifade etmektedir²⁵. Ayrıca kişilerin internet aracılığıyla kurdukları iletişimin ve e-postalarının izlenmesi ya da içeriklerinin saptanması da bu kapsamda değerlendirilmektedir²⁶. Diğer taraftan AİHM'e göre, kamusal alanların kişilerin görüntülerini alan araçlarla izlenmesi ve bu görüntülerin kayıt edilmesi durumunda özel hayata müdahale söz konusu olmamaktadır. Ancak verilerin kaydedilmesi ve bu kaydın sistemli ya da kalıcı olarak yapılması durumunda aynı şeyi söylemek mümkün değildir²⁷.

Yukarıda da bahsedildiği üzere AİHM kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk ve önemli kararını *Klass v. Almanya* başvurusunda vermiştir. AİHM bu başvuruda, bir kimsenin telefonunun gizli dinlemeye konu olmasını özel yaşam kapsamında ele almıştır. Böylece AİHM, sonraki zamanlarda, çeşitli nedenlerle önüne gelen

²² B. No: 2346/02, T. 29.07.2002, *Pretty v. Birleşik Krallık*, para. 61.

²³ B. No: 13710/88, T. 16.12.1992, *Niemietz v. Almanya* para. 29.

²⁴ B. No: 20605/92, T. 25.06.1997, *Halford v. Birleşik Krallık*.

²⁵ B. No: 13710/88, T. 16.12.1992, *Niemietz v. Almanya*.

²⁶ B. No: 62617/00, T. 03.07.2007, *Copland v. Birleşik Krallık*.

²⁷ B. No: 44647/98, T.28.04. 2003, *Peck v. Birleşik Krallık*.

başvuruları kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde değerlendirerek karar vermiştir. 1987 tarihli *Leander v. İsviçre* başvurusunda²⁸ “*toplanan verilerin toplanma amacı dışında kullanılması*”nı, 1989 tarihli *Gaskin v. Birleşik Krallık* başvurusunda²⁹ “*kişisel verilere erişim hakkı*”nı, 1994 tarihli *Murray v. Birleşik Krallık* başvurusunda³⁰ “*Emniyet güçleri tarafından parmak izi ve fotoğraf alınması*”nı, 1997 tarihli *M.S. v. İsveç* başvurusunda³¹ “*sağlık verilerinin gizliliği*”ni, 2000 tarihli *Rotaru v. Romanya* başvurusunda³² “*bireylere ilişkin kişisel bilgilerin resmi makamlarca toplanarak arşivlenmesi*”ni, 2001 tarihli *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık* başvurusunda³³ “*telefon görüşmelerine ilişkin kayıtları izleme*”yi, 2008 tarihli *S. ve Marper v. Birleşik Krallık* başvurusunda³⁴ “*kişisel verilerin gerektiğinden uzun süre tutulması*”nı kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında ele almıştır.

Nitekim AİHM 2017 tarihli *Surikov v. Ukrayna* başvurusunda, başvurusunun *sağlık verilerinin daha önce görev yaptığı askeri birlik tarafından çalıştığı şirkete aktarılması sonucunda şirket tarafından mühendislik kadrosuna terfiinin yapılmaması*”nı AİHS’in 8. maddesi kapsamında ele alarak başvurusunun kişisel verilerinin korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir³⁵.

Bu ve benzeri kararlara kronolojik açıdan bakılınca AİHM’in kişisel verilerin güvence altına alınmasını, AİHS’in 8. maddesinden beslenmekle birlikte, korunması gereken müstakil bir hak olarak kabul ettiği ifade edilebilir. Böylece AİHM bu ve benzeri uyuşmazlıklarla önüne gelen başvurular sayesinde kişisel verilerin korunmasına hukuki bir değer atfederek bir hak olarak yasal düzenlemelere konu olmasına önemli derecede katkı yapmıştır.

AİHS 8/2 MADDESİ ÇERÇEVESİNDE “MÜDAHALENİN MEŞRULUĞU”NU SAĞLAYAN HUSUSLAR

AİHS’in 8. maddesi özel hayata saygı hakkını güvence altına almakla birlikte bu hakka müdahaleye izin veren kriterleri de düzenlemektedir³⁶. 8. maddenin birinci fıkrası, özel hayata saygı hakkının varlığını ortaya koyarken ikinci fıkrası bu hakkın çerçevesini çizmekte, bu hakka yapılacak müdahalelerin meşruluk sınırını belirlemektedir³⁷.

²⁸ B. No: 9248/81, T. 26.03.1987, *Leander v. İsviçre*.

²⁹ B. No: 10454/83, T. 07.07.1989, *Gaskin v. Birleşik Krallık*.

³⁰ B. No: 14310/88, T. 28.10.1994, *Murray v. Birleşik Krallık*.

³¹ B. No: 20837/92, T. 27.08.1997, *M.S. v. İsveç*; Aynı yönde bkz: B. No: 22009/93, 25.02.1997, *Z.v. Finlandiya*.

³² B. No: 28341/95, T. 04.05.2000, *Rotaru v. Romanya*; Aynı yönde bkz: B. No: 27798/95, T. 16.02.2000, *Amann v. İsviçre*.

³³ B. No: 44787/98, T. 25.09.2001, *P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık*; Aynı yönde bkz: B. No: 8691/79, T. 02.08.1984, *Malone v. Birleşik Krallık*.

³⁴ B. No: 30562/04, T. 04.12.2008, *S. ve Marper v. Birleşik Krallık*.

³⁵ B. No: 42788/06, T. 26.01.2017, *Surikov v. Ukrayna*.

³⁶ Bygrave, *Data Privacy Law*, s.86.

³⁷ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 330.

Buna göre öncelikle, müdahalenin yalnızca bir kamu otoritesi tarafından yapılabilceği ve bu müdahalenin ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına yönelik olabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde olması ve yasayla öngörülmüş olması koşulları aranmaktadır.

Maddenin lafzının -esasen- ortaya koyduğu şey; idare tarafından yapılan müdahalenin kanuna dayanarak, kamu düzeninin sağlanması ve/veya kamu yararı amacıyla ve ölçülülük ilkesi sınırlarında kalacak şekilde yapılmış olması sonucunda meşruluk zemini kazanacağı ve bir hak ihlaline yol açmayacak olmasıdır.

AİHS'in 8. maddesinde özel hayata saygı hakkına müdahaleyi haklı kılan meşru amaçlar, "ulusal güvenlik", "kamu güvenliği", "ülkenin ekonomik refahı", "düzenin korunması", "suç işlenmesinin önlenmesi", "sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" hususlarına ilişkin olmakla birlikte oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır³⁸. AİHM de önüne gelen başvurularda bu kriterleri esas almakta meşruluk sınırında değerlendirmektedir.

AİHM, AİHS tarafından güvence altına alınan diğer haklara ilişkin davalar dışında kişisel verilerin korunmasına ilişkin bazı kararlarında da "müdahalenin milli güvenlik ve/veya suçluluğun önlenmesi amacı"na yönelik olduğu³⁹, bazı kararlarında müdahalenin "başkalarının haklarının korunması" amacına yönelik olduğu⁴⁰, bazı kararlarında ise müdahalenin "demokratik toplum düzeninin gereklerine" yönelik olduğu⁴¹ tespitleriyle kararlar vermiştir. Ayrıca AİHM bu kararlarında, müdahalenin "yasal dayanağının olması"⁴² ve müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli olması" koşullarını da referans almıştır.

ÇEŞİTLİ EVRELER BAKIMINDAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI GEREKLİLİĞİ VE AİHM YAKLAŞIMI

Kişisel verilerin korunmasını sağlamak, bu verilerin işlenmesi bağlamında birçok evreyi kapsamaktadır. Bunlar "kişisel verilere erişim", "kişisel verilerin toplanması", "kişisel verilerin saklanması ve kullanılması", "kişisel verilerin aktarılması", "kişisel verilerin ifşa edilmesi" ve "kişisel verilerin silinmesi/imhası" gibi aşamalardır. Kişisel verilerin korunması hakkı bu aşamalardan herhangi birinde veya bir kaçında ihlale uğrayabilmektedir. Dolayısıyla bu aşamalara ilişkin bazı ilke ve kurallar konulması gereklilik arz etmektedir.

³⁸ Kütüceci, s. 142.

³⁹ P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, para. 49; Leander v. İsviçre, para. 49; Murray v. Birleşik Krallık, para. 89.

⁴⁰ Pretty v. Birleşik Krallık, para. 69; Niemietz v. Almanya, para. 36; Z. v. Finlandiya, para. 76.

⁴¹ Klass v. Almanya.

⁴² B. No: 11801/85, T. 24.04.1990, Kruslin v. Fransa, para. 33; Aynı yönde bkz: Malone v. Birleşik Krallık.

Kaya, “...kişisel veriler; dürüstçe ve hukuka uygun olarak toplanmalı ve işlenmeli; belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanmalı ve daha sonra da bu amaçlara aykırı şekilde kullanılmamalı; toplandıkları amaçlar ve daha sonraki işlenmeleri için elverişli, uygun ve aşırıya kaçmayacak şekilde olmalı; doğru, tam olmalı ve gerektiği durumlarda güncellenmeli ve toplandıkları ve işlendikleri amaçlar karşısında yanlış olan ve eksik olan verilerin silinmesi veya düzeltilmesi için gerekli tedbirler alınmalı; toplandıkları ve işlendikleri amaçlar için gereken süreyi aşmayacak bir süre boyunca ilgili kişilerin belirlenmesini sağlayacak bir şekilde muhafaza edilmelidir...” diyerek, esasında kişisel verilerin korunmasının ne kadar netameli ve hassas bir konu olduğunu vurgulamakta ve buna ilişkin ilkeleri belirlemektedir⁴³.

Nitekim AİHM de çeşitli kararlarında bu ve benzeri hususları göz önünde bulundurmak suretiyle, kişisel verilerin korunmasının hukuki rejimini belirlemektedir.

KİŞİSEL VERİLERE ERİŞİM

Kişilerin, haklarındaki kişisel verilere erişme/elde etme ve bu verileri kontrol etme hakkı mevcuttur⁴⁴. Bu, bilgi edinme hakkı çerçevesinde elde edilebilecek bir bilgi kategorisidir⁴⁵. Kişisel verilere erişme/elde etmeye yönelik hukuki metinlerde de, bir kimsenin başka bir kişi veya kurumun elinde bulunan kendisine ait kişisel verilere erişme hakkı kabul edilmiştir. Ancak bu hak, kanunda düzenleme yapılması koşuluyla; kamu güvenliğinin ve ülkenin ekonomik çıkarlarının korunması veya suç işleminin önlenmesi, ilgili kişinin ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla demokratik bir toplumda gereklilik arz ediyor olması halinde sınırlandırılabilir⁴⁶.

AB mevzuatında bu husus kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'nin 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifinin 12. maddesinde *ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin veri denetçisinden bazı temel bilgileri sağlayabileceği* düzenlenmişti. Bu ve kişisel verilere erişime ilişkin diğer hususlar 2016/679 sayılı Regülasyon'un 13, 14 ve 15. maddelerinde daha kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Veri Koruma Direktifi'nin 13. maddesinde, kişisel veriye erişimin hangi hallerde sınırlandırılacağına ilişkin düzenlemeye karşılık, kişisel verilerin silinmesi hususu 2016/679 sayılı Regülasyon'un 'unutulma hakkı' başlıklı 17. maddesinde ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır. AİHM kararlarında da bu hususlara dikkat edildiği görülmektedir. Nitekim AİHM kişinin kendisi hakkındaki bilgilere erişim hakkını, AİHS'in 8. maddesi kapsamında ele almış, Veri Koruma Direktifi ve 2016/679 sayılı Regülasyondaki düzenlemelerle aynı doğrultuda değerlendirmiştir.

⁴³ Cemil Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 90-91.

⁴⁴ İlgili kişinin veriye erişme hakkı, makul aralıklarla ve aşırı gecikme veya harcamalara maruz kalmadan belli bilgileri veri işleme sorumlusundan alması olarak ifade edilebilir, Yüksel, s. 118.

⁴⁵ Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, s. 89.

⁴⁶ 95/46/AT sayılı Veri Koruma Direktifi, m. 13.

AIHM, *Gaskin v. Birleşik Krallık* başvurusunda, “Çocuk bakım hizmetine alınan kişinin reşit olduğu zaman, kişisel sorunlarını çözmek için geçmişini öğrenmek istemesine karşın, gizli bilgi içerdiği gerekçesiyle dosyasına erişmesine izin verilmemesini; AIHS’in 8. maddesinin gerektirdiği özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının güvence altına alınmasını sağlayamadığı” gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁴⁷.

Benzer şekilde, AIHM *Leander v. İsveç* başvurusunda, “Marangoz olan bir kişinin hakkındaki güvenlik soruşturması nedeniyle askeri bir deniz üssü yakınındaki müze-deki işine son verilmesi üzerine kendisine ilişkin güvenlik kayıtlarına erişmesine izin verilmemesini ve kişisel verilerin ulusal güvenlik gerekçesiyle gizli olarak tutulmasını” özel yaşama müdahale kabul ederek ihlal kararı vermiştir⁴⁸.

AIHM başka bir başvuruyu ise kişisel verilere erişim kapsamında değerlendirmiş ancak ihlal kararı vermemiştir. *Odièvre v. Fransa* başvurusunda AIHM, “doğumundan sonra öz annesi tarafından terk edilmiş ve Sağlık ve Sosyal Güvenlik birimine bırakılan kişinin, öz ailesini tespit etmesine imkân sağlayacak ayrıntıları edinememekten şikâyet etmesi ve bu ayrıntılara erişme imkânı olanağı bulamamasının, yaşam öyküsünü yeniden oluşturmasını engellediği ve kendisini oldukça kötü etkilediğini belirtmesi” üzerine; doğumun ve özellikle de bir çocuğun doğduğu koşulların, AIHS’in 8. maddesi ile güvence altına alınan, çocuğun ve yetişkin kişinin özel hayatlarının bir parçasını oluşturduğunu kaydetmiştir. Ancak üçüncü tarafın menfaatlerinin korunması güvence altına alınırken, başvurana annesi ve öz ailesiyle ilgili sınırlı bilgilerin verildiğini ve bu bilgiler aracılığıyla soyunun bir kısmının izini sürmesine imkân sağlandığını belirterek, AIHS’in 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴⁹.

Segerstedt/Wiberg ve Diğerleri v. İsveç başvurusunda, başvuruçuların “suç işlenmesinin önlenmesi ve ulusal güvenliğin korunması amaçlarını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle, İsveç Güvenlik Polisi tarafından kendileri hakkında tutulan dosyalara tam erişimlerine izin verilmemesinden” şikâyetçi olmaları üzerine AIHM, güvenlik polisi tarafından kendileri hakkında tutulan bilgilere tam erişim sağlanmasının reddedilmesini bir hak ihlali olarak değerlendirmemiştir⁵⁰.

AIHM, *K.H. ve Diğerleri v. Slovakya* başvurusunda ise “Roman kökenli sekiz Slovakya vatandaşının, iki hastanenin kadın hastalıkları ve doğum bölümünde tedavi görmeleri sonrasında artık çocuk sahibi olamamaları ve bunun söz konusu hastanelerde kaldıkları sırada kısırlaştırılmış olmalarından kaynaklandığından şüphelenmeleri üzerine, talep ettikleri tıbbi kayıtların fotokopilerinin kendilerine verilmemesini” ihlal olarak değerlendirmiştir⁵¹.

⁴⁷ B. No: 10454/83, T. 07.07.1989, *Gaskin v. Birleşik Krallık*.

⁴⁸ B. No: 9248/81, T. 26.03.1987, *Leander v. İsveç*.

⁴⁹ B. No: 42326/98, T. 13.02.2003, *Odièvre v. Fransa*, para. 48-49.

⁵⁰ B. No: 62332/00, T. 06.09.2006, *Segerstedt/Wiberg ve Diğerleri v. İsveç*, para. 104.

⁵¹ B. No: 32881/04, T. 06.11.2009, *K.H. ve Diğerleri v. Slovakya*, para. 58.

Haralambie v. Romanya başvurusunda ise, başvuruçunun “*bilhassa, komünist rejim dönemindeki eski gizli servisi tarafından kendisi hakkında oluşturulmuş olan kişisel dosyaya erişme hakkının engellenmesinden*” şikâyetçi olması üzerine AİHM, başvurunun komünist rejim altında gizli servis tarafından kendisi hakkında oluşturulmuş kişisel dosyaya erişiminin engellenmesinin bir hak ihlali olduğuna karar vermiştir⁵².

Birçok Avrupa ülkesinde ve değişik konularda ortaya çıkmış uyuşmazlıklar hakkında AİHM’in “kişisel verilere erişimi” AİHS’in 8. maddesi kapsamında mütalaa ettiği görülmektedir. Ayrıca doktrinde ve mevzuatta bir hak olarak kabul edilen *kişinin kendisi hakkındaki bilgilere erişebilmesi* gerekliliğini, aynı minvalde (istisnai halleriyle birlikte) değerlendirmekte ve aynı kriterlere göre karar verdiği anlaşılmaktadır.

KİŞİSEL VERİLERİN TOPLANMASI

Kişisel verilerin korunması bakımından önemli bir diğer aşama, “kişisel verilerin toplanması”dır. Kişisel verilerin “belirli, açık ve meşru amaçlar için toplanması” bir ilke olarak ifade edilmektedir. Nitekim bir kişisel veri ancak “meşru” bir amaç doğrultusunda toplanmalıdır⁵³. Kişisel verilerin toplanma amacı mümkün olduğunca “açık”⁵⁴ ve “belirli”⁵⁵ olmalıdır. Ayrıca belli bir amaç için toplanan bir veri başka bir amaç için kullanılmamalıdır⁵⁶. Keza verilerin toplanma amacı ile işleme amacı birbiriyle uyumlu olmalıdır⁵⁷. Kişisel verilerin toplanmasına ilişkin bir başka husus ise verinin toplanma amacı açısından yeterli olması, aşırı olmaması ve amaçla ilgili olmasıdır⁵⁸. Bir kişisel veri “ileride bir gün kullanılmak üzere” toplanmamalıdır⁵⁹. Böyle bir durum kişilerin özgürlüklerini kısıtlar⁶⁰ ve hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder.

İletişim teknolojisinin gelişmesi ile birlikte kişisel verilerin toplanması hususunda çok sayıda uyuşmazlık gündeme gelmektedir. AİHM de çeşitli konulara ilişkin önüne gelen başvurularda kişisel verilerin toplanması aşamasında hak ihlali tespiti yapmaktadır.

L.H. v. Letonya başvurusunda, “bir devlet kurumu (Tıbbi Bakım ve İşe Uygunluk Bakımından Kalite Kontrol Teftiş Kurumu) tarafından, ilgilinin rızası olmaksızın kişisel tıbbi verilerinin alınmasını” özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendiren AİHM, “kişilerin özel yaşama saygı hakkını kullanması konusunda tıbbi

⁵² B. No: 21737/03, T. 27.01.2010, *Haralambie v. Romanya*, para. 96.

⁵³ Peter Carey, *Data Protection*, 2. ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, s. 54; Bygrave, *Data Privacy Law*, s.153.

⁵⁴ Bygrave, *Data Privacy Law*, s.155.

⁵⁵ Carey, s. 54.

⁵⁶ Carey, s. 51-67; Christopher Kuner, *European Data Protection Law*, 2. ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 100; Bygrave, *Data Privacy Law*, s.155.

⁵⁷ Carey, s. 54; Bygrave, *Data Privacy Law*, s.155.

⁵⁸ Carey, s. 55.

⁵⁹ Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 142.

⁶⁰ Küzeci, s. 198.

verilerin korunmasının önemini vurgulayarak, *geçerli mevzuatın* yetkili makamlara ve yetki kullanma şekillerine tanınan *takdir payı kapsamını yeterli açıklıkla göstermediği*" gerekçesiyle, ihlal kararı vermiştir⁶¹. Bu karardan anlaşılacağı üzere AİHM kişisel verilerin toplanabilmesi için meşruluk zemini aramaktadır. Ayrıca kararda, toplama amacının belirli ve açık olması gerektiğini vurgulanmaktadır.

Tersi yönde bir kararda ise AİHM, "Solcu radikal bir hareket tarafından gerçekleştirilen bombalı saldırılara karıştığından şüphelenilen başvuranın GPS ile izlenmesinin ve bu yolla elde edilmiş olan verilerin hakkında yürütülen ceza yargılamalarında kullanılmasının kendisinin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği" iddiası üzerine ulusal güvenliğin korunması, kamu güvenliğinin korunması, mağdurların haklarının korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi amaçlarla 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁶².

AİHM, *Taylor v. Sabori v. Birleşik Krallık* başvurusunda, "başvuranın çağrı cihazına gönderilen mesajların polis tarafından gizli bir izleme operasyonu kapsamında tespit edilmesi" üzerine özel hayata saygı hakkının ihlaline karar vermiştir⁶³.

Benzer şekilde, *Dragojević v. Hırvatistan* başvurusunda AİHM, "uyuşturucu kaçakçılığı yaptığı şüphesi bulunan bir kişinin telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesini, sorgu hâkiminin gizli dinleme tedbirinin kullanılmasının başvuranın davasında gerekli olup olmadığını ve haklı gerekçelerinin bulunup bulunmadığını etkili bir şekilde değerlendirmeye yönelik olarak Hırvatistan yasalarında öngörülen usule uyulmadığı iddiası" üzerine, ihlal kararı vermiştir⁶⁴.

AİHM'in, elbette bu konuya ilişkin inceleyemediğimiz başkaca kararları olmakla birlikte, yalnızca yukarıda verilen kararlardan edinilen kanaatle; AİHM'in de kişisel verilerin toplanması hususunda aynı kriterleri esas alarak karar verdiğini ifade edebiliriz. Her bir uyuşmazlıkta somut olay ve iç hukuktaki mevzuatı göz önünde bulundurmakla birlikte kararları kişisel verilerin toplanmasına ilişkin ilkeler eksenine oturtmaktadır. Kamu düzeni ve ulusal güvenliği özel hayatın korunması hakkı karşısında üstün kabul ederken, gizli dinlemenin yasalara uygun yapılmamış olmasının özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

KİŞİSEL VERİLERİN KULLANILMASI

Kişisel veriler, belli bazı amaçlarla işlenmekte, kaydedilmekte ve ihtiyaç duyuldukları kullanılması mümkün olabilmektedir. Bu doğrultuda hukuki metinlerde, *kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun işlenmesi ilkesinin* benimsendiği

⁶¹ B. No: 52019/07, T. 29.04.2014, L.H. v. Letonya, para. 59-60.

⁶² B. No: 35623/05, T. 02.12.2010, Uzun v. Almanya, para. 80-81.

⁶³ B. No: 47114/99, T. 22.01.2003, Taylor-Sabori v. Birleşik Krallık, para. 18-19.

⁶⁴ B. No: 68955/11, T. 15.04.2015, Dragojević v. Hırvatistan, para. 101-102.

görülmektedir⁶⁵. Bu minvalde, işlenecek kişisel verinin doğru olması, işlenmesinin gereklilik arz etmesi ve güncel olarak tutulması hususlarına riayet etmek gerekmektedir⁶⁶. Aynı zamanda, kişisel verilerin işlenmesinde hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ölçülülük ilkesi de dikkate alınmalıdır⁶⁷. Ayrıca özel olarak korunması gereken *hassas verilerin* işlenmesi kural olarak yasaklanmakta ancak yasal bir temel ve ilgili kişinin rızası ile işlenebilmektedir⁶⁸.

Kişisel veriler toplanma amacına uygun bir şekilde işlenmeli ve kullanılmalı⁶⁹ ve gerektiğinden fazla süre kayıt altında tutulmamalıdır⁷⁰. Ayrıca kişisel verilerin hangi amaçla kullanılacağına ilgili kişi tarafından da bilinmesi gereklilik arz etmekte ve bunun önleyici bir koruma sağlayacağı düşünülmektedir⁷¹. Nitekim kişisel verilerin işlenmesi ve kullanılması sürecinde bu hususlara dikkat edilmelidir. Aksi takdirde kişisel verilerin korunması hakkı ihlal edilmektedir. AİHM de çok sayıda başvuruya bu çerçeveden bakarak kararlar tesis etmiştir.

AİHM *S. ve Marper v. Birleşik Krallık* başvurusunda, “ilgili kişilerden alınan parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin, bu kişiler hakkında beraat kararı verilmesine ve haklarındaki ceza davasının sona ermesine rağmen, bir veri tabanında belirsiz bir süre boyunca saklanmasını” ölçülü olmayan bir müdahale olarak nitelendirmiş ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunun değerlendirilemeyeceğini kaydederek, AİHS’in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷².

Diğer taraftan, *Garde v. Fransa*⁷³ başvurusunda ise, “Yetkili bir konumda iken 15 yaşındaki çocuklara tecavüz suçundan mahkûm edilen kimselerin, özellikle, cinsel suçluların bilgilerinin tutulduğu ulusal veri tabanına kaydedilmelerinden şikâyetçi olmaları üzerine AİHM, “cinsel suçluların ulusal veri tabanına kaydedilmelerine ilişkin sistemin söz konusu çatışan kişisel çıkarlar ile kamu menfaati arasında adil bir denge tesis etmiş olduğunu” ifade ederek AİHS’in 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

L.L. v. Fransa başvurusunda ise “boşanma davası bağlamında, kendisinin ve tıbbi uzmanın rızası olmadan bu çerçevede düzenlenen kendisine ait tıbbi kayıtlarla ilgili belgelerin mahkemeler tarafından sunulması ve kullanılması üzerine” hak ihlali

⁶⁵ Örneğin bkz. OECD Rehber İlkeleri m. 7, m. 8, m. 9, m. 10, m. 11, m. 12, m. 13, m. 14; APEC Çerçeve Belge; BM Rehber İlkeleri m. 12; 108 Sayılı AK Sözleşmesi m. 5(a); AB 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi m. 6/1.

⁶⁶ Carey, s. 57.

⁶⁷ Şimşek, s. 98.

⁶⁸ Cemil Kaya, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 317-334, s. 323.

⁶⁹ “...verilerin daha sonra işleme amaçlarının toplanma amacı ile uyumlu olması, ilke ile hedeflenen hukuksal yararın gerçekleşebilmesi için de bir zorunluluktur. Kişisel verilerin sonraki kullanımının toplanma amacı ile bağdaşmaması durumunda ilgili kişinin kişisel verileri üzerindeki denetimi kaybedeceği açıktır.” Kütüceci, s. 201.

⁷⁰ Kişisel verilerin gerektiğinden fazla süre tutulmaması gerekliliği aynı zamanda “unutulma hakkı” olarak değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Eren Sözüer, **Unutulma Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

⁷¹ Kütüceci, s. 202.

⁷² B. No: 30562/04, T. 04.12.2008, S. ve Marper v. Birleşik Krallık, para. 125-126.

⁷³ B. No: 16428/05, T. 17.03.2010, Gardel v. Fransa, para. 71.

iddiasına karşın AİHM “başvurucunun özel hayatına yapılan müdahalenin kişisel verilerin korunmasının temel önemi açısından gerekçelendirilmediğini” belirterek, AİHS’ın 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁴.

Shimovolos v. Rusya başvurusunda ise AİHM, “bir insan hakları aktivistinin gizli bir güvenlik izleme veri tabanına kaydedilmesi, bu yolla Rusya içerisinde tren ya da havayolu ile yaptığı seyahatlerin takip edilmesi ve bununla ilgili olarak tutuklanması” üzerine yapılan başvuruyu hak ihlali olarak görmüştür⁷⁵.

Khelili v. İsviçre başvurusunda ise 1993 yılında Cenevre’de gerçekleştirilen bir polis kontrolü sırasında başvurucunun, üzerinde “İyi, güzel bir kadın, otuzlarının sonunda, birlikte bir şeyler içmek ya da arada sırada dışarı çıkmak için bir erkek arıyor. Tel. no. ...” yazan kartvizitler taşıdığı tespit edilmiştir. Polisin, bu kartları bulması sonrasında, başvuru, adının bilgisayar veri tabanına “fahişe” olarak kaydedildiğini iddia etmiş ve bu mesleği yapmadığını sürekli olarak yinelemiştir. “Özel hayatına ilişkin olarak yanlış olduğunu iddia ettiği bu verilerin kaydedilmesini, özel hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiası ile yapmış olduğu başvuruda AİHM, “başvuranın özel hayatına ilişkin yanlış olduğu iddia edilen verilerin polis kayıtlarında tutulmasının başvuranın özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine ve ‘fahişe’ kelimesinin yıllar boyunca kayıtlarda muhafaza edilmesinin haklı gerekçelere dayanmadığına ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığına” kanaat getirerek ihlal kararı vermiştir⁷⁶.

AİHM’in, kişisel verilerin işlenmesi ve kullanılmasına ilişkin farklı konularda önüne gelen uyumsuzluklarda, bir kriter belirlemeye çalıştığı söylenebilir. AİHM, öncelikle, verilerin meşruluk ve hukuka uygunluk zemininde işlenmesi ve kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Diğer taraftan, verilerin saklanması ve kullanılmasında korunan hukuki değerler bakımından bir orantılılık olması gerektiğine işaret ederek ölçülülük ilkesinin gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Keza geçmişte, belli bir dönemde gerçekleşmiş fiiller kapsamında saklanan verilerin, belli bir süreden sonra gereklilik arz etmeme si üzerine kullanılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bunlarla birlikte kamu düzeni ve güvenliği gibi hususlara ilişkin işlenen verilerin, korunan hukuki değer bakımından kişisel verilerin korunmasından daha üstün bir yarar taşıdığına hükmetmektedir.

KİŞİSEL VERİLERİN AKTARILMASI VE İFŞA EDİLMESİ

Kişisel verilerin aktarılması veya ifşa edilmemesi/yayılmaması, verilerin korunması kapsamında yer almaktadır. Kişiyi bir şekilde etkileyebilen her bilgi kişisel veri olarak nitelendirilebilmektedir⁷⁷. Nitekim bu verilerin başka kişi veya kurumlara

⁷⁴ B. No: 7508/02, T. 12.02.2007, L.L. v. Fransa, para. 47-48.

⁷⁵ B. No: 30194/09, T. 28.11.2011, Shimovolos v. Rusya, para. 70-71.

⁷⁶ B. No: 16188/07, T. 08.03.2012, Khelili v. İsviçre, para. 70-71.

⁷⁷ Karen McCullagh, “Protecting ‘privacy’ through control of ‘personal’ data processing: A flawed approach”, *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 23, Nos. 1–2, March – July 2009, s. 13-24, s. 15.

hukuka aykırı olarak aktarılması veya belli şekillerde kamuya açık bir şekilde ifşa edilmesi veya yayılması kişisel verilerin korunması hakkının ihlaline yol açmaktadır. Bu ihlaller aynı zamanda ceza hukuku bakımından da suç teşkil etmekte ve mevzuatta da münferit düzenlemelere tabi tutulmaktadır⁷⁸.

Kişisel verilerin korunmasında “*veri güvenliği ilkesi*” büyük önem arz etmektedir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerin neredeyse tamamında bu ilkeye yer verilmektedir. Bu ilke veri denetçilerinin kişisel verilerin ortadan kaldırılmasını, bunlara yetkisiz erişimi, değiştirilmesini, silinmesini ve yayınlanmasını engelleyecek önlemleri almasını gerektirir⁷⁹. Dolayısıyla kişisel verilerin ilgili kişinin rızası⁸⁰ dışında, hukuka aykırı bir şekilde bir başkasına aktarılması veya yayılması *veri güvenliği ilkesi* ile güvence altına alınmaktadır. AİHM de kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde aktarılmasını, ifşa edilmesini veya yayılmasını hakkın korunmasının ihlali olarak AİHS’in 8. maddesi kapsamında ele almaktadır.

AİHM, *M.S. v. İsveç* başvurusunda, başvurusunun geçirdiği kürtaj hakkında bilgi içeren tıbbi kayıtların bir klinik tarafından sosyal güvenlik kurumuna iletilmesi üzerine, “*başvurucunun tıbbi kayıtlarının söz konusu klinik tarafından sosyal güvenlik kurumuna iletilmesi için uygun ve yeterli gerekçelerin mevcut olduğu ve uygulanan tedbirin, ülkenin refahının korunması yönündeki meşru amaçla orantılı olduğu*” gerekçesiyle ilgili kişinin kişisel verilerine yönelik hukuka aykırı bir müdahale olmadığına hükmetmiştir⁸¹.

Z. v. Finlandiya başvurusunda, HIV hastası olan başvurusunun hakkındaki tıbbi bilgilerin eşi aleyhindeki bir dava sırasında ifşa edilmesi üzerine AİHM, “*başvurucunun kimliğinin ve HIV hastası olduğuna ilişkin bilgilerin Temyiz Mahkemesinin basının erişimine açık olan karar metninde ifşa edilmesinin hiçbir haklı gerekçesinin bulunmadığını ve dolayısıyla ilgili bilgilerin yayımlanmasının başvuranın özel hayata ve aile hayatına saygı duyma hakkına ilişkin bir ihlale neden olduğunu*” ifade ederek ihlal kararı vermiştir⁸².

Peck v. Birleşik Krallık başvurusunda ise başvurusunun “bir sokağa yerleştirilen kapalı devre kameranın kaydettiği ve içinde kendisinin bileğini kestiğini gösteren kamera görüntülerin medyaya verilmesi” üzerine AİHM, “*görüntülerin Belediye Meclisi tarafından medyaya verildiği sırada yeterli güvencelerin sağlanmadığından bahisle*” başvurusunun özel hayatına orantısız ve haksız bir müdahalede bulunulduğuna karar vermiştir⁸³.

⁷⁸ 5327 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun; “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlıklı Dokuzuncu Bölümü’nün altında “*Haberleşmenin gizliliğini ihlal*” başlıklı 132. maddesi, “*Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması başlıklı*” 133. maddesi, “*Özel hayatın gizliliğini ihlal*” başlıklı 134. maddesi, “*Kişisel verilerin kaydedilmesi*” başlıklı 135. maddesi, “*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” başlıklı 136. maddesi ve “*Verileri yok etme*” başlıklı 138. maddesi bu hususta düzenlemeler içermektedir.

⁷⁹ Bygrave, *Data Privacy Law*, s.164.

⁸⁰ Küzeci, s. 220 vd.; Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 39 vd.; Yüksel, s. 113.

⁸¹ B. No: 20837/92, T. 27.08.1997, *M.S. v. İsveç*, para. 44.

⁸² B. No: 22009/93, T. 25.02.1997, *Z. v. Finlandiya*, para. 113.

⁸³ B. No: 44647/98, T.28.04. 2003, *Peck v. Birleşik Krallık*, para. 86-87.

AİHM, *Doorson v. Hollanda* başvurusunda, *polis dosyasında bulunan davacıya ait fotoğrafın üçüncü kişilere gösterilmesinin AİHS'in 8. maddesinin ihlali olup olmadığını değerlendirirken; fotoğrafların sadece soruşturma amacıyla kullanılması, genel olarak kamu erişimine açık olmaması ve daha önce gerçekleşen bir tutuklama sırasında kanunlara uygun olarak çekilmesini dikkate alarak suçu önlemeye yönelik olan bu eylemi kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edilmediği şeklinde nitelendirmiştir*⁸⁴.

Panteleyenکو v. Ukrayna başvurusunda, başvuru "zihinsel durumuna ve psikiyatrik tedavisine ilişkin gizli bilgilerin bir duruşma sırasında açıklanması" üzerine AİHM'e müracaat etmiş ve AİHM "*başvuranın ruhsal sağlığına ve ilgili tedaviye ilişkin gizli bilgilerin ruh ve sinir hastalıkları hastanesinden elde edilmesinin ve kamuya açık bir duruşmada açıklanmasının başvuranın özel hayatına saygı duyma hakkına dair bir müdahale oluşturduğuna*" karar vermiştir⁸⁵.

AİHM, Monaco Prensesi Coroline'in, *ata binerken ya da alışveriş yaparken çekilmiş fotoğraflarını yayınlayan* ünlü Bunte ve Neue Post dergilerine karşı (oldukça ses getiren) başvurusunda; "*mevcut davada kamunun bir menfaati bulunsa dahi aynı zamanda söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunduğundan, bu menfaatlerden başvuruçunun özel hayatının etkin şekilde korunması hakkı diğeri karşısında üstün gelmektedir*" diyerek AİHS'in 8. maddesi kapsamında özel yaşamın ihlaline karar vermiştir⁸⁶.

AİHM yukarıda verilen örneklerden anlaşılacağı üzere somut olaylardaki kendine özgü hususları göz önünde bulundurmak suretiyle ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Kişisel verilerin aktarılmasına veya yayılmasına üçüncü kişilerin katkısı ve beklentisi veya kurumların ihmali davranışı bir hak ihlali oluşup oluşmadığı noktasında belirleyici olabilmektedir. Bazen de ilgilinin kendi davranışı kişisel verinin aktarılmasını veya yayılmasını hukuka uygun hale getirmektedir.

KİŞİSEL VERİLERİN SİLİNMESİ/İMHASI

Kişisel verilerin işlenmesi, saklanması/kaydedilmesi, kullanılması ve yayılması nasıl ki belli ölçütlere bağlı kılınmışsa bu verilerin silinmesi, ortadan kaldırılması da bir gereklilik arz etmektedir. Çünkü kişisel verilerin tutulması (her zaman olmamakla birlikte) kendi başına potansiyel bir risk taşımaktadır⁸⁷. Dolayısıyla kişisel verilere duyulan ihtiyaç ortadan kalktığında, ya o veriler ortadan kaldırılmalı ya

⁸⁴ B. No: 20524/92, T.26.03.1996, *Doorson v. Hollanda*, para. 48-70.

⁸⁵ B. No: 11901/02, T. 12.02.2007, *Panteleyenکو v. Ukrayna*, para. 81.

⁸⁶ B. No: 59320/00, T. 24.06.2004, *Von Hannover v. Almanya*, para. 74.

⁸⁷ Kütüceci, s. 210.

da anonimleştirilmelidir⁸⁸. Kişisel verilerin gerektiğinden fazla saklanmamasının bir başka önemi ise; haklı gerekçelerle de olsa, bir kez kişisel verileri işlenen bir kimşenin ömür boyunca bu bilginin bir yerlerde kayıt altında tutulmayı sürdüreceğini ve her daim kullanılabilceğini düşünmesidir. Böyle bir durumda, bireyin maddi ve manevi bütünlüğü, bireysel özerklik ve özel yaşamın gizliliği gibi hukuken korunan değerleri ihlal edilmiş olacaktır⁸⁹. Nihayetinde bir kişinin, kendisi hakkında işlenen bir kişisel verinin silinmesini isteme hakkı, kişisel verilerin korunması hakkının bir gereğidir.

Dolayısıyla kişisel verilerin işlenme amacı ortadan kalktığında, bir başka deyişle, kişisel veri ile işlenme amacı arasındaki nedensellik bağı sona erdiğinde bir daha erişilemeyecek şekilde tamamen ortadan kaldırılmalıdır. Nitekim kişisel verilerin tamamen ortadan kaldırılmamasından kaynaklanan birçok uyumsuzluğun çözümü için AİHM'e başvurulmaktadır.

Rotaru v. Romanya başvurusunda, başvuru komünist rejimi eleştirmiş olması sebebiyle 1948 yılında bir yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. AİHM, Romanya İstihbarat Servisi tarafından başvuru özel hayatına mahsus olan bilgilerin tutulması ve kullanılmasının kanunlara uygun olmadığını değerlendirerek, AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM, özellikle, bilgilerin makamlarca sistematik bir şekilde toplanması ve dosyalarda saklanması halinde, özel hayat kapsamına girebileceğini gözlemlemiş ve "*iç hukukta tutulan bilgilerin ne kadar bir süreyi kapsayacağına ya da ne kadar uzun süreyle bilgi tutulabileceğine dair sınırlar konmamasını, Romanya hukukunun kamu makamlarına tanınan ilgili takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma biçimini makul bir açıklıkla belirtmediği*" gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir⁹⁰. Dolayısıyla AİHM, kişisel verilerin hiç kullanılmasa dahi belli bir veri tabanında kayıtlı tutulmasını hak ihlali olarak değerlendirmiştir.

AİHM başvuru hakkında, "*fahişe*" kelimesinin yıllar boyunca kayıtlarda muhafaza edilmesinin haklı gerekçelere dayanmadığına ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığına kanaat getirmiş ve başvuru "*fahişe*" kelimesinin polis kayıtlarından silinmesini istemede kayda değer ölçüde menfaati bulunduğuna" karar vermiştir⁹¹. AİHM bu kararında, esasen, bir kişinin; kendisi hakkında işlenen bir kişisel verinin artık geçerli ve gerekli bir bilgi olmadığını ileri sürerek, o verilerin silinmesini isteme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Şüphesiz o verinin veri tabanında varlığı sürdürmesi, o kişinin hayatını olumsuz yönde etkilemeye devam edebilecektir.

⁸⁸ Carey, s. 58.

⁸⁹ Kütüceci, s. 210.

⁹⁰ B. No: 28341/95, T. 04.05.2000, *Rotaru-Romanya*, para. 62.

⁹¹ B. No: 16188/07, T. 08.03.2012, *Khelili v. İsviçre*, para. 70-71.

SONUÇ

Çok uzun bir geçmişi olmayan kişisel verilerin korunması hakkı yakın bir zamanda ortaya çıkmış ve gelişme göstermiştir. Hal böyle olunca da bu alana ilişkin yasal temel, somut olayların dava konusu olması üzerine verilen yargı kararlarıyla belli bir hukuki zemine oturmuştur. Günümüzde "Kişisel verilerin korunması" üzerine hem uluslararası hem de ulusal ölçekte düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği ülkeleri başta olmak üzere birçok ülke, farklı yönleri olmakla birlikte, kişisel verileri koruma kanunları ve alt düzenlemeleri ile birlikte kişisel verileri koruma kurumları oluşturmuştur. Nitekim yasal düzenlemeler ve kurumlar kişisel verilerin korunması hakkının varlığına ve saygınlığına önemli katkı sunmaktadır.

AİHM kararlarının da kişisel verilerin korunması hakkına katkısı çoktur. Nitekim Avrupa Birliği'nin 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi ve 2016/679 sayılı Regülasyonu henüz yürürlüğe dahi girmeden AİHM, kişisel verilerin korunması hakkı konusunda birçok karar vermiştir. Bu kararların, Avrupa Birliği'nin 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi ve 2016/679 sayılı Regülasyonu başta olmak üzere diğer hukuki metinlerin düzenlenmesinde, kaynak niteliğinde olduğu ifade edilebilir.

AİHM, kişisel verilerin korunması hakkında yapılan başvuruları AİHS'de münhasır bir düzenleme bulunmadığı için AİHS'in 8. maddesi kapsamında ele almıştır. Yukarıda da aktarıldığı üzere, AİHM konuya ilişkin kararlarında, AİHS'in 8. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarını referans almaktadır. AİHM bu iki fıkra arasındaki hukuka uygunluk sınırını somut olaylar özelinde değerlendirmek suretiyle tespit etmektedir. AİHM davaları her ne kadar AİHS'in 8. maddesi kapsamında incelemiş olsa da kişisel verilerin korunmasına ilişkin kararlarında, kronolojik olarak, bir gelişme kaydetmiştir. AİHM'in bir sonraki kararları önceki kararlarına göre daha gelişmiş değerlendirmeleri içermektedir. Ancak çalışmada değinilen kararlarından anlaşılacağı üzere AİHM'in, kişisel verilerin korunması hakkında kendine özgü ve yeni ölçütler ortaya koyamamış AİHS'in 8. maddesine bağımlı kalmıştır.

En nihayetinde, AİHS'nin 8. maddesi ve AİHM kararları, kişisel verilerin korunması hakkı bakımından temel bir yapı taşı olarak varlığını sürdürmektedir. AİHS'nin 8. maddesi ve AİHM kararları, bu hakkın omurgasını oluşturan hukuk yolu olarak önemli bir konuma sahiptir.

KAYNAKÇA

Asinari, M. Verónica Pérez : Legal Constraints for the Protection of Privacy and Personal Data in Electronic Evidence Handling, **International Review of Law, Computers & Technology**, 18:2, 2004.

Başalp, Nilgün : **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

Bygrave, Lee A. : **Data Privacy Law**, Oxford, Oxford University Press, 2014.

- Bygrave, Lee : “Where have all the judges gone? Reflections on judicial involvement in developing data protection law”, **Privacy Law and Policy Reporter**, Y. 2000, C. 7, s. 11-14, 33-36.
- Carey, Peter : **Data Protection**, 2. ed., Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Gölcüklü, Feyyaz/ : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Gözübüyük, A. Şeref, 9.b., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Kaya, Cemil : **İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Kaya, Cemil : “Avrupa Toplulukları Adalet Divanının PNR Kararının Tahlili”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 2027-2039.
- Kaya, Cemil : Avrupa Birliği veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 317-334.
- Kuner, Christopher : **European Data Protection Law**, 2. ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Küzeci, Elif : **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- McCullagh, Karen : “Protecting ‘privacy’ through control of ‘personal’ data processing: A flawed approach”, **International Review of Law, Computers & Technology**, Vol. 23, Nos. 1-2, March-July 2009, s. 13-24.
- Özdemir, Hayrunnisa : **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Sözüer, Eren : **Unutulma Hakkı**, İstanbul, On iki levha Yayıncılık, 2017.
- Şimşek, Oğuz : **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, Beta Basım, 2008.
- Yüksel, Saadet : **Özel Yaşamın Bir parçası Olarak Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Gizliliğine Önleyici Denetimle Müdahale**, İstanbul, Beta Basım, 2012.



Karşılaştırmalı Hukukta Eski ve Yeni*

Something Old, Something New in Comparative Law

Esin Örucü¹

Çev: Nurcan Yılmaz Özel²

Öz

Bu çalışma, karşılaştırmalı hukukun tarihsel gelişimini ele aldıktan sonra, klasik karşılaştırmalı hukukun nasıl "eskiyi" anlattığını tartışacaktır. Sonrasında; dinamik sistemlere, düznelere, normatif yapılarla, melezliklere ve içeriklere yani "yeniye" eğilerek günümüz karşılaştırmalı hukuk anlayışının ufkunu aşan multidisipliner yaklaşımları inceleyecektir. Bu bağlamda, bu makale ilgili postmodern gelişmelerde kullanılan metodolojinin derin karşılaştırmalı araştırma, eleştirel karşılaştırmalı araştırma, sosyo-hukuki metodoloji, küresel karşılaştırmalı hukuk ve son olarak sayısal analiz gibi alanlara doğru nasıl genişlediğini inceleyecektir. Dolaylı karşılaştırmalı hukuku da dikkate aldığımızda şu soruyu irdeleyeceğiz: Bu noktadan itibaren nereye yöneliyoruz?

Anahtar Kelimeler

Karşılaştırmalı Hukukun Tarihsel Gelişimi • İşlevsel Denklik • Bağlam • Hukuk Kültürü • Derin Karşılaştırma • Eleştirel Karşılaştırmalı Araştırma • Sosyo-Hukuki Metodoloji • Sayısal Karşılaştırmalı Hukuk

Abstract

After considering the historical development of comparative law, this paper will discuss what classical comparative law provided for an understanding: the old. It will then look into multi-disciplinary approaches that have crossed the horizon of modern day comparative law looking at dynamic systems, orders, normativities, hybridities and contexts: the new. In this context, the paper will consider the extension of methodology in these postmodern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical analysis. Considering also implicit comparative law, the question will be: where do we go from here?

Keywords

Historical Development of Comparative Law • Functional Equivalence • Context • Legal Culture • Deep-Level Comparison • Critical Comparative Research • Socio-Legal Methodology • Numerical Comparative Law

* Karşılaştırmalı Hukuk Emekli Profesörü ve Onursal Araştırmacı, Glasgow Üniversitesi; Karşılaştırmalı Hukuk Onursal Profesörü, Erasmus Üniversitesi, Rotterdam. Bu makale 5 Haziran 2015 tarihinde Limerick'te gerçekleşen "Annual Conference of the Irish Society of Comparative Law: Comparative Law from Antiquity to Modernity" adlı etkinlikte açılış konuşması olarak sunulmuştur. (2015) 2:2 JICL, 323-326'da yayınlanmıştır.

Çeviri yayın için izin alınmıştır. Çeviri hakem incelemesinden geçirilmiştir.

¹ Sorumlu Yazar: Esin Örucü (Profesör), Glasgow Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Glasgow-İskoçya, E-posta: esin.orucu@glasgow.ac.uk ORCID: 0000-0002-1425-2407

² Nurcan Yılmaz Özel (Araştırma Görevlisi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye, E-posta: nurcan.yilmaz@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9825-9720

Atf: Orucu E, "Karşılaştırmalı Hukukta Eski ve Yeni" (Çev. Yılmaz Özel N) (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 79. <https://doi.org/10.26650/ihid.2019.18.1.0005>

I. GİRİŞ

Bu makale ilk olarak karşılaştırmalı hukukun tarihsel gelişimini inceledikten sonra, yakın zamana dek klasik karşılaştırmalı hukukun eskiyi anlamak üzere sunduğu körelmiş araçları tartışacaktır. Akabinde, dinamik sistemleri, düzenleri, normatif konumları, melez modelleri, daha geniş bağlamları -yani yeni- incelemeye yönelik yeni görevini yerine getirmek üzere günümüz karşılaştırmalı hukuk anlayışının ufkunu aşan multi-disipliner yaklaşımlara eğilecektir. Bu noktada bu makale ilgili postmodern gelişmelerde kullanılan metodolojinin derin karşılaştırmalı araştırma, eleştirel karşılaştırmalı araştırma, sosyo-hukuki metodoloji, küresel karşılaştırmalı hukuk ve son olarak sayısal karşılaştırmalı hukuk analizi gibi alanlara doğru nasıl genişlediğini inceleyecektir. Dolaylı karşılaştırmalı hukuku da dikkate aldığımızda şu soruyu irdeleyeceğiz: Bu noktadan itibaren nereye yöneliyoruz ve yeni karşılaştırmacılar bu iş için nasıl yetiştirilecek?

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA "ESKİ"

Karşılaştırmalı Hukuk Tarihine Genel Bir Bakış¹

1. "Eski"

Karşılaştırmalı hukuk tarihi, düşüncelerin tarihiyle paralel şekilde ilerlemektedir. O dönemde bilimsel metodoloji kullanılmamasına karşın, en eski karşılaştırmalı hukuk çalışması Yunanistan'da yapılmıştır. Antik dünyada Solon Kanunları ile Romalıların 12 Levha Kanunları karşılaştırmalı araştırmaya dayanmaktaydı. Platon, Yasalar (Laws) eserinde Yunan şehir devletlerinin hukuki yapılarını karşılaştırmıştır. Politika (Politics) adlı eserinde Aristo, 153 şehir devletinin anayasasına ilişkin bir araştırma yürütmüştür. Aristo'nun eserini bir adım ileri götüren Theophrastus, çeşitli Yunan hukuk sistemlerinde özel hukukun genel ilkelerini belirleme girişiminde bulunmuştur.

Roma İmparatorluğu'nda, milattan sonra 4. yüzyılda iki hukuk sistemini karşılaştıran ilk çalışma olarak bilinen Lex Dei (Collatio legum Mosaicarum et Romanarum) dışında tanınmış bir karşılaştırmalı hukuk araştırması yoktur. Bu çalışma ceza hukuku, evlilik ve miras konularını incelemektedir.

Ortaçağ İngiltere'sinde Fortescue, sübjektif bir bakış açısıyla olsa da, İngiliz ve Fransız siyasi, hukuki ve adli kurumlarını karşılaştırmıştır. Kıta Avrupa'sında kilise

¹ Bu tarihsel tartışmaya ilişkin ayrıca bkz., Esin Öricü "Comparative Law" in Stanley N Katz (baş editör), The Oxford International Encyclopedia of Legal History (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) s.97-100. Ayrıca bkz., Harold C Gutteridge, Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research (Cambridge, ikinci baskı, 1949, London 1974 yeni baskı) Ch.II, s.11-22; Walter Hug, "The History of Comparative Law" (1931-1932) 45 Harv L Rev 1027-1070. 19. yüzyılın ortalarında sona eren tarihsel giriş niteliğindeki eserler için bkz.: Annelise Riles (ed), Rethinking the Masters of Comparative Law (Oxford, 2001), Montesquieu, Weber, Kantorowitz, Wigmore, Hozumi, Sanhuri, Rabel, David, Schlesinger ve Sacco'nun çalışmalarını ve katkılarını inceleyen düzenlenmiş bir makale derlemesi. Ayrıca bkz., Konrad Zweigert ve Hein Kötz, "The History of Comparative Law", An Introduction to Comparative Law (Oxford: T Weir çevirisi, 3. baskı, 1998) Ch.4, s.48-62.

hukukçuları, hukukçular ve teologlar seküler hukuk ve kilise hukukuna dair karşılaştırmalı çalışmalar yürütmüş olsa da, bilim insanları yerel mahkemelerin teamüllerinin gelişimini ayrıntılı olarak incelememiştir.

Hümanizm Çağı'na gelindiğinde ise karşılaştırmalı hukuk analizinde daha ciddi girişimler gözlenmiş; Struve ve Stryck Alman Hukuku ile Roma Hukukunu karşılaştırırken, Bacon ve Leibniz karşılaştırmalı hukuk çalışmalarını ilerletmiştir. Özellikle Bacon, kişinin tabi olduğu hukuk sisteminin bağlarından kendisini kurtarması gerektiğini savunmuştur. Grotius, Pufendorf, Montesquieu ve Hugo gibi doğal hukuk düşünürleri doğal hukuk öğretiminde ampirik dayanak üretebilmek için karşılaştırmalı hukuku kullanmışlardır.

Esasen Montesquieu, bazılarınca karşılaştırmalı hukuk araştırmasının gelişim sürecinde yükselen ilk isim olarak kabul edilmektedir. Kanunların Ruhu Üzerine (De l'Esprit des Lois- 1748) adlı çalışması, hukuku bir sosyal olgu olarak ele almakta ve hukukun farklılıklarının, doğal, tarihi, etnik, siyasi ve hukukun içinde bulunduğu sosyal ortamla ilgili diğer faktörlerin çeşitliliğinden ileri geldiğini öne sürmektedir. Montesquieu'nun görüşleri 19. yüzyılın başlarında Hugo, Savigny ve Eichhorn ile Alman tarih ekolünün diğer yazarlarının çalışmalarında tekrar karşımıza çıkar. Sir Henry Maine, karşılaştırmalı hukuk felsefesinin ana işlevini, yasamayı ve hukukun tatbiki gelişimini kolaylaştırmak olarak görmüş ve 1861'de yazdığı *Ancient Laws* adlı, doğu ve batıdaki köy topluluklarını karşılaştırdığı eserinde Montesquieu'nun görüşlerinden yararlanmışır.

17. yüzyıla gelindiğinde ise kimilerince tarihin önemli ilk karşılaştırmacısı kabul edilen Selden'i görmekteyiz. Selden, Roma Hukukunun Common Law üzerindeki etkisini ele alan "*Dissertatio ad Fletam*" eserini yazmıştır. 1681 yılında İskoçya'da Stair, "*Institutions of the Law of Scotland, collated with the Civil, Canon and Feudal laws and with the Customs of Neighbouring Nations*" isimli eserini yayınlamıştır.

18. yüzyıldan itibaren ve özellikle karşılaştırmalı hukukta modern çağın başlangıcı olarak kabul edilen 19. yüzyılda, iki ayrı yaklaşım gelişmiştir: Kanunlara dayalı karşılaştırmalı hukuk ve akademik, bilimsel veya nazari karşılaştırmalı hukuk.

Kanunları temel alan karşılaştırmalı hukukun tarihi oldukça eskiye dayanır. Danimarka-Norveç, İsveç, Prusya, Avusturya, Fransa, Almanya, İsviçre, ve Hollanda Medeni Kanunları ile neredeyse Avrupa'daki tüm önemli yasaların hazırlık aşamaları öncesinde yoğun karşılaştırmalı çalışmalar yürütülmüştür. Günümüzde, karşılaştırmalı hukukun yasama reformu ve uyumlaştırma² çalışmalarında kullanılması ve hukuki kararlar alınırken bir yorum aracı olarak önemli bir rol oynaması itibarıyla bu yaklaşım hala önemini korumaktadır.

² Makaleler için bkz. Nicola Lupo ve Lucia Scaffardi (editörler), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments* (Eleven International Publishing, 2014).

İkinci yaklaşım ise bilimsel karşılaştırmalı hukuktur. Hukuki bilgiyi artırma yöntemi olarak kabul edilen karşılaştırmalı hukuk, inişli çıkışlı bir geçmişe dayanır. Bilimsel karşılaştırmalı hukuka ilk ilgi gösterenler filozoflar ve tarihçilerdi. Nitekim günümüzde dahi ulusal katı kuralların içine çekilmiş olan hukukçu bilim insanlarına kıyasla sosyologlar, antropologlar ve siyaset bilimciler karşılaştırmalı hukukla daha çok ilgilenir. Tarihçi Hukuk Bilimi Ekolü ve Pandektistlerin kavramsal hukuk bilimi, karşılaştırmalı hukuka itibarlı bir seviye affetmemiş ve karşılaştırmalı hukukun amacını yasamaya yardımcı rolüyle sınırlamıştır. Ampirik bir yaklaşım benimsenmediğinden, a priori dogmatik hukuk bilimi önemli hale gelmiştir. Karşılaştırmalı hukuk çok az insanı kabul eden, ezoterik bir oyun olarak görülmekteydi. Pozitivizme ve ulusal yasal kültürlerle karşı önyargılı tutumlar ise karşılaştırmalı hukukun daha fazla tanınmasını engellemiştir.

Hukukların farklılığına ilişkin bilimsel ilginin tarihi neredeyse yüz yıla dayanır. 20. yüzyılın başlarına değin karşılaştırmalı hukuk araştırmasına dayalı bir evrensel hukuk bilimi ortaya koyma girişimine rastlanmamaktadır. Bu dönemde bile pek çok hukuk bilimcisi, karşılaştırmalı hukuku, hukuk bilgisi elde etmek için kaçınılmaz bir araç olarak görmemiştir.

2. "Yeni"

Modern Çağ, 1800-1850 yılları arasında başlar. O dönemde karşılaştırmalı hukuk, "karşılaştırmalı mevzuat" başlığı altında yabancı hukuklarla ilgili bilgi toplamak için kullanılmaktaydı. Bu dönemin alamet-i farikası 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'dur. İlk Alman Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi 1829 yılında, Fransızca ilk dergi (Revue étrangère de législation) ise 1834 yılında çıkarılmıştır. Bu akımların ardındaki güçlü isimler Fransa'da Foelix, Almanya'da ise Mittelmaier'di. Almanya'da Gans "Miras Hukukunun Dünya Tarihindeki Gelişimi" adlı eseri yazdı. İngiltere'de Burge, "Sömürge Hukukları ve Yabancı Hukuklar Üzerine Yorumlar" adlı çalışmasını yayınlarken, 1854'te Levi "Dünyada Ticaret Hukukları" isimli eserini yayınlamıştır. ABD'ye baktığımızda, ilk medeni hukuk dersleri Harvard Law School'da verilmiştir ve Story ile Kent'in bu alandaki çalışmaları da önemli sayılmaktadır.

Sonraki, yani 1850-1900 yılları arasındaki dönemde ise ağırlıklı olarak yabancı hukuka dair bilgi toplamaktan ziyade hukuk sistemleri bir araya getirilmiştir. Bu dönemde bir takım Karşılaştırmalı Hukuk Cemiyetleri teşekkül etmiştir: 1869'da mecmuasıyla birlikte Fransız "Société de législation comparée" (şimdiki adıyla *Revue internationale de droit comparé*) kurulurken, 1894'te Alman "Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre" ve 1898'de de yine mecmuasıyla birlikte "English Society of Comparative Legislation" (şimdiki adıyla *International and Comparative Law Quarterly*) kurulmuştur. Bu

cemiyetlerinin kuruluşu pratik nedenlere dayanmakla beraber, karşılaştırmalı hukukta Modern Çağın başlangıcı olarak nitelendirilebilir.

Yabancı mevzuatların çevirisi ve tartışılması başlıca faaliyet alanlarını oluşturuyordu. Yine aynı dönemde evrensel hukuk tarihi ve etnolojik hukuk bilimi gelişmiştir. 1889 yılında Maine, Oxford'da Tarihsel ve Karşılaştırmalı Hukuk Bilimi Kürsüsü Başkanlığı'na atanmıştır. Paris'te Karşılaştırmalı Hukuk Kürsüsünün başkanlığını yapan Saleilles ise Alman Medeni Kanunu'nu (BGB) Fransızca'ya tercüme etmiştir. Avusturya'da Unger dünya tarihinde evlilik kurumunu incelerken, Almanya'da ise von Stein, Goldschmit ve Kohler'in çalışmaları öne çıkar.

"Karşılaştırmalı hukuk" terimi, uluslararası hukukun birleştirilmesi fikrinin canlandığı 1900'lerde başlayan dönemde oluşmuş ve önem kazanmıştır. Günümüzde karşılaştırmalı hukukun resmi olarak ortaya çıkışı 1900'de Soci  t   française de legislation compar  e tarafından Paris'te gerçekleştirilen Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Kongresi'ne dayandırılmaktadır. Karşılaştırmalı hukukun tanımı, amaçları ve yöntemleri bu Kongrede tartişılmıştır. Mamafih, Common Law geleneğini temsilen katılan Sir Frederick Pollock dışında bu kongreye yalnızca Kıta Avrupası hukuk  ları katılmışlardı.

1917 yılında Rabel, Münih   niversitesi bünyesinde ileride Max Plank Yabancı ve Uluslararası   zel Hukuk Enstitüsü'ne (Institute for Foreign and International Private Law) dönüşecek olan "Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü"n   (Institute of Comparative Law) kurmuştur. Fransa'da ise Saleilles, "Fonction de droit compar  "yi yazan Lambert ve Levy-Ullmann karşılaştırmalı hukuku 20. yüzyılda *droit commun de l'humanit   civilis  e*'nin kurucusu olarak görmüşlerdir. 1920'de Lambert tarafından Lyon'da ve 1932'de Levy-Ullmann tarafından Paris'te bir karşılaştırmalı hukuk enstitüsü ("Institut de droit compar  ") kurulmuştur. İsviçre'de 1913'te Sausser-Hall "karşılaştırmalı hukukun işlevi ve yöntemi"   zerine bir eser yazmıştır. Rabel ve Lambert Common Law'un ayrıntılı bir Şekilde incelenmesi gereğini savunmuşlardı. Birleşik Krallık'ta karşılaştırmalı hukuk çalışmalarına, karşılaştırmalı hukuku "diğer ülkelerle hukuki ilişkilerin geliştirilmesi, hukuk reformu, yerel mahkemelerin yabancı hukuku daha iyi idrak etmesi ve hukuk eğitimi" gibi pratik amaçlara yönelik bir teknik olarak kabul eden Gutteridge öncülük etmiştir. ABD'de ise Roscoe Pound ismi   ne çıkar. Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (International Academy of Comparative Law) 1924'te Lahey'de kurulmuş ve halen, hukukun her alanına yönelik olmakla beraber karşılaştırmalı hukuka ağırlık veren araştırmaları, yazıları, entelektüel paylaşımları teşvik etmek ve yürütmek üzere dört yılda bir kongre düzenlemektedir.

Sistemantik karşılaştırmalı hukuk araştırmasının günümüzdeki anlamına kavuşması da bu döneme tekabül etmektedir. Bu araştırmalar yasama, birleştirilme (*unification*) ve uluslararası etkileşim gibi pratik faydalar sağlamakla beraber, sosyal bir olgu olarak hukuka ilişkin sistemantik bilgi keşfetme arzusu Şeklinde kuramsal yararı da beraberinde getirir.

İkinci Dünya Savaşı'nın sonundan 1990 yılına kadar geçen dönem, hukuk sistemlerinin etkileşimine ilişkin artan farkındalıkla birlikte dünya geneline ilgi duyulduğu, Avrupa Topluluğu gibi yeni uluslarüstü örgütlerin ortaya çıktığı ve böylelikle karşılaştırmacıların çalışmalarını zorunlu kılan bir dönemdi. Geleceğin hukukçularını diğer hukuk sistemlerini anlayabilecek şekilde yetiştirmek üzere hukuk eğitiminin kapsamının genişletilmesi gerektiği fikri ivme kazanmıştır. Uygulamacılar ve hakimlerin karşılaştırmalı hukukun değerine ilişkin şüpheleri ortadan kalkmıştı. 1917'de gerçekleşen Rus Devrimi, devrimin Doğu ve Orta Avrupa'daki yankıları ve iki Dünya Savaşı, karşılaştırmalı hukuk üzerinde çok büyük etki yarattı. Zira birçok göçmen bilim insanı karşılaştırmalı hukukun Birleşik Krallıkta, ABD'de ve başka ülkelerde gelişmesine katkıda bulundular.

UNESCO'ya bağlı Association International des Science Juridiques, Strazburg'da Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Eğitimi Fakültesi (International Faculty for the Teaching of Comparative Law) ve Lüksemburg'da Uluslararası Karşılaştırmalı Bilimler Üniversitesi (International University of Comparative Sciences) kurulmuştur. Karşılaştırmalı Hukuk Ansiklopedisi (The Encyclopaedia of Comparative Law) Association International des Science Juridiques gözetiminde yayınlanmış ve düzenli olarak güncellenmiştir. Amerika Kıtası Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (The Inter-American Academy of International and Comparative Law) ABD'de kurulmuştur. Hukukun birleştirilmesinden ziyade yabancı hukukların araştırılması dünya barışını sağlamanın en iyi yollarından biri olarak kabul edilmiştir. Tarihsel yöntem ve göreceli yaklaşımın da yardımıyla hukuklar arasında ayırt edici unsurlara ilişkin araştırmalar yürütülmüştür. Bilhassa özel hukuk ve ticaret hukuku alanında normatif çalışmalar zenginleşmiştir.

1990'dan sonra, Avrupa'da sosyalist sistemlerin çöküşü, hem Avrupa'nın kendi içinde hem de "sözde" Batı, Asya ve Afrika arasındaki dengelerin değişmesiyle karşılaştırmalı hukukun yeri, rolü ve metodolojisi bir kez daha değişmeye başlamıştır.

B. 20. Yüzyılın Klasik Ana Akım Karşılaştırmalı Hukuku

Klasik ve ana akım karşılaştırmalı hukukun kökleri pozitivizme, kanuncululuğa ve hem hukukta hem de kültürde yasal merkezîyetçilik ve tekçilik üzerine varsayımlara dayanırken, büyük ölçüde işlevsel denklige odaklanmış ve 20. yüzyılın ikinci yarısının sonlarına kadar Zweigert ve Kötz'ün son derece başarılı buluşu olarak görülmüştür.³

Bu yaklaşımın ardında, hukuk sistemi nerede ve ne renkte olursa olsun insan olmamız itibarıyla hepimiz benzer sorunlarla karşılaştığımızdan, sosyal sorunların da ortak olduğu fikri yatar. Hukuk kuralları bu sorunları çözmek için vardır. Her ne

³ Bkz. Zweigert ve Kötz, An Introduction to Comparative Law (n.1).

kadar farklı hukuk sistemleri farklı kurallar ve müesseseler öngörse de, bunlar aynı sorunu farklı yollarla da olsa çözdüğünden, işlevsel olarak denk kabul edilebilirler. Bu nedenle karşılaştırmalı hukukçunun, ister yasalarda ister başka yerde olsun, bu çözümleri karşılaştırması gerekmektedir.

İşlevsel-kurumsal yaklaşımla cevaplanmak istenen "B sistemindeki hangi müessese, A sisteminde incelenen müesseseye denk bir işlev icra etmektedir?" sorusudur. Bu soruya verilen cevap "işlevsel denklik" fikrini ortaya çıkarır. Eğer A sisteminde "boşanma" adlı bir müessese inceleniyorsa, karşılaştırmalı hukukçu B sisteminde, kişiyi artık içinde bulunmak istemediği evlilik ilişkisinin bağlarından kurtaracak, denk bir işlev sağlayan bir müessese arayışında olacaktır. Böylece karşılaştırmalı hukukçu "işlevsel olarak karşılaştırılabilir özelliklere" sahip olma ya da aynı sorunu çözme gibi benzer görevler yürüten müesseseleri arayacaktır. Burada odaklanılan bir diğer konu ise karşılaştırılabilir çözümlerin işlevsel olarak yan yana getirilmesidir. İşlevsel araştırma, karşılaştırmalı hukukta faydacı yaklaşıma denk gelmektedir.

Sorun çözme yaklaşımı ise madalyonun diğer yüzünü teşkil etmektedir. Bu yaklaşım şu soruları cevaplamayı amaçlar: "A ve B toplumlarının her ikisinde de karşılaşılan belirli bir sosyal yahut da hukuki sorun nasıl çözülmektedir?" yani "Bu sorunla başa çıkabilmek için hangi hukuki ya da başkaca müesseseler geliştirilmiştir?" Örneğin, bir evliliğin sona erdirilmesinden sonra muhtaç duruma düşecek olan eşin bakımını üstlenme sorunu A toplumu ve B toplumunda nasıl çözümlenmiştir? Bu sorun yoksulluk nafakası, devletin sunduğu sosyal sigorta ile veyahut muhtaç durumdaki eşin geleneksel aile yapısı içindeki durumu gibi farklı yollarla çözülmeye çalışılmış olabilir. "İşlevsel" yaklaşımla aynı düşünceden doğan bu yaklaşım, hukuk sistemleri arasında benzer sorunların –her ne kadar farklı yollar izlenerek ulaşılsa da- benzer çözümlere sahip olduğu düşüncesinden beslenir. "Sorunların aynı olması karşılaştırılma yapılabileceğini temin eder"⁴ denilmektedir.

İşlevsel-kurumsal yaklaşım uyarınca yukarıdaki sorular cevaplandıktan sonra işlevsel sorular ortaya çıkar.

Meseleyi başka şekilde ele almak da mümkündür: Yaklaşım olgusal olmalıdır. Olgusal yaklaşım uyarınca farklı hukuk sistemleri tarafından karşılanan olgusal ihtiyaçların yani sorunun benzerliği, ilgili hukuk sistemlerini karşılaştırılabilir kılmaktadır. Müesseselerin anlamlı bir şekilde karşılaştırılabilir olması için aynı olgusal sorunu çözmesi gerektiği söylenmektedir⁵. Örneğin, günümüzde Cornell Projesinin⁶ kapsamını sözleşme hukuku ötesinde genişletmeyi amaçlayan Trento Projesi; ticari tröstler, sözleşme hukukunda hata ve hile, taşınır mülkiyetinde teminat, salt ekonomik kayıp,

⁴ M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 The Cambridge Law Journal 94-110.

⁵ Bkz. Zweigert and Kötz, An Introduction to Comparative Law (n.1.).

⁶ Rudolf Schlesinger (ed), Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems (Dobbs Ferry: Oecnia Publications, 1968).

taahhütlerin tenfiz kabiliyeti, iyiniyet ve haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluk gibi birçok alt başlıkla birlikte sözleşme, mülkiyet ve haksız fiil konularına odaklanmıştır. Bu proje, olgusal yaklaşıma yani olgulara dayalı kapsamlı araştırma yöntemine dayanır. Buna göre on beş ila otuz farklı dava ulusal raportörlere sunulurken, onların hukuk sistemlerinde öngörülen çözümler sorulur.⁷

Bu yaklaşımın bir diğer türünde ise insani ihtiyaçlar evrensel yaklaşımla ele alınır. Sosyal sorunların evrensel olduğu kabulüne dayanan bu yaklaşım uyarınca, yasalar ihtiyaçları farklı şekillerde karşılarsa da ortaya çıkan sonuçlar karşılaştırılabilir. Karşılaştırılabilirlik bu noktada benzerlik bulgularından yararlanır. Zira “somut bir sorundan” hareketle aynı olgulara odaklanarak “*praesumptio similitudinis*” (çözümlerin benzerliği) yönünde ilerleme kaydedebilir. Eğer olgular aynı değilse, karşılaştırılabilirlik mümkün değildir. Evrensel yaklaşımın en önemli boyutu çözümlerin benzerliğidir. Eğer bu yoksa, karşılaştırma yapmak da mümkün olmayacaktır. Yakın zamana kadar aile hukuku gibi ahlaki ve dini değerlerin baskın olduğu alanların ihmal edilmesi de bu yüzden.

Bu noktada daha geniş kapsamlı birkaç soru sorabiliriz. Bir karşılaştırmalı hukukçu, eğer mahkemelerin genel olarak dosyaları nasıl ele aldığını anlamak, davaların ne kadar sürdüğüne ilişkin ya da kararların nasıl yazıldığına ilişkin bir anlayış geliştirmek gayesindeyse, örnek olarak bir boşanma davasıyla tahliye davasını karşılaştırabilir mi? İlgili hukukun kaynağını kavrama maksadıyla belgelerin nasıl hazırlandığı, ne kadar uzun veya detaylı olduğunu saptamaya çalışan bir kimse İngiliz vergi, şehir ve ülke planlama mevzuatı ya da evlilik davalarını tamamen farklı konulardaki üç adet Alman mevzuatıyla karşılaştırabilir mi? Sayısız benzer örnek sunulabilir.⁸

Bir hukuk sisteminde karşılaşılan kurumsal olguların başka bir hukuk sisteminde karşılaştırılabilir bir muadili olmadığında, işlevsel yaklaşım yetersiz kalabilir. Bu belirli bir oranda benzerlik taşıyan hukuk sistemlerinin mi karşılaştırılması gerektiği anlamına gelir? Eğer karşılaştırmaya tabi tutulan ülkeler birbirinden tamamen farklı sosyal düzenlere sahipse, bu iki toplumdaki yalnızca birine özgü durumları düzenleyen hukuk kuralları, müşterek durumları düzenleyen hukuk kurallarından ayrı tutulmalıdır. Bu yaklaşım uyarınca, ilk kategoridekiler karşılaştırılmazken, ikinci kategoridekiler karşılaştırılabilir. Bu fikri kabul ettiğimiz takdirde; karşılaştırmalı hukukçuların ancak birbiriyle ilişkili sistemleri araştırabileceği sonucu çıkmaktadır. Ve bu durum, ne yazık ki, karşılaştırmalı hukuk araştırmacısına oldukça sınırlı bir alanda, oldukça sınırlı bir yer tanımaktadır.

⁷ Bkz. Mauro Bussani ve Ugo Mattei (editörler), *Making European Law: Essays on the Common Core Project* (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).

⁸ Ayrıca bkz. Michael Bogdan, *Comparative Law* (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) s. 58.

Eğer "hukuk"la kastedilen yalnızca bir kurallar bütünüyse ve mikro seviyede karşılaştırma bu kurallara yönelikse, işlevsel yaklaşımın ne denli faydalı olduğu inkar edilemez. Zira kurallar bütünü pek çoğu ortak insan sorunlarını çözmek için düzenlenmiştir.⁹ Karşılaştırmalı hukukun uyumlulaşma sürecinde belirleyici bir itici güç olduğu Avrupa Birliği bağlamında, işlevsel karşılaştırmalı analiz yönteminde odak noktası dikeyden yataya kaymış, üye devletlerin hem hukuk sistemlerinin hem de hukuki yöntemlerinin tek noktada birleşmesi potansiyeli doğmuştur. Bu süreç kademeli olarak nihai hukuki bütünleşmeye varır. Bu nedenle benzerliklere odaklanarak ilerleme kaydetmek yalnızca belirleyici değil aynı zamanda arzu edilen yöntemdir.

III. SON ZAMANLARDA YENİDEN KARŞILAŞTIĞIMIZ ESKİ BİR DOST VE ONUN DÜNYA ÇAPINDA ARTAN ŞÖHRETİ

A. İşlevsel Yaklaşımdan Öte

İşlevsel yaklaşım birçok çağdaş karşılaştırmacı tarafından sert bir şekilde eleştirilmesine karşın tamamıyla gözden çıkarılamamakta ve hatta hala fayda sağlamaktadır. Her ne kadar karşılaştırmalı hukuk araştırmasına uygun tek yaklaşım olmadığı gerçeği bilinse de, işlevsel yaklaşım son zamanlarda Avrupa'daki ortak temel çalışmalarda özel bir yer kazanmıştır. Çoğunlukla özel hukukun çeşitli alanlarına eğilen bu Avrupa projeleri arasında Avrupa Sözleşmeler Hukukunun ilkelerini hazırlayan Avrupa Sözleşmeler Hukukuna Dair Lando Komisyonu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Dair İlkeler gibi oldukça benzer bir proje üzerinde çalışan UNIDROIT, Avrupa Medeni Kanunu üzerinde çalışan Von Bar Çalışma Grubu, Gandolfi'nin Sözleşmeler Hukuku Kanunu, Avrupa Özel Hukukunun ortak esasına dair Trento Projesi, diğer hususların yanında illiyet üzerine de odaklanan Spier ve Koziol çalışma grubu, Avrupa Birliği Müktesebatı Grubu, SECOLA ve Avrupa Aile Hukuku Komisyonu yer alır.

21. yüzyıl, karşılaştırmalı hukukun olgunluğa ulaşacağı çağ olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu dönemde karşılaştırmalı hukuk zorluklarla karşılaşacak ve farklı şekillerde ele alınacaktır.

Farklı bağlamlarda kurulmuş sistemler arasında yapılan karşılaştırmalar, işlevsel denklik kurallarının ötesine uzanmalı, başka yaklaşımları bünyesine dahil etmelidir. Örneğin, işlevsel-kurumsal yaklaşımın, bir batı hukuk sistemiyle dini bir sistemin ya da gelişmekte olan bir hukuk sisteminin nasıl karşılaştırılabileceği sorununun çözmediği kabul edilir. Dahası, eğer bir hukuk sisteminde karşılaşılan bir sorunun diğer bir sistemde muadili yoksa, işlevsel yaklaşım başka bir açmazla karşılaşır. Ayrıca bu yaklaşıma yöneltilecek farklı temel eleştiriler de vardır. Karşılaştırılabilecek konuların sınırlılığı ve tarihi olaylar, gelenekler, etik değerler, siyasi ideolojiler, kültürel

⁹ Jaakko Husa, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?" (2003) 67 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 446.

farklılıklar veya dini inanışlarla belirlendiği için “karşılaştırma yapmaya elverişli olmadığı” düşünülen hukukun pek çok alanının karşılaştırma kapsamı dışında kaldığı yönündeki eleştirisi gibi. Pek çok işleve sahip tek bir kurum veya kuralın varlığı da bir başka soruna işaret eder.

Son zamanlarda öne sürülen bir düşünceye göre, “daha iyi sonuca odaklanan karşılaştırmacılık” olarak ifade edilen “post modern işlevsellik eleştirisi”, benzerlik sonuçları elde etmek ve “hukukun toplumdaki rolüne dair zorlu meselelerden” kaçınmak amacıyla öncelikli olarak işlevselliğin zımni ya da açık evrenselliğine, “aynılık hedeflerine” yöneliktir. Çerçeve-görelî kültürel anlayışla bağlantılı olduğu düşünülen bu gibi iddialar işlevsel yaklaşımın farklılıkları görmezden geldiği gerçeğine işaret eder. Bu anlayışa göre “yasal düşünce sistemi, dil ve yargılar birbirinden son derece farklı ve nihayetinde birbiriyle bağdaşmaz çerçeveler tarafından belirlenir”.¹⁰

Günümüzde karşılaştırmalı hukuk, rakibi “karşılaştırmalı hukuk çalışmaları” ile yüz yüze gelirken, sosyologlar ve antropologlar, karşılaştırmalı hukuku ekonomik, sosyal, kültürel ve dini bağlama dahil etme gayreti gösterirler. Karşılaştırmalı hukuk bağlama oturdukça, hukuk sosyolojisine daha çok yaklaşacak ve “karşılaştırmalı hukuk çalışmaları” adı daha uygun hale gelmiş olacaktır. Günümüzde karşılaştırmalı hukukun kuramsal temeli sorgulanmaktadır. Kullanılan yöntemler artmıştır. “İşlevsel denklik” ve “ortak esas” araştırmaları gibi köklü araçlar, tıpkı “daha iyi hukuk” ya da “en iyi hukuk” yaklaşımlarında olduğu gibi eleştirilmektedir.

Geçtiğimiz yüzyılın son dönemine kadar karşılaştırmalı hukuk, ehemmiyetini AB bütünleşme süreci ve hukukun uyumlulaştırılması projesindeki yeri ve rolüne borçludur. Buna karşın, bütün dünyayı “Roma ve Westminster”ın varisleri” arasında bölünmüş olarak gören karşılaştırmacıların en çok başvurduğu yaklaşım olan Avrupa-merkezcilik; tıpkı 20. yüzyılda karşılaştırmacıların ilgi odağı pozitivist, normatif özel hukuk araştırmalarında olduğu gibi, eleştiri oklarına hedef olmuştur. Her ne kadar birbirinden mutlak biçimde ayrıldığı gözlemlenmese de, günümüzde kimileri karşılaştırmayı kültür/bağlam odağında ele alırken, kimileri genellikle ana akım olarak ifade edilen işlevsel kural karşılaştırmalarına odaklanırlar.

Asya ve Afrika’da yerli bilim insanlarının yürüttüğü karşılaştırmalı hukuk öğretimi, çalışmaları ve araştırmaları ancak sömürge sonrası dönemde gelişmiştir. Bu dönemden evvel bu tür araştırmaları ve öğretimleri batılı karşılaştırmacılar üstlenmişlerdi. Genel itibarıyla bugün bile bu durum değişmemiştir.

B. Post-Modern Yollar

Günümüzde karşılaştırmalı hukuk yöntemlerine bir takım yeni yaklaşımların eklenmesiyle eski dostumuz karşılaştırmalı hukuk, yeni şeylerle karşılaşmıştır. Bunların

¹⁰ Bkz. Gunter Frankenberg, “Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law” (1985) 26 Harv Intern LJ 411-455.

bazıları bize, yeniden tanımlanarak daha modern terminolojilere bürünen eski şeyleri hatırlattığı için, çok da yeni görünmemektedir. Şimdi bu post-modern gelişmelerin birkaçını kısa ve öz bir şekilde inceleyeceğim: Derin karşılaştırmalı hukuk, eleştirel karşılaştırmalı araştırma, sosyo-hukuki metodoloji, küresel karşılaştırmalı hukuk ve son olarak sayısal analiz.

İlk olarak Van Hoecke tarafından 2004 yılında kullanılan bir kavram olan “derin karşılaştırmalı hukukun”¹¹ temelinde karşılaştırmalı hukukta kullanılan ana akım yöntemlerin farklılıklar ve benzerlikleri ancak sığ düzeyde anlamaya izin verdiği eleştirisi yatar. Bu yöntemle ulaşılmak istenen gaye daha eleştirel bir yaklaşım sağlayabilmektir.

Bunu başarmanın yollarından biri karşılaştırmalı hukuku, hukuk felsefesi ile bağlamak suretiyle teknik bir yaklaşımdan ziyade hukuki bir yaklaşım benimseyerek, pozitif hukukun altında yatan fikirleri incelemenin önemli olduğunu vurgulamaktır.¹² Bunun ötesinde karşılaştırmacı, “hukuk bilgilerinin iç yapısını”¹³ tespit etmelidir. Bu cihetle, bir kimse ister farklılıkları ister esasen benzerlikleri arıyor olsun, daha derine inmelidir. Ana çıkış noktası derinliktir.

Diğer bir eleştirel yaklaşım ise hukuku, kültürün içine gömülü kabul eder. 20. yüzyılın sonlarına doğru “kültür olarak hukuk” bakışı karşılaştırmacıları iki kampa ayırmasına rağmen karşılaştırmalı hukuk literatürünün önemli bir ögesi haline gelmiştir. “Kültür olarak hukuk”, hukuk ve kültürün genel itibarıyla ortak etkilerinin hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları şekillendirdiğini varsayar. Bu varsayım daha da ileri götürülerek, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının işe yararlığı dahi reddedilmiştir. Her halükarda, böyle bir araştırmayı yürütmek isteyen karşılaştırmacı, kanun koyucuyu ve kanun yorumlayıcısını şekillendiren sosyal çevre ve sosyal ortama dahil olmalıdır. Bu bağlamda, bazı bilim insanları hukuk, din ve gelenek arasındaki ilişkiye de işaret etmektedir. Ele alınan topluma bağlı olarak, kültürel ve antropolojik bir bakış açısı gerekli olabilir.

Hukuk bazılarınca, politik sol ve radikal feminizmin geliştirdiği bakış açısıyla “hikaye anlatıcılığı” olarak da kabul edilmektedir. Yine burada ilgili toplumlara “dahil olmak”¹⁴, yalnızca işlevsel yaklaşımın yetmeyeceği bir önkoşuldur. Örneğin Richard Hyland, karşılaştırmalı hukuk ile karşılaştırmalı literatür arasında bir

¹¹ Mark Van Hoecke, “Deep Level Comparative Law” in Mark Van Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004) s. 165-195.

¹² Catherine Valcke, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems” (2004) 52 *AJCL* 713-740; Catherine Valcke, “Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law” in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (editörler), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) s. 22-48.

¹³ Geoffrey Samuel, “Form, Structure and Content in Comparative Law” in Eleanor Cashin Ritaine ve diğerleri. (editörler). *Legal Engineering and Comparative Law* (Zurich: Schulthess, 2009) s. 22-50.

¹⁴ Vivian Grosswald Curran, “Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law” (1998) 46 *AJCL* 657-668.

paralellik çizerek bu yaklaşıma "yorumlayıcı yöntem" adını vermektedir.¹⁵ John Bell de "hukuk sisteminin içindekilerin o sisteme dair bakışını" ele alarak hukuk sistemlerini kendi terimleriyle anlamamız gerektiğini önerir ve "dahil olma" terimini kullanır.¹⁶

Öte yandan hukuku "yasal çoğulculuk" olarak kabul eden bir yaklaşım mevcuttur. Bu yaklaşımın temelinde; devletin yasa yapabilen tek aktör olmadığı ve sosyal düzenin genellikle çeşitli normatiflik kaynaklarına dayandığı varsayımı yatar. Bu bakış açısı kabul edildiği takdirde, araştırılan toplumlar üzerine derinlikli bilgi sahibi olmak daha fazla önem kazanacak, böylelikle ana akım karşılaştırmacıların işi daha göz korkutucu hale gelecektir.

Yukarıda bahsedilen konuların hepsi "derin karşılaştırmalı hukuka" çeşitli yaklaşımlar olarak kabul edilebilir. Bir sonraki gelişme "eleştirel karşılaştırmalı hukuk" olarak adlandırılabilir. Bu terminolojiyi kullanan karşılaştırmacılar, hukuku söylem olarak ele almakta ve bağdaşmaz hukuk sistemleri arasındaki farklılıklara eğilmektedir.¹⁷ Burada aynı zamanda genel itibarıyla siyasal tutumların karşılaştırmacı hukukçuların bakış açılarını belirlediğini ifade eden "siyaset olarak hukuk" yaklaşımından da bahsetmemiz gerekir.¹⁸

Siems'in de ifade ettiği gibi, "karşılaştırmalı hukuka yönelik bu post-modern yaklaşımlar değerli olmakla beraber onlar da birtakım eksiklikler bıraktığından, karşılaştırmalı hukuk yöntemleri üzerine nihai söz olarak kabul edilmemelidir...".¹⁹ Karşılaştırmalı hukuka yönelik, verilere dayalı sosyo-hukuki yaklaşımlar yaşanan bir sonraki önemli gelişmeye tekabül eder. Bu yaklaşımlar, hukukun şekli anlayışı (geleneksel karşılaştırmalı hukuk) yerine sosyo-hukuki anlayışı ele alır ve hukukla toplumun nedensel açıdan nasıl birbirine bağlı olduğunu inceleyerek "hukuk kültürü" terimini kullanır. Burada aynı zamanda, bir toplumun hem geçmişinin hem de bugününün bir ürünü olan hukukun, incelenen toplumu yansıttığını varsayan "ayna" bakış açısıyla karşılaşıyoruz.

Küreselleşen dünyada karşılaştırmalı hukuk mutlaka yeni bir anlam kazanmasa da eski ahabaplarla kurulan yeni temaslar ön plana çıkıyor. Örneğin, hukukun iktibasına yeniden ilgi gösterilmektedir. Değeri ateşli tartışmalara konu olsa da, uygulamada, gerek yargı organlarının gerekse de yasa koyucuların faaliyetleriyle hukuk iktibası

¹⁵ Richard Hyland, *Gifts: A Study in Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

¹⁶ John Bell, "Reflections on Continental European Supreme Courts" in Guy Canivet, Mads Andenas ve Duncan Fairgrieve (editörler), *Independence, Accountability and the Judiciary* (London: BIICL, 2006) s. 253-263.

¹⁷ Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer: Willink, 1999). Siems bu yaklaşımı yarıdan çok zarar getirici olarak kabul etmektedir, bkz. Mathias Siems, *Comparative Law* (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) s.114.

¹⁸ Duncan Kennedy, "Political Ideology and Comparative Law" in Mauro Bussani ve Ugo Mattei (editörler), *Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) s. 35-56.

¹⁹ Bkz. Siems, *Comparative Law* (n. 17) s.117.

çağımızda hız kazanmıştır. İktibasın, hukukun gelişimindeki rolü reddedilemeyeceği gibi, daima sabit kalacağı söylenebilir. Aynı zamanda, karma hukuk sistemlerine yönelik ilgi ve farkındalık ile yeni projelerde ortak araştırma çabaları son yirmi yılda çoğalmıştır.

Yakın dönemde “uluslararası hukuk” adı verilen, ulus devletlerin ötesine geçen yeni bir çalışma alanı doğmuştur. AB Hukuku, uluslararası hukuk, uluslararası örgütler hukuku ve bütün bu hukukların iç hukuka aktarılmasıyla ortaya çıkan sorunlar ve iç hukuk sistemlerinin bu kuralları uygulayış biçimi bir araya gelmiş ve böylelikle karşılaştırmalı hukukun kapsamı genişlemiştir. Bu gelişmeler hem özel alan hem de kamusal alanı kapsamaktadır.

Son olarak “sayısal karşılaştırmalı hukuk”a geldik. Bu akımda niceliksel yaklaşım bilimsel ilerlemenin merkezi olarak görülmektedir. Sosyal bilimciler bunu her daim son derece önemli adanmıştır. Karşılaştırmalı hukuk araştırmacıları ise bu alana oldukça geç girmişlerdir. Karşılaştırmacının öncelikli ilgi alanı “ampirik hukuki çalışmalar” olmaya devam etmekte ve istatistiksel yöntemlerin uygulanışı bulguların analizi ile sınırlanmış olarak görülmektedir. Burada ağırlıklı olarak sosyo-hukuki verilere yönelik niceliksel karşılaştırmalı araştırmalara rastlıyoruz. Örneğin, yabancı hukuki fikirlerin etkisini ölçmek adına mahkeme kararları arasındaki çapraz alıntılar analiz edilmiştir. Hukuk kurallarının ve kurumların niteliği de yine istatistiksel analizle ölçülmüştür. Bununla beraber, karşılaştırmalı hukuk ayrıca, ekonometrik analizi kullanarak hukuku bir açıklayıcı değişken olarak kabul eden sayısal karşılaştırmalı hukuk vasıtasıyla ekonomik düzeyde de analiz edilir. Sayısal karşılaştırmalı hukukta, anket düzenleme, ampirik verileri sayma ve hukuki kuralları kodlama gibi edimler bulunur.²⁰

Siems, karşılaştırmalı hukukun “bağlam” doğrultusunda ilerlediğini vurguladığı çalışmasının son bölümüne “Bakış Açısı” adını vermiştir. Karşılaştırmalı hukuku, en gelecek vadeden yol olarak diğer karşılaştırmalı disiplinlerdeki araştırmalarla birleştirmeyi savunmaktadır.²¹

C. İngilizce Karşılaştırmalı Hukuk Literatüründe “Yeni”

20. yüzyılın başında Gutteridge²² ve daha sonra Zweigert ve Kötz²³ ve David²⁴ karşılaştırmalı hukuk ders kitabı yazımında son sözü söyleyenler olarak kabul edilmiş olup; son iki ders kitabı sırasıyla Almanca ve Fransızca olarak yazılmış ve İngilizceye tercüme edilmiştir.

²⁰ *Ibid.*, s. 146-190.

²¹ *Ibid.*

²² Bkz. Gutteridge, *Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (n.1).

²³ Bkz. Zweigert ve Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n.1).

²⁴ Rene David, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (London: Stevens, John Brierley translation, 3. baskı, 1985).

Geçen yüzyılın son on yılında ve özellikle bu yüzyılın başlarında, alanımızda gerçekleşen gelişmeleri yansıtan ders kitaplarını öğrencilere vermek niyetiyle, kitap raflarının farklı türdeki karşılaştırmalı hukuk kitaplarıyla doldurulduğunu gördük: Werner Menski²⁵, Peter de Cruz²⁶, Esin Orucu²⁷, Andrew Harding ve Esin Orucu²⁸, Esin Orucu ve David Nelken²⁹, David Clark³⁰, Pier Giuseppe Monateri³¹, Mathias Siems³², Maurice Adam ve Jacco Bomhoff³³, Ugo Mattei, Teemu Ruskola ve Antonio Gidi³⁴, William Butler, Oleksiy Kresin ve IS Shemschuchenko³⁵, Mary Ann Glendon, Paolo Carozza ve Colin Picker³⁶, Pierre Legrand ve Roderick Munday³⁷ ve Oxford tarafından basılan bir el kitabı³⁸, Cambridge tarafından basılan bir el kitabı³⁹ ve Elgar Publishers tarafından basılan bir ansiklopedi⁴⁰ ile en sonuncusu Jaakko Husa⁴¹'dir. American Journal of Comparative Law ve International and Comparative Law Quarterly gibi iyi bilinen dergilerin yanı sıra, bir takım e-dergilere ilaveten, Güney Afrika, Ukrayna ve Çin'de çıkarılan karşılaştırmalı hukuk dergileri gibi Journal of Comparative Law ve daha da yakın zamanda Journal of International and Comparative Law gibi dergilerin yayın hayatına başladığını görüyoruz.

IV. SONUÇ

Karşılaştırmalı hukukun geleceği sağlam olmasına karşın, özel hukuk dışındaki alanlara, Batı dünyası dışında (daha evvel sözde bölgesel ya da alan çalışmalarınca ele alınan) yer alan bölgelere odaklanarak ve “ötekini” anlamının kendimizi anlamının olmazsa olmaz şartı olduğu küreselleşen çağımıza uygun multidisipliner bir yaklaşımı benimseyerek imajını yenileme sürecindedir.

²⁵ Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2. baskı, 2006).

²⁶ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World* (London: Routledge-Cavendish, 3. baskı, 2007).

²⁷ Esin Orucu, *Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).

²⁸ Andrew Harding ve Esin Orucu (editörler), *Comparative Law in the 21st Century* (London: Kluwer Law International, 2002).

²⁹ Esin Orucu ve David Nelken (editörler), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford: Hart Publishing, 2007).

³⁰ David Clark (ed), *Comparative Law and Society* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³¹ Pier Giuseppe Monateri (ed), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³² Bkz. Siems, *Comparative Law* (n.17).

³³ Bkz. Adam ve Bomhoff, *Practice and Theory in Comparative Law* (n.12).

³⁴ Ugo Mattei, Teemu Ruskola ve Antonio Gidi (editörler), *Schlesinger's Comparative Law: Cases – Texts – Materials* (Foundation Press, yedinci baskı, 2009).

³⁵ William Butler, Oleksiy Kresin ve IS Shemschuchenko (editörler.), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).

³⁶ Mary Ann Glendon, Paolo Carozza ve Colin Picker (editörler), *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (St Paul: 3. baskı, 2008).

³⁷ Pierre Legrand ve Roderick Munday (editörler), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press, 2003).

³⁸ Mathias Reimann ve Reinhard Zimmermann (editörler), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

³⁹ Bkz. Bussani ve Mattei, *Cambridge Companion to Comparative Law* (n.18).

⁴⁰ Jan Smits (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, ikinci baskı, 2012, 2014 paperback).

⁴¹ Jaakko Husa, *A New Introduction to Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2015).

Siems "bütünleşmiş yaklaşımların anlamlı bir karşılaştırmalı manzara sunma olasılığı en yüksek yaklaşımlar olduğunu" ileri sürmektedir.⁴² Niceliksel ve niteliksel yaklaşımları birleştirmek de faydalı olacaktır. Zira böylelikle diğer sosyal bilimlerin yöntemleri daha fazla benimsenecektir.⁴³

Bu noktada yine de, eski ya da yeni, hangi yaklaşım kullanılıyor olursa olsun; ister farklı hukuk sistemleri arasındaki benzerlikleri, ister benzer hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları açıklamak için sorulmuş olsun, her zaman "neden?" sorusuyla karşılaşacağımızı hatırlamamız gerekir. Tanımlama aşamasını takiben, mutlaka açıklayıcı aşamanın gelmesi gerekir. Açıklayıcı aşamaya kültür, ekonomi, ideoloji ve din gibi faktörler ve bu faktörlere ilişkin bulgulara dair başka cevaplar bulunamıyorsa tarihsel rastlantılar dahil edilir.

Bir karşılaştırmalı hukuk araştırmacısı, "benzer" ve "farklı", "olağan" ve "olağandışı" kıyaslamalarını içerebilmek adına kapsamını istediği kadar geniş tutabilmelidir. "Her şeyin karşılaştırılabilir olduğu" yönündeki temel varsayımdan yola çıkarak çalışmalıdır. Herhangi bir şeyin diğer bir şeyle karşılaştırılabilir olduğu gerçeği, yine de karşılaştırmalı hukukçuları, kesin bir sonuca varılamadığı halde, "karşılaştırılabilirlik" ve "metodoloji" kavramlarını tartışmaktan alıkoymamıştır. "Karşılaştırılan şeylerin karşılaştırılabilir olması gerektiği" yönündeki iddianın "gibi" ve "benzer" kelimelelerinin ekseninde döndüğü söylenmektedir. Karşılaştırmalı hukukun meşhur deyişine göre "similia similibus" yani: "benzer, benzer olanla karşılaştırılmalıdır". İşte o zaman şu soruyu sormalıyız: Hukukta "benzer" olandan kasıt nedir? "Benzer" in gerçekten ne anlama geldiği tespit edilse dahi, ilgili hususların "karşılaştırılabilir" olmak için ne kadar "benzer" olması gerektiğini bilmek isteriz. Dahası, "yalnızca karşılaştırılabilir olanlar anlamlı bir şekilde karşılaştırılabilir" şeklindeki laf kalabalığı ve "makul bir şekilde karşılaştırılabilir", "yeterli düzeyde karşılaştırılabilir" veya "verimli bir biçimde karşılaştırılabilir" gibi kavramlarla kastedilen nedir? Tüm bunların altında yatan ise en önemli soru haline gelmiş gözükten "hukuk nedir?" sorusudur.

İyimser bir notla bağlamak isterim. Açıkça görülüyor ki, karşılaştırmalı hukukçular ağırlıklı olarak hukuk alanında yetiştirildiklerinden, diğer karşılaştırmalı disiplinler ve onların metotlarına karşı genel bir bilgisizlik mevcuttur. Bununla birlikte bütünüyle disiplinler arası olmak yalnızca zor olmakla kalmaz, aynı zaman da her zaman gerekli de değildir. Aslında araştırmalar farklı düzeylerde olacaktır. İşte bu, karşılaştırmacılar olarak sahip olduğumuz özgürlüğü yansıtır. Her halükarda, yardımın yanı başınızda olduğunu daima hatırlayın. Sosyologlar, antropologlar ve psikologlar ihtiyacımız olduğu zaman oradalar.

⁴² Bkz. Siems, *Comparative Law* (n.17) s.186.

⁴³ *Ibid.*, s.187.

KAYNAKÇA

- Adam and Bomhoff, **Practice and Theory in Comparative Law** (n. 12).
- Andrew Harding and Esin Orucu (eds), **Comparative Law in the 21st Century** (London: Kluwer Law International, 2002).
- Annelise Riles (ed), **Rethinking the Masters of Comparative Law** (Oxford, 2001).
- Catherine Valcke, "Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems" (2004) 52 **AJCL** 713-740.
- Catherine Valcke, "Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law" in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), **Practice and Theory in Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 22-48.
- David Clark (ed), **Comparative Law and Society** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Duncan Kennedy, "Political Ideology and Comparative Law" in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Cambridge Companion to Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 35-56.
- Esin Orucu "Comparative Law" in Stanley N. Katz (editor-in-chief) **The Oxford International Encyclopedia of Legal History** (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) pp. 97-100.
- Esin Orucu, **Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century** (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).
- Esin Orucu and David Nelken (eds), **Comparative Law: A Handbook** (Oxford: Hart Publishing, 2007).
- Geoffrey Samuel, "Form, Structure and Content in Comparative Law" in Eleanor Cashin Ritaine *et al.* (eds), **Legal Engineering and Comparative Law** (Zurich: Schulthess, 2009) pp. 22-50.
- Gunter Frankenberg, "Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law" (1985) 26 **Harv Intern LJ** 411-455.
- Harold C. Gutteridge, **Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research** (Cambridge 2nd ed. 1949, London 1974 reprint) Ch. II, pp. 11-22.
- Jaakko Husa, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?" (2003) 67 **Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht** 446.
- Jaakko Husa, **A New Introduction to Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2015).
- Jan Smits (ed), **Elgar Encyclopedia of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2012, 2014 paperback).
- John Bell, "Reflections on Continental European Supreme Courts" in Guy Canivet, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds), **Independence, Accountability and the Judiciary** (London: BIICL, 2006) pp. 253-263.
- Konrad Zweigert and Hein Kötz, "The History of Comparative Law", **An Introduction to Comparative Law** (Oxford: T. Weir translation, 3rd ed., 1998) Ch. 4, pp. 48-62.
- M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 **The Cambridge Law Journal** 94-110.
- Mark Van Hoecke, "Deep Level Comparative Law" in Mark Van Hoecke (ed), **Epistemology and Methodology of Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2004) pp. 165-195.
- Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker (eds), **Comparative Legal Traditions in a Nutshell** (St Paul: 3rd ed., 2008).
- Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), **The Oxford Handbook of Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2006).

- Mathias Siems, **Comparative Law** (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) p. 114.
- Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Making European Law: Essays on the Common Core Project** (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).
- Michael Bogdan, **Comparative Law** (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) p.58.
- Nicola Lupo and Lucia Scaffardi (eds), **Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments** (Eleven International Publishing, 2014).
- Peter de Cruz, **Comparative Law in a Changing World**, (London: Routledge-Cavendish, 3rd ed., 2007).
- Pier Guiseppi Monateri (ed), **Methods of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Pierre Legrand, **Fragments on Law-as-Culture** (Deventer: Willink, 1999).
- Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions** (Cambridge University Press, 2003).
- Rene David, **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law** (London: Stevens, John Brierley translation, 3rd ed., 1985).
- Richard Hyland, **Gifts: A Study in Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Rudolf Schlesinger (ed), **Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems**, (Dobbs Ferry: Oceania Publications, 1968).
- Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi (eds), **Schlesinger's Comparative law: Cases – Texts - Materials** (Foundation Press, 7th ed., 2009).
- Vivian Grosswald Curran, “*Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*” (1998) 46 *AJCL* 657-668.
- Walter Hug, “The History of Comparative Law”, (1931-32) 45 *Harv L Rev* 1027-1070.
- Werner Menski, **Comparative Law in a Global Context** (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2006).
- William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko (eds), **Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies** (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).



Something Old, Something New in Comparative Law*

Esin Örucü¹ 

Abstract

After considering the historical development of comparative law, this paper will discuss what classical comparative law provided for an understanding: the old. It will then look into multi-disciplinary approaches that have crossed the horizon of modern day comparative law looking at dynamic systems, orders, normativities, hybridities and contexts: the new. In this context, the paper will consider the extension of methodology in these postmodern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical analysis. Considering also implicit comparative law, the question will be: where do we go from here?

Keywords

Historical Development of Comparative Law • Functional Equivalence • Context • Legal Culture • Deep-Level Comparison • Critical Comparative Research • Socio-Legal Methodology • Numerical Comparative Law

* This article was published in (2015) 2: 2 JICL, 323-326. Professor Emerita of Comparative Law and Senior Honorary Research Fellow, University of Glasgow; Emeritus Professor of Comparative Law, Erasmus University, Rotterdam. This article was delivered as the Keynote lecture in Limerick on the occasion of the Annual Conference of the Irish Society of Comparative Law: Comparative law from Antiquity to Modernity on 5 June 2015.

¹ **Correspondence to:** Esin Örucü (Professor), Glasgow University, Faculty of Law, Glasgow-Scotland, E-mail: esin.orucu@glasgow.ac.uk
ORCID: 0000-0002-1425-2407

I. INTRODUCTION

This paper will first review the historical development of comparative law, then discuss the blunt tools for understanding which, until recently, classical comparative law provided - the old. It will move to look into multi-disciplinary approaches that have crossed the horizon of modern day comparative law in order to deal with the new task of looking at dynamic systems, orders, normative positions, hybrid models and wider contexts - the new. Here the paper will consider the extension of methodology in these postmodern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical comparative law analysis. Considering also implicit comparative law, the question will be: where do we go from here and how is the new comparatist to be trained for this job?

II. SOMETHING OLD IN COMPARATIVE LAW

An overview of its history¹

1. The Old

The history of comparative law runs parallel with the history of ideas. Though at that time the methodology used was not scientific, the earliest comparative law work is found in Greece. In the ancient world, the laws of Solon and the XII Tables of the Romans were based on comparative inquiry. Plato compared the legal structures of the Greek city-states in the *Laws*. In his *Politics*, Aristotle carried out research into 153 city-state constitutions. Theophrastus, building on Aristotle's work, attempted to determine the general principles of private law in a number of Greek legal systems.

There is no recognisable comparative legal research in the Roman Empire, apart from the first known work that compares two systems of law, *Lex Dei (Collatio legum Mosaicarum et Romanarum)* in the fourth century AD. This work deals with criminal law, marriage and succession.

In the Middle Ages, in England Fortescue compared English and French political, legal and judicial institutions, though rather subjectively. In Continental Europe some comparative observation of secular laws and canon law were undertaken by canonists, legists and theologians, but the development of customs of local courts was not elaborated on by scholars.

¹ For this historical discussion also see, Esin Orucu "Comparative Law" in Stanley N. Katz (editor-in-chief) *The Oxford International Encyclopedia of Legal History* (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) pp. 97-100. Also see, Harold C. Gutteridge, *Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (Cambridge 2nd ed. 1949, London 1974 reprint) Ch. II, pp. 11-22; Walter Hug, "The History of Comparative Law", (1931-32) 45 Harv L. Rev 1027-1070. An introduction that concludes around the middle of the nineteenth century; Annelise Riles (ed), *Rethinking the Masters of Comparative Law* (Oxford, 2001), an edited collection of essays analysing the works and contribution of Montesquieu, Weber, Kantorowitz, Wigmore, Hozumi, Sanhuri, Rabel, David, Schlesinger and Sacco. Also see, Konrad Zweigert and Hein Kötz, "The History of Comparative Law", *An Introduction to Comparative Law* (Oxford: T. Weir translation, 3rd ed., 1998) Ch. 4, pp. 48-62.

In the Age of Humanism, more serious attempts at comparative legal analysis were made when Struve and Stryck, compared German law with Roman law, while Bacon and Leibniz advanced the cause of comparative law: Bacon in particular advocated freeing oneself from the bonds of one's own legal system. Natural law thinkers such as Grotius, Pufendorf, Montesquieu and Hugo used comparative law to produce empirical support for teaching natural law.

In fact, Montesquieu is regarded by some as the first name in the development of comparative legal research. His work *De l'Esprit des Lois* (1748) treats law as a social phenomenon and regards diversities of law as being caused by diversities of natural, historical, ethnic, political and other factors related to the law's social setting. His ideas reappeared in the early nineteenth century in the works of Hugo, Savigny and Eichhorn and other writers of the German historical school. Sir Henry Maine saw the chief function of comparative jurisprudence to be facilitating legislation and the practical improvement of law, and he used Montesquieu's ideas when he wrote in 1861 his *Ancient Laws* comparing village communities in the East and West.

When we reach the seventeenth century, we see Selden, who is also regarded by some as the first important comparatist. He wrote *Dissertatio ad Fletam*, discussing the influence of Roman law on the Common Law. In 1681, in Scotland Stair published his *Institutions of the Law of Scotland, collated with the Civil, Canon and Feudal laws and with the Customs of Neighbouring Nations*.

From the eighteenth century onwards, especially in the nineteenth century which is regarded as the beginning of the modern age for comparative law, two distinct strands developed: legislative comparative law and scholarly, scientific or theoretical comparative law.

Legislative comparative law has a long history. Intensive comparative studies were carried out preceding the preparatory stages of the Danish-Norwegian, Swedish, Prussian, Austrian, French, German, Swiss and the Dutch civil codes and almost all the most important legislation in Europe. This strand remains important today as comparative law is still used in legislative reform and harmonisation² and, in addition, plays an important role as an interpretive tool in judicial decision-making.

Scholarly comparative law was the second strand. Comparative law, regarded as a means of enhancing legal knowledge, has a chequered history. It was philosophers and historians who were first interested in scholarly comparative law. Even in our day sociologists, anthropologists and political scientists are more interested in comparative law than legal scholars, who are mostly involved in national black letter law. The historical school of jurisprudence and the conceptual jurisprudence

² See, contributions in Nicola Lupo and Lucia Scaffardi (eds), *Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments* (Eleven International Publishing, 2014).

of the Pandectists did not attribute a recognised place to comparative law and saw its purpose as confined to helping legislators. Because empiricism was not favoured, a priori dogmatic science of law became prominent. Comparative law was seen as an esoteric game. Prejudices towards positivism and national legal cultures obstructed its further recognition.

Scholarly concern about the diversity of laws is just over one hundred years old and until the beginning of the twentieth century the creation of a universal legal science based on comparative law research was not attempted. Even then many legal scholars did not regard comparative law as an indispensable tool of research for gaining knowledge of law.

2. The New

The modern age starts with the period 1800-1850. Comparative law was then used for gathering information related to foreign law under the title of "comparative legislation". The hallmark of this period is the French Civil Code of 1804. The first German Comparative Law Journal appeared in 1829 and the French in 1834 (*Revue étrangère de législation*). Foelix in France and Mittelmaier in Germany were the forces behind these movements. In Germany, Gans wrote the "Development of Law of Succession in World History". Burge published the "Commentaries on Colonial and Foreign Laws" in England, and in 1854 Levi published "Commercial Laws of the World". In the USA the first civil law course was offered in the Harvard Law School and the works of Story and Kent must be noted.

The next period, 1850-1900, was characterised by the bringing together of legal systems rather than the gathering of information on foreign law. A number of Comparative Law Societies were formed: In 1869 the French *Société de législation comparée* with its periodical (now the *Revue internationale de droit comparé*), in 1894 the German *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* and in 1898 the English Society of Comparative Legislation with its journal (now the *International and Comparative Law Quarterly*). The considerations were practical and the foundation of these Societies can be regarded as the start of the modern era for comparative law.

Translation and discussion of foreign codes were the principal fields of activity. Universal legal history and ethnological jurisprudence developed. Maine was appointed to the Chair of Historical and Comparative Jurisprudence in Oxford in 1889. Saleilles, who held the Chair of Comparative Law in Paris, translated the German Civil Code (BGB) into French. In Austria, Unger looked at marriage in world history, and in Germany the works of von Stein, Goldschmidt and Kohler should be noted.

The term "comparative law" was established and gained significance in the period starting with 1900 when the inspiring ideal became international legal unification. The 1900 International Congress of Comparative Law of the *Société française de legislation comparée* held in Paris is regarded today as the formal birth of comparative law proper. It was there that the definition, aims and methods of comparative law were discussed. However, only jurists of continental Europe participated in this Congress except for Sir Frederick Pollock representing the Common Law tradition.

Rabel established the Institute of Comparative Law at the University of Munich in 1917, which later became the Max Planck Institute for Foreign and International Private Law. In France Saleilles, Lambert, who wrote the *"Fonction de droit comparé"*, and Levy-Ullmann saw comparative law as the creator of *droit commun de l'humanité civilis  e* for the twentieth century. An *Institut de droit comparé* was founded in 1920 by Lambert in Lyon and in 1932 by Levy-Ullmann in Paris. In 1913 in Switzerland Sausser-Hall wrote on "the function and method of comparative law". Rabel and Lambert advocated a thorough investigation of the Common law. In the UK the study of comparative law was pioneered by Gutteridge, who saw it as a technique for practical purposes: improving legal relations with other countries, law reform, better appreciation of foreign law by domestic courts and legal education. Roscoe Pound emerged in the USA. The International Academy of Comparative Law was set up in 1924 in The Hague and still organises four-yearly International Congresses to stimulate and conduct research, writing and intellectual exchange in all fields of law with a significant comparative law dimension.

This is the period when systematic comparative law research developed its current meaning. There was both practical interest for the purposes of legislation, unification and international transactions, and theoretical interest: a desire to discover systematic knowledge about law as a social phenomenon.

The period from the end of the Second World War until 1990 was one of world-mindedness with increasing awareness of the interaction of legal systems, and the appearance of new supranational organisations such as the European Community, making the work of comparatists indispensable. The concept that legal education should be broadened in order to equip future lawyers with understanding of other legal systems gained momentum. Scepticism regarding the value of comparative law among practitioners and judges was disarmed. The impact on comparative law of the Soviet revolution of 1917, its aftermath in Eastern and Central Europe and the two World Wars was immense, as many   migr   scholars contributed to its flourishing in the UK, the USA and elsewhere.

The *Association Internationale des Science Juridiques* affiliated to UNESCO, the International Faculty for the Teaching of Comparative Law with its seat in

Strasbourg and the International University of Comparative Sciences in Luxemburg were established. The Encyclopaedia of Comparative Law was published under the supervision of the *Association Internationale des Science Juridiques*, and is regularly updated. The Inter-American Academy of International and Comparative Law was set up in the USA. It was the study of foreign laws rather than the international unification of law that was regarded as the best means of ensuring world peace. Search for distinctive features was undertaken with the help of the historical method and a relativistic perspective. Normative studies flourished, mostly in private law and commercial law.

After 1990, with the fall of the socialist systems in Europe and the change of balance both within Europe and between the so-called West, and Asia and Africa, the place, role and methodology of comparative law began to change yet again.

B. Classical mainstream comparative law of the twentieth century

Classical and mainstream comparative law, remaining rooted in positivism, legalism and assumptions about legal centralism and monism, both in law and culture, relied heavily on functional equivalence, regarded as the triumphant creation of Zweigert and Kötz, until the last decades of the twentieth century.³ The underlying idea of this approach is that social problems are shared wherever the legal system is and of whatever colour, because we are all humans and have similar problems; legal rules are there to solve these problems; and although various legal systems may provide different institutions and rules to do the job, these can be regarded as functionally equivalent since they solve the same problem, though in different ways. Thus, the comparative lawyer needs to compare these solutions, whether to be found in law or elsewhere.

The question the functional-institutional approach seeks to answer is: "Which institution in system B performs an equivalent function to the one under survey in system A?" From the answer to this question the concept of "functional equivalence" emerges. If an institution called "divorce" is under survey in system A for example, the comparative lawyer would be looking for an institution performing an equivalent function in system B, that is, an institution that frees an individual from the bonds of a marital relationship within which she or he does not want to stay. In this way, the comparative lawyer seeks out institutions having the same role, that is, having "functional comparability", or solving the same problem. What is undertaken here is also the "functional juxtaposition" of comparable solutions. Functional inquiry corresponds to the utilitarian approach to comparative law.

³ See Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n 1).

The problem-solving approach is the other side of the coin. This approach seeks to answer the question: "How is a specific social or legal problem encountered both in society A and society B, resolved?" that is, "Which legal or other institutions have developed to cope with this problem?" For instance, how is the problem of looking after a wife, who would otherwise be destitute after the termination of marriage, resolved in society A and B? This problem may be tackled in various ways: by alimony, by state social security or within the traditional family of the indigent spouse. This approach springing from the same belief as the "functionalist" approach, also regards similar problems to have similar solutions across legal systems, though reached by different routes. It is said that, "the fact that the problem is one and the same warrants the comparability".⁴

According to the functionalist-institutionalist approach the above questions, once answered, are translated into functional questions.

The issue can be put yet another way: the approach should be factual. The factual approach tells us that similarity of factual needs - the problem - met by different legal systems, makes those legal systems comparable. It is said that to be meaningfully comparable institutions should be solving the same factual problem.⁵ For instance, in our day, the Trento Project, which seeks to broaden the scope of the Cornell Project⁶ beyond contract law, has put the emphasis on contract, property and tort with a number of sub-topics, such as commercial trusts, mistake and fraud in contract law, security rights in moveable property, pure economic loss, enforceability of promises, good faith, and strict liability in tort law. This Project relies on the factual approach, that is, fact-based in-depth research methodology, presenting a number of cases, fifteen to thirty, to national reporters and asking for solutions offered by their legal systems.⁷

Another version of this approach is the universalist approach to human needs. This approach expresses the belief that social problems are universal; that laws respond to these needs in various ways; but that the end results are comparable. Here, comparability benefits from the findings of similarity as it can then develop further on "*praesumptio similitudinis*", the starting point being a "concrete problem" and the focus being on the same facts. If facts are not the same there is no comparability. In the "universalist approach", the similarity of solutions is paramount. If this were not so there would be no place for comparisons. This is why until recently certain areas such as family law, where moral and religious values are prominent, have been neglected.

⁴ M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 The Cambridge Law Journal 94-110.

⁵ See Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n. 1).

⁶ Rudolf Schlesinger (ed), *Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems*, (Dobbs Ferry: Oceania Publications, 1968).

⁷ See Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), *Making European Law: Essays on the Common Core Project* (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).

At this point, we may ask a few wider questions. Could a comparative lawyer for example, compare a divorce case with an eviction case if the intention is to find out how courts deal with cases in general and develop an understanding of how long cases take in court or how decisions are written? Could one not compare, for instance, an English statute on taxation, town and country planning or matrimonial causes with three pieces of German legislation on entirely different topics, if one were trying to establish how such documents are prepared and how long or detailed they are, in order to develop an understanding of such a source of law? Such examples could be infinite.⁸

When institutional facts encountered in one legal system have no comparable counterpart in the other legal system, the functional approach may not be satisfactory. Would this mean therefore that comparisons must be carried out between legal systems of some similarity? If the countries under comparison have social orders that are entirely different to one another, then legal rules that regulate situations specific to only one of the societies must be separated from the legal rules that regulate shared situations. According to this approach, those in the first category are not comparable, whereas those in the second are. If we were to accept this, then it can be claimed that comparative lawyers can only work in systems that are in some way related. This unfortunately allocates to the comparative law researcher a rather limited role in a rather limited arena.

If by "law" is meant a body of rules only and comparison at the micro-level is directed at these rules, then the usefulness of the functional approach cannot be denied, since a body of rules is created for the purpose of solving human problems most of which are shared.⁹ In the context of the European Union (EU), where comparative law is a driving force with a decisive role in the harmonisation process, the "functional comparative analysis method" shifts the focus from the "vertical" to the "horizontal" and provides the potential for convergence of both the legal systems and the legal methods of the member states. This process leads to gradual and eventual legal integration, and therefore to build on similarities may be not only decisive, but desirable.

III. RECENT ENCOUNTERS WITH AN OLD FRIEND AND ITS INCREASING PROMINENCE IN A GLOBAL CONTEXT

A. Moving on from the functionalist approach

This functionalist approach, though harshly criticised by many contemporary comparatists, could not be discarded in its entirety and is still of use. Notwithstanding

⁸ See also, Michael Bogdan, *Comparative Law* (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) p.58.

⁹ Jaakko Husa, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?" (2003) 67 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 446.

the fact that we know that the "functionalist method", in any of its forms, is not the sole approach available to comparative law research, it has recently gained a special place in common core studies in Europe. Most of these European projects are in a number of fields of private law and range from the Lando Commission on European Contract law that prepared the principles of European Contract Law; UNIDROIT which worked on a very similar project, the Principles for International Commercial Contracts; Von Bar Study Group on the European Civil Code; Gandolfi's Code of Contract Law; Trento Common Core of European Private Law; Spier and Koziol group dealing with causation among other things; the *acquis communautaire* Group, the SECOLA, to the Commission on European Family Law.

The twenty-first century is regarded as the time when comparative law will reach maturity. However, this is also when it is being challenged and regarded in a number of different lights.

Where the comparison is between systems set in different contexts, it must extend beyond functionally equivalent rules: other approaches are required. For instance, it has been accepted that the functional-institutional approach does not solve the issue of comparability as between a Western legal system and a religious system or a developing legal system. Moreover, if there is a problem in one legal system with no counterpart in another, the functional approach faces another dilemma. There are yet other fundamental criticisms of this approach: the limitation of subject areas that can be compared and the fact that many areas of law are beyond the scope of comparison since they are regarded as "not lending themselves to comparison", being determined by specific histories, mores, ethical values, political ideologies, cultural differences or religious beliefs. Another problem arises where there is one institution or rule with many functions.

It has been suggested recently that "the post-modern critique of functionalism, coined as 'better-solution-comparativism' is primarily directed against the implied or outspoken universalism of functionalism, its 'agenda of sameness'", in order to yield results of similarity and avoid "challenging questions about the role of law in society". These claims which are seen to be related to cultural "framework-relativist" thinking, "according to which legal thought, language and judgements are determined by greatly differing and ultimately irreconcilable frameworks", point to the fact that the functional approach underestimates differences.¹⁰

Comparative law today confronts its rival, "comparative legal studies", and sociologists and anthropologists are pushing it to get involved in context: economic, social, cultural and religious. The more it becomes involved with context, the closer it moves towards sociology of law and the name "comparative legal studies" becomes more appropriate.

¹⁰ See Gunter Frankenberg, "Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law" (1985) 26 Harv Intern LJ 411-455.

The theoretical basis of comparative law is being questioned. The methods used have multiplied. Its well-established tools, such as “functional equivalence” and “common core” research are criticised, as are “better law” or “best law” approaches.

Although since the latter part of the last century comparative law has owed its prominence to its place and role in the EU integration process and legal harmonisation projects, Eurocentricism, which has been the dominant approach of comparatists, who on the whole saw the world divided between the “heirs of Rome and Westminster”, is being challenged from a number of quarters, as are positivistic, normative private law inquiries - the field of interest of most twentieth century comparatists. Though not necessarily an either/or, there are now those who regard comparison as culturally/contextually oriented and those who are involved in functionalist rule-comparisons, often called the mainstream.

Comparative law teaching, study and research by domestic scholars in Asia and Africa only flourished in the post-colonial period. Earlier it was Western comparatists who undertook such research and teaching. On the whole, this is the case even today.

B. Post-modern paths

A number of new approaches have been added to the methodologies of comparative law in our day and our old friend comparative law has encountered things new. Some do not look too new, however, since they remind us of things past redefined and put into more modern terminology. I will have a brief look now into some of these post-modern developments: deep-level comparative research, critical comparative research, socio-legal methodology, global comparative law and finally numerical analysis.

“Deep-level comparative law”, a concept first used by Van Hoecke in 2004,¹¹ was born out of the criticism that mainstream methods of comparative law provide only a shallow understanding of differences and similarities. The aim was to employ a more “critical” approach.

One way of achieving this is by linking comparative law with legal philosophy and taking a more jurisprudential approach rather than a technical one, stressing that what is important is looking at the ideas underlying the positive law.¹² Further, the comparatist should identify the “internal structure of legal knowledge”.¹³ Thus,

¹¹ Mark Van Hoecke, “Deep Level Comparative Law” in Mark Van Hoecke (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004) pp. 165-195.

¹² Catherine Valcke, “Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems” (2004) 52 *AJCL* 713-740; Catherine Valcke, “Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law” in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), *Practice and Theory in Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 22-48.

¹³ Geoffrey Samuel, “Form, Structure and Content in Comparative Law” in Eleanor Cashin Ritaine *et al.* (eds), *Legal Engineering and Comparative Law* (Zurich: Schulthess, 2009) pp. 22-50.

whether one is looking for differences or indeed similarities, one should “go deeper”. Depth is the crucial point of departure.

Another “critical” approach is to regard law as embedded in culture. Towards the end of the twentieth century, the view of law-as-culture became a prominent feature of comparative law literature - even dividing the community of comparatists into two camps. Law-as-culture assumes that the mutual influence of law and culture, understood broadly, shapes differences between legal systems. The extreme position even negates the usefulness of comparative law research. In any case, in order to carry out this kind of research, the comparatist must be embedded into the “milieu and social setting” that shapes the lawmaker and the interpreter of the law. In this context, some scholars also refer to the connection between law and religion, and tradition. Depending on the society one is dealing with, a cultural and anthropological perspective might be required.

Law is also regarded by some as “story telling”, a view developed by the political left and radical feminism. Again here “immersion”¹⁴ into the societies concerned is a prerequisite – a merely functional approach will not do. Richard Hyland for example, calls this approach “the interpretive method”, drawing a parallel between comparative law and comparative literature.¹⁵ John Bell also uses the term “immersion”, suggesting that we should understand legal systems on their own terms, taking “the insider’s view on legal systems”.¹⁶

Then there is the approach that regards law as legal pluralism. Here the underlying assumption is that the state is not the only actor that can make law, and the social order is typically based on a variety of sources of normativity. If this view is pursued, the mainstream comparatist’s job becomes rather daunting as deeper knowledge of the societies under survey becomes more significant.

All the above can be regarded as various approaches to “deep-level comparative law”. The next development can be called “critical comparative law”. Comparatists who use this terminology are looking at law as discourse and are interested in the differences between legal systems as being irreconcilable.¹⁷ Here, we should also mention the “law-as-politics” approach, indicating mainly that political attitudes determine the views of comparative lawyers.¹⁸

¹⁴ Vivian Grosswald Curran, “Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law” (1998) 46 AJCL 657-668.

¹⁵ Richard Hyland, *Gifts: A Study in Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2009).

¹⁶ John Bell, “Reflections on Continental European Supreme Courts” in Guy Canivet, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds), *Independence, Accountability and the Judiciary* (London: BIICL, 2006) pp. 253-263.

¹⁷ Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-Culture* (Deventer: Willink, 1999). Siems sees this approach doing more harm than good, see Mathias Siems, *Comparative Law* (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) p. 114.

¹⁸ Duncan Kennedy, “Political Ideology and Comparative Law” in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), *Cambridge Companion to Comparative Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 35-56.

As pointed out by Siems, these “postmodern approaches to comparative law are valuable, but they should not be the final word on the methods of comparative law, because they too leave a number of shortcomings...”¹⁹ Socio-legal approaches to comparative law, which rooted in data, are the next important development. These approaches replace the formal understanding of “law” (traditional comparative law) with a socio-legal one and use the term “legal culture”, looking at how law and society are linked in a causal way. Here we also come across the “mirror” view, which assumes that law reflects the society in question, as law is a product of a society’s past as well as its present.

Comparative law in a globalised world does not necessarily acquire a new meaning, but new interest in old acquaintances comes to the fore. For instance, there is renewed interest in legal transplants. Although their value is hotly debated, in practice, legal transplants, whether through the activities of the judiciary or the legislature, have gathered pace in our century. Their place in legal development cannot be refuted and seems permanently established. Also, an awareness of and interest in mixed legal systems and the collaborative research efforts with new projects, has multiplied in the last two decades.

Recently, also a new field of study is born, that of so-called “transnational law”, which transcends nation states. EU law, international law and the law of international organisations, combined with the issues raised by the transposition of laws created therein into domestic law and the manner in which domestic legal systems implement these rules have widened the scope of comparative law. These developments cover both the private and the public sphere.

Finally we come to “numerical comparative law”. In this trend, quantitative approaches are seen as central to scientific progress. Social scientists have always regarded this as vital. Comparative law researchers entered this field rather late. The comparatist’s primary continues to be in “empirical legal studies” and the application of statistical methods seems to limited to an analysis of their findings. Here we see predominantly, quantitative comparative research into socio-legal data. For instance, to measure the impact of foreign legal ideas, cross-citations between courts are analysed. The quality of legal rules and institutions are also measured by statistical analysis. In addition, we have economic analysis of comparative law that employs numerical comparative law, which regards law as an explanatory variable, using econometric analysis. Numerical comparative law involves conducting surveys, counting empirical facts and coding legal rules.²⁰

¹⁹ See Siems, *Comparative Law* (n. 17) p. 117.

²⁰ *Ibid.*, pp. 146-190.

Siems calls the final chapter of his work "Outlook", where he is stressing the fact that comparative law has progressed along the lines of "context". He advocates linking comparative law with research in other comparative disciplines as the most promising way forward.²¹

C. The New in Comparative Law Literature in English

In the early twentieth century, Gutteridge²² and later Zweigert and Kötz,²³ and David²⁴ were regarded as the final word in comparative law textbook writing, the last two textbooks written in German and French respectively and translated into English.

In the last decade of the last century and especially the beginning of this one, we suddenly see a crowding of the bookshelves with comparative law of a different kind, intended to give students textbooks that reflect the developments occurring in our field: Werner Menski,²⁵ Peter de Cruz,²⁶ Esin Orucu,²⁷ Andrew Harding and Esin Orucu,²⁸ Esin Orucu and David Nelken,²⁹ David Clark,³⁰ Pier Guiseppi Monateri,³¹ Mathias Siems,³² Maurice Adam and Jacco Bomhoff,³³ Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi,³⁴ William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko,³⁵ Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker,³⁶ Pierre Legrand and Roderick Munday³⁷ and most recent, Jakko Husa,³⁸ together with a Handbook by Oxford³⁹, a

²¹ *Ibid.*

²² See Gutteridge, *Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research* (n 1).

²³ See Zweigert and Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (n 1).

²⁴ Rene David, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law* (London: Stevens, John Brierley translation, 3rd ed., 1985).

²⁵ Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2006).

²⁶ Peter de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, (London: Routledge-Cavendish, 3rd ed., 2007).

²⁷ Esin Orucu, *Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).

²⁸ Andrew Harding and Esin Orucu (eds), *Comparative Law in the 21st Century* (London: Kluwer Law International, 2002).

²⁹ Esin Orucu and David Nelken (eds), *Comparative Law: A Handbook* (Oxford: Hart Publishing, 2007).

³⁰ David Clark (ed), *Comparative Law and Society* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³¹ Pier Guiseppi Monateri (ed), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).

³² See Siems, *Comparative Law* (n 17).

³³ See Adam and Bomhoff, *Practice and Theory in Comparative Law* (n. 12).

³⁴ Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi (eds), *Schlesinger's Comparative Law: Cases – Texts - Materials* (Foundation Press, 7th ed., 2009).

³⁵ William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko (eds), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies* (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).

³⁶ Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker (eds), *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (St Paul: 3rd ed., 2008).

³⁷ Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (Cambridge University Press, 2003).

³⁸ Jaakko Husa, *A New Introduction to Comparative Law* (Oxford: Hart Publishing, 2015).

³⁹ Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006).

Companion by Cambridge⁴⁰ and an Encyclopedia by Elgar Publishers.⁴¹ Alongside the well known journals such as the *American Journal of Comparative Law* and the *International and Comparative Law Quarterly*, we now see new Journals coming to life such as the *Journal of Comparative Law*, and more recently the *Journal of International and Comparative Law*, as well as comparative law journals from South Africa, Ukraine and China, in addition to a number of e-journals.

IV. CONCLUSION

Though the future of comparative law is firmly established, it is in the process of renewing its image by being involved in areas other than private law, in regions other than the Western world (previously covered by so-called regional or area studies) and in embracing a multi-disciplinary approach that befits our globalising age where understanding the “other” has become the sine qua non of understanding ourselves.

Siems suggests that “integrated approaches are most likely to provide a meaningful comparative picture”.⁴² “It can also be useful to combine quantitative and qualitative approaches, thus more fully embracing the methods of other social sciences”.⁴³

Here we must remember however, that whichever approach one has been using, the old or the new, one always ends up with the question of “why?” whether this question is asked to explain similarities between different legal systems or differences between similar legal systems. Following the descriptive stage must come the explanatory stage, which has always involved factors such as culture, economy, ideology and religion, including historical accidents if no other answer can be found relating one’s findings to the above factors.

A comparative law researcher should be able to cast her nets as wide as she may wish, to include the comparison of the “similar” and the “different”, the “ordinary” and the “extra-ordinary”. The basic assumption that she should work from is that “everything is comparable”. Yet, the fact that any one thing can be compared with any other thing has not prevented comparative lawyers from discussing, though inconclusively, the concepts of “comparability” and “methodology”. It is said that the claim that “things to be compared must be comparable”, revolves around the words “like” and “similar”. The two well-established maxim of comparative law is *similia similibus*: “like must be compared with like”. We must then ask the question: what is “like” in law? Even if what “like” actually means can be determined, we still want to find out how “like” do things have to be to be “comparable”? Further, what is meant by the tautology “only comparables can be meaningfully compared” and by

⁴⁰ See Bussani and Mattei, *Cambridge Companion to Comparative Law* (n 18).

⁴¹ Jan Smits (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2012, 2014 paperback).

⁴² See Siems, *Comparative Law* (n. 17) p. 186.

⁴³ *Ibid.*, p. 187.

concepts such as “reasonably comparable”, “sufficiently comparable” or “fruitfully comparable”? Lying underneath all this is what seems to have become the most important question: what is “law”?

Let me conclude on an optimistic note. Obviously, since comparative lawyers are mainly trained in law, there is a general lack of familiarity with other comparative disciplines and their methods. However, to become fully interdisciplinary is not only difficult, but may not always be necessary. There will in fact remain different levels of research. This is the freedom that we enjoy as comparatists. In any case, always remember that help is at hand. Sociologists, anthropologists and psychologists are all out there, if and when we need them!

BIBLIOGRAPHY

- Adam and Bomhoff, **Practice and Theory in Comparative Law** (n. 12).
- Andrew Harding and Esin Orucu (eds), **Comparative Law in the 21st Century** (London: Kluwer Law International, 2002).
- Annelise Riles (ed), **Rethinking the Masters of Comparative Law** (Oxford, 2001).
- Catherine Valcke, “*Comparative Law as Comparative Jurisprudence – The Comparability of Legal Systems*” (2004) 52 **AJCL** 713-740.
- Catherine Valcke, “*Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law*” in Maurice Adams and Jacco Bomhoff (eds), **Practice and Theory in Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 22-48.
- David Clark (ed), **Comparative Law and Society** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Duncan Kennedy, “*Political Ideology and Comparative Law*” in Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Cambridge Companion to Comparative Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 2012) pp. 35-56.
- Esin Orucu “*Comparative Law*” in Stanley N. Katz (editor-in-chief) **The Oxford International Encyclopedia of Legal History** (New York: Oxford University Press, Vol 2, 2009) pp. 97-100.
- Esin Orucu, **Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the 21st Century** (Leiden: Martinus Nijhoff, 2004).
- Esin Orucu and David Nelken (eds), **Comparative Law: A Handbook** (Oxford: Hart Publishing, 2007).
- Geoffrey Samuel, “*Form, Structure and Content in Comparative Law*” in Eleanor Cashin Ritaine *et al.* (eds), **Legal Engineering and Comparative Law** (Zurich: Schulthess, 2009) pp. 22-50.
- Gunter Frankenberg, “*Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law*” (1985) 26 **Harv Intern LJ** 411-455.
- Harold C. Gutteridge, **Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research** (Cambridge 2nd ed. 1949, London 1974 reprint) Ch. II, pp. 11-22.
- Jaakko Husa, “*Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?*” (2003) 67 **Labels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht** 446.
- Jaakko Husa, **A New Introduction to Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2015).
- Jan Smits (ed), **Elgar Encyclopedia of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2nd ed., 2012, 2014 paperback).

- John Bell, "Reflections on Continental European Supreme Courts" in Guy Canivet, Mads Andenas and Duncan Fairgrieve (eds), **Independence, Accountability and the Judiciary** (London: BIICL, 2006) pp. 253-263.
- Konrad Zweigert and Hein Kötz, "The History of Comparative Law", **An Introduction to Comparative Law** (Oxford: T. Weir translation, 3rd ed., 1998) Ch. 4, pp. 48-62.
- M Schmitthoff, "The Science of Comparative Law" (1939) 7 **The Cambridge Law Journal** 94-110.
- Mark Van Hoecke, "Deep Level Comparative Law" in Mark Van Hoecke (ed), **Epistemology and Methodology of Comparative Law** (Oxford: Hart Publishing, 2004) pp. 165-195.
- Mary Ann Glendon, Paolo Carozza and Colin Picker (eds), **Comparative Legal Traditions in a Nutshell** (St Paul: 3rd ed., 2008).
- Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), **The Oxford Handbook of Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2006).
- Mathias Siems, **Comparative Law** (Law in Context Series) (Cambridge: Cambridge University Press, 2014) p. 114.
- Mauro Bussani and Ugo Mattei (eds), **Making European Law: Essays on the Common Core Project** (Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2000).
- Michael Bogdan, **Comparative Law** (Göteborg: Kluwer Tano, 1994) p.58.
- Nicola Lupo and Lucia Scaffardi (eds), **Comparative Law in Legislative Drafting: The Increasing Importance of Dialogue amongst Parliaments** (Eleven International Publishing, 2014).
- Peter de Cruz, **Comparative Law in a Changing World**, (London: Routledge-Cavendish, 3rd ed., 2007).
- Pier Guiseppi Monateri (ed), **Methods of Comparative Law** (Cheltenham: Edward Elgar, 2012).
- Pierre Legrand, **Fragments on Law-as-Culture** (Deventer: Willink, 1999).
- Pierre Legrand and Roderick Munday (eds), **Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions** (Cambridge University Press, 2003).
- Rene David, **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law** (London: Stevens, John Brierley translation, 3rd ed., 1985).
- Richard Hyland, **Gifts: A Study in Comparative Law** (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Rudolf Schlesinger (ed), **Formation of Contract: A Study of the Common Core of Legal Systems**, (Dobbs Ferry: Oceania Publications, 1968).
- Ugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi (eds), **Schlesinger's Comparative law: Cases – Texts - Materials** (Foundation Press, 7th ed., 2009).
- Vivian Grosswald Curran, "Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law" (1998) 46 **AJCL** 657-668.
- Walter Hug, "The History of Comparative Law", (1931-32) 45 **Harv L Rev** 1027-1070.
- Werner Menski, **Comparative Law in a Global Context** (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd ed., 2006).
- William Butler, Oleksiy Kresin and IS Shemshuchenko (eds), **Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies** (Wildy, Simmonds and Hill Publishing, 2011).



Birden Üç: Medeni Hukuk Sistemini Yayma Üçten Bire: Bir Medeni Hukuk Sistemi Oluşturma*

One Into Three: Spreading The Word Three Into One: Creating A Civil Law System

Esin Örucü¹

Çev: Seyit Rasim Doru²

Öz

1. Giriş 2. Kanun Çevirileriyle İlgili Genel Zorluklar 3. Üçten Bire: Türk Deneyimi 4. Birden Üç: Louisiana Medeni Kanunu 5. Toparlama

Anahtar Kelimeler

Çok Dilli Hukuk Çevirileri • Kanun Çevirileri • Görünebilirliğin Arttırılması • Tarafsız Hukuk Dili • İç Hukuka Aktarma • Literal Çeviri

Abstract

1. Introduction 2. General Concerns Related to Code Translations 3. Three Into One: The Turkish Case 4. One Into Three: The Louisiana Code 5. Rounding Up

Keywords

Multilingual Legal Translations • Code Translations • Enhancing Visibility • Neutral Legal Language • Transposition • Literal Translation

* Bu makale 2015'te Louisiana Devlet Üniversitesi'nde 38. John H. Tucker yıllık tebliği olarak verilmiştir. Journal of Civil Law Studies Vol.8 No. 2, 2015'te yayınlanmıştır. (8 J.Civ.L.Stud. (2015)).

Bu tebliğin bir bölümü, farklı bir versiyonda olsa da 6 J.Civ.L.Stud (2013) 445-473, *A Legal System Based on Translation: The Turkish Experience*'te bulunabilir. Ayrıca bkz. <http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss2/2>.

Professor Emerita of Comparative Law and Honorary Senior Research Fellow University of Glasgow and Professor Emerita of Comparative Law Erasmus University, Rotterdam, Dr.h.c. (Uppsala) esin.orucu@glasgow.ac.uk

Çeviri yayın için izin alınmıştır. Çeviri hakem incelemesinden geçirilmiştir.

¹ **Sorumlu Yazar:** Esin Örucü (Profesör), Glasgow Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Glasgow-İskoçya, E-posta: esin.orucu@glasgow.ac.uk ORCID: 0000-0002-1425-2407

² Seyit Rasim Doru (Araştırma Görevlisi), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye, E-posta: srdoru@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0002-2183-5125

Atf: Orucu E, "Birden Üç: Medeni Hukuk Sistemini Yayma Üçten Bire: Bir Medeni Hukuk Sistemi Oluşturma" (Çev. Doru SR) (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 113. <https://doi.org/10.26650/ihid.2019.18.1.0006>

1. GİRİŞ

“Aslı çok, görünüşte tek...”

Shakespeare, 8. Sone.

Paul Hebert Hukuk Merkezi'nin zarif ortamında 38. Tucker tebliğini vermek için davet edilmiş olmak benim için büyük bir onur ve ayrıcalık. Ayrıca fazlasıyla mutluluk verici. Tebliğin, Aziz Patrik Günü ve daha da önemlisi, misafirperverliğinden yararlandığım sevgili arkadaşım Profesör Olivier Moreteau tarafından yönetilen Medeni Hukuk Çalışmaları Merkezi'nin 50. Yıldönümüyle aynı güne denk gelmesiyle bu mutluluğum artmıştır. Dolayısıyla benim medeni hukuk sisteminin yayılması ve bir medeni hukuk sisteminin oluşturulması üzerine yapacağım konuşmayı uygun bulacağınızı ümit ediyorum.

İzin verirseniz, ilk olarak bu tebliğin başlığını açıklığa kavuşturayım. Başlığın ilk kısmı bu konuşmamda daha sonra da ele alacağım Louisiana deneyimini ifade etmektedir. Ben bunu “birden üçe” diye adlandırıyorum, çünkü, şu an tek dilde olan Louisiana Medeni Kanunu, Fransızca ve İspanyolca'ya çevrilmektedir ve ben bunu “medeni hukuku yayma” diye tanımlıyorum. 2014'teki Louisiana Medeni Kanunu Çeviri Projesi Konferansı'nda bu gelişme, “görünebilirliğin artırılması” şeklinde adlandırıldı. Fakat, Louisiana bu konuda yalnız değildir. Bu artış türünün çok bilinen bir örneği, her ne kadar farklı bir amaçla da olsa, tek dilde olan Hollanda Medeni Kanunu'nun çeviri ile üç dilli (Felemenkçe (Hollandaca), Fransızca ve İngilizce) bir kanuna dönüştürülmüş olmasıdır ve bu, diğer bir “Birden Üçe”dir¹. Ayrıca, Louisiana örneğiyle karşılaştırılabilecek, fakat bu sefer “İkiden Üçe” olarak nitelendirdiğim, iki dilli Quebec Kanunu'nun (aslen Fransızca ve İngilizce dilinde) İspanyolca'ya çevrilmesi, böylece üç dilli diğer bir Kanun oluşturulması örneği de bulunmaktadır². Bunun dışında, yakın zamanda olmasa da, “Birden İkiye” olan Fisher'ın Filipin Medeni Kanunu'nun İspanyolca'dan İngilizce'ye çevirisi de bulunmaktadır³. Başka örnekler de akla gelebilir.

Başlığın ikinci kısmı Türk deneyimini ifade etmektedir. Louisiana deneyimini değerlendirmeden önce, “Üçten Bire” deneyimi gibi görünen, zaten üç dilli olan İsviçre Medeni Kanunu'nun (Fransızca, Almanca ve İtalyanca) Türkçe'ye tercüme edilmesini ele alacağım. Ben bunu, “bir medeni hukuk sistemi oluşturmak” olarak tanımlıyorum. Eğer, İsviçre Medeni Kanunu'nun üç çevirisi de Türk çevirmenler tarafından incelenseydi –öyle olması gerekirdi- bu, gerçekten “Üçten Bire” olabilirdi. Ne yazık ki,

¹ Bunun için bkz. Ejan Mackaay, *La traduction du nouveau Code civil néerlandais en anglais et en français*, in JEAN-CLAUDE GEMAR, & NICHOLAS KASIRER (eds) JURILINGUISTIQUE: ENTRE LANGUES ET DROITS - JURILINGUISTICS: BETWEEN LAW AND LANGUAGE (2005), 537.

² Bkz. Jimena Andina Dorato, *A jurilinguistic Study of the trilingual Civil Code of Quebec* 4 JOURNAL OF CIVIL LAW STUDIES, 591-630 (2011).

³ Bunun için bkz. Franklin R Capistrano, *Mistakes and Inaccuracies in Fisher's Translation of the Spanish Civil Code*, 9 PHILIPPINE L. J. 89-141 (1929).

Türk çevirmenler, İsviçre Medeni Kanunu'nun sadece Fransızca çevirisinden yararlanmışlardır. Hatta, eğer İsviçrelielerin kendileri de Medeni Kanunlarının Türkçe'ye çevrilmesinde yer almış olsalardı, o zaman bu tebliğin başlığı "Birden Üçe – Üçten Dörde" olurdu. Aslında, İsviçreli; İngilizce, dördüncü resmi dil olarak kabul edilme de, kendi Kanunlarının resmi İngilizce çevirisini ürettiler (Üçten Dörde– Dört dilli Kanun). Onun kullanımı da esas olarak ticaret hukuku ve uluslararası tahkim davaları içindir.

Çok dilli kanun yapımında çevirinin bu çok önemli rolü, Avrupa Birliği uyumlaştırma örneği de dikkate alınarak, tek dilli değil çok dilli bir hukuk dili geliştirilirken karşılaşılan problemlere karşı da bizi uyarmaktadır, uyarmalıdır. Her ne kadar bu meseleleri bu tebliğde ele almayacak olsam da, söz konusu durum⁴, daha fazla ders alınması bakımından dikkat edilmesi gereken bir noktadır. Bununla birlikte, bir karşılaştırmacı olarak benim için, karşılaştırmalı hukuk ile bağlantı, yukarıdaki tüm çalışmalarda çok daha belirgin hale gelmektedir.

Ayrıca, burada yapmayacağım bir şey; "Eğer hukuk, dille ve dil aracılığıyla yaşıyorsa, diğer bir dile tercüme edildiğinde ona ne olur?" gibi daha derin ve tartışmalı sorulara bakmak olacaktır⁵. Bir dilin yapısı; düşünce biçimini ve içeriğini etkiliyorsa ve hatta belirliyorsa, acaba bu, "sadece belli bir dilin belirli düşünceleri ifade edebilmesi ve bu düşüncelerin kültürden kültüre farklılık göstermesi" şeklinde algılamayabilir mi? Bunun dışında, hukuk dilbilimcileri tarafından üzerinde çalışılması gereken; "Hukuk veya hukuk sistemi ile kanunlarının dili arasındaki bağ ne kadar kuvvetlidir?" ve "'Tarafsız bir hukuk dili' mümkün hatta gerekli midir?" gibi sorular da bulunmaktadır⁶. Bu soruların tartışmasını başkalarına; bu tür meseleleri çözmek için bana nazaran daha iyi bir konumda olan dilbilimciler, sosyologlar ve antropologlara bırakıyorum.

Şimdi; bu tebliğe kısaca; dil, kültür, yeni kelimeler bulma, iç hukuka aktarma, eşdeğerlik (karşılık) ve yanlış çeviriler gibi kanun çevirileriyle ilgili bazı genel zorluklara göz atarak başlamak istiyorum.

2. KANUN ÇEVİRİLERİYLE İLGİLİ GENEL ZORLUKLAR

Diller arası çeviriler, iki dili ele alır: kaynak dil ve hedef dil (hukuk dilinin kendi yapısına has bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmesine rağmen). Yine de, kültüre has kurumlar, prosedürler veya resmi kurumlar hesaba katıldığında, açıkçası problem çıkması beklenir. Hiçbir dil, diğer bir dille tamamen aynı toplumsal gerçekliği ifade ettiğini düşündürecek şekilde yeterince benzer olmadığından; çevrilemez olan dil,

⁴ C. J. W. BAAIJ (ed) THE ROLE OF LEGAL TRANSLATION IN LEGAL HARMONIZATION (2012).

⁵ BERNHARD GROSSFELD, THE STRENGTH AND WEAKNESS OF COMPARATIVE LAW (çev. Tony Weir, 1990) sf. 101.

⁶ Dorato, yukarıda dipnot 2'de, sf. 618.

bu gibi durumlarda uyarlanabilir ya da açıklanabilir. Sosyo-kültürel ve hukuk kültürü bakımından benzerlikleri tanımlayan hukuk sistemlerinde, “yeterli benzerlik”in neticesi olarak “hukuki kayıt” dilde yerleştirilmiş olabilir⁷. Çevirinin imkansızlığı meselesi söz konusu olduğu zaman, çevirmen kişinin açıklamaları belki gerekli olabilir. Fakat, çoğunlukla kelimesi kelimesine (birebir) ve bazen de yeni kelime türetme (neolojizm) şeklindeki çeviri örneklerinin olduğu Kanun çevirileri alanında, bu metot, pek düşünülemez. Kanun çevirileri özellikle zordur, tehlikelerle doludur ve özel problemler oluştururlar ve belki orijinal metne başvurmak, doğru sonuçlar elde etmek için gerekli olabilir. Quebec Medeni Kanunu’nun İspanyolca’ya çevirisinden farklı olarak, örneğin Türk çevirmenler, çevirideki tartışmalı tercihleri göstermek için bir kama işareti ile veya dildeki gariplikleri, uygunsuz olan yerleri yıldız ile dipnot göstererek⁸, dipnotta izahat verme yoluna gitmemişlerdir. Aslında Türkçe örneğinde, Quebec Kanunu’nun İspanyolca’ya çevrilmesindeki gibi, çevirmenin notları da bulunmamaktadır fakat Türk Medeni Kanunu’nda her maddeyi takiben bilim insanlarının ya da hakimlerin eğer isterlerse orijinal metne de bakmalarını sağlamak amacıyla İsviçre Medeni Kanunu’nda ona denk gelen madde numarası bulunmaktadır.

“Dar anlamda çeviri mümkün olmadığı zaman, kültüre özgü terimlerin ele alınmasının alternatif bir yolu”⁹, tercüme değil uyarlama ya da o dilden sözcük ödünç almaktır. Aşağıda değineceğim gibi; İngilizce, Fransızca ve İspanyolca gibi Avrupa dilleri arasındaki zorlukların, Avrupa dilleri ile Türkçe gibi Avrupa dışı diller arasındaki zorluklardan daha az belirgin olduğu söylenebilir. Bu da ortak kültürel paydaları varlığı yahut yokluğuyla ilgili bir durumdur¹⁰.

Kelimenin, kültürel etkinin önemli bir aracı olduğu doğrudur ve belirli bir toplumun dili, kendi kültürünün bütünleyici bir parçasıdır fakat kültürlerin dillerle aynı olması, kesişmesi şart değildir. Her bir dilden alınan sözlüksel farklılıklar, toplumun kültürel açıdan önemli kurum ve faaliyetlerini gösterdiğinden, hukuk çevirilerinde genel olarak bakılan şey, işlevsel karşılıktır (eşdeğerliktir). Ayrıca kültürel örtüşmenin de fazla olduğu söylenebilir. Belki farklı dillerdeki kelimeler arasında bir eş anlamlılık olmayabilirse de kelimenin uygulanması bakımından daha çok ya

⁷ Avrupa kıtası üzerinde Fransızca, Almanca ya da başka herhangi bir yerde hukukçular tarafından kullanılmış teknik kavramları Türkçe’ye tercüme etmek, aşağıda değerlendireceğim şekilde, birçok durumda neredeyse imkansız bir iş haline gelmiş durumda. Belki de en iyi yaklaşım, her ne kadar bir kanun çevirisinin bağlamı içerisinde bu uygun olmayabilirse de Martin Weston tarafından tavsiye edildiği gibi orijinal kelimeyi tutarak, ona bir açıklama getirmek olabilir. Bkz. MARTIN WESTON, TECHNICAL AND PRACTICAL APPROACHES TO TRANSLATION, in AN ENGLISH READER’S GUIDE TO THE FRENCH LEGAL SYSTEM (Berg: Oxford, 1991), 9-42.

⁸ Bkz. Dorato, *yukarıda* dipnot 2, sf. 595.

⁹ Weston *yukarıda* dipnot 7 sf. 30.

¹⁰ Fransızca ve İngilizce arasında görüntüde benzer fakat farklı çağrışımlara sahip kelimeler problemi için bkz. Vivian Grosswald Curran, *Comparative Law and Language* in MATHIAS REIMANN AND REINHARD ZIMMERMANN (eds) THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW (2006) 675-707 sf. 678 ve UGO MATTEI, TLEMN RUSKOLA, & ANTONIO GIDI, SCHLESINGER’S COMPARATIVE LAW: CASES-TEXTS-MATERIALS, (7. bs, 2009) sf. 154-162. Aynı problem Hollandaca ve Almanca, hatta Avusturyaca ve Almanca arasında da mevcuttur.

da daha az bir eşdeğerlik derecesi bulunabilir. Genel varsayım, “tam bir eşdeğerliğin elde edilemeyeceği ve geçerliliğe de bu eşdeğerliği etkileyen faktörlerin kontrol edilmesi yoluyla ulaşılabileceği”dir. Martin Weston – eskiden Strazburg’daki Avrupa Konseyi Sekreterliği’nde çevirmen ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yazı İşleri Müdürlüğü’nde kıdemli çevirmen- kültüre bağlı kaynak dille karşılaşan çevirmenlere açık olmak üzere beş muhtemel seçeneği tavsiye etmektedir: en yakın eşdeğer kavramı gösteren bir hedef dil ifadesinin kullanılması (işlevsel eşdeğerlik); kelimesi kelimesine çeviri, gerekiyorsa kelimelerin söz diziminin ve işlevinin ayarlamalarını yapmak; yabancı ifadeleri ödünç almak, kavramın hedef dildeki okuyucuya aşına olmaması durumunda hedef dil açıklaması eklemek; birebir çeviri formunda yeni bir kelime türetilmesi, kelimenin dilde yerleştirilmesi veya tamamen formel olmayan bir çevirinin kullanılması; ya da son olarak, daha önceden dile girmiş mevcut bir ifadenin kullanılması¹¹.

Yeni kelimelerin türetilmesi, herhangi bir hukuki çeviri faaliyetine ikincil çözüm ve son çaredir. Zorunlu olduğunda yapılmalıdır. Weston’ın dediği gibi; “eğer kaynak dildeki ifade yukarıda ifade edilen yöntemlerden birisiyle yeterli ve doğru bir şekilde tercüme edilebiliyorsa yeni bir kelime veya ifade türetmek çevirmenin işi değildir.”¹². Eski kelimeleri, yeni bileşik sözcükler ya da ifade tarzları oluşturmak için birleştirmek mümkündür. Ayrıca unutmamak gerekir ki türetilen tüm yeni kelimelerin, normal hedef dilin gramatik, biçimsel ve ses bilimsel gerekliliklerine ve uygunluğuna dair şartları yerine getirmesi gerekir. İhtiyaç duyulan şey, doğallığın yanı sıra ekonomik ve kısa/öz olmasıdır.

“*Loanwords*”, yani orijinal dilinden fark edilebilen, başka dillerden ödünç alınmış kelimeler, bu kelime alış sisteminde kültürel dönüşümün belirtileri gibi de kabul edilebileceğinden çok arzu edilmez. Kaynak terimlerin korunması, ancak diller bir-biriyle ilişkili veya akraba olduklarında bir seçenek olabilir. Fakat Rene de Groot’un da altını çizdiği üzere “iki dil arasında etimolojik benzerliğin çok az olduğu veya hiç olmadığı durumlarda, kaynak dilden hedef dile çevrilmemiş bir terimin kullanılmasından özellikle kaçınılmalıdır.”¹³.

De Groot, çalışmasında “*mortgage*”i örnek vererek, İspanyolca kelime olan “*hipoteca*”nın İngilizce’ye “*mortgage*”tan ziyade “*hypotec*” olarak çevrilmesini izah etmektedir. Şu soruyu sormaktadır: “Bu terim, bir açıklama içermediği takdirde, hedef metnin İngiliz okuyucusuna çok tuhaf görünmez mi?”¹⁴. Tabii ki, *hypotec* kelimesi İskoç ve Louisiana kullanıcıları bakımından çok uygun!

¹¹ Weston, *yukarıda* dipnot 7, sf. 19-21 ve 31.

¹² Aynı eser sf. 28.

¹³ Gerard-Rene de Groot, *Legal Translation*, in JAN SMITS (ed) *ELGAR ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW*, (2. bs. 2012) 538-554, sf. 541.

¹⁴ Adı geçen eser, sf. 544.

Okuma, kavramsal içerikle ilgilidir, ve genelde bir kelimeyi herhangi bir bağlamın içine dahil etmeden ona bir anlam vermek imkansızdır. Kelimesi kelimesine çeviri, ki bu “*literal çeviri*”dir (şekli sözlük karşılığı), bu bakımdan eleştirilebilir. Eğer kaynak dilde, dar anlamda çeviriye karşılık gelen ifadeler mevcut ise o zaman literal çevirinin bir anlamı bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, uyarlamak ya da açıklamalar yapmak (not düşmek) tavsiye edilebilir. Kaynak dildeki terimler italik olarak veya tırnak içinde verilir ve takiben parantez içinde hedef dildeki açıklaması verilir. Bu genelde işe yarayabilecek bir yöntem olmasına rağmen, bir kanunda, parantez içine literal çevirisi eklenerek, bir orijinal terimin açıklanması mümkün olamaz. Gerçi, Jamima Andino Dorato, “çevirinin imkansız olduğu yerde apaçık bir şekilde bir not, açıklama gereklidir” düşüncesini öne sürmektedir ve nitekim Quebec Medeni Kanunu’nun İspanyolca çevirisinde de çevirmenin 78 adet notu bulunmaktadır¹⁵.

Cümleler, kelimelerin diziliş çeşitliliği bakımından sınırsız sayıda olduğu¹⁶; ve dil, içerikle ilişkili olup kanun çevirisi bağlamında kullanılan belge, “her zaman akıcı bir kanun olmak”¹⁷ şeklinde kabul edildiği için; ve kelimelere “genel kanı” ifadesini yansıtan “doğal ve olağan anlamları” verilmekte olduğundan “insanların resmi belgelerde dil hataları yaptıklarını kolaylıkla kabul etmek” zor görünmektedir¹⁸. Ama bu da, Türkçe çeviri örneklerinde görüldüğü üzere, her zaman doğru olmayabilir.

Roma Hukuku terimleri de yeni kelime türetme gibi çekici olabilir, çünkü hukukçuların Latince hakkında bilgi sahibi olduğu varsayılabilir. *Lis alibi pendens, forum non conveniens, ejusdem generis, negotiorum gestio, status de manerio, sine die, sic utere tuo ut alienum non laedas* gibi Latince tabirler Latince olarak tutulabilir. Bununla birlikte hedef kitlenin her zaman hukukçular olması beklenmez, bu yüzden dikkatli olunmalıdır.

Belirsizlik konusuna gelince ise, şüphe ve tereddüde ilişkin iki anlamı belirtelim: aleni belirsizlik; belgenin görünüşünden bellidir; gizli belirsizlik ise ancak onu çevreleyen koşullar bilindiği zaman anlaşılır. Belirsizliği gidermek için de ikincil, dış delillere mahkemenin anlam belirlemesi için izin verilebilir. Çevirisi yapılan kanunlar veya diğer mevzuattaki anlam belirsizlikleri; çeviri, yorum ve biçim kurallarına uyararak ve daha da önemlisi orijinal metne başvurmak suretiyle çözülür.

Son olarak, dilbilimsel karşılaştırılabilirlik için eksik olmasına rağmen basit bir teknik olan geri çeviri (*back translation-çevrilmiş metni tekrar orijinal diline çevirme*), çok dilli metinlerin yazılmasına yardımcı olabilir. Bu, yine de sorun çözmekten

¹⁵ Bkz. Dorato *yukarıda* dipnot 2, 613.

¹⁶ Johan Steyn, *Interpretation: Legal Texts and their Landscape*, in BASIL S. MARKESINIS (ed) THE CLIFFORD CHANCE MILLENNIUM LECTURES; THE COMING TOGETHER OF THE COMMON LAW AND THE CIVIL LAW, 79-90 sf. 81 (2000); Esin Örucü, *Interpretation of Multilingual Texts in the UK*, vol 10.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (Aralık 2006), <<http://www.ejcl.org/103/art103-9.pdf>>..

¹⁷ *Aynı eser* sf. 90.

¹⁸ *Aynı yer*.

ziyade, bir “problemlerin belirlenmesi” işlevi görür. İki ya da daha fazla metnin karşılaştırılması, uyumsuzluk ve zorlukların kaynağını gösterebilir. Bununla birlikte, kaynak dildeki bir öge, hedef dilde birkaç çeviriyi meydana getirebilir ve yeniden çeviri birden fazla kaynak dil çevirisi oluşturabilir.

3. ÜÇTEN BİRE: TÜRK DENEYİMİ

Şimdi, yukarıdaki bazı meseleleri, Türkiye deneyimi ile -toplu ve küresel modernleşme, batılılaşma, laikleşme, demokratikleşme ve anayasacılık süreciyle beraber açıklamaya geçmek istiyorum. Size, yeni bir medeni hukuk sistemi ve dolayısıyla yeni bir halk kimliği oluşturması bakımından Türkiye tecrübesini anlatacağım¹⁹.

Türkiye Cumhuriyeti, Osmanlı İmparatorluğu’nun çöküşünden sonra 1923 yılında kurulmuştur. Osmanlı devleti, zaten 1839’dan itibaren, hukuk sistemini İslam Hukuku ve Fransız Hukuku’nun oluşturduğu karma bir hukuk sistemine sahipti. Bir tür hukuksal çoğulculuktan oluşan çeşitli toplulukların inançlarına dayalı olarak özel kanunlar uygulanmıştır. Bununla birlikte Cumhuriyet’in toptan modernleşme, batılılaşma ve laikleşme vizyonu, hem şekil hem de içerik olarak; sadece, büyük kıta ülkelerinin hukuk sistemlerini ithal etmeye dayalı reform çabalarına yol açtı. Fransız İdare Hukuku, zaten Osmanlı İmparatorluğu döneminde uygulamaya koyulmuştu. Ödünç alınan kanunlar; İsviçre’den 1926 tarihli Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, Almanya’dan 1926 tarihli Ticaret Kanunu, İtalya’dan 1926 tarihli Ceza Kanunu, İsviçre’den 1927 tarihli Medeni Usul Kanunu (Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu) ve Almanya’dan 1929 tarihli Ceza Usul Kanunu (Ceza Muhakemesi Kanunu)’dur. Böylece, 1926 ile 1930 arasında, beş yıllık bir süre içerisinde bir Kara Avrupası Hukuk sistemi (medeni hukuk sistemi) oluşturulmuş oldu. Bu, hukuki sistemin, yapay bir biçimde; yani isteyerek veya mecburen yapılan alımlar, taklit düzenlemeler, aktarımlar ve düzeltmeler yoluyla inşa edildiği anlamına geliyordu. Sonuç olarak; doğrudan Kara Avrupası modellerinden alınan ve onlardan çevirisi yapılmış olan, önemli ölçüde kopyalanmış bulunan, yapay ve derleme bir hukuk sistemi doğmuş oldu²⁰. Bu gibi büyük ölçekli bir alım, karma hukuk sistemini Kara Avrupası sistemine dönüştürdü ve böylece Türkiye’de medeni hukuku ilerletmiş oldu. Bununla birlikte, hukuk, kendisinden sosyo-kültürel ve hukuk kültürü açısından farklı olan toplumlarından ve hukuklarından alınıyordu.

Bazen, ödünç alınan sistemin seçimi; o modelin algılanan prestiji, bazen de verimliliği nedeniyle olmaktadır. Bazen şans yahut tarihi bir tesadüf de rol oynayabilmektedir. Birtakım farklı modellerin seçilmiş olması gerçeği göz önünde

¹⁹ Bu kimliğin doğuşu, aynı zamanda; resmi nikahı getiren ve laik eğitimi kuran, Latin alfabesi ve uluslararası rakamları kabul eden, şapkayı tanıtan ve getiren, tekke ve zaviyeleri kapatan, bazı unvanları kaldıran ve belirli bazı giysilerin giyilmesini yasaklayan 8 adet reform kanunu (*İnkılap Kanunları*) ile getirilen sosyal reformlarla da desteklenmiştir. Bu reformlar hala 1982 Anayasası’nın 174. maddesi ile korunmaktadır.

²⁰ Esin Örücü *A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience* 1:2 THE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, sf. 261-281 (2006).

bulundurulduğunda, tamamıyla değilse de, Kara Avrupası geleneği, bu tür ödünç almalara “kültürel meşruiyet” vermiş olabilir.²¹

Buradaki amacım açısından yalnızca Medeni Kanun’u ele alacağım. Vizyonun amacını gerçekleştirmek ve medeni hukuku modernleştirmek için İsviçre Medeni Kanunu seçildi. Fransız ve Alman kanunlarına nazaran bu kanun tercih edildi, çünkü kanunun kanton geleneklerine göre uyarlanmış olması dikkate alındı; kanun teknik bir dil kullanmıyordu o yüzden çevrilmesi daha kolay olacaktı; mümkün olduğu kadar kısa bir şekilde düzenlenmişti; yargı kavramcılığından kaçınmıştı; sözleşme özgürlüğü, vasiyetname özgürlüğü, verasette eşit haklara sahip olma ve cinsiyet eşitliğini kabul etmek suretiyle demokratik eşitliği tercih etmişti. Bu nedenlere ek olarak; Türk hukuk dünyasında, dönemin Adalet Bakanı gibi, önde gelen belli başlı kişilerin İsviçre’de eğitim görmüş olması gerçeği de vardı²².

Üç dilli İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca versiyonundan çevrilmesi görevi yirmi altı üyeli bir komisyona verildi. Birkaç özel komisyon daha sonraları, çeşitli hukuk dallarıyla ilgili önemli şerhlerin (izahların) çoğunu Türkçe’ye çevirdi. Aslında, 1926 yılında, Türk hukuk uzmanları tamamen yeni, üç kanunu (Medeni, Ceza ve Ticaret) Türkçe’ye çevirdiler ve ürettiler, daha sonra da diğerleri, bunları takip etti²³.

Bu tür geniş kapsamlı çevirilerin bir sonucu olarak; birçok sorun ortaya çıktı, en azından Türk çevirmenler tercüme hususunda tamamen profesyonel çevirmenler değillerdi, fakat bir Kanun çevirisi için gerekli olan özel yabancı dil bilgilerine güvendiler: İsviçre Medeni Kanunu meselesinde, örneğin, bu Fransızca’ydı. Söz konusu çevirmenlerin ortak özelliği, hukuk Fransızcası bilgileri bakımından farklılık olmasına rağmen, Fransızca hususundaki becerileriydi. Herhalde, hukuk eğitimi görmüş olmalarına rağmen hiçbirinin hukuk çevirilerinde bir deneyimi bulunmamaktaydı. Quebec Kanunu’nun İspanyolca’ya çevrilmesi olayında da benzer bir problem vardı. Dorato bize şunu söylemektedir: “Onların (çevirmenlerin) ortak özelliği, Latin İspanyolcası bilgileri farklı olmasına rağmen, İspanyolca hususundaki becerileriydi: onların sadece çok az bir kısmı İspanyolca konuşulan ülkelerde hukuk eğitimi görmüş veya uygulamada bulunmuşlardı.” “Çevirmenlerin Quebec Hukuku ve bağlamı, genel durumu ile ilgili bir deneyimleri de bulunmamaktaydı.”²⁴ Üç dilli İsviçre Medeni Kanunu’nun üç güvenilir çevirisi; Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinleri, büyük bir özenle hazırlanmıştır ve aynı derecede güvenilirliğe sahiptirler. Ve fakat, üç metin arasında çeşitli tutarsızlıklar bulunmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca, Almanca ve İtalyanca çevirileri her zaman uyuşmamaktadır. İsviçre’de tüm çeviriler eşit önemde olduklarından, tereddüt halinde,

²¹ Gianmaria Ajani, *The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications* in ITALIAN NATIONAL REPORTS TO THE XVTH INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW, 65-82 (1998), sf. 68-69 ve 80.

²² Bkz. ERHAN ADAL, *FUNDAMENTALS OF TURKISH PRIVATE LAW* (gözden geçirilmiş. 5. bs. 1998) sf. 44, 48.

²³ Medeni Usul Kanunu (Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu-1927), Ceza Muhakemesi Kanunu (1929), İcra ve İflas Kanunu (1929), Deniz Ticaret Kanunu (1930).

²⁴ Bkz. Dorato *yukarıda* dipnot 2, sf. 606 ve sf. 609.

yargıçlar tüm çevirilere başvurmak zorunda kalıyor ve kanunu yorumlarken bir seçim yapmak durumunda kalıyor olabilirler; fakat Türkiye’de durum böyle değil. Çevirilerin ve çeviriye dayalı bir sistemi inşa etmenin sonucu olarak ortaya çıkmış ve hala da çıkıyor olan sorunların varlığını beklemek çok zor olmasa gerek. Eğer İsviçre Medeni Kanunu’nun doğru çevirisi sağlanacak idiyse, bu tür çok dilli bir metnin çevirmenleri, her bir dilin hukuki otoritelerini görmezlikten gelmiş olamazlardı. Üç dilli bir kanunu dördüncü dile çevirmek, yalnızca bir çevirisinin kullanıldığı zaman şöyle dursun, zaten kendi içinde başlı başına ciddi bir sorun oluşturmaktadır. Dorato’nun belirttiği gibi, tüm metinleri almak (bizim örneğimizde üç) ve hepsini hesaba katmak bir gerekliliktir²⁵. Bununla birlikte kendisi der ki, Quebec Kanunu’nun İspanyolca’ya çevirisinde, çevirmenler bunun resmi olarak iki dilli bir kanun olduğunu bildiği halde, kanunun “İngilizce çevirisi önemli bir role sahip olsa da Fransızca çevirisi kaynak metin olarak kabul edilmiş ve İngilizce çevirisinin de çoğunlukla bunun bir çevirisi olarak kabul edilmiş olduğu görünmektedir.”²⁶.

Türk çevirmenlerin hiçbiri, çeviri yaptıkları dilin hukuk sistemine dair bilimsel seviyede, düzgün bir çeviri için önceden gerekli olan temel bilgiye sahip değildi²⁷. Daha sonraları bazı Türk akademisyenler, eğitimlerinin çoğunu bu kanun alışlarının yapıldığı ülkelerde aldılar. Ondan sonra da modellerin Türkçe şartlarına “*intibakını (uyumunu)*” ve “*ayarlamalarını*” yapmayı üstlendiler. Cumhuriyetin ilk yıllarında, dil eğitimi ve çeviriler yaygındı. Neyse ki, Türk hukuk sistemi için, yine Cumhuriyetin ilk yıllarında, tarihi bir tesadüfün sonucu olarak, İsviçreli, Avusturyalı ve Alman göçmen akademisyenler yeni hukuk sistemine katkı sağladılar. Bu durum, ithal edilen sistemin kök salmasına büyük ölçüde yardımcı oldu²⁸. Schwartz, König, Neumark ve Hirsch gibi profesörlere 2. Dünya Savaşı öncesinde Türkiye’de sığınma verildi ve bunlar, İstanbul ile Ankara’daki Türk üniversitelerinde görevlendirildi. Böyle profesörlerin, kanun alma süreçlerinde Türkiye’de bulunması, medeni hukuk fikirlerinin yayılmasını hızlandırdı. Onların asistanları olan öğretim elemanlarının birçoğu, daha sonra kendileri profesör oldular ve böylece hukukun “dahili yayılması, nüfuzu”na ve daha sonra “alımına (iç hukuka dahil olmasına)” yardımcı oldular²⁹. Yıllar geçtikçe; bir Türk Medeni Hukuku, Türk Ticaret Hukuku, Türk Ceza Hukuku, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku, Türk Medeni Muhakeme Hukuku ve diğer hukuk alanları, kaynak

²⁵ Aynı eser sf. 602.

²⁶ Aynı eser, sf. 611.

²⁷ Mattei ve diğerleri, yukarıda dipnot 10 sf. 159. Gerçekten yine Dorato; Quebec deneyiminde çevirmenlerin “Quebeclilerin bakış açısını” bilmediğini ve “Quebec realitesi” ile herhangi bir bağlantılarının olmadığını belirtmektedir. Bkz. yukarıda dipnot 2, sf. 605. Ayrıca, “Quebec hukuku ve bağlamı ile ilgili olarak da yeterince tecrübeleri bulunmamaktaydı.” Aynı yer, sf. 609.

²⁸ Bu durumun kapsamlı bir geçmişi ve önemi için bkz. HORST WIDMANN, EXIL UND BILDUNGSHILFE: DIE DEUTSCHSPRACHIGE AKADEMISCHE EMIGRATION IN DIE TURKEI NACH 1933 MIT EINER BIBLIOGRAPHIE DER EMIGRIERTEN HOCHSCHULLEHRER IN ANHANG (1973).

²⁹ Bkz. Esin Örücü, *The Infusion of the Diffused: Four Circles of Diffusion Infusing the Turkish Legal System*, in SUE FARRAN ET AL (eds) DIFFUSION OF LAW: THE MOVEMENT OF LAW AND NORMS AROUND THE WORLD (Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers., 2015).

hukuk sisteminden yavaş yavaş farklılaşarak gelişme gösterdiler. Bununla beraber, yüksek mahkemeler, bugün bile, hukuku yorumlayanlar olarak, bir karara varırken, bu örneklerden zaman zaman faydalanmaktadırlar. Hiçbir zaman kararlarını sadece kaynak-hukuka dayandırmazlar fakat yabancı modeller hala daha fazla modernleştirme için, tercüme edilmiş metinlerin yorumlanması bakımından -uyarıcı ve düzeltici şeklinde- yardımcı olarak görülmektedir.

Şimdi, işin büyüklüğünü göstermek adına üç özel faktörü dile getirmeliyim. Birinci faktör, Türk dilinin kendine özgülüğü ve kaynak dillerden tamamen farklılığıdır: Türkçe, Türk dillerinden güney-batı dilleri veya Oğuz grubunun bir üyesidir. Grubun diğer üyeleri; Balkanların Türk lehçeleri, İran'ın kuzeybatısında ve Azerbaycan'da konuşulan Azerice veya Azerbaycanca, Güney İran'daki Kaşkayca ve Türkmenistan Türkmençesidir³⁰.

Türkler 10. yüzyıldan itibaren İslam'la tanışmış ve Müslüman olmuşlardı ve Arap alfabesini benimsemişti. Dile; teoloji, düşünce ve medeniyet ile ilgili çok sayıda Arapça terimler girmişti. 11. yüzyılda Selçuklu Hanedanlığı, Persler tarafından işgal edildiğinde, Farsça, Türk idaresinin ve edebi kültürünün dili haline geldi. Sonuç itibarıyla, “eğitilmiş Türk dili”, “binlerce Arapça kelimeye katılan binlerce Farsça kelime” tarafından oluşturuldu³¹. 13. yüzyılın sonuna gelindiğinde bu karışık, melez dil, Osmanlı Hanedanlığının resmi dili haline gelmişti. Bununla beraber, sıradan Türklerin çoğunluğunun konuşması, her zaman Türkçe idi.

1928'de Arap-Fars alfabesinin yerini Latin alfabesi aldı, fakat değişimdeki milliyetçi unsurun sonucu olarak; eski Arap alfabesinin tersine, yeni harflere “Latince” değil “Türkçe” dendi. Kanunlar Osmanlıca'ya çevrilmiş ve 1926'da resmen ilan edilmiş ve eski harflerle basılmıştı, fakat yeni alfabe değişikliğinden sonra Arapça'dan Latin harflerine transkripsiyon suretiyle söz konusu kanunlar tekrar yazılmak zorunda kaldı. Yeni şekli, 1934'te oluşturuldu³². Daha sonra, gerçek bir dil reform hareketi başladı. Osmanlı Türkçesi kaldırıldı ve Türkçe sözcükler Arapça ve Farsça kelimelerin yerini aldı. Herhangi bir kelime bulunmadığında, diğer Türk dillerinden kelimeler araştırdılar ve hatta bazen yeni kelimeler bile ürettiler. Türkçe kökenlerden veya batılı kelimelerden yeni kelimeler türetildi. Kaçınılmaz bir sonuç olarak, bu

³⁰ Bkz. GEOFFREY LEWIS, *TURKISH GRAMMAR* (1967) sf. ix. Türk alfabesine yabancı olanlar için: alfabe, yirmi üç Latin alfabesi harflerine (not: q, w ve x hariç) ek olarak hem büyük harf hem küçük harflerde ç, ş, ğ, ö, ü ve ı (noktasız i) harflerini içermektedir. Çoğu Türkçe ünsüz harf İngilizcedeki gibi seslendirilmektedir, çoğu ünlü harf de İtalyanca gibidir, fakat bazı farklılıklar vardır. Türkçe ö ve ü, Almanca gibidir, ya da Fransızca'daki peu ve tu gibidir, Türkçedeki noktalı i “sit”teki gibi, noktasız i (ı), ‘will’deki i ile ‘radium’daki u arasında bir şeydir. Ünsüz harfler arasında ç ve ş, ch ve sh gibi seslendirilmektedir. C, ‘jet’teki j gibi telaffuz edilir. Ğ; e ve i’den sonra gelirse hemen hemen ‘saying’teki y gibidir, o, ö, u, ö’den sonra geldiğinde ise hemen hemen ‘sowing’teki gibidir; a ve ı’dan sonra, zor telaffuz edilir fakat ünlü harfi uzatmaya etki eder. Yeni alfabe üzerine eser için bkz. GEOFFREY LEWIS, *THE TURKISH LANGUAGE REFORM: A CATASTROPHIC SUCCESS* (1999) sf. 27-39.

³¹ *Aynı eser* sf. xx.

³² Metinler zaman içinde hemen hemen anlaşılmasız hale gelmiştir. Fakat daha sonra Medeni Kanunun, 1934 yılındaki metninin sol sayfada olduğu ve 1970’lerdeki Türkçe’ye çevirisinin sağ sayfada olduğu sonraki bir baskısı vardı. Yeni 2002 tarihli Kanun ise meslekten olmayanlar için o kadar gerekli olmasa da hukukçular bakımından daha kolay ulaşılabilir bir metindir.

akım, kanunları da etkiledi. Alfabe değiştirilmiş ve dili basit tutmak için çaba sarf edilmiş olmasına rağmen uzun bir süre, terminoloji çoğunlukla değişmeden öylece kaldı.

Unutulmamalıdır ki, o gün mevcut olan Osmanlı hukuk dili, yeni kaynak dillerden tamamen farklıydı. Fransızca, Almanca ve İtalyanca'nın; Arapça, Farsça ve kanuni hedef dil olan Türkçe ile – Osmanlı Türkçesi veya modern Türkçe olsun - herhangi bir bağlantısı yoktu.

İkinci faktör de şudur; bu farklılık sadece dillerin herhangi bir şekilde ilişkili olmamasından dolayı değil aynı zamanda Osmanlı döneminden kalan mevcut hukuki kurumların ve zihniyetin “çoğu”nun İslam Hukuku'ndan gelmiş olmasından kaynaklanmaktaydı: yani farklı bir kültür. Burada bilerek “çoğu” diyorum; çünkü 1839'daki Reform Hareketini (*Tanzimat*) takiben, Osmanlı İmparatorluğu, belirtildiği üzere, bir İslam Devleti olmaktan; batılı güçlerin adeta gönlünü almak için Fransa'dan birçok kanunu alarak bir karma hukuk sistemine doğru evrilmiştir: 1850'de Ticaret Kanunu, 1861'de Usul-i Muhakeme-i Ticaret Nizamnamesi, 1863'te Deniz Ticaret Kanunu (Belçika ve Prusya Kanunlarından da etkilenmiştir) ve 1879'da Ceza Usul Kanunu alındı. Bunlar da çeviri idi.

Ayrıca, çevirilerin potansiyel kullanıcıları, hakimler ve avukatlar, kaynak dillere, kaynak kültüre ve kaynak hukuka aşına değillerdi. Martin Weston şunu der: “herhangi bir türdeki çevirideki temel zorluk, kavramsal farklılığın üstesinden nasıl gelineceğidir.”³³ Kaynak dilin kültürüne özgü bir kavram ya da kurumun, “hemen hemen çevrilemez olduğu”, diğer geri kalan tümünün “az çok çevrilebilir” olduğu söylenir³⁴. O zaman, çevirmen, eşdeğerlik için, kaynak dilin hukuk sistemlerinin terimleri bakımından hedef dildeki karşılıklarını aramayı tercih edebilir³⁵. Kaynak hukuk geleneğindeki belirli bazı bilim dallarının terimleri Türkçe'de bulunmadığından, bu, Türk deneyimindeki her örnek bakımından mümkün değildi.

Hukuk terminolojisi, sisteme-özgüllüğe sahip olmasından ötürü, karşılıklar (eşdeğer kelimeler), ilgili hukuk sistemleri hemen hemen aynı ya da çok benzer olduğunda iyi işe yarar. Ayrıca “bir dilde, diğer bir dile tümüyle aktarılması mümkün olmayan; bir kelimenin geniş bir çağrışım ağı bulunmakta ve aktarım süreci içerisinde, kelimenin anlam bakımından çağrışımları kaybolabilmektedir.”³⁶ Eğer, biri, “işlevsel eşdeğerliğe” gidecekse, o zaman, benzer şekilde, Türkçe örneğinde, “en yakın duruma bağlı eşdeğer kavramı” ararken, yukarıdaki farklılıklardan kaynaklanan problemlerle karşı karşıya kalabilir³⁷. Bu yüzden, “hukuki bir olgunun iki dilde tam karşılıklara

³³ Weston *yukarıda* dipnot 7 sf. 9. Ayrıca bkz. de Groot, *yukarıda* dipnot 14 sf. 538.

³⁴ Weston, aynı yer.

³⁵ De Groot, *yukarıda* dipnot 14 sf. 539-540.

³⁶ Curran *yukarıda* dipnot 10 sf. 679.

³⁷ Weston *yukarıda* dipnot 7 sf. 21.

sahip olmaması durumunda çeviriler nasıl oluşturulup, detaylandırılmalıdır?”³⁸. Bu, Türkiye’de çok önemli bir problem olmuştur.

Belirtilmesi gereken üçüncü faktör de şudur: Türk dili, yazma ve telaffuz sisteminde semboller ve sesler arasından doğrudan bir uyuşma vardır ki bu bakımdan fonetiktir. Eğer yabancı kelimeler, diğer dilden aynen aktarılıyorsa (ödünç, alıntı kelime), doğru bir şekilde telaffuz edilebilmeleri için Türkçe sembollere, harflere dönüştürülmelidir. Daha önceleri, fonetik Türkçe diline uydurmak için, genellikle Fransızca, Almanca, İtalyanca ve İngilizce’den kelimeler ödünç alındığında yazılışları değiştirildi. Örneğin, Fransızca “station”, “istasyon” oldu; İtalyanca “scala”, “iskele” oldu, Almanca “schlep”, “şilep” oldu; İngilizce “steam”, “istim” oldu vs³⁹. Bugün, böyle olacak gibi durmuyor. Sadece o da değil, İngilizce’nin Türkçe’ye olağanüstü bir hızla giriş yaptığı görülmektedir. Geffrey Lewis bunu “yeni bir boyunduruk” olarak adlandırmaktadır⁴⁰.

Roma Hukuku, Türk hukuk fakültelerinde öğretilmesine rağmen, Türkiye’deki hukukçular Latince bilmemektedir. Bu yüzden, yeni kelime türetmeleri gibi ilgi çekici olabilecek, Roma hukuku terimleri ve Latince tabirler, Türk dilinin temelleri Latince olmadığından, Latince tutulmamış olabilirler. Türk hukukunun şekillendiği yıllarda Türkiye’de çalışan yabancı profesörlerden biri olan Profesör Ernest Hirsch, Türkiye’de ticaret hukuku dersi verdiği yıllara ilişkin anılarında⁴¹, Türkçe bilmediğinden Türk Ticaret Kanunu’nu kullanmadığını yazmaktadır. Onun yerine, birbirinden farklı iki gayri resmî Fransızca çevirisini kullanmıştır. Ticaret Kanunu’nun hazırlanmasında (1926/1929) birtakım çevirmenlerin sadece Alman Kanunu’nu değil, farklı yabancı kanunları da kullandığını ifade etmektedir. Kanun bu yüzden eklektikti ve çevirisinde de çevirmenine bağlı olarak çeşitli terminolojiler kullanılmıştı. Türk meslektaşlarının kendisine: “Kanun, üzerine senin tarafından mayonez sıkılmaya muhtaç Rus salatası gibidir.” diye şaka yolu ile takıldıklarını anlatmaktadır⁴². Ayrıca, kanunlara, yetersiz olan Fransızca çevirilerinden çalışıp dersi Almanca anlattığından ötürü, sonra dersler Türkçe’ye çevrildiğinde, tüm derslerin kısmen belirsiz kısmen de anlaşılmaz hale geldiğini de itiraf etmektedir.

Kanunların çoğu günümüzde güncellenmiştir: 2002’de Medeni Kanun, 2005’te Ceza Kanunu, 2011’de Ticaret Kanunu çıkarıldı. Fakat, bu yeni kanunlar artık doğrudan çeviri olmasa da temelleri değişmemiştir ve hala 1920’lerdeki tercüme edilmiş kanunların izlerini taşımaktadırlar.

³⁸ Curran *yukarıda* dipnot 10 sf. 678.

³⁹ Daha fazla örnek için bkz, Lewis (1967) *yukarıda* dipnot 30 sf. 9.

⁴⁰ Lewis (1999) *yukarıda* dipnot 30 sf. 133-139.

⁴¹ Ernest Hirsch, *Yasama ile Öğreti ve Yargı Arasındaki Karşılıklı Bağlılık* (Reciprocal Ties between Legislation, Education and the Judiciary) in 50. YIL ARMAĞANI: CUMHURİYET DÖNEMİNDE HUKUK, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 1888/421, 173-189 (1973), sf. 173.

⁴² Aynı eser sf. 176.

4. BİRDEN ÜÇE: LOUISIANA MEDENİ KANUNU

Ben, Louisiana Devlet Üniversitesi'nde Louisiana deneyimi hakkında konuşurken, bildiğiniz bir şeyi anlatacağımın ya da daha amiyane tabirle, kısmen “tereciye tere satcağımın” farkındayım. Öyle olsa bile, şimdi nazarımızı Louisiana deneyimine çevirelim. Louisiana’da kanunlaştırmanın tarihine baktığımızda, Louisiana’yı İspanya’nın denizaşırı bir vilayetine dönüştüren, İspanya Hukuku’na dayanan 1769 tarihli O’Really’s Kanunu⁴³ bir kenara bırakılırsa, 1808 tarihli Digest’i ilk önemli kanun olarak görmekteyiz: “Mevcut Hükümet Sistemine Uyarlanmış Değişiklik ve İyileştirmeleriyle, Orleans Bölgesinde Cari Medeni Kanunların Bir Derlemesi”. 1808 Louisiana Medeni Kanunu olarak bilinen bu Digest⁴⁴ iki dilliydi, Fransızca ve İngilizce yayımlandı; İngilizce versiyonu, Fransızca orijinalinden çeviriydi. Bu Kanun, tekrar iki dilli olarak, 1825’te ve en son da 1870’te revize edildi. Değiştirilmiş ve revize edilmiş olan 1870 tarihli Kanun, şu anda tek dillidir ve İngilizce’dir fakat ruhen iki dillidir, ve çok yakın zamanlara kadar Louisiana özel hukukunun temeli olarak kalmış kanundur. Bugün dahi, 1870 tarihli Kanun’un bazı kısımları uygulanabilir görünmektedir.

1808 Medeni Kanunu ya da Digest, çeşitli kaynaklara dayalıydı, modeli; Roma Hukuku, İspanya Hukuku ve Common Law (Ortak hukuk) ile beraber, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu’nun hazırlık çalışmaları ve nihai metniydi. Şu söylenebilir ki; Fransız Kanunları hakim olsa da, İspanya hukuku, yapısında kalmaya devam etmiştir: İspanyol ve Fransız hukukları arasında bariz bir fark görüldüğünde, redaktörler (yazanlar), İspanyol çözümlerini almaya özen gösteriyorlardı⁴⁵.

1808 ve 1825 Medeni Kanunları esas olarak iki özel kaynağın harmanlanmış haliydi, ve iki Kanun da Fransızca ve İngilizce olarak çıkmıştı, ilk önce Fransızca olarak hazırlanmış ve daha sonra da İngilizceye çevrilmişti. Resmi olarak iki çeviri de eşit statüde olmalarına rağmen, İngilizce metninde birtakım hatalar bulunmaktaydı. Anlaşılmazlık, belirsizlik, hata veya atlanmış olma durumunda her iki metne de başvurulmakta ve karşılıklı olarak birinin ya da diğerinin yorumlanmasında yardımcı olmaktaydılar. Bu, 1808 kanunlaştırmasının durumuydu. 1825 için ise; iki metin de birbirine bakan sayfalar halinde basıldı ve iki metin arasındaki çatışmaların çözümü için herhangi bir madde bulunamadı. Çevirinin düşük kalitesi yüzünden, mahkemeler Fransızca metnin kontrol edici metin olması sonucuna vardılar. Bu da, hukuk mesleğinin Fransız mevzuatı, içtihatları

⁴³ O’Reilly Kanunu’nun, alım zamanında Louisiana’da Fransız hukuku yürürlükte olduğundan, Fransız kanunlarını yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı hususunda canlı bir tartışma bulunmaktadır (özellikle Tucker, Batiza ve Pascal arasında). Fakat kaynaklardan herhangi birinin hakkını teslim eden, yayımlanmış herhangi bir tasarı bulunmamaktadır.

⁴⁴ Burada da belirtmeliyiz ki Kanunun bir Kanun mu yoksa Digest mi olduğuyla ilgili tartışma, mevcut olamı için de, hiçbir zaman sona ermedi.

⁴⁵ Bkz. Vicenc Felliü, Dennis Kim-Prieto & Teresa M Miguel, *A Closer Look: A Symposium Among Legal Historian and Law Librarians to Uncover the Spanish Roots of the Louisiana Civil Law* (2011), 28. INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INFORMATION, 295). Yazarlar, Louisiana medeni hukukunun kökenlerinin İspanyol hukuk geleneğine mi yoksa Amerika Birleşik Devletleri’ne katılmadan beri süregelen Fransız hukuk geleneğine mi dayandığına ilişkin tartışmayı ele almaktadırlar. Yazarlar, Fransız değil, İspanyol medeni hukukunun, Louisiana medeni hukukunun oluşması ve gelişimi üzerinde büyük etkisinin olduğunu ve bu mirasın bugün de yankılandığını göstermekte ve öne sürmektedirler.

ve doktrini ile ilgili olması gerekliliğinden ötürü Fransız kültürünün, Louisiana medeni hukuk geleneğindeki yerini güçlendirdi.

1825 tarihli Kanun, Fransız Kanunu'nu yakından takip etmesine rağmen ve redaktörler ağırlıklı olarak Fransız doktrin ve içtihatlarına dayanmalarına rağmen hala Roma ve İspanyol kaynakları da orada bulunmaktaydı ve daha iyi kurallar bulunamaz veya geliştirilemezse diye bunların temel varsayımları ve karakterleri muhafaza ediliyordu. Redaktörler, ayrıca değişiklikler, silmeler ve eklemeler için kaynaklarını da tespit etmişlerdi. Hala iki dilli olan 1825 tarihli Kanun, her şeyi içine alan bir mevzuat kısmı olarak geçmişle bağları koparmaya yönelikti. Sadece 1808 Digest'i değiştiren bir kanun değildi. 3521 maddesinde;

“Louisiana, Birleşik Devletler’e bırakıldığında bu ülkede yürürlükte olan İspanyol, Roma ve Fransız Kanunları; ve Yasama Konseyi'nin, Orleans Bölgesi Yasama Meclisi'nin ve Louisiana Eyaleti Yasama Meclisi'nin kanunları, bundan böyle, özellikle bu Kanunda sağlanan, düzenlenen her türlü durum bakımından yürürlükten kaldırılmıştır ve bunlar, hükümlerinin bu Kanun hükümlerine aykırı veya çelişkili olmadığı gerekçesiyle olsa dahi hukuk kuralı olarak uygulanamaz.”

Louisiana Yüksek Mahkemesi'nin tutumunu göz önüne aldığımızda bu yeterli görülmediğinden, 1828'de Büyük İlga Kanunu kabul edildi.

Bu harmanlamanın 1870 tarihli Kanun'da yer aldığını fakat şimdi ise sadece İngilizce olduğunu görüyoruz. Kanun, “Louisiana Eyaleti Revize Edilmiş Medeni Kanunu” başlığıyla yayınlandı. Bu, aslında 1825 Kanunu'ydu. Kölelik ve değişikliklerin işlenmesi gibi bazı hükümlerin kaldırılmasıyla ilgili olan revizyon ise; 1825 itibariyle çıkarılan çeşitli kanunların entegrasyonu ile yapılmıştır.

Maddeler, böylece yeniden numaralandırıldı. Daha sonra, soru, 1825 Kanunu'nda –şimdi 1870 Kanunu'nda- değişmemiş maddelerin İngilizce ile Fransızca metinleri arasında bir çatışma olduğunda Fransızca metnin hala bir denetleyici metin olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusuna dönüşmüştü. Yine de bu yaklaşım; Louisiana'da Fransızca ve İspanyolca konuşanlar, büyük oranda azalmış olduğundan, çok savunulamaz hale gelmişti. Buna rağmen, 1870 Louisiana Medeni Kanunu hem işlevsel hem de uzun ömürlü oldu.

Yirminci yüzyılın sonuna doğru; Quebec, Hollanda, Belçika ve Fransa gibi ülkelerin hepsi; artık halkın sosyal ihtiyaçlarını gereği gibi yansıtmadığı ve bu ihtiyaçlara yanıt vermediğinden ötürü kanunlarını güncelleme gereği hissettiler. Louisiana Yasama Organı da yeni bir kanun yapmaya karar verdi ve Hollanda gibi, özel başlık ve bölümlerin seçici-revizyonu metodunu tercih etti. Revizyon 1987'de başladı ve on yıl içinde kanunların çoğu revize edildi, gözden geçirildi. Mevcut Kanun (ya da

bazılarının dediği gibi, yeni Digest⁴⁶), klasik Fransız ve İspanyol kaynaklardan farklı, fakat hepsi medeni hukuk geleneğinde olan diğer kaynaklara da sahiptir. Örneğin, kanun maddelerini takip eden açıklamalarda dikkat çekildiği üzere Alman, Yunan, İtalyan, Quebec, İsviçre ve hatta Habeşistan Kanunlarına bile atıf bulunmaktadır. Bu, şüphesiz, medeni hukuk geleneğinin görünürlüğünü arttırmaktadır ve bu itibarla federal hukuk ve Amerika'nın diğer eyaletlerindeki Amerikan common law kültürüne daha fazla katkıda bulunması beklenebilir. Bu da İngilizce dilinde Medeni Hukuk sisteminin promosyonu olarak değerlendirilebilir⁴⁷.

Kanunun Fransızca ve İspanyolca'ya çevrilmesi, görünürlüğünü daha da arttıracaktır⁴⁸. 1825 Louisiana Kanunu'nun; Şili gibi (1855), daha sonra Latin Amerika'daki kanunlaştırmayı etkileyen Ekvator gibi (1857), 1873/1887 Kolombiya, 1859 El Salvador, 1864 Brezilya, Porto Riko ve 1871 Arjantin Kanunu gibi birtakım Latin Amerika medeni kanunları üzerinde etkisinin olduğunu biliyoruz⁴⁹. Arjantin Kanunu, sonraları, başkaları için de örnek oldu ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler alanında 1870 Louisiana Kanunu üzerinde 1894'te yapılan revizyonları da etkilemiştir. 1825 Louisiana Medeni Kanunu; Latin Amerika'daki bu kanunların taslağının, biçimi ve özünün oluşturulması için doğal bir örnek olarak hizmet görmüştür. Knutel'e göre; "Roma Hukuku ve Medeni Hukuk ruhuyla yeniden canlandırılmış olan Louisiana Medeni Kanunu, 'o zamanlar modern ve genç olan Latin Amerika ülkelerine, bu hukuki düşüncenin meyveleri ve sonuçlarının, kendi vesilesiyle ulaştırıldığı ulaşım aracı' haline gelmiştir."⁵⁰. Buna ek olarak, Karayip Havzası'nda, St. Lucia Medeni Kanunu da Louisiana Medeni Kanunu'ndan etkilenmiştir.

İspanyol Medeni Kanunu bile 1870 Louisiana Kanunu'ndan daha genç olan İspanyol Kanunu'nun metninde belirtilen yenilikler bakımından 1870 Louisiana Kanunu'nun revize edilmiş halinin Başlangıç Başlığından etkilenmiştir. Böylece, Louisiana Medeni Kanunu'nun maddeleri Latin Amerika'ya ihraç edildi ve "Eski Dünya'da İspanya ve Avrupa'ya geri gönderilmiş oldu"⁵¹. Knutel'in işaret ettiği gibi;

⁴⁶ Bkz. Vernon Palmer, *The Death of a Code - The Birth of a Digest* (1988) 63 TULANE LAW REVIEW, 221-264; Vernon Plamer, *Revision of the Code or Regression to a Digest? A Rejoinder to Professor Cueto-Rua* (1989) 64 TULANE LAW REVIEW, 177-186, diğerleri arasında.

⁴⁷ Bununla birlikte, bkz., Alain Levasseur & Vincenc Feliu, *The English Fox in the Louisiana Civil law Chausse-Trappe: Civil Law Concepts in the English Language; Comparativists Beware* 69 L.A.L.REV (2009), 715.

⁴⁸ Fransızca'ya çeviri iyi ilerlemektedir. Açıkçası burada şunu da hatırlamalıyız ki, çeviri standart Fransızca iken, Louisiana'daki bazı kesimler tarafından konuşulan Cojun Fransızcasının durumu ihmal edilmiştir. (Üzerinde durulan bu nokta için bkz. 1968 CODOFIL, Louisiana'da Fransızca'nın Geliştirilmesi Konseyi Raporu, 2014'te James Etienne Viator tarafından tartışılmıştır (2014) 60 LOYOLA LAW JOURNAL, 273.

⁴⁹ Bkz. Rolf Knutel, *Influence of the Louisiana Civil Code in Latin America*, (1996) 70 TULANE LAW REVIEW, 1445-1477.

⁵⁰ Aynı eser, sf. 1467/68. Knutel ayrıca "neden kanun yapımcılar yabancı bir kanunu (LCC- Louisiana Medeni Kanunu) almanın kendi çalışmaları bakımından uygun ya da yardımcı olduğunu düşünür" sorusunu sormaktadır. (1451/52). Bunlara gerekçe olarak şunları vermektedir; bilgi almak oldukça kolaydı; 1825 Louisiana Medeni Kanunu yeni dünyanın ilk medeni kanunu idi ve bu yüzden bir model oldu; ve toplum, bu hukuki gelişimde rol oynamıştır.

⁵¹ Aynı eser, sf. 1451 ve Shael Herman, 'Louisiana's Contribution to the 1852 Projet of the Spanish Civil Code', (1982) 42 L.A.L.REV 1509, 1512.

“Roma hukuk kurumları, deyimleri ve hukuki sorunlara getirdiği çözümler, Roma’dan Fransa ve İspanya’ya; oradan Louisiana’ya; Louisiana’dan Latin Amerika’ya; Latin Amerika’dan geri Louisiana’ya ve oradan da tekrar geri Avrupa’ya dünyayı dolaşmıştır. Görünüşleri değişebilir fakat özlerinde Roma temelli olarak kalırlar”⁵².

Umarım ki Louisiana Medeni Kanunu, Quebec Kanunu ile yarışmak suretiyle tekrar Latin Amerika kanun revizyon planları için bir rol model olacaktır. Bu bağlamda, İspanyolca çevirisi, Fransızca olandan da, daha değerli olacaktır.

Özetle, tarihsel bir bakış açısıyla bakıldığında, mevcut Louisiana Medeni Kanunu’nun Fransızca ve İspanyolca’ya günümüzdeki çevirisi sürpriz değildir. Başından beri hem Fransız hem İspanyol kanunlarına benzerliği bulunmuştur. Ayrıca unutmamalıyız ki 1808 ve 1825 Kanunları iki dilli olmasına rağmen, İngilizce çevirisinin acele bir şekilde yapıldığı, dolayısıyla çok da doğru olmadığı iddia edildiğinden Fransızca metin kontrol metniydi. 1870 Kanunu’ndan sonra dahi bu tartışma bitmedi. Yine tarihi perspektifle baktığımızda, günümüzdeki çeviri projesi, Louisiana’nın hukuki ve kültürel mirası ile Fransız ve İspanyol kültürüne dayalı olan orijinal kimliğine bir geri dönüşü ifade etmektedir. Açıkça hedefi olmasa da; bu “birden üçe”, geçmişin yeniden canlandırılması, kaybolma sürecine girmiş olabilen geçmişteki mirasa doğru nostaljik bir yönelme olarak kabul edilebilir⁵³. Common law hukukunun etkisi genişlediği için ve 1870 Kanunu sıradan bir kanun olma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı için, yeni Kanun ve onun çeviri projesi bir mesaj vermektedir. Kara Avrupası hukukunun geçmişinin yeniden gündeme getirilmesi, bugün Amerikan karakterinin ve common law sisteminin yüzyılı olarak kabul edilen 21. yüzyılı çevreleyen, common law kimliğine vurulan bir damgası olarak da görülebilir⁵⁴.

Bir karşılaştırmacının bakış açısıyla bakıldığında, Louisiana için karşılaştırılacak olanlar Quebec ve Hollanda deneyimleridir. Örneğin, Quebec Medeni Kanunu’nun üç dilli baskısı 2008 yılında çıktığında, İspanyolca çevirisi, Fransızca ve İngilizce çevirisinin yanında solda üçüncü sütun olarak eklendi. Şekil olarak üç sütunun yan yana formatta olması tercih edildi ve “çeviri ile üç dilli Kanun’a dönüşüm ayrıca şu başlıkla vurgulandı: ‘Codigo Civil de Quebec - Code Civil du Quebec - Civil Code of Quebec’⁵⁵. Bu, üç dilde sunulan bir Kanun’dur. İspanyolca çevirinin hükmünün olmadığına dair bir gösterge de bulunmamaktadır. Louisiana ve “birden üçe” örneği olan Hollanda Kanunlarından farklı olarak, Quebec Kanunu, üçüncü dile çevrilen iki dilli bir kanundu: “ikiden üçe”. Son ama önemli bir soru da “hangi İspanyolca veya kimin İspanyolcası?” sorusudur. Bir kanunun çevrilmesi gereken dilin yöresel farklı

⁵² Knutel, yukarıda dipnot 50, sf. 1474.

⁵³ Tehlike altında bulunan karma hukuk sistemlerindeki unsurlar hakkındaki yazılar için bkz. in SUE FARRAN, ESIN ORUCU & SEAN Patrick DONLAN (EDS), A STUDY OF MIXED LEGAL SYSTEMS: ENDANGERED, ENTRENCHED OR BLENDED (Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2014).

⁵⁴ Örnek için bkz. Agabin, Pacifico, *Philippines: The twentieth Century as the Common Law’s Century*, aynı eserde, sf. 61-87.

⁵⁵ Dorato, yukarıda dipnot 2, sf. 609.

biçimleri varsa, tarafsız bir dilin araştırılması veya oluşturulması mı gerekir? Quebec deneyiminde, İspanyolca'nın Arjantin'e özgü versiyonu kullanılmış olmasına rağmen, Dorato der ki; "İkinci aşamada görülen İspanyolca tarafsızlaştırılmasının, uluslararası bir İspanyolca'dan ziyade bir tarafsız Latin-Amerika İspanyolcası araştırması olduğu görünmektedir."⁵⁶ Avrupa Birliği'ndeki yasamaya ilişkin çevirilerde kullanılan İspanyolcaya bakmak, yardımcı olur muydu?

5. TOPARLAMA

Eva Hoffman'a göre; kelimenin veya onun okurlarının etrafındaki "bütün dil" nakledilmezse, "beşeri manayı bir kültürden diğerine taşıma" durumunda, tek bir kelimenin çevirisinde bile sapmalar meydana gelir"⁵⁷. Pierre Legrand da "mevzuatın gelenek oluşturamayacağı"ni iddia etmektedir."⁵⁸ Daha önce görüldüğü üzere, tamamen işleyen tüm Türk hukuk sistemi, farklı ve yeni bir kitleyle beraber bu tür kurumsal transfer ve tercüme üzerine inşa edilmiştir ve 1926'dan beri avukatları, hakimleri ve akademisyenleri canlı tutmaktadır.

Kanun alışlarına önemli ölçüde inanan bir kimse olan, ve bu yüzden –diyebiliriz ki- hukuk sistemleri için ileriye doğru bir gidişat olarak çevirilere inanan Alan Watson'ın görüşüne göre, çeviride yanlış bir anlama olduğunda hatta yanlış çeviri yapıldığında bile ödünç alınmış bir müessese ya da kavram, hangi problemin çözümü için ödünç alındıysa o problemi çözebilir. Watson; "(...) ödünç alınması düşünülen kuralların amacına ilişkin yapılan genel bir hata şudur ki, bu kurallar yeni bir doktrin oluşturmak ya da onun geçerli ve önemli olmasını engellemek zorunda değildir."⁵⁹ Hatta "(...) yabancı hukuk, tamamen yanlış anlaşıldığında etkili olabilmektedir" de demektedir⁶⁰. Türk deneyimine bir kez daha bakıldığında, Watson'ın görüşlerinin desteklenebileceği söylenebilir.

Kesin bir şey var ki o da Türk deneyiminin hukuk, dil ve kültür arasında ayrılmaz bir bağ olduğuna ilişkin romantik bakış açısına karşı geliyor olmasıdır⁶¹. Bu nedenle de söz konusu deneyim; dil, kültür, çeviri ve karşılaştırma ile birden fazla dildeki bir Kanun'un değeri arasındaki ilişkilere dair faydalı bir ampirik çalışma olarak incelenebilir. Bu ilişki gerçekten de iddia edildiği gibi derin midir?

⁵⁶ Aynı eser, sf. 617.

⁵⁷ EVA HOFFMAN, LOST IN TRANSLATION: A LIFE IN A NEW LANGUAGE (1991, 2008), 272-273.

⁵⁸ Pierre Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants* (4) MAASTRICHT JOURNAL OF COMPARATIVE AND EUROPEAN LAW 111, (1997), sf. 119.

⁵⁹ ALAN WATSON, LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW, sf. 52 (1974).

⁶⁰ Aynı eser sf. 99.

⁶¹ Michele Graziadei tarafından tartışılmıştır, bkz. *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions* in MATHIAS REIMANN AND REINHARD ZIMMERMANN (eds) THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW, 441-475 sf. 469 (2006). Ayrıca bkz. Grossfeld, yukarıda dipnot 5 sf. 101;ve bkz. Dorato, yukarıda dipnot 1 sf. 618.

Tüm çevrilmiş kanunlarla ilgili ortaya çıkması gereken kritik bir soru da şu olmalıdır: niçin bir kanun çevrilmelidir? Amaçlar ve sebepler değişiklik gösterebilir.

Türk deneyiminin amacı, tamamen yeni kanunlar oluşturmak suretiyle eski hukuk sisteminin temellerini ortadan kaldırmaktı. Sadece bu değil elbet, aynı zamanda niyet; mevzuat yolu ile insan ilişkilerini, mevcut örf-adet ve dini geleneklere göre değil, bu ilişkilerin normalde nasıl olması gerekiyorsa o şekle getirilmesi düşüncesine dayanarak düzenlemektir. Nitekim, bu amacı gerçekleştirmek için, alınan kanunlara; resmi nikahı getiren ve laik eğitimi kuran, Latin alfabesi ve uluslararası rakamları kabul eden, şapka'yı tanıtan ve getiren, tekke ve zaviyeleri kapatan, bazı unvanları kaldıran ve belirli bazı giysilerin giyilmesini yasaklayan sekiz radikal sosyal reform kanunu eşlik etti (*İnkılap Kanunları*). Bugün bile, bu kanunların Anayasallığı değiştirilemez (1982 Anayasası 174. madde), ve değiştirilmeleri teklif edilemez⁶². Türkiye'deki radikal reformlar şu esasları amaçlamıştır: dil reformu, yeni bir batılı hukuk sistemi, yeniden oluşturulan kültüre dayalı yeni bir ulusal kimlik anlayışı, Osmanlı mirasının istenmeyen İslami ve Arap unsurlarını hariç bırakarak yeni bir medeni hukuk geleneği oluşturmak.

Bu noktada, acaba, aslında tamamen Kara Avrupası kanunları gibi kanunlardan çeviri olan Türk Kanunlarının, yeni ortaya çıkan Orta Doğu, Türkik ve Kuzey Afrika ülkeleri bakımından model olup “medeni hukuk sistemini daha uzak alanlara yaymak” için araçlar olabileceği önerilebilir mi?

Diğer deneyimlerin amaçları tamamen farklı olup Türk deneyimi gibi devrimci ve hatta radikal değildir. Örneğin, şu anki Louisiana deneyiminin amacı böyle radikal değildir: Çoğunlukla Latin Amerika'daki ülkeler için İngilizce olan Louisiana medeni hukukunu desteklemek ve görünürlüğünü arttırmak. Bu yeni kanun, kaynaklarını, birtakım Kara Avrupası kanunlarından aldığından, ihraç etmeye değer yapay bir karışıma iyi bir örnektir. Üç dilli bir kanun olarak kaderini, zaman gösterecektir. Son zamanlardaki kanunlaştırma çabalarının geniş etkisi zaten hissedilmektedir, örneğin Estonya'da, Estonya Medeni Kanunu'nun yapımında Profesör Yiannopoulos'un yardımıyla, Louisiana Medeni Kanunu'nun doğrudan etkisi sınırlanmış olmasına rağmen bu geniş etki hissedilmiştir⁶³.

Quebec deneyiminin asıl amacı Louisiana deneyimi ile karşılaştırılabilir. Quebec Kanunu ayrıca Louisiana Medeni Kanunu'nun başlıca rakibidir. Zaten İngilizce ve Fransızca'dır; İspanyolca çevirisi ise, eğer amaç Medeni Hukuk sistemini yaymak ve Latin Amerika'da model olarak etki etmek ise işe yarayabilir. Bu, Quebec'in hukuki

⁶² Bununla beraber yeni bir Anayasa hazırlanıyor olduğu için değişiklik olasıdır.

⁶³ Bkz., Paul Varul & Heiki Pisuke, *Louisiana's Contribution to the Estonian Civil Code* (1999) 73 TULANE LAW REVIEW, 1027-1031. Louisiana Medeni Kanunu'nun bölümleri özellikle mülkiyet hukuku konusunda (1994-1999 maddeleri) Estonya Medeni Kanunu'nu etkilediğinden dolayı Louisiana Medeni Kanunu'nun kısmen Estonyaca'ya çevrilmiş olduğunu söyleyebilir miyiz?

düşüncelerini İspanyolca konuşan ülkelere ihraç etmek için bir araç olabilir⁶⁴. Kanunun başlangıcında birkaç amaç belirtilmiştir. Üç dilli Kanun, karşılaştırmalı hukukta bir varlık olarak teorik kullanıma sahip olduğu kadar Quebec'te, kanuni uygulama için bir araç olarak da bulunmaktadır. Orada tekrar ifade edilmiş ve bizim gayemiz bakımından burada daha önemli olan bir diğer amaç ise birtakım yabancı yasama organlarına ilham kaynağı olarak hizmet etmektir⁶⁵.

Hollandaca çevirilerin, özellikle İngilizceye çevirilerin amacı, Doğu Avrupa'da ortaya çıkan demokrasilerin gelecekteki rol modeli olarak pozisyonunu güçlendirmek ve ayrıca çok dilli Avrupa Birliği kanun yapımındaki politikacılar ve bilim adamları üzerinde etkiye sahip olmaktır. Hollandaca, geniş sayıda ulus tarafından paylaşılan uluslararası bir dil değilken, İngilizce de yeni ortak dil oluyor gibi görünüyor, bu çeviri süreci de bu ihtimali kesinlikle güçlendirmektedir. Bu da, esasen Avrupa Birliği bağlamında, bir Kara Avrupası sisteminin İngilizce dilinde ve ortak hukuk dünyasında görünebilirliğinin gerçek bir yayılmasıdır.

Filipinler çevirisinin amacı, İspanyolca'nın resmi dil olarak kaybolduğu ve Amerikan common law etkisinin katlanarak arttığı bir ülkede, İspanyol medeniyet mirasının muhafazasıydı.

Açıkçası, Türk tecrübesi; diğerlerine; Louisiana, Quebec veya Hollanda vs. gibilerine başka bir yönden de benzer değildir; şu bakımdan ki burada alıcı ülke, başka ülkelerin kanunlarını çevirerek almıştır yoksa İsviçreli, Almanlar ya da İtalyanlar kendi kanunlarını Türkçe'ye çevirmiş değillerdir.

Son olarak, tüm bu projelerdeki en önemli faktör insan faktörüdür. Yaratıcı çeviri sayesinde, çevirideki hatalar ve yanlışlıklar (bilerek, bir amaca matuf o şekilde yazılmadıysa), zamanla küçük düzeltmeler yapılarak giderilebilir veya kaynak kanunlarıyla karşılaştırıldığında kanuna farklı bir yön verebilir. Bunun için de etkin bir yargı ve yaratıcı akademisyenlere ihtiyaç vardır. Louisiana onlara kesinlikle bol miktarda sahiptir. Beklenti odur ki, onlar, diğer yargı alanlarındaki kişileri gayrete getirmeye ve ayrıca çok dilli hukukçuların yetiştirilmesine katkıda bulunmaya devam edeceklerdir.

Medeni hukuk sistemi yayılsın ve Louisiana karma hukuk sisteminin görünebilirliği artsın!

Medeni hukuka gelince, Shakespeare'nin 8. sonesinden bir alıntı durumu özetliyor: "*aslı çok, görünüşte tek.*"

⁶⁴ Dorato der ki, bu yüzden "Latin Amerika ülkelerindeki yeniden kanunlaştırma çabalarının on yılı olduğundan dolayı zamanlama mükemmeldi". Daha önceki başarılı çabaların içinde Paraguay (1985), Peru (1984), ve Brezilya'dır (2009). Dorato, yukarıda dipnot 2, sf. 604. Arjantin, medeni kanununda reform yapmak istediğinde, geçen tasarı "önemli ölçüde Quebec Medeni Kanunu'ndan etkilennmiş bir tasarıydı", "son zamanlarda çıkarılan, açıkça yazılan ve medeni hukukla ortak hukuk arasında kusursuz bir karışım (gibi düşünülüyordu)". Yine de Tasarı, hiçbir zaman yürürlüğe girmedi ve Arjantin, hala Louisiana Medeni Kanunu'ndan etkilennmiş olan 1871 Kanunu'nu kullanmaktadır. Aynı eser sf. 603-604.

⁶⁵ Bkz. aynı eser, sf. 594.

KAYNAKÇA

- Alain Levasseur & Vincenc Feliu, *The English Fox In The Louisiana Civil Law Chausse-Trappe: Civil Law Concepts In The English Language; Comparativists Beware*, **69 La.L.Rev**, 2009.
- Alan Watson, **Legal Transplants: An Approach To Comparative Law**, 1974.
- Bernhard Grossfeld, **The Strength And Weakness Of Comparative Law** (Çev. Tony Weir), 1990.
- C. J. W. Baaij (Ed), **The Role Of Legal Translation In Legal Harmonization**, 2012.
- Ejan Mackaay, “*La Traduction Du Nouveau Code Civil Néerlandais En Anglais Et En Français*”, In **Jean-Claude Gemar, & Nicholas Kasirer (Eds) Jurilinguistique: Entre Langues Et Droits - Jurilinguistics: Between Law And Language**, 2005.
- Erhan Adal, **Fundamentals Of Turkish Private Law**, Gözden Geçirilmiş. 5. bs., 1998.
- Ernest Hirsch, *Yasama Ile Öğreti Ve Yargı Arasındaki Karşılıklı Bağlılık* (Reciprocal Ties Between Legislation, Education And The Judiciary) In **50. Yıl Armağanı: Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 1888/421, 1973.
- Esin Örüçü, *A Synthetic And Hyphenated Legal System: The Turkish Experience* **1:2 The Journal Of Comparative Law**, 2006.
- Esin Örüçü, *Interpretation Of Multilingual Texts In The Uk*, Vol 10.3, **Electronic Journal Of Comparative Law**, Aralık 2006. (<http://Www.Ejcl.Org/103/Art103-9.Pdf>).
- Esin Örüçü, *The Infusion Of The Diffused: Four Circles Of Diffusion Infusing The Turkish Legal System*, In **Sue Farran Et Al (Eds) Diffusion Of Law: The Movement Of Law And Norms Around The World**, Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers., 2015.
- Eva Hoffman, **Lost In Translation: A Life In A New Language**, 1991, 2008.
- Franklin R Capistrano, *Mistakes And Inaccuracies In Fisher’s Translation Of The Spanish Civil Code*, **9 Philippine L. J.**, 1929.
- Geoffrey Lewis, **Turkish Grammar**, 1967.
- Geoffrey Lewis, **The Turkish Language Reform: A Catastrophic Success**, 1999.
- Gerard-Rene De Groot, *Legal Translation*, In **Jan Smits (Ed) Elgar Encyclopedia Of Comparative Law**, 2. bs., 2012.
- Gianmaria Ajani, *The Role Of Comparative Law In The Adoption Of New Codifications* In **Italian National Reports To The Xvth International Congress Of Comparative Law**, 1998.
- Horst Widmann, *Exil Und Bildungshilfe: Die Deutschsprachige Akademische Emigration In Die Turkei Nach 1933 Mit Einer Bio-Bibliographie Der Emigrierten Hochschullehrer In Anhang*, 1973.
- James Etienne Viator, **60 Loyola Law Journal**, 2014.
- Jimena Andina Dorato, *A Jurilinguistic Study Of The Trilingual Civil Code Of Quebec*, **4 Journal Of Civil Law Studies**, 2011.
- Johan Steyn, *Interpretation: Legal Texts And Their Landscape*, In **Basil S. Markesinis (Ed) The Clifford Chance Millennium Lectures; The Coming Together Of The Common Law And The Civil Law**, **79-90**, 2000.
- Martin Weston, *Technical And Practical Approaches To Translation*, In **An English Reader’s Guide To The French Legal System**, Berg: Oxford, 1991.
- Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (Eds), **The Oxford Handbook Of Comparative Law**, 2006.

- Michele Graziadei, *Comparative Law As The Study Of Transplants And Receptions* In **Mathias Reimann And Reinhard Zimmermann (Eds) The Oxford Handbook Of Comparative Law**, 2006.
- Pacifico Agabin, *Philippines: The Twentieth Century As The Common Law's Century*, Aynı Eserde, in **Sue Farran, Esin Orucu & Sean Patrick Donlan (Eds), A Study Of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched Or Blended**, Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2014.
- Paul Varul & Heiki Pisuke, *Louisiana's Contribution To The Estonian Civil Code*, **73 Tulane Law Review**, 1999.
- Pierre Legrand, *The Impossibility Of Legal Transplants*, **(4) Maastricht Journal Of Comparative And European Law 111**, 1997.
- Rolf Knutel, *Influence Of The Louisiana Civil Code In Latin America*, **70 Tulane Law Review**, 1996.
- Shael Herman, 'Louisiana's Contribution To The 1852 Projet Of The Spanish Civil Code', **42 La.L.Rev**, 1982.
- Sue Farran, Esin Orucu & Sean Patrick Donlan (Eds), **A Study Of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched Or Blended**, Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2014.
- Ugo Mattei, Tlemn Ruskola, & Antonio Gidi, **Schlesinger's Comparative Law: Cases-Texts-Materials**, 7. bs., 2009.
- Vernon Plamer, *Revision Of The Code Or Regression To A Digest? A Rejoinder To Professor Cueto-Rua* **64 Tulane Law Review**, 1989.
- Vernon Palmer, *The Death Of A Code - The Birth Of A Digest*, **63 Tulane Law Review**, 1988.
- Vicenc Felliü, Dennis Kim-Prieto & Teresa M Miguel, *A Closer Look: A Symposium Among Legal Historian And Law Librarians To Uncover The Spanish Roots Of The Louisiana Civil Law*, **28. International Journal Of Legal Information**, 2011.



İSTANBUL
UNIVERSITY
PRESS

İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

RESEARCH ARTICLE

One Into Three: Spreading The Word Three Into One: Creating A Civil Law System *

Esin Örucü¹

Abstract

1. Introduction 2. General Concerns Related to Code Translations 3. Three Into One: The Turkish Case 4. One Into Three: The Louisiana Code 5. Rounding Up

Keywords

Multilingual Legal Translations • Code Translations • Enhancing Visibility • Neutral Legal Language • Transposition • Literal Translation

* Bu makale 2015'te Louisiana State University'de 38. John H. Tucker yıllık tebliği olarak verilmiştir. Journal of Civil Law Studies Vol.8 No 2 2015'te yayınlanmıştır (8 J.Civ.L.Stud. (2015)).

This lecture was delivered at the 38th John H. Tucker. Jr. Lecture in Civil Law (2015) at the LSU Law Center. The part of this lecture on Turkey can be found, though in a different version, in 6 J.Civ.L.Stud (2013) 445-473, *A Legal System Based on Translation: The Turkish Experience*. Available also at: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol6/iss2/2>.

Professor Emerita of Comparative Law and Honorary Senior Research Fellow University of Glasgow and Professor Emerita of Comparative Law Erasmus University, Rotterdam, Dr.h.c. (Uppsala) esin.orucu@glasgow.ac.uk

¹ **Correspondence to:** Esin Örucü (Professor), Glasgow University, Faculty of Law, Glasgow-Scotland, E-mail: esin.orucu@glasgow.ac.uk ORCID: 0000-0002-1425-2407

1. INTRODUCTON

“being many, seemingly one”

from Shakespeare, Sonnet 8

It is a great honour and privilege for me to have been invited to deliver the 38th Tucker Lecture here in the elegant surroundings of the Paul Hebert Law Centre. It is also a great pleasure. The pleasure is enhanced by the fact that the Lecture falls on St Patrick’s Day, and more important, that it marks the fiftieth anniversary of the Centre of Civil Law Studies now directed by my dear friend Professor Olivier Moreteau whose hospitality I am enjoying. Thus I hope you will find it appropriate that my talk is on spreading the word and also creating a civil law system.

Let me first clarify the title of this lecture: The first part of the title refers to the Louisiana experience, which I will consider later in this talk. I call this “one into three”, since the now monolingual Louisiana Civil Code is being translated into French and Spanish, which I define as “spreading the word”. The Louisiana Civil Code Translation Project Conference in 2014 called this expansion, “enhancing visibility”. Louisiana is not alone in this, however. A well-known instance of this kind of enhancement, though for a different purpose, is the monolingual Dutch Civil Code being converted, by translation, into a trilingual Code (Dutch, French and English), that is, another “one into three”.¹ There is also the instance of the translation of the bilingual Quebec Code (originally in French and English) into Spanish, thus creating yet another trilingual Code, rivalling the Louisiana one, however, this time “two into three”.² Then, though not recent, there is the Fisher’s translation of the Civil Code of Philippines from Spanish into English, “one into two”.³ Other instances might come to mind.

The second part of the title refers to the Turkish experience. Before considering the Louisiana case, I will deal with the translation into Turkish from the already trilingual Swiss Civil Code (in French, German and Italian), seemingly a “three into one” case. I define this as “creating a civil law system”. If all the three versions of the Swiss Code were looked into by the Turkish translators – as should have been the case - it could truly have been “three into one”. Unfortunately, the Turkish translators used only the French version of the Swiss Civil Code. Furthermore, had the Swiss themselves been involved in translating their Civil Code into Turkish, then the title of this lecture would have been “One into Three – Three into Four”! In fact, the Swiss did produce an official English version of their Code (three into four – a quatrolingual

¹ For this see Ejan Mackaay, *La traduction du nouveau Code civil néerlandais en anglais et en français*, in JEAN-CLAUDE GEMAR, & NICHOLAS KASIRER (eds) *JURILINGUISTIQUE: ENTRE LANGUES ET DROITS - JURILINGUISTICS: BETWEEN LAW AND LANGUAGE* (2005), 537.

² See Jimena Andina Dorato, *A jurilinguistic Study of the trilingual Civil Code of Quebec* 4 *JOURNAL OF CIVIL LAW STUDIES*, 591-630 (2011).

³ For this see Franklin R Capistrano, *Mistakes and Inaccuracies in Fisher’s Translation of the Spanish Civil Code* 9 *PHILIPPINE L. J.* 89-141 (1929).

Code), though English is not regarded as the fourth official language. Its use is mainly in commercial law and international arbitration cases.

The crucial role of translation in multilingual law-making should alert us to problems to be encountered in developing not a single but a multilingual legal language through the example of European Union harmonization. This is also worth noting for more lessons to be learnt, although I will not be dealing with these issues in this lecture.⁴ For me as a comparatist however, the connection to comparative law becomes more than evident in all the works above.

Also, what I will not be doing here is looking at deeper and contentious questions such as, “if law lives in and through language, what happens to it when it is transferred into another language?”⁵ If the structure of a language influences, or even determines, the mode and content of thought, might it not be that any language can only express certain thoughts, and that these thoughts differ from culture to culture? There are also other questions to be studied by jurilinguists, such as “how strong is the link between the law or a legal system and the language of its statutes?” And “is a ‘neutral legal language’ possible or even necessary?”⁶ I leave the discussion of these questions to others, linguists, sociologist and anthropologists, who would be in a better position than I am to tackle these issues.

Now, I would like to start this lecture by looking briefly at some general concerns related to code translations, such as language, culture, transpositions, neologisms, equivalence and mistranslations.

2. GENERAL CONCERNS RELATED TO CODE TRANSLATIONS

Intra-linguistic translations deal with two languages: a source language and a target language, although, legal language may be regarded as having a system-specific nature. However, when culture-specific institutions, procedures or official bodies are involved one would obviously expect problems. Because no two languages are sufficiently similar as to be considered to represent precisely the same social reality, the untranslatable can be transcribed or explained in such cases. In legal systems that portray socio-cultural and legal-cultural affinity, the “legal register” may have become naturalized as a result of “sufficient similarity”.⁷ When it is a case of impossibility of translation, translator’s notes may be required. This method however, could not easily

⁴ C J W BAAIJ (ed) THE ROLE OF LEGAL TRANSLATION IN LEGAL HARMONIZATION (2012).

⁵ BERNHARD GROSSFELD, THE STRENGTH AND WEAKNESS OF COMPARATIVE LAW (trans. Tony Weir, 1990) at 101.

⁶ Dorato, supra note 2 at 618.

⁷ To translate technical words used by lawyers in France, in Germany or elsewhere on the European continent into Turkish, the case I will deal with below, would have been in many cases a near impossible task. The best approach may have been to keep the original word and provide an explanation as suggested by Martin Weston, though in the context of a code translation this may not be appropriate. See MARTIN WESTON, TECHNICAL AND PRACTICAL APPROACHES TO TRANSLATION, in AN ENGLISH READER’S GUIDE TO THE FRENCH LEGAL SYSTEM (Berg: Oxford, 1991), 9-42.

be considered with ease when translating Codes, where there are mostly instances of word-for-word translation and occasionally of neologism. Code translations are particularly difficult, are full of hazards and create specific problems, and resorting to the original text might become necessary for accurate results. Different to the translation of the Quebec Civil Code into Spanish, the Turkish translators for instance, did not indicate “with a dagger symbol and notes ‘infelicities in language’ with an asterisk”,⁸ thus outlining difficult or controversial choices in translation. In fact, in the Turkish case, there are no translators’ notes as is the case in the Quebec Code translation into Spanish, but following each article in the Turkish Civil Code the number of the corresponding Swiss article appears, with the aim that scholars and judges may like to consult the original text, if they so wish.

“An alternative way of dealing with culture-specific terms, when translation in the narrower sense is not possible”,⁹ is transcription or borrowing, which is not translation. It may be assumed that between European languages, such as English, French and Spanish, the difficulties may be less pronounced than between European languages and a non-European language such as Turkish, which I will deal with below. This is related to the presence or absence of common cultural denominators.¹⁰

It is true that the word is an essential vehicle of cultural influence and the language of a particular society is an integral part of its culture, yet, cultures are not necessarily coterminous with languages. Because the lexical distinctions drawn by each language reflect the culturally important institutions and activities of that society, in the process of legal translation, what is generally sought is functional equivalents. It can also be assumed that there is much “cultural overlap”. A greater or lesser degree of equivalence can be found in the “application” of the word, though there may be no synonymy between words of different languages. The general assumption is that exact equivalence cannot be obtained and that validity can be achieved only through control of factors that affect equivalence. Martin Weston – a one time translator in the Secretariat of the Council of Europe in Strasbourg and Senior Translator in the Registry of the European Court of Human Rights - suggests five possible options open to translators facing culture-bound source language: use of a target language expression denoting the nearest equivalent concept (functional equivalence); word-for-word translation, making adjustments of syntax and function words if necessary; borrowing of the foreign expression, adding a target language explanation if the concept is unlikely to be familiar to the target language readership; creation of a neologism in the form of a

⁸ See Dorato, *supra* note 2 at 595.

⁹ Weston *supra* note 7 at 30.

¹⁰ See for the problem of seemingly similar words with different connotations between French and English, Vivian Grosswald Curran, *Comparative Law and Language* in MATHIAS REIMANN AND REINHARD ZIMMERMANN (eds) THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW (2006) 675-707 at 678 and UGO MATTEI, TLEMN RUSKOLA, & ANTONIO GIDI, SCHLESINGER’S COMPARATIVE LAW: CASES-TEXTS-MATERIALS, (7th ed 2009) at 154-162. The same problem exists between Dutch and German, and even Austrian and German.

literal translation, a naturalization or a wholly non-formal translation; or lastly, use of an existing naturalization.¹¹

Creating neologisms is a subsidiary solution and a last resort in any translation activity in law. Necessity must be the mandatory test. As Weston says, “it is no business of the translator’s to create a new word or expression if the source language expression can be adequately and conveniently translated by one of the methods already described”.¹² It is possible to combine old words to form new compounds or phrases. It must also be kept in mind that all neologisms created must satisfy the requirements of conformity with regular target language grammatical, morphological and phonological patterns. What are needed are naturalness as well as economy and succinctness.

Loanwords, recognizable from the language of origin, borrowed from other languages, may be regarded in the receiving system as indications of cultural transformation and therefore less desirable. Preserving the source term can be an option when languages are related. Yet, as underlined by Rene de Groot, “using an untranslated term from the source language in the target language must be avoided in particular where there is little or no etymological correspondence between the two languages”.¹³

In his work, de Groot gives the example of mortgage, illustrating the translation of the Spanish word *hipoteca* into English as *hypothec*, rather than *mortgage*. He asks the question: “Would this term not look very odd to an English reader of the target text if no explanation is provided?”¹⁴ Obviously, the word *hypothec* would work well with Scottish or Louisiana audiences!

Reading is related to *conceptual content*, and it is often impossible to give the meaning of a word without *putting it in context*. A word-for-word translation, that is *literal translation* (formal lexical equivalence), can be criticized in this regard. If there are source language expressions that defy translation in the narrow sense, then literal translation makes no sense. In such a case, transcribing or paraphrasing (glossing) can be recommended. The source language term will be given in italics or between inverted commas and followed in brackets by the target language gloss. Although this may be a workable method in general, one cannot clarify the original term in a code by adding a literal translation in parentheses. Although, Jamima Andino Dorato suggests that ‘where translation is found to be impossible, a note is evidently necessary’ and in fact, there are seventy-eight translator’s notes in the Spanish version of the Quebec Civil Code.¹⁵

¹¹ Weston, *supra* note 7, at 19-21 and 31.

¹² *id* at 28.

¹³ Gerard-Rene de Groot, *Legal Translation*, in JAN SMITS (ed) ELGAR ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, (2nd ed. 2012) 538-554 at 541.

¹⁴ *Ibid*, at 544.

¹⁵ See Dorato *supra* note 2, 613.

Because “sentences are unlimited in their variety of the arrangement of words”,¹⁶ and because language is connected to context, and because in the context of statutory interpretation, the instrument is considered “an always speaking statute”¹⁷ and the words are given their “natural and ordinary meanings” that reflect the “common sense” proposition, it seems difficult “to accept easily that people have made linguistic mistakes in formal documents”.¹⁸ This however, may not always be true, as for example, seen in the Turkish translations.

Roman law terms may also be attractive as neologisms, since one can assume that lawyers have knowledge of Latin. Latin phrases such as *lis alibi pendens*, *forum non conveniens*, *ejusdem generis*, *negotiorum gestio*, *status de manerio*, *sine die*, *sic utere tuo ut alienum non laedas* can be retained in Latin. However, the target audience is not necessarily only lawyers, so care has to be taken.

As to ambiguity, the double meaning with doubt and uncertainty: *patent ambiguity* is obvious on the face of the instrument; *latent ambiguity* becomes apparent only when the surrounding circumstances are known. To resolve ambiguity extrinsic evidence is admissible to enable the court to ascertain the meaning. Ambiguities in the meaning of the translated codes or other legislation are resolved by recourse to rules of construction and interpretation and, more important, resort to the original texts.

Finally, although inadequate for dealing with linguistic comparability, using *back translation*, a simple technique, may help in writing multilingual texts. Rather than offering solutions however, it would serve as a detector of problems. A comparison of the two or more texts can show the sources of difficulty and inconsistency. Yet, an item in the source language may give rise to more than one version in a target language and re-translation may create multiple source language versions.

3. THREE INTO ONE: THE TURKISH CASE

I would now like to move onto illustrating some of the above issues through the experience of Turkey with her process of total and global modernization, westernization, secularization, democratization and constitutionalism.

Let me tell you about the Turkish experience of creating a civil law system, and thereby a new identity for the populace.¹⁹

¹⁶ Johan Steyn, *Interpretation: Legal Texts and their Landscape*, in BASIL S. MARKESINIS (ed) THE CLIFFORD CHANCE MILLENNIUM LECTURES; THE COMING TOGETHER OF THE COMMON LAW AND THE CIVIL LAW, 79-90 at 81 (2000); Esin Örücü, *Interpretation of Multilingual Texts in the UK*, vol 10.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 2006), <<http://www.ejcl.org/103/art103-9.pdf>>

¹⁷ *id* at 90.

¹⁸ *id*.

¹⁹ The birth of this identity was also supported by the social reforms introduced by the eight reform laws (*Inkılâp Kanunları*), establishing secular education and civil marriage, adopting the Latin alphabet and the international numerals, introducing the hat, closing the dervish convents, abolishing certain titles, and prohibiting the wearing of certain garments. These reform laws are still protected by Art 174 of the 1982 Constitution.

The Turkish Republic was founded in 1923, following the collapse of the Ottoman Empire. The Ottoman state already had a mixed legal system from 1839 onwards, with Islamic law and French law constituting the legal framework. Personal laws applied on the basis of religions of the various communities forming a kind of legal pluralism. However, the Republic's vision of total modernization, westernization and secularization led to reform efforts that rested solely on import from major continental jurisdictions both as to form and content. French administrative law was already put in place during the time of the Ottoman Empire. The borrowed codes now were the 1926 Civil Code and Code of Obligations from Switzerland, the 1926 Commercial Code from Germany, the 1926 Criminal Code from Italy, the 1927 Code of Civil Procedure from Switzerland and the 1929 Code of Criminal Procedure from Germany. Thus, from 1926 to 1930, within a span of five years a civilian legal system was created. This meant that the legal framework was synthetically constructed through voluntary and imposed receptions, imitations, adaptations and adjustments. As a result, an *eclectic* and *synthetic* legal system was born, directly borrowed and translated from, and significantly replicating, foreign civilian models.²⁰ Such large-scale borrowings transformed the mixed legal system into a civilian system, thus promoting the civil law in Turkish. However, law was being infused from societies and laws socio- and legal-culturally diverse from her own.

At times the choice of system to borrow from was driven by the perceived *prestige* of the model, and at other times by *efficiency*. Sometimes *chance* or *historical accident* played a role. The fact that a number of different models were chosen, except on the whole, the civilian tradition, might have given the borrowings "cultural legitimacy".²¹

For my purposes here, I will only deal with the Civil Code. To achieve the aim of the vision and for the modernization of the civil law, the Swiss Civil Code was chosen. This Code was preferred over the French or the German ones because it was regarded as adapted to the multitude of cantonal customs; it did not use a technical language and therefore would be more easily translatable; it was set out as briefly as possible; it avoided judicial conceptualism; it favoured democratic equality by allowing freedom of contract, freedom of testation, equal rights in intestacy and equality of the sexes. Added to these reasons was also the fact that certain leading personalities in the Turkish legal world, such as the then Minister of Justice, were educated in Switzerland.²²

The task of translating the trilingual Swiss Civil Code from its French version was given to a commission of twenty-six members. A number of special commissions

²⁰ Esin Örüçü *A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience* 1:2 THE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 261-281 (2006).

²¹ Gianmaria Ajani, *The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications* in ITALIAN NATIONAL REPORTS TO THE XVTH INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW, 65-82 (1998), at 68-69 and 80.

²² See ERHAN ADAL, FUNDAMENTALS OF TURKISH PRIVATE LAW (rev. 5th ed. 1998) at 44, 48.

later translated most of the important commentaries on various branches of law into Turkish. In fact, within the year 1926, Turkish legal experts translated and produced three entirely new codes (Civil, Criminal and Commercial), and more were to follow.²³

As a result of such far reaching translations, there were a number of problems created, the least being that the Turkish translators were not all professional translators but relied upon their knowledge of the specific foreign language necessary for translating a Code: in the case of the Swiss Civil Code for instance, this was French. One feature these translators had in common was skill in French, though their knowledge of legal French differed. Possibly none had any training in legal translation, though they were trained in law. There was a comparable problem in the case of the Quebec Code translation into Spanish. Dorato tells us that “one feature they [translators] all had in common was skill in Spanish, though their knowledge of Latin Spanish differed: only a few of them had studied or practiced law in Spanish speaking countries.” The “translators did not have much experience with respect to Quebec law and its context” either.²⁴

We know that the three authentic versions of the trilingual Swiss Civil Code, German, French and Italian texts, prepared with great care, are all equally authoritative. And yet, there are various discrepancies between the three texts. The French, German and Italian versions of the Swiss Civil Code do not always agree. Since in Switzerland all the versions have equal value, in case of doubt, the judges have to resort to all versions and may have to make a choice between versions while interpreting the law, but not in Turkey. It is not difficult to expect that there were and still are problems created as a result of translations and building a system based on translation. If a faithful translation of the Swiss Civil Code were to be provided, the translators of such a multilingual text should not have ignored the legal authority of each of the languages. Translating a trilingual Code into a fourth language as such creates a serious problem in itself, let alone when only one version is used. As Dorato points out, it is a requirement to get to all the texts (three in our case) and to take them all into account.²⁵ However, she tells us that in the Quebec translation of the code into Spanish, “even if the English version had an important role, the French version seems to have been considered the source text and the English version mostly as a translation of it”, though the translators knew that this was an officially bilingual code.²⁶

Neither did the Turkish translators have a basic knowledge of the legal system of the language they were translating from, which is a prerequisite “to properly

²³ Code of Civil Procedure (1927), Code of Criminal Procedure (1929), Bankruptcy Code (1929) and Maritime Code (1930).

²⁴ See Dorato *supra* note 2, at 606 and at 609.

²⁵ *id* at 602.

²⁶ *Id*, at 611.

translate at a scholarly level”.²⁷ A number of Turkish academics thereafter had most of their training in universities in the countries whence the receptions came. They then undertook the *fitting* of the models to the Turkish situation and the *tuning* of them. In the early years of the Republic language training and translations were extensive. Fortunately for the Turkish legal system, again in the early years of the Republic, as a consequence of a historical accident, Swiss, Austrian and German immigrant academics also contributed to the new legal system. This greatly helped the imported system to take root.²⁸ Professors such as Schwartz, König, Neumark and Hirsch, were given sanctuary in Turkey before the Second World War, and held posts in the Turkish universities of İstanbul and Ankara. The presence of such Professors in Turkey at the time of reception fuelled the spread of civilian legal ideas. Many of their Turkish assistant lecturers later themselves became professors and so helped the “internal diffusion” and subsequent “infusion” of the law.²⁹

A Turkish Civil law, a Turkish Commercial law, a Turkish Criminal law, a Turkish Criminal Procedure, a Turkish Civil Procedure and other laws have developed over the years, slowly diverging from the source-laws. Nonetheless, even today, the higher courts, as the interpreters of the law, at times make use of the models when reaching decisions. They never base a decision solely on the source-law but the foreign models are still seen as aids to further modernization, as stimulus and corrector, aiding interpretation of the translated texts.

I must now mention three specific factors to illustrate the vastness of the task. The first factor is the peculiarity of the Turkish language and its total difference to the source languages: Turkish is a member of the south-western or Oghuz group of the Turkic languages. Other members of the group are the Turkic dialects of the Balkans; Azeri or Azerbaijani, spoken in north-west Iran and Azerbaijan; the Qashqai of south Iran; the Turkmen or Turcoman of Turkmenistan.³⁰

Turks were converted to Islam from the tenth century onwards and adopted the Arabic alphabet. A vast number of Arabic terms related to theology, thought and

²⁷ Mattei et al supra note 10 at 159. In fact again Dorato points out that in the Quebec experience, the translators did not know of “the Quebecer’s perspective”, not having had contact with ‘the Quebec reality’. See Dorato supra note 2, at 605. They “did not have much experience with respect to Quebec law and its context” either. id, at 609.

²⁸ On an extensive history and the importance of this event see, HORST WIDMANN, EXIL UND BILDUNGSHILFE: DIE DEUTSCHSPRACHIGE AKADEMISCHE EMIGRATION IN DIE TURKEI NACH 1933 MIT EINER BIBLIOGRAPHIE DER EMIGRIERTEN HOCHSCHULLEHRER IN ANHANG (1973).

²⁹ See Esin Örtücü, *The Infusion of the Diffused: Four Circles of Diffusion Infusing the Turkish Legal System*, in SUE FARRAN ET AL (eds) DIFFUSION OF LAW: THE MOVEMENT OF LAW AND NORMS AROUND THE WORLD (Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers., 2015).

³⁰ See GEOFFREY LEWIS, TURKISH GRAMMAR (1967) at ix. For those unfamiliar with the Turkish alphabet: it contains the letters ç, ş, ğ, ö, ü and ı (undotted i) both in the lower case and the upper case, in addition to twenty-three letters from the Latin alphabet (i.e. not q, w or x). Most Turkish consonants are pronounced as in English, most of the vowels as in Italian, but there are some variations. The Turkish ö and ü are like the German, or like the vowels in French *peu* and *tu*, dotted Turkish *i* like *i* in ‘sit’, the undotted *i* (ı) something between *i* as in ‘will’ and *u* as in ‘radium’. Among the consonants ç and ş are like *sh* and *ch*, as they are pronounced. *C* is pronounced like the *j* in ‘jet’. The ğ, after *e* and *i* - roughly as *y* in ‘saying’, after *o*, *ö*, *u*, *ü* - roughly as ‘sowing’, after *a* and *ı*, hardly sounded, but has the effect of lengthening the vowel. On the new alphabet see GEOFFREY LEWIS, THE TURKISH LANGUAGE REFORM: A CATASTROPHIC SUCCESS (1999) at 27-39.

civilization entered the language. When the Seljuk dynasty was overrun by Persia in the eleventh century, Persian became the language of Turkish administration and literary culture. As a result, the “educated Turk’s vocabulary” was formed by “thousands of Persian words [which] joined the thousands of Arabic words”.³¹ By the end of the thirteenth century, this hybrid language became the official language of the Ottoman dynasty. The speech of the majority of ordinary Turks, however, was always Turkish.

In 1928, the Arabo-Persian alphabet was replaced by the Latin one, but as a result of the nationalist element in the change, the new letters were not called Latin, but “Turkish”, in contrast to the old Arabic script. Because the Codes had been translated into Ottoman Turkish and promulgated in 1926, and published in the old script, after the change to the new alphabet, they had to be re-written, that is transcribed from the Arabic alphabet to the Latin one. The new versions appeared in 1934.³² Thereafter a substantial language reform movement began. Ottoman Turkish was eliminated and Turkish words replaced Persian and Arabic words. Where none were to be found, they searched for words from other Turkic languages, and even sometimes invented new ones. New words were coined from Turkish roots, or from western words. Inevitably, this movement also impacted the Codes. Although the script was changed and an effort was made to keep the language simple, for a long time, the terminology remained mostly unchanged.

It must be remembered that the existing Ottoman legal language was totally different to the new source languages. French, German and Italian, had no connection with Arabic, Persian and the legal target language Turkish - be it Ottoman Turkish or modern Turkish.

The second factor is that this difference was not only due to the fact that the languages were not related in any way, but also that “most” of the existing legal institutions and mentality from the Ottoman times hailed from Islamic law: a different culture. I say “most” here advisedly, since following the Reformation movement (*Tanzimat*) in 1839, the Ottoman Empire moved, as noted, from being an Islamic State to becoming a mixed legal system, by borrowing a number of Codes from France in order to appease the western powers: in 1850 Commercial Code, in 1861 Commercial Court Procedure, in 1863 Maritime Code (also influenced by the Belgian and the Prussian Codes), and in 1879 Code of Criminal Procedure. These were also translations.

Furthermore, the potential users of the translations, judges and lawyers, were not familiar with the source languages, source culture or the source-laws. Martin Weston observes that, “the fundamental difficulty in translation of any kind is how

³¹ *id* at xx.

³² The texts became in time virtually incomprehensible. However, there was later an edition of the Civil Code, where the 1934 text was on the left hand page and a translation into the Turkish of 1970s on the right. The new 2002 Code is more accessible to lawyers, though not necessarily to laymen.

to overcome conceptual difference”.³³ A concept or institution peculiar to the source-language-culture is said to be “more or less untranslatable”, all else being “more or less translatable”.³⁴ Then the translator can opt for equivalence looking for equivalents in the target language for terms of the source language legal systems.³⁵ As certain terms of art in the source legal traditions did not exist in the Turkish one, this was not possible in all cases in the Turkish situation.

Because legal terminology has system-specificity, equivalents work well when the legal systems concerned are nearly the same or very similar. There are also “vast networks of associations of a word in one language that cannot all be transposed into the other, such that there must be a loss of connotative significance in the process”.³⁶ If one were to go for “functional equivalence”, then, similarly, in the Turkish case, one would also come across problems arising from the above differences while looking for “the nearest situationally equivalent concept”.³⁷ So, “how should translations be elaborated when a legal phenomenon has no exact equivalent in two languages?”³⁸ This has been a significant problem in Turkey.

The third factor to be noted is that the Turkish language is phonetic in the sense that in the system of writing and pronunciation there is a direct correspondence between symbols and sounds. If foreign words are borrowed either in terms of loan-borrowing or calque, they must be converted into Turkish symbols to be pronounced correctly. Previously, the spellings were changed when words were generally borrowed from French, German, Italian and English to fit the phonetic Turkish language. For example, French “station” became “istasyon”, Italian “scala”, “iskele”, German “schlep”, “şilep”, English “steam”, “istim” and so on.³⁹ Today, this does not seem to happen. Not only that, but English seems to have entered the Turkish language at an enormous speed. Geoffrey Lewis calls this “the new yoke”⁴⁰

In spite of the fact that Roman law was taught in Law Faculties in Turkey, jurists in Turkey know no Latin. Therefore, Roman law terms and Latin phrases, which may be attractive as neologisms, could not have been retained in Latin as the basis of the Turkish language is not Latin.

While reminiscing of his years of teaching Commercial Law in Turkey, Professor Ernest Hirsch, one of the foreign professors working in Turkey during the formative

³³ Weston *supra* note 7 at 9. Also see de Groot, *supra* note 14 at 538.

³⁴ Weston *id.*

³⁵ de Groot, *supra* note 14 at 539-540.

³⁶ Curran *supra* note 10 at 679.

³⁷ Weston *supra* note 7 at 21.

³⁸ Curran *supra* note 10 at 678.

³⁹ See for more examples, Lewis (1967) *supra* note 30 at 9.

⁴⁰ Lewis (1999) *supra* note 30 at 133-139.

years of Turkish law,⁴¹ writes that he was not using the Turkish Commercial Code since he knew no Turkish. Rather, he used two unofficial French translations of it, which were not identical. He points out that in the preparation of the Commercial Code (1926/1929) a number of translators used different foreign Codes, not just the German one. The Code was therefore eclectic and in its translation a variety of terminology was used, depending on the translator. He reports that his Turkish colleagues told him jokingly, that, “the Code is a Russian salad in need of mayonnaise to be put on top by you”.⁴² He further admits that since he studied the Code from those inadequate French translations and lectured in German, the lectures then being translated into Turkish, all the lectures were partially ambiguous and partially incomprehensible!

Most of the codes have been updated in our day: the Civil Code in 2002, the Criminal Code in 2005 and the Commercial Code in 2011, but the bases have not changed and they still carry the stamps of the translated laws of the 1920s, though these new codes are not direct translations any more.

4. ONE INTO THREE: THE LOUISIANA CODE

I am aware that I will be partially “taking coal to Newcastle” or more colloquially here, “sand to the beach”, when I talk of the Louisiana experience at Louisiana State University. Be that as it may, let us now turn our gaze to the Louisiana experience. When we look into the history of codification in Louisiana, if the 1769 O’Reilly’s Code⁴³ based on Spanish law transforming Louisiana into a Spanish ultramarine province is left to one side, we see as the first important enactment the 1808 Digest: ‘A Digest of the Civil Laws now in Force in the Territory of Orleans, with Alterations and Amendments Adapted to its Present Form of Government’. This Digest known as the Louisiana Civil Code of 1808⁴⁴ was bilingual, published both in French and English, the English version being a translation from the French original. This is the Code which was revised in 1825, again as a bilingual code, and finally in 1870. As revised and amended, the 1870 Code, now monolingual and only in English, but bilingual in spirit, remained the foundation of Louisiana private law until very recently. Even today, parts of the 1870 Code are deemed applicable.

The 1808 Civil Code or Digest was based on a variety of sources, its model being the preparatory works and the final text of the French Civil Code of 1804, together

⁴¹ Ernest Hirsch, *Yasama ile Öğreti ve Yargı Arasındaki Karşılıklı Bağlılık* (Reciprocal Ties between Legislation, Education and the Judiciary) in 50. YIL ARMAĞANI: CUMHURİYET DÖNEMİNDE HUKUK, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 1888/421, 173-189 (1973), at 173.

⁴² *Id* at 176.

⁴³ There are vibrant discussions on whether O’Reilly Code repealed the French law that prevailed in Louisiana then, as French law was still in force at the time of the Purchase (especially between Tucker, Batiza and Pascal). However, there is no published project acknowledging the debt to either of the sources.

⁴⁴ Here too we must say that the discussion as to whether the Code was a Code or a Digest, even for the present one, never went away.

with Roman law, Spanish law and Common law. One might say that Spanish law remained in the blood, though the French model dominated: when there was an obvious difference between Spanish and French laws, the redactors were careful to adopt Spanish solutions.⁴⁵

The 1808 and the 1825 Civil Codes were mainly a blend of two specific sources (French and Spanish) and both Codes appeared in French and English, first drawn up in French and then translated into English. Although both versions had equal status officially, there were a number of errors in the English text. In the event of obscurity, ambiguity, fault or omission, both texts were to be consulted and mutually serve the interpretation of one or the other. This was the case for the 1808 enactment. For the 1825 one, the two texts were printed on facing pages and there were no provisions for the resolution of conflicts between the two texts. Because of the poor quality of the translation, the courts came to the conclusion that the French text was to be controlling. This strengthened the place of French culture in the Louisiana civilian tradition since the legal profession had to be familiar with French legislation, jurisprudence and doctrine.

Although, the 1825 Code followed the French Civil Code closely and the redactors relied heavily on French doctrine and jurisprudence, still the Roman and Spanish sources were there, their basic assumptions and character being retained unless better rules could be found or devised. The redactors also identified their sources for the amendments, deletions and additions. The still bilingual 1825 Code, as an all-inclusive piece of legislation, intended to break with the past. It was not just an amendment of the 1808 Digest. Its article 3521 stated that,

The Spanish, Roman and French laws, which were in force in this State, when Louisiana was ceded to the United States, and the acts of the Legislative Council, of the Legislature of the territory of Orleans and of the Legislature of the State of Louisiana, are hereby repealed in every case, for which it has especially provided in this Code, and that they shall not be invoked as laws, even under the pretence that their provisions are not contrary or repugnant to those of this Code.

Not seeing this to be sufficient in view of the attitude of the Louisiana Supreme Court, in 1828 the Great Repealing Act was passed.

We see that this blend survived in the 1870 Code, though now only in English. This Code was published under the title “The Revised Civil Code of the State of

⁴⁵ See Vicenc Feliu, Dennis Kim-Prieto & Teresa M Miguel, *A Closer Look: A Symposium Among Legal Historian and Law Librarians to Uncover the Spanish Roots of the Louisiana Civil Law* (2011 28 INTERNATIONAL JOURNAL OF LEGAL INFORMATION, 295). The authors consider the debate regarding whether the origin of Louisiana civil law is based in the Spanish or in the French legal tradition which has been ongoing since incorporation into the United States. They propose and demonstrate that the Spanish, not French, civil law had an enormous influence on the creation and evolution of Louisiana civil law and that this legacy resonates today.

Louisiana”. Actually it was substantially the Code of 1825. The revision related to the elimination of certain provisions such as those concerning slavery and incorporation of amendments made with integration of acts passed since 1825. The articles were thus re-numbered. The question then became whether the French text was still to be regarded as the controlling text as and when a conflict occurred between the English and the French versions in the untouched articles of the 1825 Code, now in the 1870 Code. Because the French and Spanish speakers in Louisiana had vastly dwindled, this approach became untenable however. Nevertheless, the 1870 Louisiana Civil Code was both functional and durable.

In the last decades of the twentieth century, countries such as Quebec, the Netherlands, Belgium and France all felt the need to update their codes, as these codes did not anymore reflect or respond to the social needs of the populace. The Louisiana legislature also decided to produce a new code and, similar to the Dutch, chose the method of selective revision of individual titles and chapters. The revision started in 1987 and within ten years most of the Code was completely revised. The present Code (or as some have it, the new Digest⁴⁶) has other sources than the classical French and Spanish, though all in the civilian legal tradition. There are for instance, references to German, Greek, Italian, Quebec, Swiss and even Ethiopian Codes, as pointed out in the comments following the articles of the Code. Thus it does indeed enhance the visibility of the civil law tradition and as such it can be expected to contribute further to the American common law culture in the other American states and the federal law. This can be assessed as promoting the civil law in English.⁴⁷

By translating the Code into French and Spanish, the visibility will be further enhanced.⁴⁸ We know that already the 1825 Louisiana Code has had its impact on a number of Latin American civil codes, such as the Chilean (1855), which influenced later Latin American codifications such as the Ecuador of 1857, Colombia of 1873/1887, El Salvador of 1859, the Brazilian of 1864, and Puerto Rican and the Argentinean ones of 1871.⁴⁹ The Argentinean Code then became a model for others and also influenced the revisions in 1984 of the 1870 Louisiana Code in the area of conventional obligations. The 1825 Louisiana Civil Code served as a natural model for the drafting, style and substance of these Codes in Latin America. According to

⁴⁶ See Vernon Palmer, *The Death of a Code - The Birth of a Digest* (1988) 63 TULANE LAW REVIEW, 221-264; Vernon Plamer, *Revision of the Code or Regression to a Digest? A Rejoinder to Professor Cueto-Rua* (1989) 64 TULANE LAW REVIEW, 177-186, among others.

⁴⁷ However, see, Alain Levasseur & Vincenc Feliu, *The English Fox in the Louisiana Civil law Chausse-Trappe: Civil Law Concepts in the English Language; Comparativists Beware* 69 L.A.L.REV (2009), 715.

⁴⁸ The French translation is well under way. We must remember here that while, obviously, the translation is into standard French, the position of Cojun French, spoken by some in Louisiana, is neglected (See the emphasis in the 1968 CODOFIL Council for the Development of French in Louisiana report, as discussed in 2014 by James Etienne Viator, (2014) 60 LOYOLA LAW JOURNAL, 273.

⁴⁹ See Rolf Knutel, *Influence of the Louisiana Civil Code in Latin America*, (1996) 70 TULANE LAW REVIEW, 1445-1477.

Knutel, ‘the Louisiana Civil Code, animated by the spirit of Roman Law and of civil law, has been “the means of transportation through which, the fruits and results of this legal thinking arrived in the then–modern and young South American states.”⁵⁰ In addition, in the Caribbean Basin, the Civil Code of St Lucia was also impacted by the Louisiana Civil Code.

Even the Spanish Civil Code was influenced by the Preliminary Title of the revised edition of the 1870 Louisiana Code, in the changes introduced into the text of the Spanish Code, which is younger than the 1870 Louisiana one. Thus Louisiana Civil Code provisions were exported into Latin America, back to Spain and Europe in the “Old World”.⁵¹ As Knutel notes:

*The Roman legal institutions, maxims, and solutions to legal problems travel around the world, from Rome to France and Spain; from there to Louisiana; from Louisiana to Latin America; and from Latin America back to Louisiana and back again to Europe. They may change their appearance, but in their substance, they remain Roman.*⁵²

Hopefully, the Louisiana Civil Code will again be a model for Latin American code revision projects, competing with the Quebec Code. In this context, the Spanish version rather than the French should prove to be the more valuable of the two.

In sum, viewed from a historical point of view, today’s translation of the present Louisiana Civil Code into French and Spanish does not come as a surprise. The affinity to both French and Spanish laws has been there from the start. We also have to remember that although the 1808 and 1825 Codes were bilingual, the French text was the controlling text, as it was claimed that the English translation was done in a hurry and was not very accurate. Even after the 1870 Code this discussion did not die away. Again from a historical perspective, today’s translation project signifies Louisiana’s legal and cultural heritage and a return to an original identity that is based on French and Spanish cultures. Though not its overt aim, this “one into three” can therefore also be regarded as a rekindling of the past, a nostalgic move towards a past heritage that might be in the process of being lost.⁵³ Because common law influence expanded, and the 1870 Code faced the danger of becoming just another statute, the new Code and this translation project is also making a statement. Re-asserting the civilian past may be seen as a stamp of identity in a common law surrounding in the

⁵⁰ *ibid.*, at 1467/68. Knutel also asks the question (1451/52), why would the lawmakers of a Code think it would be helpful or appropriate to borrow a foreign code (the LCC) for their work? He gives as reasons, it was relatively easy to gain knowledge; the 1825 LCC was the first civil code of the New World and therefore became a model; and the community played a role in legal development.

⁵¹ *Ibid.*, at 1451 and Shael Herman, ‘Louisiana’s Contribution to the 1852 Project of the Spanish Civil Code’, (1982) 42 LA.L.REV 1509, 1512.

⁵² Knutel, *supra* note 50 at 1474.

⁵³ For elements in mixed legal systems that are endangered, see contributions in SUE FARRAN, ESIN ORUCU & SEAN Patrick DONLAN (EDS), *A STUDY OF MIXED LEGAL SYSTEMS: ENDANGERED, ENTRENCHED OR BLENDED* (Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2014).

twenty-first century, a century that is today regarded as the century of the common law and of the American kind.⁵⁴

Viewed from a comparatist's point of view, the comparators for Louisiana are the Quebec and the Dutch experiences. For instance, when the trilingual edition of the Civil Code of Quebec came out in 2008, the Spanish version was added to the French and English versions as the third column on the left. The format of three columns side by side was preferred and "the metamorphosis from translation to trilingual Code is also emphasized by the title: 'Codigo Civil de Quebec –Code Civil du Quebec-Civil Code of Quebec'".⁵⁵ This is a Code presented in three languages. Neither is there an indication that the Spanish version lacks authority. Different to the Louisiana and the Dutch Codes which are "one into three" cases, the Quebec Code was a bilingual text being translated into a third language: "two into three". Last but not least, an important question is, "which Spanish or whose Spanish?" When there are regional variants of the language into which a code has to be translated, should one search for or create a neutralized language? In the Quebec experience, although mainly the Argentine version of Spanish was used, Dorato says that "the Spanish 'neutralization' that appeared in the second stage, seems to have been more a search for a neutral Latin-American Spanish than an international Spanish."⁵⁶ Would looking at the Spanish as used in the EU legislative translations have helped?

5. ROUNDING UP

According to Eva Hoffman unless "the entire language" around the word or its audience are transported, distortions occur in translation of even a single word in "transporting human meaning from one culture to another".⁵⁷ Pierre Legrand claims that "legislation cannot make mores".⁵⁸ As seen earlier, the entire Turkish legal system, which is fully functioning, is built on such institutional transfers and translations, with a different and brand new audience and has been keeping lawyers, judges and academics active since 1926.

A great believer in receptions, and therefore - we can infer - translations, as a way forward for legal systems, Alan Watson is of the view that even when misunderstood or even mistranslated, a borrowed institution or concept may solve the problems for the solution of which it was borrowed. He says, "[...] a total mistake as to the meaning of the rules which it is thought are being borrowed need not stop the creation of a new

⁵⁴ See for example, Agabin, Pacifico, *Philippines: The twentieth Century as the Common Law's Century* in *ibid*, 61-87.

⁵⁵ Dorato, *supra* note 2, at 609.

⁵⁶ *Ibid*. at 617.

⁵⁷ EVA HOFFMAN, *LOST IN TRANSLATION: A LIFE IN A NEW LANGUAGE* (1991, 2008), 272-273.

⁵⁸ Pierre Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants* (4) MAASTRICHT JOURNAL OF COMPARATIVE AND EUROPEAN LAW 111, (1997), at 119.

doctrine nor prevent it becoming authoritative and important”.⁵⁹ Furthermore, “[...] foreign law can be influential when it is totally misunderstood”.⁶⁰ When one looks at the Turkish experience again, it can be said that Watson’s views can be endorsed.

One thing is certain and that is that the Turkish experience defies the romantic view that there is an indissoluble bond between law, language and culture.⁶¹ This experience therefore, can also be studied as a useful empirical work on the relations between language, culture, translation and comparison, and the value of a Code in more than one language. Is this relationship indeed as profound as is purported?

One crucial question to pose related to all translated codes must be: why translate a code? Aims and reasons vary.

By creating completely new laws, the aim of the Turkish experience was to demolish the foundations of the old legal system. Not only that, but the intention was to regulate, by means of legislation, the relationships of the people, not according to existing customs, usages, and religious mores, but according to what it was thought these relationships ought to be. In fact, to achieve this aim, the received Codes were accompanied by eight radical social reform laws (*İnkılap Kanunları*), establishing secular education and civil marriage, adopting the Latin alphabet and international numerals, introducing the hat, closing the dervish convents, abolishing certain titles and prohibiting the wearing of certain garments. The constitutionality of these laws cannot be challenged even today (Art. 174 of the 1982 Constitution), nor can their amendment be proposed.⁶² The radical reforms in Turkey aimed at the basics: language reform, a new western system of law, a new sense of national identity based on a newly created culture, excluding the unwanted Islamic and Arabic elements of the Ottoman heritage, creating a civil law tradition.

Can it be suggested here that the Turkish Codes, originally all translations from civilian codes, might be vehicles to “spread the word further a-field” as models for the newly emerging Middle East, Turkic and North African countries.

The aims of other experiences are quite different and not as revolutionary or even radical as the Turkish one. The present aim of the Louisiana experience for instance, is not that radical: Enhance visibility and promote the Louisiana civil law, which is in English, mostly to countries in Latin America. Since this new code has its sources in a number of civilian codes, it is a fine example of a synthetic amalgam worth exporting. Time will show its destiny as a trilingual code. The wider impact of the

⁵⁹ ALAN WATSON, *LEGAL TRANSPLANTS: AN APPROACH TO COMPARATIVE LAW*, at 52 (1974).

⁶⁰ *id* at 99.

⁶¹ Discussed by Michele Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions* in MATHIAS REIMANN AND REINHARD ZIMMERMANN (eds) *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW*, 441-475 at 469 (2006). See also Grossfeld, *supra* note 5 at 101; and Dorato, *supra* note 1 at 618.

⁶² However, change is in the air as a new Constitution is being prepared.

more recent codification effort has already been felt in, for instance Estonia, through the help of Professor Yiannopoulos in the production of the Estonian Civil Code, although the direct influence of the Louisiana Civil Code was limited.⁶³

The main aim of the Quebec experience can be compared to the Louisiana one. The Quebec Code is also the main competitor to the Louisiana Civil Code. Already in English and French, its Spanish version may prove useful if the aim is to spread the word and act as a model in Latin America. It is a vehicle for exporting Quebec legal ideas into Spanish-speaking countries.⁶⁴ In the Preface of the Code, a number of aims are stated. The trilingual Code is presented as a tool for legal practice in Quebec as well as having a theoretical use as an asset in comparative law. Another aim, again stated there and more important for our purposes here, is to serve as an inspiration to a number of foreign legislatures.⁶⁵

The aim of the Dutch translations, especially into English, is to enhance its position as a prospective model in the emerging democracies in Eastern Europe and also have an impact on the scholars and politicians in multilingual European Union law making. Dutch not being an international language shared by a large number of nations, and English seemingly becoming the new lingua franca, this prospect has definitely been strengthened by this translation process. It is a true expansion of visibility of a civilian system into the English language and into the common law world, mainly within the context of the European Union.

The aim of the Philippines translation was the preservation of the Spanish civilian heritage in a country where Spanish as an official language has been lost and the impact of American common law has grown exponentially.

Obviously, the Turkish experience is not similar to the others such as Louisiana, Quebec or the Dutch also in another way, in that here it is the recipient that translated someone else's codes and not the Swiss, Germans and Italians that translated their own codes into Turkish.

The final words must be that the most important factor in all these projects is the human factor. Through creative interpretation, mistakes and inaccuracies in translation (unless they are there on purpose) can be either eliminated over time with minor corrections or give a different direction to the law compared to the source-laws.

⁶³ See, Paul Varul & Heiki Pisuke, *Louisiana's Contribution to the Estonian Civil Code* (1999) 73 TULANE LAW REVIEW, 1027-1031. Since parts of the LCC, specifically on Property law (arts 1994-1999) impacted the ECC, can we then say that LCC was partly translated into Estonian?

⁶⁴ Dorato says, for this 'the timing was excellent since this was a decade of re-codification efforts in Latin American countries.' Previous successful efforts include Paraguay (1985), Peru (1984) and Brazil (2009). Dorato, *supra* note 2, at 604. When Argentina wanted to reform its Civil Code, the bill that was passed was to "a significant extent inspired by the Civil Code of Quebec", "recently enacted, clearly written and [considered] an excellent infusion between civil law and common law". The Bill never came into force however, and Argentina still has its 1871 Code, impacted by the LCC. *id* at 603-604.

⁶⁵ See *ibid*, at 594.

For this, an active judiciary and creative academics are needed. Louisiana definitely has them in abundance. The hope is that they will continue to enthuse those in other jurisdictions and also help in training multilingual jurists.

May the word be spread and visibility enhanced to the glory of the Louisiana mixed legal system.

As to the civil law, a quote from Shakespeare Sonnet 8 sums it up: “*being many, seemingly one*”.

BIBLIOGRAPHY

- Alain Levasseur & Vincenc Feliu, *The English Fox In The Louisiana Civil Law Chausse-Trappe: Civil Law Concepts In The English Language; Comparativists Beware*, **69 La.L.Rev**, 2009.
- Alan Watson, **Legal Transplants: An Approach To Comparative Law**, 1974.
- Bernhard Grossfeld, **The Strength And Weakness Of Comparative Law** (Çev. Tony Weir), 1990.
- C. J. W. Baaij (Ed), **The Role Of Legal Translation In Legal Harmonization**, 2012.
- Ejan Mackaay, “*La Traduction Du Nouveau Code Civil Néerlandais En Anglais Et En Français*”, In **Jean-Claude Gemar, & Nicholas Kasirer (Eds) Jurilinguistique: Entre Langues Et Droits - Jurilinguistics: Between Law And Language**, 2005.
- Erhan Adal, **Fundamentals Of Turkish Private Law**, Gözden Geçirilmiş. 5. bs., 1998.
- Ernest Hirsch, *Yasama Ile Öğreti Ve Yargı Arasındaki Karşılıklı Bağlılık* (Reciprocal Ties Between Legislation, Education And The Judiciary) In **50. Yıl Armağanı: Cumhuriyet Döneminde Hukuk**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No: 1888/421, 1973.
- Esin Örucü, *A Synthetic And Hyphenated Legal System: The Turkish Experience* **1:2 The Journal Of Comparative Law**, 2006.
- Esin Örucü, *Interpretation Of Multilingual Texts In The Uk*, Vol 10.3, **Electronic Journal Of Comparative Law**, Aralık 2006. (<http://Www.Ejcl.Org/103/Art103-9.Pdf>).
- Esin Örucü, *The Infusion Of The Diffused: Four Circles Of Diffusion Infusing The Turkish Legal System*, In **Sue Farran Et Al (Eds) Diffusion Of Law: The Movement Of Law And Norms Around The World**, Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers., 2015.
- Eva Hoffman, **Lost In Translation: A Life In A New Language**, 1991, 2008.
- Franklin R Capistrano, *Mistakes And Inaccuracies In Fisher’s Translation Of The Spanish Civil Code*, **9 Philippine L. J.**, 1929.
- Geoffrey Lewis, **Turkish Grammar**, 1967.
- Geoffrey Lewis, **The Turkish Language Reform: A Catastrophic Success**, 1999.
- Gerard-Rene De Groot, *Legal Translation*, In **Jan Smits (Ed) Elgar Encyclopedia Of Comparative Law**, 2. bs., 2012.
- Gianmaria Ajani, *The Role Of Comparative Law In The Adoption Of New Codifications* In **Italian National Reports To The Xvth International Congress Of Comparative Law**, 1998.
- Horst Widmann, *Exil Und Bildungshilfe: Die Deutschsprachige Akademische Emigration In Die Turkei Nach 1933 Mit Einer Bio-Bibliographie Der Emigrierten Hochschullehrer In Anhang*, 1973.
- James Etienne Viator, **60 Loyola Law Journal**, 2014.

- Jimena Andina Dorato, *A Jurilinguistic Study Of The Trilingual Civil Code Of Quebec*, **4 Journal Of Civil Law Studies**, 2011.
- Johan Steyn, *Interpretation: Legal Texts And Their Landscape*, In Basil S. Markesinis (Ed) *The Clifford Chance Millennium Lectures; The Coming Together Of The Common Law And The Civil Law*, 79-90, 2000.
- Martin Weston, *Technical And Practical Approaches To Translation*, In *An English Reader's Guide To The French Legal System*, Berg: Oxford, 1991.
- Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann (Eds), *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, 2006.
- Michele Graziadei, *Comparative Law As The Study Of Transplants And Receptions* In Mathias Reimann And Reinhard Zimmermann (Eds) *The Oxford Handbook Of Comparative Law*, 2006.
- Pacifico Agabin, *Philippines: The Twentieth Century As The Common Law's Century*, Aynı Eserde, in Sue Farran, Esin Orucu & Sean Patrick Donlan (Eds), *A Study Of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched Or Blended*, Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2014.
- Paul Varul & Heiki Pisuke, *Louisiana's Contribution To The Estonian Civil Code*, **73 Tulane Law Review**, 1999.
- Pierre Legrand, *The Impossibility Of Legal Transplants*, **(4) Maastricht Journal Of Comparative And European Law 111**, 1997.
- Rolf Knutel, *Influence Of The Louisiana Civil Code In Latin America*, **70 Tulane Law Review**, 1996.
- Shael Herman, *'Louisiana's Contribution To The 1852 Project Of The Spanish Civil Code'*, **42 La.L.Rev**, 1982.
- Sue Farran, Esin Orucu & Sean Patrick Donlan (Eds), *A Study Of Mixed Legal Systems: Endangered, Entrenched Or Blended*, Juris Diversitas Series, Ashgate Publishers, 2014.
- Ugo Mattei, Tlemn Ruskola, & Antonio Gidi, *Schlesinger's Comparative Law: Cases-Texts-Materials*, 7. bs., 2009.
- Vernon Plamer, *Revision Of The Code Or Regression To A Digest? A Rejoinder To Professor Cueto-Rua* **64 Tulane Law Review**, 1989.
- Vernon Palmer, *The Death Of A Code - The Birth Of A Digest*, **63 Tulane Law Review**, 1988.
- Vicenc Felliú, Dennis Kim-Prieto & Teresa M Miguel, *A Closer Look: A Symposium Among Legal Historians And Law Librarians To Uncover The Spanish Roots Of The Louisiana Civil Law*, **28. International Journal Of Legal Information**, 2011.



İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi

TOPLANTI NOTU / CONFERENCE NOTE

İdare Hukuku Konferansları-I “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”*

Administrative Law Conferences-I
“Private Lives of Public Agents”

Turan Yıldırım¹ , Nur Kaman² 

Konuşmacı: Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Kamu görevlilerinin sorumluluğu konusunda; kişisel sorumlulukları, idarenin hizmet kusurundan ayrılan sorumluluğu, cezai sorumlulukları gibi birtakım konular akla gelebilir. Biz de şöyle bir konuşma planladık ve konuyu “kamu görevlilerinin özel hayatı” olarak belirledik. Yani; buna meslek dışı sorumluluk da denebilir; ancak bu meslek dışı nerede başlıyor, nerede bitiyor? Aslına bakarsanız bir yönüyle önemli bir sorumluluğunu da incelemiş olacağız: disiplin sorumluluğu. Hatta kamu görevlilerinin belki de mali sorumluluğundan daha önemli; görevden olma, işini kaybetme sonucunu doğurabilen bir sorumluluk. Nitekim; -herhalde Nur Hoca değinecektir- Anayasa Mahkemesi bu konuda çok da titiz. Yani; öyle bir ceza veriyorsunuz ki artık bu adam işinden oluyor, hayatını sürdürmesi zorlaşıyor. Dolayısıyla; kamu görevlisinin özel hayatı neyin nesidir bir parça ondan bahsedeceğiz. Ben çeşitli eserlerden özel hayat nedir bunları toplamaya çalıştım sizler için.

Kamu görevlisi nedir? Kimi burada konuşacağız? Hangi kamu görevlisi bizim konumuzun çerçevesi içerisinde kalacak ondan biraz bahsedeceğiz. Bir de artık günümüzle ilgilenmekten pek hazzetmemeye başladığım için bir parça geçmişe dönük bir inceleme yapmaya çalıştım. Kamu görevlilerinin özel hayatı dediğimiz meslek dışındaki faaliyetlerinden doğan sorumluluklarının tarihi gelişimi nedir? İnsanlık içinde bu ne zamandan beri böyle düşünülmüş, ele alınmıştır? Bir parça onlardan bahsedeceğim. Asıl konuyu Nur Hanım anlatacak. Bunun iyi

* Bu bildiri S. S. Onar İdare Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 22 Aralık 2016 tarihinde düzenlenen İdare Hukuku Konferansları-I “Kamu Görevlilerinin Meslek Dışındaki Sorumlulukları” konulu konferansta sunulmuştur.

¹ **Sorumlu Yazar:** Turan Yıldırım (Profesör), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye, E-posta: turanyildirim@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0001-6612-993X

² Nur Kaman (Profesör), İstanbul Şehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye, E-posta: nurkaman@sehir.edu.tr ORCID: 0000-0002-3709-1490

Atf: Yıldırım T, Kaman N, “İdare Hukuku Konferansları-I “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı”” (2019) 18(1) İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi 155. <https://doi.org/10.26650/ihid.2019.18.1.0007>

tarafı da şu efendim: Son konuşmacı olmanın bir kötülüğü vardır; ilk konuşmacılar her şeyi anlatırlar, son konuşmacı artık konuşacak bir şey bulamaz -ben bunun çok mahcubiyetini çekmişimdir-. Benim gibi ilk konuşmacı olmak da iyi bir şey, ben hiçbir şey anlatmayacağım ve diyeceğim ki “Son arkadaşımız anlatacak.”. Sonuçta; ben son konuşmacı olduğumda da çok rahattım “Nasıl olsa her şey anlatıldı” diyordum, şimdi ilk konuşmacıyım “Anlatacaklar.” diyorum, yine rahatım. Yani; benim açımdan fazla bir şey değişmiyor.

İsterseniz önce, özel hayat kavramı nasıl tanımlanmış bir parça ondan bahsedelim. Özel hayattan bahsedilir, özel hayatın korunmasından bahsedilir; ama özel hayat nedir diye bir yasal tanım yok. Anayasa’nın meşhur 20. maddesinde “*Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*” başlıklı maddemiz var. Gerek bu maddede, gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde -daha doğrusu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, orada da sanırım 8. maddesinde- birtakım değerlerden bahsedilmiş. Bu değerler, özel hayatın gizliliği kapsamında korunması gereken değerler. Ama; dediğim gibi açık, tüketici bir tanımı yok. Hatta; yargı yerleri de, lazım olduğunda birtakım değerleri özel hayatın korunması kapsamına alabilmek için tüketici tanım yapmaktan kaçınmışlar. Sadece; Anayasa’nın bir maddesini söyleyelim, 20. maddesi diyor ki: “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” Sonra biliyorsunuz 2. fıkrada; kişilerin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyalarının aranması ve bunlara el konulmasına ilişkin hükümler var. Daha sonra da 2010 yılında kişisel verilerin korunmasına ilişkin hüküm getirildi. Bu ayrıntıya girmiyoruz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “*Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı*” diye bir madde var. Burada konuta, haberleşmeye saygı da bu maddenin korunması altında.

Acaba Ceza Kanunu’nda bu nasıl düzenlenmiş? Ceza hukukçularının eserlerini biraz kurcaladım. Bir parça da medeni hukukçuların eserlerine baktım. Anayasacılar bu maddeyi vermişler ve bu madde kapsamında korunan değerler demişler, ama anayasa hukuku daha ziyade kişinin korunması ile ilgilendiği için idarenin müdahalesine, kamu müdahalesine karşı kişiyi korumayı üstlendiği için çok fazla tüketici tanımla uğraşmamışlar. Sadece “Şu şu değerler korunur” diye düzenlemişler. Kişiyi kişiye karşı koruyan ceza hukuku uygulamasında, medeni hukuk uygulamasında ne var diye baktığımızda burada da birtakım suçlar var. Mesela; Ceza Kanunu’nda “*Özel hayata ve hayatın gizliliği alanına karşı suçlar*” diye bir bölüm var, 9. Bölüm. Burada birtakım hayat alanlarına yer verilmiş; “*haberleşmenin gizliliğini ihlal*”, “*kişiler arası konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*”, “*özel hayatın gizliliğini ihlal*”, “*kişisel verilerin kaydedilmesi*”, “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*”, bir diğeri “*yok etme*” suçları var. Medeni hukukta ise; kişilik hakkı ile kişinin korunması ilişkilendirilmiş ve yine tanım yok, sadece orada “*özel hayat kişilik hakkını oluşturan değerlerden birisidir*” deniliyor. Fakat; gerek ceza hukukunda gerek

anayasa hukukunda gerekse medeni hukukta bu konuyu inceleyen eserlerde bir teori var: Üç alan teorisi. Bu, özel hayatı açıklayan teori. Herkesin de ittifakla benimsediği bir teori olduğu için sizlere arz etmekte yarar gördüm. Bu üç alan teorisinde 3 tane alan var: kamuya açık hayat, özel hayat ve gizli hayat. Kamuya açık hayat denildiğinde; kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca olmayan olaylar ve hareketler var. Özel hayat denildiğinde; kişinin gizli hayatına dahil olmayan; fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olaylar ve hareketler var. Gizli hayat ise; kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bu kimseler dışında kalan kişilere kapalı olmasını arzu ettiği, onların bilmesini, öğrenmesini istemediği olaylar ve hareketlerden oluşur. Tekrar ediyorum; bu başkalarının müdahalesinde, kamunun müdahalesinde daha doğrusu devletin müdahalesinde, idarenin müdahalesinde insanlara getirilen koruma alanları.

Şimdi kamu görevlileri açısından baktığımızda şu lafın altını çizmek gerekiyor; tartışmanıza arz edeceğim: Kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca olmayan olaylar ve hareketler, kamu görevlileri bakımından acaba özel hayat sayılacak mı sayılmayacak mı? İlk aklıma gelen soru bu oldu. Gizli hayatın neyi kapsadığını söyleyelim; kişinin inançları, ümitleri, cinsel yaşamları, korkuları, dilekleri, aile ilişkileri, planları, duyguları gibi iç yaşamla ilgili olayların yanı sıra sağlık, kişisel ilişkiler, mektup, hatıra defteri gibi dış yaşama ilişkin olaylar. Burada da bir soru daha soruyoruz: Bu gizli alan acaba kamu görevlisi için gerçekten de gizli alan mı?

Kamuya açık alan konusunda tartışmalar var: Bir kısmı faaliyetlerin, değerlerin bulunduğu alanı kriter almış, bir kısmı da faaliyetleri, değerleri almış. Ama; önemli olan ortak şey kamuya açık yer, yani belirsiz sayıda kişinin huzurunda, törenlerdeki hayat görüntülerinde kamuya açık alandaki görüntüler diye tanımlamışlar. Yine aynı şey burada söz konusu: Kamuya açık alan dediğimiz yerdeki görüntüler, kamu görevlisi bakımından acaba idarenin dokunamayacağı alanlar mı olacak?

Burada bir parantez açıp, bu kamu görevlisi ile neyi kastettiğimizin biraz üzerinde durmamız lazım. Bu çok tartışıldı, siz şanslısınız o tartışma bittikten sonra muhtemelen çoğunuz mesleğe başladınız, bizim epey başımız dönmüştü. Çünkü; memuru anlamıştık da -hoş onu da anlamamıştık da-, memur ve diğer kamu görevlisi denildiğinde ne kastediliyordu? Kamu görevlisi lafını Anayasa Mahkemesi'nin hala çeşitli kararlarda bazen farklı yorumladığını görüyoruz; ama, benim benimsediğim kısa bir tanım var. Çünkü, asli ve sürekli görevde çalışmış olmak yeterli bir ölçüt değil. Mesele; bizim üniversite hastanemizde çalışan 4 hemşire biliyorum, biri sözleşmeli hemşire, biri işçi hemşire, biri geçici personel hemşire, birisi memur hemşire. Hepsisi aynı şeyi yapıyor. Bir de buna ihale ile müteahhit hemşiresi eklendi şimdi. Bilmiyorum

bizim üniversite yapıyor mu ama, sağlık hizmetlerinde ihale ile idare hizmet satın alıyor. Doktor var ama müteahhidin adamı. Peki bunlar kamu görevlisi sayılacak mı? Bu kapsama girecek mi, girmeyecek mi? Hakikaten bunu çözmek çok zor. Ama; biz diyoruz ki 128. maddedeki ifade ile, yani madem ki nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları, diğer yükümlülükleri, aylık ödenekleri, özlük işleri kanunla düzenlenir dediğine göre, bu hususların gerek Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlendiği, gerek diğer özel kanunlarında düzenlendiği birtakım personeli bu kapsamda ele alıyoruz. En kestirmesi bu gibi geliyor. Bir de sanıyorum, “dar anlamda” diye ele alınan kamu görevlileri var, aynı şeyi aşağı yukarı söylüyoruz. Devletin siyasal yapısını oluşturan organlardaki görevliler ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışında kalan kamu görevlileri idare hukukunun konusunu oluştururlar. Bu anlamdaki kişileri konuşuyoruz. Öğretim üyesi, öğretmen, imam, tapu memuru, silahlı kuvvet mensubu gibi. Peki, bu insanların özel hayatı ne olacak? Bunların özel hayatı olacak mı? Baktığımızda; bir insanın kiminle evleneceğine karışmak, özel hayatına müdahale midir? Ne dersiniz?

Örneğin; Devlet dese ki; “20 yaşındaki bir insan en fazla 23 yaşındaki bir insanla evlenebilir.” ya da “Ticaretle meşgul olanlar, aynı alandaki ticaretle meşgul olanların çocukları ile evlenemezler.”. Böyle dediğimizde hemen “Olur mu böyle bir şey!” diyoruz. Ama; İdare, Devlet kamu görevlilerinin kiminle yaşayacağına, kiminle evleneceğine karar veriyor. Dolayısıyla; -o yüzden sordum o ilk soruyu-: Acaba bizim umumi hayat eddiğimiz şey, kamu görevlisinin özel hayatı mı olacak? Meslek dışı hayatı mı sayılacak? Meslek dışı hayat nerede başlayıp nerede bitecek? Ben burada günümüze gelmek istemiyorum; günümüze gelince bir sürü soru sorup, cevabını bulamadığım için en güzeli tarihi kısma bakayım dedim.

Milattan Öncesine, Sparta Devleti ile Atina Devleti'ne baktığımızda; kamu görevlisi dediğimiz insanların, kamuda çalışan insanların özel hayatına karışılması ya da başkalarının özel hayatı gibi görülen birtakım hayat alanlarının onlar için özel olması, idarenin, devletin -adına ne dersiniz deyin, o zaman idare demek belki doğru değil ama- müdahalesine açık olmasının tarihi çok eski. Burada 2 tane önemli örnek var: Sparta ve Atina. Bunu şöyle açıklıyorlar; Sparta sert, hiyerarşik bir yapılanmaya sahip, savaşçı bir halk; Atina ise daha demokratik ve eşitlikçi. O eşitlikçi biraz aslında ihtiyatlı karşılamak lazım ama, daha özgürlükçü, daha demokratik olduğu için bu iki devletin kamu görevlisi anlayışı, kamu görevlisine müdahale anlayışı da farklı. Belki buradan hareketle, tarihten bakıp buraya doğru gelebilir miyiz? Sparta'da ne yapıyorlar? Bildiğiniz şeyleri kısaca tekrarlamak gerekirse -tabii üzülmeye sebep değil- aslında, bu kadar yakından okumamıştım tarihi- geleneklerinde bir katılma var, meclisler var, kral var ama -hatta Sparta'da kral daha sonra alelde kamu görevlisi haline dönüşmüş-; tartışılmaz, Farabi'deki gibi, belki de Platon'daki gibi her şeyi bilen hatta doğrudan doğruya Yaratıcı'dan ilham alan bir yönetici değil. Bir sonraki

statüsü neredeyse sadece ahalinin birtakım işlerini yapan, savaşta komutanlık yapan bir adam haline dönüşmüş. Sparta'da bir kere herkes asker. Tabii Sparta'nın kendi yurttaşları için söylüyorum, köleleri vs. kastetmiyorum. Bu insanların hayatına öyle karışılmış ki, 30 yaşına kadar evlenemiyorlar. Hatta; -ne kadar doğru bilmem ama yazarların yalancısıyız- özürlü olduğu anlaşılan çocukları da ölüme terk ederlermiş ya da atıp öldürürlermiş, böyle bir topluluk. O zamanki adıyla polis, şimdiki adıyla devlet diyelim. Kutsal bir devlet aslında, bağlılık var, insanlar devlet için var, devletin bekası için var; böyle bir anlayış. Belki de onun etkisi, o zaman da 30'una kadar evlenemiyorlar, evlenseler bile evde aileleri ile birlikte yaşamalarına imkan verilmiyor. Akşam yemeklerini kendi bölüklerinde ve silah arkadaşları ile beraber yiyorlar, 35 yaşından sonra ancak karısıyla birlikte yaşamasına izin veriliyor, çocukluğundan itibaren sürekli asker. Dolayısıyla; kamu görevlilerinin -bugünkü anlamıyla söylüyoruz çünkü asker silahlı kuvvet mensubu olacak, savaşacak- özel hayatı yok. Kaç yaşında evlenecek, nerede yaşayacak, karısıyla ne zaman oturacak, akşam yemeğini nerede yiyecek; ona kadar karışılmış. İç içe geçen bir hayat tarzı.

Atina'da ne olmuş? Atina'ya demokratik ve eşitlikçi deniliyor. Eşitlikçi derken bakarsak; Sparta'da kimsenin mal sahibi olmasına izin vermemişler. Herkes eşit, aslında eşitlikçilik var. Ama; her zaman eşitlikçilik iyi midir onu bilemiyorum. Yoksullukta eşitlik var, bir de varsılılıkta eşitlik var. Atina'nın tercihinin varsılılıkta eşitlik olduğu, rahat yaşamakta eşitlik olduğu söyleniyor. Atina'da şöyle bir kamu görevliliği sistemi var -tabii yurttaşlar için söylüyorum kölelik vs. var zaten ama Milattan Önce 300'lerden bahsediyorum-. 30 yaş üstü yurttaşlar arasından kura ile seçiliyor. Yani; hemen hemen herkes ömründe bir sefer o zamanki memuriyetlere gelme imkanına sahip; hatta bir yükümlülük gibi düşünülmüş ve gelmeyenleri de kınamışlar, ama o göreve gelmiş olmak hiçbir zaman üstünlük vermiyor. Belki de ipucu bu mudur bilemiyorum. Yani; diğerlerinden farklı değilsiniz, diğerlerinden daha üstün bir insan değilsiniz, size sıra gelmiş görevinizi yapıyorsunuz sonra tekrar diğerlerinin arasına karışıyorsunuz. Kamu görevlisi olanların hayatına müdahale diyeceğimiz fikrin öncüsü Platon. Genel kamu bilgilerinizi hatırlıyorsunuzdur. Bir kamu görevlisi olduğunu düşündüğümüz sınıf var, koruyucu dediğimiz sınıfta. Bu insanlar çocukluklarından itibaren eğitime tabi olacaklar, aynı Sparta'nınki gibi. Müzik aracılığı ile yetiştirilecekler, ama dinleyecekleri müziği de düşünmüş Platon ve yumuşaklığa, sarhoşluğa neden olacak bir müzik olmasın, koruyucuların ruhlarını sıkıştıracak müzikler olsun demiş -herhalde marşları kastediyor, sabah akşam mehter dinlemek gibi bir şey herhalde-, çok da zayıflamasınlar diye. Ve daha önemlisi, Platon evlenme imkanı vermiyor. Aşkla uğraşırken yumuşarlar diye düşünmüş herhalde.

Yusuf Has Hacıp tarafından yazılan Kutadgu Bilig'e geliyorum, kitapta beyliği Allah tarafından verilen bir özellik olarak nitelemiş ve onu kıyıya koymuş onu tartışmıyor. Ama; kamu görevlisi olacak insanlar, asil aileden olmalı demiş, iyi huylu

olmalı demiş, dürüst olmalı demiş, bilgili olmalı demiş, haya sahibi olmalı demiş. Yani; utanmaz bir adamdan kamu görevlisi olmaz demiş. İyi görünümlü olmalı -herhalde kılık kıyafet anlaşılıyor- demiş. Ahlaki özellikleri iyi mi? Mesela; vefa sahibi olmalı denilmiş.

Kamu görevlisinin taşınması gereken özellikler hususunda Nizamülmülk'ün Siyasetnamesinde de benzer şeyler var. Fakat; burada bir şey dikkatimi çekti: Vezir şirret olmamalı demiş, iyi huylu olmalı demiş, bunları sürekli denetle demiş. Burada ipucu şu, benim tespit edebildiğim kadarıyla; seni temsil ediyorlar, sen adilsin, yönetici mutlaka adil, yönetici hata yapmaz, yönetici şaşmaz ama birtakım adamlar var ki, onun emrindeki insanlar, onlar hata yaparlar, yöneticiye tavsiyesi şu: Bunları denetle ve seçerken de bu tür adamlardan seç ki, sen adilsin, seni tartışmıyoruz ama “kendi değil ama etrafı kötü.” diye bir laf vardır “kendin iyisin ama etrafın kötü olmasın.” ikazı.

Osmanlı'da da aynı şeyi görüyoruz. Enderun dediğimiz bir mektep var, bu insanların nasıl yaşayacağını, nasıl ibadet edeceğini, nasıl giyineceğini, nasıl konuşacağını düzenliyor ve bütün ömürleri boyunca, bu düzenle yaşamaya sevk ediliyor. Hatta baktım, Yeniçeriler için bir ceza varmış, küfürbaz adama hapis cezası verirlenmiş. Namazında, orucunda, ibadetinde kusur olursa hapsederlermiş. Mesela; aşırı edepsizlik, sarhoşluk, serkeşlik, çok hoş bir laf: ırz ehline harfendazlık -bu sözlü sataşma anlamına geliyormuş- cezası dayak. Burada bir şey dikkatimi çekti. Biliyorsunuz ki; kul sistemi, padişahı ve otoritesini temsil ediyor. Dolayısıyla; buna yaraşır olmaları gerekiyor. Kul lafının günümüze de geldiğine dikkat ederseniz, “Emir kuluyuz” deriz mesela. Demek ki; o gelenek temsil ettiğimiz gücün geleneği. Fakat; modern zamanlarda bunu Weber tespit etmiş ve “Artık uzmanlık var.” diyor. “Bürokratlar, bu çarkın kişisel duygularından arınmış bir dişlisidir.”, bu teoriyi kurmuş ve burada artık temsil edecek bir hükümdar, bir lütuf ve şükran duygusuyla hareket eden bir yönetici yok; uzmanlık var, bir kamu görevi var. Burada da Weber'in görüşü şu, kamu görevlisi görevini yerine getirme konusunda sıkı ve sistemli denetime tâbidir, görevin gerekleri ile sınırlıdır. Bu lafı, Devlet Memurları Kanunu'na getirip bitireceğim.

Bu laf şöyle yansıyor günümüze; -bütün meslekler için üç aşağı beş yukarı benzeri var- kamu görevlileri için, “Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını, hizmet içindeki ve dışındaki davranışları ile göstermek zorundadırlar.” Zaten kamu görevlilerinin görev dışı sorumluluğu dediğimizde, bazen görevinden uzaklaştırmaya varan, bazen cezalandırmaya varan, bazen daha başka durumlarla karşı karşıya kaldığı hususların temeli bu. Ama dediğim gibi bu gelişim ta Milattan Önceki uygulamalardan başlamış, günümüzde devam ediyor. Sorun şu: Bunun sınırı ne olacak? Ne zaman kamu görevlisi özel hayatında olacak, ne zaman biz bu insana “bu artık bunun özel hayatıdır, artık idare olarak buna karışamayız.” diyeceğiz? Onları da sanıyorum Nur Hanım anlatacak.

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Aydın GÜLAN

Hocam çok teşekkür ederim. Sorular zaten önemliydi, bu sorular açılacaktır diye düşünüyorum. Gerçekten de; günümüzde kamu görevlilerinin statüsüne ilişkin hareketlilik var. Hocam zemini önemli bir kapsamda ortaya koydu. Uygulamada da birçok yargı kararı ile çözülmeye çalışılan problem var. Bu problemler açısından ele alırsak mesela kamu görevlilerinin yetkileri bakımından bu iş kanunlarla çözülmeyişinde şöyle sorunlar ortaya çıkıyor: sözleşmeli personel, memurun atanacağı göreve atanır mı atanmaz mı? Personel olarak bulunmasında bir aksaklık var mı? Bunların tartışması var. Konu öncesinde konuşulurken dile getirildi, bir imamın ahlaka aykırı davranışının mesleği bakımından etkisine ilişkin yargı kararında ortaya çıkan konular var. Subaylar gibi çeşitli meslek sahiplerinin evlenmeden önce izin almasına ilişkin düzenlemenin ortaya koyduğu, evlenmeden birlikte yaşaması halindeki statünün tartışıldığı durumlar var. Bu esasında hukukun, ilgilenmediği bir alanla artık ilgilenmeye başlaması gerekliliğini ortaya koyuyor. Hukuk, teknik gereklerle ilgili olarak konuyu düzenlemeye kalkışmış bir kapsamdayken, artık özel hayatı etkilemeyecek olarak kabul etmek veya etkileyecek olarak kabul etmek şeklinde hangisi olursa olsun ilgilenmek gündemi ile karşı karşıya. Ya ilgilenecek ve etkilemeyeceğini kabul edecek ya da ilgilenecek ve şu şartlarla etkileyeceğini kabul edecek. Dolayısıyla; değer yargıları, kişisel davranışlar ister istemez sosyal bilimlerin diğer alanlarında dile getirilecek hususlar. Mesela; sürekli icra takibine uğrayan memurun disiplin cezasını almasına ilişkin bir sürü örneği dikkate aldığımızda, borcu itiyat edinmiş ve borcu ödememek sureti ile maaşına haciz gelen memurun, o haciz dışında ayrıca bir disiplin sorumluluğunun gündeme alınması, bunun karar merciiinde olarak kararlarını bu borç baskısı, alacaklılar baskısı dışında kullanıp kullanamayacağı, özel hayattaki davranışlarının buna etkili olup olmayacağı gibi. Bunlar konusunda farklı fikirler geliştirilebilir ama, sanki artık hukukun gündeminde olmak gibi bir özelliği ortaya çıktı. Her halükarda hukukun bir karar vermesi için bu alanı tartışmasına ihtiyaç var. Hocalarımız da çok az ilgilenilen bu alanı açan konuşmalar yapıyorlar. Turan Hocamız zemini ortaya koydu. Şimdi Nur Kaman Hoca da buna ilişkin konuşacak. Dolayısıyla; bu esasında ilgilenilmemiş, bir kenara bırakılmış, genel olarak ilgiden uzak kalmış kamu görevlisi konusunun en çetrefil bir noktasının güncelliğini gösteriyor. Esasında farkına varılmamış bir güncelliği var. Birçok yargı kararı olmasından yola çıkarak bunu söyleyebiliriz. Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olan boyutları var. Buyurun efendim.

Konuşmacı: Prof. Dr. Nur KAMAN

Teşekkür ederim Hocam. Ben öncelikle toplantıyı düzenleyen ve bizi davet eden İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku kürsüsüne ve Aydın Hocama teşekkür ediyorum, sizlere de geldiğiniz için ve şimdiden sabrınız için teşekkür ediyorum.

Kamu personel hukuku, tanımdan başlayarak çok tartışmalı. Ben önce konu başlığını biz kamu görevlilerinin özel hayatı diye belirledikten sonra, bir şey okumadan -tabii geçmiş kalıplar insanın okuduğu şeyler var ama- serbest çağrışım yöntemi ile kamu görevlisi nedir diye düşünürken, normal vatandaşın algısında kamu görevlisinin çok geniş olduğunu düşündüm. Üniformalı görevliler haricinde baktığımızda, siyasiler ya da kamu hizmeti gören özel kişiler mesela bir özel güvenlik görevlisinin dahi kamu görevlisi olarak algılanabildiğini görüyoruz. Özel hayat da öbür açıdan baktığımızda görevin ve kurumun dışındaki bütün hal, hareket ve tavırlarsa kapsam o kadar çok genişleyebiliyor ki. Serbest düşünce ile mesela medyadan duyduğumuz haberlere baktığımızda siyasi düşünce, hukuksal metinlerde çok farklı bir başlık altında, ifade özgürlüğü başlığı altında düşünülüyor. Ama siyasal düşüncenin bir kamu görevlisi tarafından farklı şekillerde ifade edilmesi (mesela sanatsal bir yöntemle, dünyaya ait görüşlerini yansıtması - ama bu müzikle olur, edebiyatla olur) acaba özel hayatına mı girecek? Ya da devletin temsilcisi, kamu hizmetinin insan unsuru diye kalıplara soktuğumuz, yansıttığımız kamu görevlisi illa devletin resmi ideolojisini mi yansıtacak özel hayatında? diye tartışmalar karşımıza çıkıyor.

Medyadan belki hatırlarsınız mesela; rockçı bir imam var. Belki okumuşsunuzdur. Rock yapıyor, batıda bir ilde, eşi de -sonra internette arama yapınca öğrendim- Hıristiyan bir Romanyalıymış ve Portekiz'de bir rock konseri vermek için izin istediğinde Diyanet gidemeyeceğini; ancak görevi için gidebileceğini söylemiş. Şimdi imam ve rock tabii burada direk karşımıza çok bağdaşır kavramlar olarak çıkmıyor, ama baktığımızda dediğim gibi herhangi bir dünya görüşünü, -ideolojik olmasa dahi- sanatsal anlamda ifade ettiği zaman resmi ideolojiyle, devletin ideolojisiyle çatışır ne olacak? Bunun haricinde cinsel hayat ve tercihler, ev içi yaşam, alışkanlıklar, giyim-kuşam, içki-kumar alışkanlıkları, gece hayatı, sağlık durumu, evlilik dışı çocuk sahibi olma, mali durum, -Hocamın dediği gibi- alacak ve borçları, üye olunan dernek ve örgütler, hatta tutulan takım baktığımızda kimi zaman özel hayat kapsamında değerlendiriliyor, kimi zaman da acaba kamu görevlisi burada da tamamen devletin duruşunu mu sergilemeli? diye bir soru karşımıza çıkıyor. Kişisel olarak kamu görevlisinin ötesinde, bazı durumlarda da yakın çevresinin, akrabalarının dahi bu statüye uygun davranmaları gerektiği de beklenebiliyor. Hocam soruları bana devretti ama ben daha çok soru işareti açacağım galiba kafanızda, bazı yerlerde tabii kendi kanaatimi belirteceğim ama sosyal bilimlerin bir yandan da güzel yanı hepimiz birlikte düşünüp kendimize göre bir çözüm bulmaya çalışacağız.

Kamu görevlisi ve özel hayat kavramı bu kadar geniş dedikten sonra asıl sorun belki de; kamu görevlisinin özel hayatı devleti ne zaman ilgilendirmelidir? Hepimizin birer özel hayatı var; ama devlet nerede müdahil olmalıdır? Genel olarak baktığımızda; düz mantık olarak görevin veya görev yapılan yerin özelliklerine göre bu değerlendirildiği gibi, devletin ideolojisini de yansıtması gerektiği beklenebiliyor.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında baktığımızda Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Avrupa'da resmi ideolojiyi yansıtmaya zaten beklenmiş. Mutlaka aynı ideolojiye sahip olması gerektiği söylenmiş. Bizim Devlet Memurları Kanunumuz da, - daha sonra pek çok maddesi değişmesine rağmen - 1965 tarihli. Orada da "*Ödev ve Sorumluluklar*" kısmına baktığımızda 7. maddesinde tarafsızlık bir yükümlülük; ama aynı maddenin başlığında "*Tarafsızlık ve Devlete Bağlılık*" ifadesi var. Bunun ötesinde Anayasa'nın 129. maddesinde diyor ki; "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.*" 657 sayılı Kanun'un "*Sadakat*" başlıklı maddesinde de diyor ki; "*Devlet memurları, ... milletin hizmetinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarını sadakatle uygulamak zorundadırlar.*" Bir de devlet memuru olabilmek için imzalanması gereken bir yemin metni var. Orada da, "*Türk milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyip ...*" diye devam ediyor. Yani; devletin ideolojisini tamamen her şekilde yansıtmaya beklenmiş kamu görevlilerinin.

Meslek gruplarına göre bu farklılık gösterebiliyor. Dönemin bakış açısı ile tabii ilgili kanunlar ve mahkeme kararları karşımıza çıkıyor. Mesela; 1934 yılında kanun koyucu 2556 sayılı Hakimler Kanunu ile hakim adayı olabilmek için yabancı ile evli olmama şartını getirmiş. Aday olabilmek için dahi yabancı ile evlilik yasaklanmış -demin Hocam da üzerinde durdu karışabilir mi diye-. Daha sonra bu 1979 yılında iptal edilmiş Anayasa Mahkemesince. Yakın tarihli kararlardan birinde de -buraya not almayı unuttum ama- polis memuru adayı olabilmek için yine yabancı ile evlilik yasaktı. Polisten yok, polis adayı olabilmek için mesela "Yabancı ile ilk başta bir dur, evlenme." diyor kanun koyucu. Daha sonra gene 1963 ve 1964 tarihli Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda askerlik, dışişleri, emniyet vb. hizmetlerde yabancı ile evli olmama şartı kamu güvenliğinin gereği olarak devlet tarafından beklenmiş. "Eğer beni temsil edeceksen, bu işleri yapacaksan, (güvenlik unsuru da bu görevlerde ön plana çıktığı için) hiçbir şekilde yabancı ile evlenemezsin." denilmiş. Şu anda bu yasaklar yok.

Ama; temel olarak baktığımızda kamu hizmetine girmek bir hak olarak tanınmıştır sistemimizde. Çünkü; Anayasa'nın 70. maddesi "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*" diyor ve "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.*" diyor. Bu madde bence önemli. Hizmetin gerektirdiği, görevin gerektirdiği nitelikler ne? 1961 Anayasasında da "ödevin gerektirdiği nitelikler" olarak ifade ediliyor. Burada temel olarak aranması gereken şey aslında görev yapılırken, görev sırasında, görev ile ilişkili durumlarla nitelikler uyum sağlanması. Hizmetin gerekleri neyse kişinin o niteliklere sahip olması. Zaten 657 sayılı Kanun da kendince bunu biraz daha spesifik hale getirmiş ve 48. maddede "*Genel ve özel şartlar*" başlığı altında devlet memuru olma koşullarını belirliyor. Çeşitli mahkeme kararlarında da ama vatandaşlık ama yaş ama eğitim ya da bazı ceza

mahkumiyetlerinin olmaması aranması gereken koşullar olarak karşımıza çıkıyor. Özel şartlar altında kurumların kanunları ile getirmek zorunda oldukları düzenlemelere baktığımızda ise bunların yalnızca hizmetin gerektirdiği niteliklere ilişkin olması gerektiğine dair pek çok mahkeme kararı var. Ama; asıl sorun nerede çıkıyor diye baktığımızda kişi daha sonra devlet memuru olunca özel hayatına devlet ne kadar müdahale edecek? Kamu hizmetine giriş hakkını kullanırken bunlar değerlendiriliyor. Son zamanlarda 29 Ekim 2016 tarihindeki KHK ile de mesela şu anda devlet memurları için girişte genel şartlar altında güvenlik soruşturması zorunluluğu getirildi. Bunun da geçmişi ilginç aslında. Devlet memurlarının özel hayatı ama memurluğa girişte ama daha sonrasında güvenlik soruşturmaları ile bayağı incelenmiş. Güvenlik soruşturmalarının geçmişine baktığımızda 1980’den sonra özellikle çok yoğun uygulandığını ve hiçbir mevzuata tabi olmadan uygulandığını görüyoruz. 1994 yılında bir kanun çıkarılıyor, 4045 sayılı güvenlik soruşturmasına ilişkin bir kanun -kanunun adı çok daha uzun çünkü bir yandan da 1980 sonrası yapılan uygulamalara dair bir af kanunu, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu kapsamında görevden uzaklaştırılan memurlar için bir af kanunu-. 1994 tarihli bu güvenlik soruşturmasına ilişkin kanun hala yürürlükte, fazla uzun bir kanun değil. Genelde pek çok düzenlemeyi yönetmeliğe bırakmış durumda. Yönetmeliği 4 sene sonra çıkmış, 2000 yılında. Şu anda neden bu kadar önemli hale geldi? Demin de dediğim gibi artık memur olabilmek isteyen herkes güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırmasından geçmek zorunda.

Güvenlik soruşturması nedir diye baktığımızda tanımında aslında özel hayata girilebileceğine dair ifadeler var. Yönetmelik şöyle diyor: *“Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığını, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişki ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesi”* olarak ifade edilmiş. Dikkat ettiyseniz ahlaki durum, yabancılarla ilgi, sır saklama yeteneği mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılacak. Bunlar tabii soyut kavramlar. Şu parantezi de açmama izin verin; 1994 yılında bu düzenleme getirildiğinde - yani bu son KHK öncesinde - güvenlik soruşturması bütün devlet memurları için aranmıyordu. Yönetmelik’te gizlilik dereceli görev ve birim tanımları vardı ve buralar için bu araştırmalar yapılabilirdi. Tabii bunlar da talimatlarla belirleniyor, yine sıkıntılı, gizlilik dereceli birim neresidir, görev neresidir tamamen idari kararlarla belirleniyor. Ama gene de sınırlanmış durumdaydı. Şu anda baktığımızda gizlilik dereceli birim/görev gibi sınırlamalar olmaksızın, herkes hakkında uygulanacağı için ve yeni de bir yönetmelik olmadığı için bu Yönetmeliğin herkese uygulanacağını varsayıyoruz. Dikkat edilecek noktalara baktığımızda dediğim gibi ahlaki durum dahi sorgulanabiliyor. Yönetmeliğin 11. maddesinde de diyor ki -uzunca bir madde- :*“Araştırılacak hususlardan bazıları şunlar: kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak* (buna ilişkin de bir Danıştay 1. Dairesi’nin

kararı var bu da ilginç birazdan değineceğim.); *şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıtacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı, yabancılarla özellikle hasım ve hasım olması muhtemel devlet mensupları ve temsilcileri ile ilgi derecesinin iç yüzü ve nedeni, sır saklama yeteneğinin olup olmadığı*". Ne şekilde araştırılacak diye baktığımızda yerinden deniliyor. Nitekim kimi zaman buna ilişkin hikayeleri duyuyoruz. Bakkaldan, kahveden sorgulanan, komşulara sorulan insanlar oluyor. Sır saklama yeteneği var mı? Dedikodu yapar mı? vb. gibi birtakım bilgiler mahkeme kararlarına yansımış durumda. "Yabancılarla hasım ya da hasım olabilecek.." bunlar da gene çok muğlak kavramlar. Ve talimatlarla da genişletilebiliyor. İdari birim amirleri tarafından, mesela üniversitelerde rektör talimat vererek bu güvenlik soruşturmasının kapsamına girecek kişileri ve ne şekilde yapılacağını genişletebiliyor. Yönetmelik burada takdir yetkisi tanımış durumda. Demin bahsettiğim Danıştay 1. Dairesi'nin bu kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak nasıl yorumladığına baktığımızda "ortam"ı Danıştay, Türk Dil Kurumu'nun tanımından tanımlamış, Türkçe sözlüğe bakmış ve "canlı bir varlığın içinde bulunduğu doğal veya maddi şartların bütünü" demiş, bunu da o kadar geniş yorumlamış ki, baktığımızda birinci derece akrabalar, çevre, okul arkadaşları vb. herkesi bu kapsama sokmuş. Yani; bir güvenlik soruşturması yapılırken yalnızca kişisel özel hayatınız değil, çevrenizdeki herkesin, ilişki içinde olduğunuz ama akraba ama hısım, arkadaşların dahi göz önünde bulundurulabileceğini söylüyor Danıştay 1. Dairesi. Tabii burada bu yapılırken mesleğin, görevin gerekleri, gene kamu hizmetinin gerektirdiği nitelikler, Anayasa içinde kalınması gerektiğini söylüyor ama kamu görevlisinin özel hayatını o kadar devletin güvenliği ile bir tutmuş ki bakış açısı. Bir değerlendirme komisyonu kuruluyor idari birimler tarafından ve bu değerlendirme komisyonunun verdiği karara göre, güvenlik soruşturmasından geçiyorsunuz ya da geçmiyorsunuz.

İşin bir diğer boyutu da yalnızca kamu görevine giriş sırasında değil, kamu görevi sürerken de bu güvenlik soruşturması yenilenecek mi yenilenmeyecek mi diye baktığımızda tamamen amirin takdir yetkisine kalmış durumda ve araştırılacak hususlar ve yöntem de gene yerinden araştırılmak şartıyla, bütün ortamınızı dikkate alarak ahlaki durumunuz, sır saklamayı becerip beceremediğiniz gibi pek çok unsur gene dikkate alınıyor ve gerekli görülen hallerde sınırlı sayıda olmadan gizli olarak yapılıyor. Olumsuz olması halinde görevinize son verilirse zaten bir disiplin soruşturması süreci devreye giriyor, ama şu anki KHK ile bir disiplin soruşturmasına gerek görülmezsiniz de belki devlet memurluğunun sona ermesi gündeme gelebilecek; çünkü 657 sayılı Kanun'un devlet memurluğunun sona erme sebeplerine baktığımızda memur olma şartlarının yokluğunun sonradan tespit edilmesi ya da daha sonra kaybedilmesi halinde herhangi bir disiplin soruşturmasına gerek kalmaksızın devlet memurluğu sona erdirilebiliyor. Dolayısıyla; kişi, başta Türk vatandaşı olmadığı sonradan tespit edilirse ya da vatandaşlığı kaybederse, nasıl devlet memurluğunu da kaybedecekse

eğer güvenlik soruşturmasının yenilenmesi halinde ya da güvenlik soruşturması zamanında iyi yapılmamışsa başta zaten bu Yönetmeliğe aykırı durumları tespit edilirse kişinin devlet memurluğunun sona erdirilebilmesi söz konusu olabilecektir.

Aslında baktığımızda, Yönetmelik çerçevesinde bunları ele alıyoruz ama önemi, devlet memuru olabilmek için 657 sayılı Kanun'a getirilen bir şart dolayısıyla. Genel sistematik olarak gerek 1965 tarihli 657 sayılı Kanun, gerekse özel personel kanunları dikkate alındığında, kişilerin özel hayatından ziyade görevin gerektirdiği nitelikler, eğer o nitelik o kişide olmadığı takdirde hizmet yürütülemezse devlet memurluğunun sona erdirilebildiğini ya da disiplin soruşturmasına konu edilebildiğini görüyoruz ki, düz mantık bunu gerektiriyor. Ama yargı kararlarına baktığımızda liyakat kavramının da farklı yorumlanabildiğini- ki bizim personel rejimimizin şu anda temelini oluşturuyor; şöyle ki hizmete girişte ve daha sonra ilerleme ve yükselmelerde ya da disiplin soruşturmalarında liyakat sistemi uygulanması gerekiyor.

Uygulama aşamasında, özellikle disiplin soruşturmalarında Hocamın da dediği gibi çok sıkıntılı hükümler var, mesela 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde düzenleniyor. (Burada 657 sayılı Kanun'u temel olarak ele alıyorum ama özel personel kanunlarında özel personel hakkında da çok daha ayrıntılı ve özel hayata ilişkin hükümler getirilebiliyor; örneğin asker kişiler, yargıçlar, öğretmenlerle ilgili çok daha sıkı ve farklı hükümler gelebiliyor. Herhangi bir hüküm bulunmadığında, genelde 657 sayılı Kanun'a atıf yapılıyor. Bu sebeple, bu Kanun üzerinden devam edelim) Bu Kanun uyarınca, devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak, uyarı cezası gerektiriyor. Bu tutum ve davranış nedir? *Devlet memuru vakarı* soyut bir kavramdır ya da hizmet dışında devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışta bulunmak eylemi ifade edilmiştir. Burada, kurum ya da görev alanı dışında dahi kişinin itibar ve güven duygusunu sarstığının ortaya çıkması, kınama cezasını gerektiriyor. Bir diğer kınama cezasını gerektiren durum, görev mahallinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmaktır. Asıl can yakan hüküm ise 125. maddenin (E) fıkrasında; *memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*, ayrıca yine (E) fıkrasında, *yurtdışında devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek görev ve davranışlarda bulunmak* eylemi, devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiriyor. Yüz kızartıcı hareket tartışmalı bir kavramdır. 657 sayılı Kanun'un 48. maddesinin önceki halinde de yüz kızartıcı suçlar ifadesi bulunmakta idi ki yargılama mahkumiyetle sonuçlanırsa memuriyet sona eriyordu. Öte yandan Türk Ceza Kanunu'nda böyle bir suç tipi yer almamaktaydı. İdare, burada da hangi suçun yüz kızartıp kızartmayacağına disiplin soruşturması çerçevesinde karar verebiliyordu. 48. maddede yer alan bu hüküm kaldırıldı; ancak 125. madde anlamında yani disiplin cezası anlamında bugün memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin ne olduğu tartışmalıdır. Örneğin Danıştay bir kararında; haysiyetsizlik, iffetsizlik ve vazifede

birakılmaya mani suistimalin öğretmenlik mesleğiyle ilgili konularda tezahür etmesi gerektiğini belirtmiştir. Eski tarihli bir karar ama öğretmenlerin özellikle giyim kuşamları ve görev dışındaki davranışları çok mercek altına alınmış durumda. Bunların doğrudan doğruya devletin itibarına uygun olması gerektiği söylenmektedir.

AİHM kararlarında da bu gündeme geliyor; *kamu hizmetine girme hakkı* adı altında bir hakkın tanınmadığı, sözleşmede de buna ilişkin bir hakka yer verilmediği gibi, 1980'li yıllardan itibaren içtihat ortaya çıkmaya başlıyor. 1986 tarihli Glasenapp ve Kosiek kararları bulunmakta. Bu kararlarda, genel olarak konu ifade özgürlüğü üzerinden tartışılıyor, ancak göreve ne kadar yansıtıklarına da bakılıyor. Özellikle Komünist Partinin aktif bir üyesi olan ve ortaokul öğretmenliği yapan, 1995 tarihli Vogt kararı incelendiğinde, ortaokul düzeyindeki öğrencilerce siyasi görüşlerinin bilinmesinin görevini nasıl etkilediği tartışılmıştır. Almanya göreve son vermiş; ama AİHM kamu hizmetine girme hakkı diye bir hak olmasa da siyasi görüşlerini görevine yansıtıyorsa, çocuklara bu görüşleri aşlamaya çalışmıyorsa - ki bu durumun araştırmasında bizim kanunlarımızda olduğu gibi yerinde araştırma yapılarak, velilerle ve meslektaşlarıyla konuşularak, ve dahası öğrencilerle, pedagoglar ve psikologlarla konuşularak siyasi görüşlerini görevine yansıtmadığı tespit edildikten sonra - bu durumun tamamen özel hayat alanında ve ifade özgürlüğü alanında olduğu tespit edilmiş ve AİHS'nin 10. maddesine atfı yapılarak, göreve iade edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

Yerel içtihadı dönersek, 1988 tarihli Danıştay 10. Dairesi kararı şöyle; öğretim üyesi sıfatı ve hekimlik mesleğini kullanarak bayan hastasıyla ilişki kurduğuna ilişkin üzerine atılı disiplin suçunu işlediği kanıtlanamayan ilgilinin, üniversite öğretim üyeliği mesleğinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasının isabetli olmadığına karar verilirken; olayın doğru olduğu sonucuna ulaşıldığı ancak kanıtlanamayan noktanın davacının öğretim üyeliği ve hekimlik mesleğini kullanarak şikayetçiyle ilişki kurması olduğu vurgulanmıştır. Olay doğru olmasına rağmen, acaba hekimlik statüsünü kullanarak mı yapmaktadır? Kararda, şikayet konusu olan durumun görevle ilişkisi bulunmamıştır.

Polis memuruyla ilgili bir başka kararda, resmi giysiyle, gizlenemeyecek derecede sarhoş olarak görülmesi sebebiyle kamu görevinden çıkarılma cezasının verildiğini görüyoruz. Bizatihi görevi başında olması gerekmiyor ama resmi sıfatı belli oluyorsa; itibar, güven, şeref, haysiyet, yüz kızartıcı suç tanımlamaları içine alındığında göreve son verilebiliyor.

Danıştay 10. Dairesi tarafından 1985 yılında verilen ilginç bir diğer kararda, evli bir kişiyle imam nikahlı olan ve bu beraberlikten doğan çocuğu imam nikahlı olduğu kişi adına kayıtlı olan hemşire yardımcısının eyleminin memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak utanç verici davranış olarak nitelendirilemeyeceğinin gerekçesi olarak, imam nikahının

yaşanılan çevrede olağan karşılanması gösterilmiştir. Yüz kızartıcı bir hal olarak görülmemiştir. Kanuna aykırılığı değerlendirilmeyerek, göreve son verilmemiştir.

Bireysel başvuru sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin yorumlarına baktığımızda, İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasamızda korunan özel hayata ilişkin hükümler aynıdır. T.C. Anayasası'nın 20. maddesinde düzenlenen ve İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata ilişkin hak, mahkemelerce tüketici bir şekilde değerlendirilmemekte, geniş yorumlanmaktadır. Temel olarak korunan değere baktığımızda, özel hayatı, bireyin kişiliğini gerçekleştirme veya geliştirmesi için yaptığı hareketler olarak değerlendiriyor. Eğer görevi dışında kişiliğini gerçekleştirecek, kendini ifade edecek bir alansa ya da geliştirmek için yapıyorsa şeklinde kıstas getirmiştir. Bireye sosyal kimliğini geliştirme hakkı tanınmıştır. AYM'nin önüne gelen konular benim tespit edebildiğim ve atıf alan kararları, daha çok mahremiyet hakkıyla ilgilidir. Örneğin; 2015 karar tarihli *Serap Tortuk Başvurusu*; burada başvuru askeri hemşire, internet ortamına cinsel içerikli görüntülerinin yansıdığı tespit edilmiş ve kişinin bunu internet ortamında yayınladığına dair de kanı oluşmuş. Mahkeme, burada mahremiyet hakkından yola çıkmıştır; ama soruşturma sırasında da pek çok idari usule aykırılık da söz konusudur. Mahkeme mahremiyeti şöyle yorumluyor: mahremiyet, temel olarak kişinin evindedir. Kamuya yansıdığı anda ve dahası bir kamu görevlisi söz konusu olduğunda; eleştirilebilme, denetlenebilme, sınırlanabilme hakkı vardır şeklinde değerlendiriyor. Kamuya yansıdığı nokta, burada internet ortamına sunulmasıdır. İnternet ortamına kişi koyduysa, mahremiyet hakkından vazgeçmiştir olarak değerlendiriliyor. Teknik araştırma sonucunda kişinin kendisinin kamuya bu görüntüleri vermediği, yalnızca bir kişiyle paylaştığı ama ne şekilde yayıldığı tespit edilemediği iddia ediliyor. Yani, mahremiyet hakkından kişinin kendisinin vazgeçmediği tespit ediliyor. Bunun ötesinde, İnsan Hakları Mahkemesi'nin başka kararlarına da atıf yapılarak, *mekansal alan dışına yansıyan* bu görüntülerin mahremiyet hakkının ötesinde, kişinin özel hayatına müdahale olup olmadığı ve görevini ne kadar etkilediği değerlendiriliyor. Görevin etkilenme koşulları değerlendirmesinde, *Özpinar* kararında da (bayan hakimle ilgili müstehcenlikle ilgili bir karar), mesleğe ne kadar yansıyor yansımadığını, devletin itibarını, şeref ve haysiyetini ne kadar zedeleyip zedelediği, resmi sıfatın gerektirdiği nitelikleri zedeleyip zedelediği tartışılıyor. Temel olarak, görevine yansıtılmıyorsa, (*Özpinar Kararı* ve *Serap Tortuk* kararında ihlal kararı verilmiştir.) kişinin özel hayatına saygılı olunması gerektiği belirtiliyor.

Bir diğer karar, askeri personelle ilgili *Bülent Polat Başvurusu*dur. Burada da, asker kişi pornografik görüntüleri iş arkadaşlarıyla paylaşmış ve bunu iş ortamındaki bilgisayarını kullanarak yapmış. Kararda kanunilik, demokratik toplumun gerekleri, meşruluk gibi kıstaslar da dikkate alınıyor ama özel hayat açısından baktığımızda, mahkeme özel hayata girmeden, kişinin özel hayatı olup olmadığını çok

değerlendirmeden burada ihlal yoktur değerlendirmesinde bulunuyor. Mahkeme, kanunilik unsurunun gerçekleştiğini; kişinin iş bilgisayarının sürekli denetlendiğini bildiğini, iş amacı dışında bu tür paylaşımlar yapamayacağını, yalnızca işi için kullanması gerektiğine dair bulgular bulunduğunu belirtiyor. Karşı oylarda, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uygun olmadığı, ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, kişinin görevine son vermenin kişinin tüm hayatını mahvettiği ve dahası böyle itibar ve güveninin sarsılarak başka yerde iş bulmasının çok zor olduğu, asker kişi olması dolayısıyla ya da silahlı kuvvetlerde bu tür hareketlerin disiplini bozmadığı, astı ya da üstleriyle değil ya da normal vatandaşa yansıtacak, devletin itibarını bozmayacak şekilde yalnızca arkadaşlarıyla bu görüntüleri paylaştığına dair görüşler yer alıyor.

Müstehcenlik dışında, özel hayat kavramında işyerlerinin denetlenmesiyle ilgili sorunlar karşımıza çıkıyor. Vergi dairesinde memurların sürekli kamerayla kontrol edilmesi, özel hayatın ihlali olarak değerlendirilmiştir. Devletin kamu personelinin görevini yerine getirip getirmeyeceğini özel hayata müdahale eder şekilde sürekli açık kamerayla ya da kartlı geçiş sistemiyle kontrol etmesi özel hayatın ihlali olarak değerlendirilmektedir. Danıştay kararlarında karşımıza çıkan hususlar bunlardır. Bir kararında, Tokat Devlet Hastanesi'nde personel yüz tanıma sistemiyle mesai takiplerinin yapılmasını başlatan uygulamanın, özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiş ve mahkeme ihlal sonucuna varmıştır. Çok ayrıntılı bir karar olmamasına rağmen, mesai takip uygulaması genel bir uygulama olmasına rağmen burada özel hayatın ihlali gerekçesiyle dava edilmiş ve Danıştay iptal kararı vermiştir.

Konuşmanın başlangıcında da belirttiğim gibi, kesin sonuçlara varamadım. Soru işaretleri uyandırmak, sosyal bilimlerin keyifli taraflarından biri ve hayatın akışında da zaten sürekli yeni sorunlar çıktığı için de hukuk bir yere kadar çözüm bulabiliyor. Ama temel olarak, görevin gerektirdiği nitelikler nereye kadar takip edilmeli, kamu görevlisinin özel hayatı devleti nereye kadar ilgilendirmeli, görevi dışında yaptığı hareketler devletin itibarını - bazı görevler haricinde - devleti neden ilgilendirmeli gibi hususlar her zaman karşımıza soru işareti olarak çıkacak.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN: Hocam teşekkürler, düşündürdükleri ile ilgili söz almak ister misiniz?

Prof. Dr. Turan YILDIRIM: Kararlarda, bireyin mesleki yaşamıyla bağlantısı olacak kavramı kullanılıyor. Hangisi bağlantılı, hangisi değil hala çözemiyoruz. Kılık kıyafet, mesleki yaşamıyla ilgili mi? Mesela borçları ilgili olabilir mi? Şimdi hakikaten hangisi mesleğiyle bağlantılı, hangisi değil ben sadece ipucu olarak katkı olsun diye şunları söyleyeyim:

AİHM, kamu görevlisinin özel hayatına müdahale edilebilmesi için birtakım ölçütler kullanmış: *kamu görevlisinin tarafsız şekilde hareket etmesi*; bir davranışı

tarafllılığını gösteriyorsa o zaman müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Siyasi partilerden ya da ırkçı düşünce veya yabancı düşmanlığı güden gruplardan talimat alması. Bir ölçüt daha koyarak; *davranışlarının ulusal güvenlik için tehlike arz etmesi*. Hakimler için de şöyle bir ölçüt bulunmakta: hakimın davranışı, giyimi kuşama kıyafeti ne ise, mesleğin saygınlığına zarar verme ihtimali taşıyorsa müdahale meşrudur şeklinde değerlendirmiş. Bunlar, bulabildiğim kararlar.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN: Hakimler konusu ilginç aslında. Örneğin; tamamen meslek ve görev dışı söylentiler, dedikodularla hareket edilerek, kılık, kıyafet, makyajın nasıl yapıldığına kadar tartışmaların kararlarda yer aldığını görüyoruz. Erkek hakimın çamaşır asması ile ilgili bir karar da söz konusu.

Salondan da katkı alalım. Sorular olabilir, görüşler olabilir.

Soru: Komşuların görüşlerinin dikkate alındığından bahsediyorsunuz, kişi haberdar olamıyor. Aralarında husumet olabilir, bunlara karşı nasıl bir hakkı var ki soruşturmasında etkisi olabiliyor? Söylentilere itibar edildiğinden bahsettiniz.

Prof. Dr. Nur KAMAN: Dava açabilir. Sonuçta göreve son verildiği zaman buna karşı dava açtığında iddialar değerlendirilir.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN: Tabi şöyle bir nüansı var. Gerçeği araştırmak ve gerçeğe ilişkin bir savunma yapabilmek, gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik bir faaliyet imkânı olmayacak meselesini soruyor. Fakat bu hakimlerle ilgili Bangalor kurallarıydı sanıyorum: gerçeğin ne olduğundan ziyade, nasıl görüldüğü de önemlidir. Gerçekte tarafsız bir insan ama iş sahipleriyle samimiyetini rüşvet ilişkisine bağlıyorsa, bunu ilgilendiren bir şey olarak gerçekte rüşvet alıp almaması ayrıca bir suçun konusu. Burada en hassas nokta, farklı görevler, farklı durumlar için farklı kriterlerin gelişmiş olması nedeniyle bunların tam sistemleştirilememesi meselesidir. Dolayısıyla hiç ilgilendirmiyor da denilemiyor, çok ilgilendiriyor da denilemiyor. Burada kategorileştirmeye ihtiyaç var. Karar mercileri için, örneğin; BDDK üyeleri için bankacılarla yakın ilişki içerisinde oluşun onlarla sürekli yemek yemenin ilgilenip ilgilendirmediği başka bir gözle görülür, bir üniversite öğretim üyesinin oturup konuşması görevin gerektirdikleri ve etkilenme ihtimali nedeniyle başka gözle görülmeyi gerektirebilir. Her halükarda burada problem bunun artık bir cümleyle çözülebilecek bir problem olmadığını görmektir. Kademelenme yapma konusunda yargı yerlerinin yaklaşımı var sanıyorum. İleriye doğru bir projeksiyon yapmak lazım, çünkü bizim kamu görevlileri statümüzün tamamen değişeceğine ilişkin emareler var. Dolayısıyla, ileride bu özel hayatla insanın düşünce hayatıyla devletle olan ideolojik ilişkiyle ilgili daha sıkı kurallar mı getirilecek diye tahmin ediyorsunuz yoksa daha farklı değerlendirme mi olabilecek?

Prof. Dr. Turan YILDIRIM: Hocam benim tespitim şu, örneğin kılık kıyafet konusunda: Bir kere mesela statümüz değişse bile kamu çalışanı denilecektir. Bilmiyorum, muhakkak hepimize nasıl davranmamız, nasıl düşünmemiz, nasıl yaşamamız, ne yiyip içmemiz gerektiğine dair bir belirleme olacağı kanaatindeyim. Muhakkak bir düzenleme olacaktır serbest bırakılmayacaktır. Ama benim tek endişem bu durumları objektifleştirememek. Bu kuralları koyacak insanlara birtakım sınırlar çizmezsek sorun çıkacaktır. Bu meselenin özel hayata ilişkin olduğunu, kamu göreviyle ilgisi olmadığını belirtmemiz lazım.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN: Hocam siz ne dersiniz?

Prof. Dr. Nur KAMAN: Hocama katılıyorum. Tek sınır, hizmetin gerektirdiği nitelikler. İsaletli bir kavram baktığımızda: Yapılan hizmete göre, hizmet ne istiyorsa o yeterli. Verilen hizmette şeklin, özel hayatın dışına çıkılmı; nitelik ön plana geçmeli. Hocamın da dediği gibi, kamu hizmeti görevlisi genel olarak hizmet versin yeterlidir, şekillendirmeye çalışmasın yaklaşımı hakimdir. Gerçi tüm devletlerde, devletin resmi ideolojisi ve ona göre yapılanma var ama kamu hizmetinin eski klasik ilkelerini sunarken idarenin tarafsız olması, hizmeti buna göre sunması da, kişinin de kalıplara sokulmadan hizmeti gerçekten tarafsız ve eşit bir şekilde sunabilecek niteliklerde olması gerekiyor. Kurum dışına, görev dışına çıktığı anda ilgilendirmesi gerekiyor. Belirli meslekler için farklı kategorizasyonlar yapılabilir dediğiniz gibi, hakimler savcılar gibi önemli pozisyonlar için getirilebilir, ama bunun dışında müdahale edilmemesi gerekir.

Prof. Dr. Aydın GÜLAN: Başörtüsü meselesinde şöyle bir anlayış değişikliğinin etkisi oldu; tarafsızlık kılık kıyafet üzerine yoğunlaşmış iken, tarafsız davranmak ön plana çıkınca, kişinin tarafsız davranıp davranmadığını anlamak için tercihlerini yansıtan kılık kıyafete de müsaade edilmesi elverişli görülmüştür. Dolayısıyla tarafsız görünmesi değil de; tarafsız davranmasını sağlamak için tarafını ortaya koymaya ilişkin bir yaklaşım görüldü. Şimdi birçok karara bakıldığında, tasnif etmek gerekirse, hocalarım bu konularda fotoğrafı etraflı ortaya koydular. Ama en büyük problem tasnif edebilmektedir. Nur Hoca'nın da söylediği gibi, devletin esasında görevin gerektirdiği nitelikler dışında bir nitelik aramamasını, genel bir kural olarak kabul etmek gerekir. Ama, benim tahminimce, idare giderek daha fazla müdahale edecek. Önümüzdeki dönemlerde de, daha fazla karışmaya ilişkin düzenlemeler olacak. Bunun hukuk çerçevesi içinde kalabilmesi için, kriterin şöyle bir noktada yoğunlaşmasına ihtiyaç var: *nasıl olunacağına karışmamasını sağlamak için nasıl olmaması gerektiğine ilişkin değerlendirmeye yoğunlaştırmak* lazım. Yani idare kendisiyle ideolojik tercihler olarak mücadeleye girmiş bir kamu görevlisi istememek için düzenlemeyi yapacak, dolayısıyla kendisiyle mücadeleye giren bir kamu görevlisi tipine ilişkin yasaklar ve kriterler getirecek. Kendi yetkisini, karar mekanizmasını, temel

tercihlerini sorgulamaya yönelik bir kamu görevlisini bir tehdit olarak görüp buna ilişkin düzenlemeler -büyük bir ihtimalle kanunla- ortaya çıkması ve bunun üzerinde bilimsel tartışmayla alt kriterlerinin getirilmesi lazım. Birçok alanda, uygun insan arayışıyla aykırı olmamak arayışının nüansını koymak önemli. Mücadeleye girmeyecek, aykırı tutum ve davranış tercihi içinde olmayan bir kriter. Bu konuda gelişmelere baktığımızda örneğin; birçok kamu görevlisinin, mülki amirlerin, polislerin doğduğu şehirde görev yapamamasına ilişkin bir düzenleme vardı. Özel hayatı nedeniyle hatır kıramaz, fazla yakınlaşır ve üzerinde manevi baskı olur diye düşünülüyordu. Sonra bakıldı ki; büyük şehirlerde mesela İstanbul doğumlu birisinin İstanbul'da görev yapmasıyla veya yapmamasıyla sağlanacak bir şey yok. Yavaş yavaş esnetildi. Dolayısıyla *kararı etkileyebilecek bir ilişki biçimine maruz bırakmamak, böyle bir tercih içinde bırakmamak, görevinin gereklerini yapma şartlarını elinden almamak* gibi yaklaşım içinde olduğu gözüküyor.

Bu alanın en büyük eksikliği, hiçbir bilimsel ilginin bu alanda yoğunlaşmamasıdır. Akademik dünyada en son bu alanda çalışanlar Cahit Tutum ve Sait Güran'dı. Bu alanda çok uzun süredir bir çalışma yok. Personel konusu mevzuatı açıklamak şeklinde kitaplarda yer alan bir konu olarak gündeme geliyor. Daha esas problemleri gündeme gelmiyor. Dolayısıyla, bu yargı kararlarını ele alıp, bu yargı kararlarındaki esas yaklaşımın sistemleştirilmesine ve sonra da isabeti ve temel hak ve hürriyetler bakımından değerlendirilmesinin yapılmasına ihtiyaç var. Bizleri dinlediğiniz için ve hocalarımıza lütfedip geldikleri için çok teşekkür ediyoruz.